

# GACETA DEL CONGRESO

796

**Bogotá, D. C., martes 8 de noviembre de 2005**  
**SENADO DE LA REPÚBLICA**

## PONENCIAS

### **INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 42 DE 2005 SENADO**

*por medio de la cual se instituye un subsidio para estudiantes de educación básica y media de colegios públicos pertenecientes a los estratos 1 y 2, y universitaria en general ; así como para las personas de la tercera edad de los estratos 1 y 2, en todos aquellos sistemas integrados de transporte masivo que existan en el país y que hayan sido financiados en más de un 50% con recursos del presupuesto nacional y/o regional.*

Bogotá, D. C., 3 de noviembre de 2005.

Doctor:

JOSE ALVARO SANCHEZ ORTEGA

Presidente Comisión Sexta del Senado de la República

Respetado señor Presidente:

Cumpliendo con el honoroso encargo de la Mesa Directiva de la Comisión Sexta del honorable Senado de la República, presento Ponencia para primer debate del Proyecto de ley 42 de 2005, Senado, *por medio de la cual se instituye un subsidio para estudiantes de educación básica y media de colegios públicos pertenecientes a los estratos I y II, y universitaria en general; así como para las personas de la tercera edad de los estratos I y II, en todos aquellos sistemas integrados de transporte masivo que existan en el país y que hayan sido financiados en más de un 50% con recursos del presupuesto nacional y/o regional*, presentado a consideración del Congreso de la República por los honorables Senadores *Efraín Cepeda Sarabia y Juan Manuel Corzo*.

#### **1. Objetivo del proyecto de ley**

El objetivo del proyecto de ley es establecer en todos aquellos distritos, municipios o áreas metropolitanas del país en las cuales se construyan Sistemas Integrados de Transporte Masivo, que sean cofinanciados en más de un 50% con recursos del presupuesto nacional y/o regional, se otorgará un subsidio de un 50% en el valor del pasaje para los estudiantes de los estratos 1 y 2 de educación básica y media, así como para las personas de la tercera edad; y un subsidio de un 30% para todos los estudiantes de educación superior en general. Para tales efectos define unos requisitos y autoriza a los concejos distritales y municipales respectivos para adelantar las reglamentaciones respectivas.

#### **2. Metodología para la elaboración del informe de ponencia**

Para la elaboración del presente informe de ponencia se adelantaron estudios sobre los mecanismos de financiamiento de los sistemas integrados de transporte masivo y se solicitaron estudios y conceptos técnicos y

jurídicos a los señores Ministros de Transporte y de Hacienda y Crédito Público, así como al Director del Departamento Nacional de Planeación.

### 3. Las argumentaciones de los autores de la iniciativa

Para comenzar, considero pertinente retomar algunos de los aspectos centrales de la exposición de motivos que son de gran relevancia para sustentar la conveniencia de la aprobación en primer debate del presente proyecto de ley:

#### a) *Implementación de sistemas de transporte masivo en las principales ciudades del país y la consecuente ampliación del número de beneficiarios*

En el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 se plantea que “El Gobierno Nacional participará en el desarrollo de sistemas integrados de transporte masivo basados en buses de alta capacidad para las grandes ciudades. (...)”. “El Gobierno Nacional cofinanciará asesorías para la estructuración de los proyectos en los municipios que muestren un avance efectivo en la implementación de programas de gestión de tráfico y mantenimiento de la infraestructura”<sup>1</sup>.

Lo antes citado tiene bases en la Ley 310 de 1996, relacionada con el tema de la organización del “Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros”, en la cual en uno de sus artículos se señala: “Artículo 2°. La Nación y sus entidades descentralizadas por servicios cofinanciarán o participarán con aportes de capital, en dinero o en especie, en el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros, con un mínimo del 40% y un máximo del 70% del servicio de la deuda del proyecto, (...)”<sup>2</sup>.

Precisamente “En cumplimiento de los compromisos adquiridos, el Gobierno Nacional continuará apoyando la financiación de los proyectos de transporte masivo basados en buses articulados de las ciudades de Bogotá (sistema TransMilenio) y Santiago de Cali. También se desarrollarán los sistemas integrados de transporte masivo basados en buses de alta capacidad de Bogotá, Soacha, Cali, Pereira-Dosquebradas, Barranquilla-Soledad, Cartagena y Bucaramanga, y el Valle de Aburra”<sup>3</sup>.

Son cerca de 18 millones de colombianos los que se verán favorecidos en los próximos años por la implementación de los sistemas integrales de transporte masivo, de los cuales más de la mitad son personas pobres pertenecientes a los estratos I y II cuyo nivel de ingreso es apenas de supervivencia y que en la mayoría de los casos argumenta no poder enviar a sus hijos a las escuelas y colegios, por no tener el dinero para el transporte. De la misma manera, la población de la tercera edad en estas ciudades está creciendo y en la mayoría de los casos sus recursos también son precarios;

#### b) *Cuantiosa inversión pública y gigantescas ganancias de los operadores particulares*

La Nación y las entidades territoriales adelantarán inversiones que ascienden a \$6.8 billones de pesos de 2004, equivalentes aproximadamente al 2.8% del PIB de 2004 y al 8.8% del presupuesto consolidado del sector público en este mismo año; de dichos recursos la Nación financia \$4.3 billones, equivalentes al 64% del total de la inversión requerida, mientras los entes territoriales financiarán los \$2.5 billones restantes, que equivalen al 36% de las inversiones.

**Cuadro número 1**  
**Compromisos de la Nación en convenios de financiación para SITM**  
**(en millones de pesos)<sup>4</sup>**

Ciudad	Aportes ente local	Aportes Nación	Valor Convenio
Bogotá	2.001.498,8	3.459.265,0	5.461.832,7
Cali	291.881,6	676.379,6	968.261,2
AMCO	33.557,4	62.640,4	96.197,8

Cartagena	96.180,0	143.850,0	240.030,0
<b>Total</b>	<b>2.423.118,8</b>	<b>4.342.135,0</b>	<b>6.766.321,8</b>

Contrastando con lo anterior, y como puede apreciarse en el Cuadro número 2, se encuentran las cuantiosas ganancias de los operadores privados sean estos de Troncales, Alimentadores, recaudo fiduciario o de recaudo. El gestor como tal, que es el Estado en sus instancias nacional o regional obtiene menos del 5%, aunque aportaron los recursos económicos para la construcción de la infraestructura, al tiempo que entregan vías que son públicas, para explotación de interés privado.

A todas luces, el planteamiento del negocio del transporte masivo en las principales ciudades del país en términos económico-financieros es desfavorable para la Nación. No se trata de cuestionar los otros beneficios que estos sistemas de transporte aportan al ordenado desarrollo urbanístico de las ciudades y al mejor uso del tiempo de sus habitantes, sino que el negocio de las concesiones también tenga unos réditos sociales.

### Cuadro número 2.

#### Remuneración a los agentes participantes

cifras en millones<sup>5</sup>

Agente	2001	2002	2003	2004 (mayo)
Gestor	3.490,2	7.330,8	10.190,0	4.710,3
Operadores de alimentación	7.803,8	28.493,1	38.664,7	16.729,4
Operadores Troncales	90.201,7	149.013,5	168.707,6	75.111,5
Operador recaudo	11.293,8	17.115,2	18.749,9	9.114,9
Fiduciaria	43,5	78,2	91,1	40,8
<b>Total</b>	<b>112.833,0</b>	<b>202.030,7</b>	<b>236.448,3</b>	<b>105.707,0</b>

#### c) Experiencias exitosas de subsidios

Los autores de la iniciativa traen en la exposición de motivos una serie de experiencias exitosas, que sustentan las bondades del proyecto de ley.

Caso Austria El gobierno de Nueva Gales del Sur respalda a los estudiantes para que puedan acceder a la educación a través del Esquema para el Transporte de Estudiantes de Escuela. El esquema provee viajes subvencionados para los Estudiantes de Escuela elegibles en ferrocarril, servicios de autobús y ferry estatales y privados y autobuses de larga distancia. También existe un subsidio para el transporte desde y hacia la escuela en vehículos privados en áreas en las que no existe transporte público.

Caso España. El abono de transportes. Es un título de transporte que permite realizar un número ilimitado de viajes dentro de la Comunidad de Madrid y determinadas zonas de Castilla-La Mancha. Consta de una tarjeta nominativa de carácter personal e intransferible y un cupón de validez mensual o anual, ambos propiedad del CRT.

Caso Venezuela. Subsidio Indirecto: Plantea que, por cada unidad debidamente inscrita en una organización de transporte y registrada en la base de datos del programa, se cancela una cantidad fija mensual, según la capacidad de puestos que posea el vehículo. En consecuencia, el transportista se compromete a prestar el servicio a todos los estudiantes que así lo requieran.

Caso Medellín. Con el propósito de garantizar permanencia y como un aporte a la calidad en el sistema educativo de los estudiantes de más bajos recursos económicos, el Municipio de Medellín ha establecido un acuerdo con las empresas de transporte público de la ciudad, quienes en un gesto de corresponsabilidad con la

ciudadanía, aceptaron ofrecer un subsidio para los estudiantes de instituciones educativas oficiales, incluidas las que prestan el servicio de cobertura, de estratos 1, 2 y 3 con edades comprendidas entre 10 y 25 años que puedan movilizarse en forma independiente y que residan en Medellín. El subsidio consiste en la entrega de tiquetes equivalentes a un valor de \$700 cada uno, el cual debe ser entregado al momento de ingresar al vehículo más \$200 que aporta cada usuario para hacer uso del servicio.

Las experiencias señaladas son apenas unos ejemplos de buenas prácticas que han demostrado su utilidad y su impacto-beneficio en las poblaciones más vulnerables sin que la ecuación de financiamiento y de rendimientos económicos de la inversión que significa la puesta en marcha de los sistemas de transporte masivo, se vea afectada.

### **3. La necesidad de que las inversiones públicas le den contenido a los principios rectores del ordenamiento constitucional colombiano relacionados con la vigencia del Estado Social de Derecho.**

El Estado Social de Derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad<sup>6</sup>.

A diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.

La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado Social de Derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas.

De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado Social de Derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos. La igualdad protegida por la Constitución no es matemática sino material. La igualdad debe ser entendida en sentido material o sustancial, apreciando la situación semejante o diferente entre grupos de personas, de tal manera que los desiguales sean tratados de manera desigual y los iguales de manera igual<sup>7</sup>.

De la misma manera, el Estado debe proteger y atender de manera especial a las personas con debilidad manifiesta por su condición económica, física y mental. Los convictos inimputables sujetos a una injusta y prolongada privación de su libertad, cesado el motivo de la correspondiente medida de seguridad, deben ser objeto de la protección integral por parte del Estado si se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. La situación descrita transforma la obligación genérica del Estado frente a las personas débiles o marginadas, en obligación específica y hace nacer el correlativo derecho a exigir las prestaciones correspondientes por parte de las personas en quienes concurren las circunstancias de debilidad manifiesta. El Estado Social de Derecho (Constitución Política artículo 1º) impone la solución señalada ante los casos de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana, cuando ha sido el mismo Estado el primero en eludir sus compromisos.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta lo que la Corte Constitucional ha señalado en el sentido de

especificar que “hay dos clases de deberes diferenciables para el Estado:

i) Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas encaminadas a lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados, dando así cumplimiento a sus obligaciones internacionales y constitucionales de lucha contra la pobreza y progresiva satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población –en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”–, y

ii) Por otra, se debe abstener de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a generar más pobreza de la que actualmente agobia al país, y agraven la situación de exclusión o marginación de determinados sectores de la sociedad, especialmente de aquellos que se encuentran en condiciones económicas precarias; mucho más si, como consecuencia de tales políticas, programas o medidas, se acaba por empeorar la situación material de quienes ya están en circunstancias extremas de subsistencia”<sup>8</sup>.

Las cuantiosas inversiones que el Estado en todos sus niveles realiza en el diseño y puesta en marcha de los sistemas de transporte masivo deben cumplir con el fin social que hemos aludido en los párrafos anteriores, y la manera más idónea es mediante el subsidio de su uso a los pobladores de mas escasos recursos, tal como lo propone el presente proyecto de ley. Son recursos que todos los colombianos tenemos que soportar, ya sea de manera directa mediante impuestos, o de manera indirecta con el pago de los créditos que la banca internacional ha ofrecido para su financiamiento.

#### **4. El sentido social del servicio público de transporte**

El concepto de servicio público que tradicionalmente ha integrado a sus contenidos el derecho administrativo, es el que señala “...que se trata de una actividad de prestación y satisfacción de necesidades colectivas cuya titularidad, precisamente por esto, asume el Estado”. Cuando esa noción se traslada y se activa al interior de una estructura como la que caracteriza el paradigma del Estado Social de Derecho, ella encuentra un singular y específico fundamento filosófico-político al cual esta Corporación se ha referido. Los servicios públicos se erigen como instrumentos que le permiten al Estado alcanzar el ideal de justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva, bien sea que los preste directa o indirectamente, o que autorice a los particulares para hacerlo, en todo caso siempre serán su responsabilidad, la cual deberá cumplir de acuerdo con las disposiciones de la ley que rija su prestación, tal como lo dispone el artículo 365 de la Constitución<sup>9</sup>.

En la Constitución de 1991 los servicios públicos se caracterizan por:

i) Tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente;

ii) El régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley;

iii) Pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares;

iv) El Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia;

v) Su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos;

vi) Deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y

vii) Las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos.

De los postulados consagrados en los artículos 365 a 370 de la Constitución, pueden deducirse estas características en relación con los servicios públicos: Tienen una connotación eminentemente social en la medida

en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes; su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; por razones de soberanía o de interés social el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad; su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales; y, finalmente el pago de los subsidios a los estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales.

El legislador, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política, según el cual todo colombiano puede circular libremente por el territorio nacional, definió el servicio público de transporte en la Ley 105 de 1993 como “...una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector [aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre], en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios sujeto a una contraprestación económica...”.

Finalmente, hay que señalar que el legislador es quien debe fijar el régimen jurídico del transporte por tratarse de un servicio público que involucra y afecta el ejercicio de derechos fundamentales. El transporte permite, además, la formación de un mercado nacional y la integración económica del país, promoviendo el desarrollo armónico de las regiones, con fundamento en el principio de la unidad de mercado. Aunque la regulación general del servicio público de transporte esté a cargo del legislador, este no puede agotar íntegramente todos los aspectos relacionados con el mismo. Por eso, se atribuye la facultad de regularlo a las entidades territoriales, a través de los gobernadores y las asambleas departamentales, en los departamentos, y de los alcaldes y los concejos municipales, en los municipios.

Teniendo en cuenta lo anterior, el transporte masivo como servicio público, debe tener en cuenta las grandes desigualdades sociales y económicas que se presentan en el país y en particular, en las principales ciudades colombianas. Por ello, establecer tarifas diferenciadas mediante los subsidios que se ofrezcan a los habitantes más pobres y excluidos, es lo más óptimo y justo.

## **5. El transporte público y la vigencia de los derechos humanos**

En el contexto urbano el servicio de transporte público es un medio indispensable para poder ejercer la libertad de locomoción, la cual es uno de los derechos fundamentales consagrados no solo en la Constitución de 1991, sino en múltiples tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano. “El fenómeno de la ciudad – su tamaño y distribución– hace del transporte público urbano un medio indispensable para ciertos estratos de la sociedad, en particular aquellos que viven en las zonas marginales y carecen de otra forma de movilización. La necesidad de trascender la distancia entre los sitios de habitación, trabajo, estudio, mercado, etc., en el menor tiempo y costo posibles, coloca al ciudadano carente de medios de transporte propios, a merced del Estado o de los particulares que prestan este servicio<sup>10</sup>.”

La libertad de locomoción suele ser considerada un derecho de dimensión negativa o defensiva, por cuanto se ha entendido que su función consiste en ser un límite al ejercicio del poder del Estado en defensa de la libertad del individuo. El creer que su goce efectivo implica únicamente el freno a las acciones del Estado o requiere tan sólo la inacción estatal ha llevado a suponer que las libertades suelen ser garantías que no comprometen gasto público, lo cual es una tesis inadecuada ya que en muchos casos si no hay determinadas inversiones públicas, es imposible ejercer las libertades de manera real e igualitaria por todos los ciudadanos. En las ciudades contemporáneas la libertad de locomoción depende en gran medida del servicio público de transporte. Sin este difícilmente es posible desplazarse a lo largo de una urbe, incluso para las personas que no tienen una limitación física. El carácter prestacional de las libertades surge de la dimensión positiva de estas. En las sociedades modernas, donde el uso de la libertad individual depende de acciones y prestaciones públicas – servicio público de transporte, de telecomunicaciones, de salud, etc. – y donde la seguridad personal cuesta, no

es posible sostener la tesis del carácter negativo de las libertades básicas.

Es de fundamental importancia, tal como lo hemos venido sosteniendo, que las inversiones del Estado tengan un fin social claramente explícito. Ese fin social está relacionado en muchos casos con el soporte a que los derechos humanos de la primera generación (asociados a la vida y a las libertades públicas); los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos colectivos y del medio ambiente, no sean solo enunciados jurídicos y de la retórica política. Esas inversiones públicas con enfoque de derechos humanos amplía la legitimidad de nuestro sistema político, le da sustento real a la democracia y mejora la percepción ciudadana sobre los fines de la sociedad y del proyecto de país.

## **5. La responsabilidad social empresarial**

La sociedad civil conoce, que las empresas consideradas exitosas no son necesariamente aquellas que generan las mayores ganancias económicas para sus accionistas, sino aquellas que demuestran su liderazgo a través del exitoso manejo de los aspectos sociales, generándose en el conciencia colectiva la Fórmula “Empresa Exitosa = Empresa Socialmente Responsable”.

La responsabilidad social empresarial “es un enfoque que se basa en un conjunto integral de políticas, prácticas y programas centrados en el respeto por la ética, las personas, las comunidades y el medio ambiente. Esta estrategia aplicada a la toma de decisiones y las operaciones de las empresas aumenta el valor agregado y de esa manera mejora su competitividad”<sup>11</sup>.

La evolución del concepto de Responsabilidad Social ha abierto camino para generar lo que hoy en día conocemos como Responsabilidad Social Empresarial, siendo la dimensión social la que inclina la balanza al momento de emitir juicio sobre la calidad de una determinada actividad empresarial. Razón a ello, el tema de la Responsabilidad Social Empresarial es un recurso estratégico para la sobrevivencia de las organizaciones públicas y privadas, convirtiéndose la práctica de la justicia en una cuestión rentable, siendo la mejor política económica aquella que produce mejores beneficios sociales. Frente a esta tendencia es importante que el sector privado busque redefinir el concepto de “éxito”, fomentando para ello prácticas socialmente responsables.

“Existen muchas rutas por las que las empresas toman el camino hacia la responsabilidad social. Algunas veces comienza como respuesta al pedido de asistencia o donación de parte de organizaciones de caridad. Tal acto caritativo es una manifestación fruto de un cierto nivel mínimo de responsabilidad, motivada por altruismo o algún nivel de autointerés pragmático. Sin embargo, lo más interesante es lo que motiva a las compañías a incrementar, de manera significativa, su atención en el nivel de acción social. Aquí, nuestra investigación sugiere que, en muchas ocasiones, es un evento importante el que impacta de forma significativa a la compañía. Este suceso induce a reconocer la importancia de los factores sociales para el éxito y la sostenibilidad de la empresa. Al principio, las acciones resultantes son frecuentemente enfocadas en la mitigación del riesgo. Sin embargo, existen otros ejemplos de empresas que conciben la generación de valor social como una parte integral de sus valores y estrategia de negocios. Estas empresas promueven la responsabilidad social como una oportunidad para capturar sinergias entre la generación de valor social y de negocios”<sup>12</sup>.

En un país como Colombia, marcado por la pobreza extrema y la inequidad; que ocupa el deshonroso onceavo lugar de los países en el mundo con mayor concentración de la riqueza, la empresa privada, en particular la transportadora, debe asumir de manera mucho más contundente y visible su responsabilidad social. De la misma manera, es necesario tener en cuenta que “si bien existe la libre actividad económica y la iniciativa privada, la Constitución también autoriza al Estado para intervenir, por mandato de la ley, en toda la economía, no para anularla sino con el fin de racionalizarla y le impuso la obligación de hacerlo particularmente en la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un

ambiente sano. Intervención del Estado en la economía y en el mercado de bienes y servicios que tiene, por tanto, una finalidad de carácter social<sup>13</sup>.

## 6. Las argumentaciones del Gobierno Nacional

Después de todo el anterior análisis jurídico, conceptual, económico y político sobre la viabilidad y la importancia de dar trámite al presente proyecto de ley, es importante retomar los principales argumentos del Gobierno Nacional, que mediante oficio del Director del Departamento Nacional de Planeación considera “no conveniente el trámite del proyecto de ley, toda vez que genera un impacto negativo para las finanzas de las entidades territoriales y para el Gobierno Nacional...”. Las principales tesis que sostiene el DNP para oponerse a la iniciativa son las siguientes:

### a) *La distribución de los ingresos producto de la inversión pública, es adecuada*

Dice el DNP: “El gran volumen del recaudo está destinado en una gran proporción al beneficio de los operadores privados, toda vez que gran parte de la porción de la tarifa de transporte se traslada al pago del servicio que presta el operador del mismo. Es indudable que esta porción del sistema es la que mayor costo o gasto tiene y por lo tanto lo que la mayor parte de los ingresos por concepto de tarifa debe llevarse a cubrir dicho gasto. Por lo anterior se considera que la distribución de los ingresos antes descrita, es adecuada atendiendo criterios como el cálculo de la tarifa técnica. El gestor como tal, que es el Estado a nivel nacional o regional, obtiene menos del 5%, a pesar de haber invertido recursos económicos para la construcción del sistema.

Las fases del sistema suponen dos escenarios: El primero es en el que aporta la Nación que corresponde a la construcción del sistema, aclarando que en pocos países del mundo se busca que mediante tarifa se recuperen los recursos que se han invertido en la construcción de la infraestructura, toda vez que en realidad se configura un subsidio de la Nación a los Entes Territoriales, los cuales reciben un dinero para cubrir una competencia netamente local, como es el servicio de transporte. El segundo escenario es la operación, en donde el ente gestor es quien regula la operación, es importante aclarar que la empresa es dirigida por el ente gestor, de tal forma que la Nación no participa activamente en la toma de decisiones, por lo que la porción de la tarifa que se redistribuye al ente es simplemente la manera de lograr el funcionamiento del ente regulador del servicio, en ningún momento el objeto de dicho ente gestor es lograr réditos económicos”.

A todas luces, son improcedentes estos argumentos para rebatir la presente iniciativa legislativa. ¿Cómo es posible que el Estado haga negocios con los recursos públicos donde lo único que parece importar es el favorecimiento económico de particulares que se encargarán de prestar un servicio público?

### b) *Casos exitosos de subsidios*

Dice el DNP: “Es indudable que el tema de la regulación y los subsidios es motivo de controversias a nivel mundial, en especial, al analizar los casos europeos se encuentran las dos tendencias, en Inglaterra y Francia se pueden mostrar los resultados de políticas exitosas pero contradictorias: De los sistemas totalmente regulados por los entes estatales, a los Estados en los cuales el transporte no tiene regulación y por lo tanto su costo depende del Mercado y de la demanda. Ahora bien, cada ejemplo tiene marcadas diferencias con el caso Colombiano. Así, en España los niveles de ocupación de los sistemas de transporte público son relativamente bajos, la mayoría de movilidad se desarrolla basada en vehículos privados, lo que significa que son los automóviles a través del pago de impuestos, los que contribuyen a sostener el sistema de transporte público que usan personas menos favorecidas, bajo el entendido que es una forma de subsidio cruzado que instaura y regula el Estado, atendiendo las particularidades de cada servicio. Por lo que los ejemplos de otras latitudes deben ser analizados a la luz del sistema total y no únicamente del servicio público de transporte”.

Claro que hay que analizar a Colombia con todas sus particularidades: La pobreza extrema, la concentración de la riqueza, los importantes volúmenes de “usuarios cautivos” del transporte en las grandes ciudades, el

volumen de la inversión pública, los aportes de la empresa privada... Esos son los elementos que hacen de la propuesta del presente proyecto de ley una alternativa justa para ganar en equidad y bienestar para los habitantes más pobres de las ciudades, para mejorar la posibilidad de acceso a la educación y de opciones para los adultos mayores;

*c) La estructura tarifaria y los subsidios cruzados*

Dice el DNP: “La tarifa es el resultado de hacer un inventario detallado de todos los costos en que se incurre en el sistema. Estos costos se dividen, principalmente, en dos tipos: Los costos fijos y los costos variables, a saber: Costos fijos: Son todos aquellos costos que no dependen del número de kilómetros recorridos por los vehículos, tales como: Los costos de capital, de administración, de seguros, de nómina, entre otros. Costos variables: Son aquellos que dependen esencialmente del consumo de los vehículos, tales como: la gasolina, las llantas, los lubricantes, el mantenimiento, entre otros.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, la tarifa debe reconocer los costos antes descritos, y la misma se determina luego de sumar todos los valores y dividirlo por el número de pasajeros. En los sistemas de transporte masivo se reconocen también los costos del sistema, que son esencialmente los costos de todos los agentes, es decir, los factores que hacen posible la operación del sistema, como por ejemplo el operador de recaudo, la fiducia, el ente gestor, el operador de alimentación y el operador Troncal. Todos los costos de cada uno se suman y se dividen por el número de pasajeros para obtener la tarifa técnica. Existe una diferencia entre esta tarifa y la tarifa que se le cobra al usuario, la cual se calcula, teniendo en cuenta que es imposible que la tarifa al usuario se ajuste mensualmente, por lo que se crean unos fondos de estabilización que buscan regular el aumento de la tarifa al usuario y se ajustan una vez los costos alcanzan los toques de la tarifa técnica. Lo que en la práctica ocurriría, al establecer un subsidio, sería que la porción que no es pagada por los estudiantes o los adultos mayores, deberá ser cubierta por los otros miembros de la población, lo que implicaría un aumento en la tarifa para aquellos que tendrían que pagarla completa, por no ser beneficiarios del subsidio.

Por lo anterior se puede concluir que debido al esquema de operación de los sistemas de transporte masivo, no es el Estado quien puede subsidiar a ciertos pasajeros, estos deberán ser subsidiados por otro pasajero, de acuerdo con lo expuesto anteriormente. Para establecer otra forma de subsidiar el transporte, se considera pertinente que se establezca de antemano “el qué, el cómo y de dónde” se obtendrían los recursos para los subsidios, toda vez que se debe aclarar cuál sería la fuente de recursos para cubrir dicho subsidio. No resulta pertinente establecer, que el subsidio sería cubierto por las ganancias de los operadores, teniendo en cuenta que, como se explicó, la ganancia resulta de dividir los costos entre el número de usuarios y por lo tanto al disminuir la tarifa para una porción de usuarios implicaría subirle a otros usuarios la misma tarifa, lo que podría generar inequidad del sistema, por cuanto algunos, a pesar de estar en igual o peor situación económica no serían beneficiarios del subsidio, vulnerando el artículo 13 de la Carta Política.

Una vez más, en estos párrafos el DNP deja en evidencia que no está teniendo en cuenta la inversión que hace el Estado para plantear la tarifa y los rendimientos: ¿Cómo es posible que olvide mencionar en los costos fijos, la inversión que en infraestructura hace el Estado? ¿Cómo es posible que no contabilice los costos del espacio público, que son las vías entregadas en concesión, como costos fijos?; ¿sí estuvieran en sus propias empresas, los técnicos del DNP plantearían un negocio en los términos que han planteado y desarrollado el negocio de los sistemas de transporte masivo?

Pero como el objeto del proyecto de ley no es cuestionar la lógica y la pertinencia o la rentabilidad del negocio del transporte masivo, sino la manera como el Estado debe procurar que este servicio sea de fácil acceso a los estudiantes más pobres de las ciudades y a la tercera edad, lo que sí hemos querido poner en evidencia es la existencia de argumentos políticos, éticos y económicos, para que el gobierno no sólo no se oponga a esta iniciativa, sino que la respalde y promueva activamente.

Por otra parte, en materia de subsidios no solo existen los que se derivan de las subvenciones que otros

beneficiarios o usuarios con mayores recursos pagan a los más necesitados. Es en este lugar donde juega la capacidad regulatoria del Estado Social de Derecho para comprometer a las entidades prestadoras del servicio para hacer partícipe de sus cuantiosas ganancias en subsidios tarifarios para favorecer a la población más pobre y vulnerable;

d) *Algunos reparos jurídicos*

Sostiene el DNP que el proyecto de ley invade la órbita de competencia de las entidades territoriales que son las encargadas de establecer los subsidios (artículo 300, numeral 2 de la Constitución y artículo 3° de la Ley 105). También añade que el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 dispuso que los proyectos de ley que ordenen gastos o que otorguen beneficios tributarios, deberán hacer explícito y deberán ser compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El objeto del presente proyecto de ley no es invadir la órbita de competencia de las entidades territoriales, sino darle a los Concejos Municipales y Distritales, así como a sus respectivos Alcaldes una serie de pautas encaminadas al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. Es hacer explícito el propósito que anima a toda la Nación Colombiana al destinar importantes inversiones en la solución de transporte masivo para las grandes ciudades donde habita la mayoría de colombianos. Es hacer lo que ha hecho el Congreso en múltiples ocasiones al legislar sobre las entidades territoriales: Mantener la unidad nacional alrededor de los propósitos centrales de la Constitución del 91, pero respetando sus niveles de autonomía.

En cuanto a lo dispuesto por la Ley 819, por ello como ponente de este importante proyecto de ley solicité el soporte técnico de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de Transporte, los cuales no se han dado hasta la fecha. Esperamos que en el trámite en la Comisión y en la Plenaria del Senado, este soporte se haga evidente.

**7. Proposición**

Por todas las anteriores consideraciones, se solicita a los honorables Senadores miembros de la Comisión Sexta dar primer debate sin modificaciones, al Proyecto de ley número 42 de 2005 Senado, *por medio de la cual se instituye un subsidio para estudiantes de educación básica y media de colegios públicos pertenecientes a los estratos I y II, y universitaria en general; así como para las personas de la tercera edad de los estratos I y II, en todos aquellos sistemas integrados de transporte masivo que existan en el país y que hayan sido financiados en más de un 50% con recursos del presupuesto nacional y/o regional.*

Carlos R. Ferro Solanilla,  
Senador de la República.

**TEXTO AL PROYECTO DE LEY NUMERO 42 DE 2005 SENADO**

*por medio de la cual se instituye un subsidio para estudiantes de educación básica y media de colegios públicos pertenecientes a los estratos I y II, y universitaria en general; así como para las personas de la tercera edad de los estratos I y II, en todos aquellos sistemas integrados de transporte masivo que existan en el país y que hayan sido financiados en más de un 50% con recursos del presupuesto nacional y/o regional*

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. *Subsidio de transporte.* En todos aquellos distritos, municipios o áreas metropolitanas del país en las cuales se construyan Sistemas Integrados de Transporte Masivo, que sean cofinanciados en más de un 50% con recursos del presupuesto nacional y/o regional, se otorgará un subsidio de un 50% en el valor del pasaje para los estudiantes de los estratos 1 y 2 de educación básica y media, así como para las personas de la

Tercera Edad; y un subsidio de un 30% para todos los estudiantes de educación superior en general.

Artículo 2°. *Requisitos.* Para acceder al subsidio de transporte será necesario contar con los siguientes requisitos:

1. En el caso de los estudiantes de educación básica y media de los estratos 1 y 2, estos deberán:
  - a) Estar cursando estudios en un plantel educativo debidamente reconocido por la Secretaría de Educación Distrital o Municipal respectiva;
  - b) Su condición de pertenecer al estrato 1 o 2 deberá ser respaldada ante la institución educativa por el carné del Sisbén.
2. En el caso de las personas de la tercera edad los requisitos son:
  - a) Ser personas mayores de 60 años de edad;
  - b) Contar con carné del Sisbén que los identifique como pertenecientes a los estratos 1 o 2.
3. En el caso de los estudiantes de educación superior los requisitos son:
  - a) Estar cursando estudios universitarios en una institución de educación superior reconocida por el Ministerio de Educación Nacional e ICFES;
  - b) No ser mayor de 25 años.

Artículo 4°. *Autorización.* Autorícese a los respectivos concejos distritales o municipales de las ciudades en los cuales se haya construido un Sistema Integrado de Transporte Masivo con recursos de la nación o regional equivalente en más de un 50%, para que en cada caso particular reglamenten los mecanismos para acceder al subsidio respectivo de acuerdo a los principios de la presente ley.

Parágrafo 1°. En aquellos municipios o distritos que al momento de promulgarse la presente ley estén en funcionamiento el respectivo Sistema Integrado de Transporte Masivo, el Concejo respectivo tendrá seis meses para reglamentar los mecanismos tendientes a acceder al subsidio establecido en el artículo 1°.

En caso de no reglamentarse en el plazo señalado por el cabildo respectivo, será el alcalde el que reglamente el otorgamiento del subsidio de transporte.

Parágrafo 2°. En aquellos municipios, distritos o áreas metropolitanas que al momento de promulgarse la presente ley no estén en funcionamiento el respectivo Sistema Integrado de Transporte Masivo, el Concejo Municipal o Distrital tendrá seis meses para reglamentar los mecanismos respectivos para acceder al subsidio establecido en el artículo 1° contados a partir de la fecha de la inauguración y funcionamiento del SITM.

En caso de no reglamentarse en el plazo señalado por el cabildo respectivo, será el alcalde el que reglamente el otorgamiento del subsidio de transporte.

Artículo 4°. La presente Ley rige a partir de su promulgación.

\* \* \*

### **PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 70 DE 2005 SENADO**

*por medio de la cual se aprueba el “Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia para evitar la doble Imposición y prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y su “Protocolo”, firmado en Bogotá, D. C., el 31 de marzo de 2005.*

Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 2005

Honorable Senador

JESUS ANGEL CARRIZOSA FRANCO

Presidente Comisión Segunda

Honorable Senador

HABIB MERHEG MARUN

Vicepresidente Comisión Segunda

Respetados Senadores:

En cumplimiento de la designación que nos hiciera la mesa directiva de la Comisión, nos permitimos rendir ponencia para primer debate, sobre el Proyecto de ley número 70 del 2005, *por medio de la cual se aprueba el “Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia para evitar la doble Imposición y prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y su “Protocolo”*, firmado en Bogotá, D. C., el 31 de marzo de 2005. Presentado a consideración del Congreso de la República por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, *Alberto Carrasquilla* y la Ministra de Relaciones Exteriores, *Carolina Barco Isakson*.

El proyecto en estudio se enmarca dentro del concepto de la cooperación técnica internacional que facilitan la inversión y el comercio internacional, al respecto iniciamos el estudio de la siguiente manera:

### **Generalidades**

El proceso de globalización de la economía es quizás la característica más interesante del fenómeno de la internacionalización. Se trata de un cambio fundamental en las relaciones del comercio internacional, vinculado a la revolución de la informática y de las nuevas concepciones del comercio, basado en la configuración de grandes bloques de mercados y en el impulso de los flujos de inversión y de negocios que propician las corporaciones transnacionales. Este dinámico proceso de cambios ha llevado a la formulación de nuevas reglas y normas de alcance global que desbordan la injerencia en el mundo de los negocios que tenían los tradicionales estados nacionales.

La doctrina internacional es concurrente al señalar que el derecho internacional tributario tienen por objeto el estudio de normas internacionales que corresponde aplicar en los casos en que diversas soberanías entran en contacto, principalmente los problemas de doble tributación, coordinar métodos para evitar la evasión y organizar, mediante la tributación, formas de colaboración o cooperación entre los países.

Asimismo, la doctrina clasifica los objetivos o fines del derecho internacional tributario en fiscales, económicos y políticos. Dentro de los fines fiscales, se pretende evitar la doble imposición y la evasión; dentro de los fines económicos, se busca fomentar el desarrollo económico, mediante exoneraciones a las transferencias de capital y tecnología, así como el fomento de la integración económica y territorialmente, mediante la eliminación entre ellos de tributos a la importación y exportación, y en general la facilitación de la libre circulación de bienes y servicios; por último, se destacan como fines políticos, la protección de los derechos de los contribuyentes mediante normas de aplicación directa y obligatoria para los países signatarios.

Pues bien, la doble imposición internacional es el esquema fiscal mediante el cual una misma renta o un mismo bien resultan sujetos a imposición en dos o más países, por la totalidad o parte de su importe, durante un mismo periodo imponible y por una misma causa.

Las consecuencias más notorias del fenómeno de la doble imposición internacional son entre otras la obstaculización al flujo de inversiones y tecnología entre los diversos países, una carga fiscal excesiva sobre el contribuyente, freno al desarrollo económico y particularmente a las inversiones e xtranjeras, y un incremento acentuado de la evasión fiscal a nivel internacional. En este contexto surgen los convenios para regularizar las relaciones tributarias entre los países y evitar el doble gravamen o la doble imposición internacional.

En el ámbito internacional, la múltiple imposición puede emanar de varias causas, como por ejemplo, la posesión de bienes en Estados diferentes, la residencia en el extranjero, la existencia de empresas con filiales en distintos Estados, etc.

A medida que se incrementan los flujos internacionales de comercio e inversiones, la necesidad de celebrar convenios se hace más evidente, a fin de que las políticas impositivas de los países interesados no se transforme en obstáculos al libre comercio y también, como una forma de proteger los ingresos fiscales de cada país.

Los inversionistas extranjeros, como parte de la seguridad jurídica que requieren en el país de destino de sus inversiones, propician el establecimiento de convenios tributarios y los gobiernos de estos países también utilizan esta política como forma de atraer capitales extranjeros; en el entendido de que, por su naturaleza, los convenios para evitar la doble tributación no definen un derecho a imponer un determinado criterio de renta, sino los límites hasta donde debe llegar cada país signatario de los mismos, en cuanto al alcance de su política tributaria.

### **El poder tributario en el ámbito del comercio internacional**

El poder tributario puede ser definido como la potestad jurídica del Estado de exigir a otro sujeto de derecho (personas físicas o jurídicas) el pago de contribuciones. Este poder, al igual que cualquier otro, se encuentra limitado por principios jurídicos que deben ser observados como el de legalidad, igualdad, generalidad, no confiscación, etc. Pero además, existen limitaciones de orden político, derivadas de la coexistencia, dentro de un mismo Estado, de distintas administraciones dotadas de poder tributario (nacional, regional y municipal).

Las pautas que han utilizado los Estados para atribuir poder tributario son la nacionalidad, la residencia, la sede de negocios y la fuente en que se origina la riqueza gravable, de donde nace precisamente, la doble imposición internacional, a causa de que no todos los países han adoptado idéntico sistema de tributación en cuanto a la radicación de la fuente productora de la riqueza, especialmente las rentas y las ventas.

Así, los países exportadores de capital han preferido el sistema del domicilio o de la nacionalidad; de este modo, los réditos que se produzcan fuera del territorio son tomados en cuenta para los fines del pago de sus respectivos impuestos; al contrario, aquellos países importadores de capitales adoptan el sistema de la radicación de la fuente productora del rédito, cualquiera sea la nacionalidad o el domicilio de los titulares del rédito. En aplicación de este sistema se paga el impuesto en el país donde está radicada la fuente productora, cualquiera sea la residencia, domicilio o nacionalidad de su titular.

Para resolver este inconveniente tributario, la OCDE., la International Fiscal Association (IFA.), la Interamerican Bar Association, el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario y el Mercado Común Centroamericano han unido esfuerzos en tres sentidos básicos:

- a) En la búsqueda de principios generales, susceptibles de adquirir el carácter de ley uniforme internacional;
- b) En la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales, y
- c) En la armonización de legislaciones.

### **Métodos implementados para la eliminación de la doble imposición internacional.**

Los métodos de eliminación de la Doble Tributación Internacional son diversos, pero los que más resultados han aportado, y se han acogido en la mayoría de las legislaciones, son fundamentalmente dos. El primero de ellos lo constituye el método de la **imputación**. El Estado de residencia, como hemos mencionado somete a gravamen todas las rentas de la persona, incluidas las que obtiene en el extranjero, pero tiene en cuenta los impuestos que el residente ha pagado en el país donde ha invertido, permitiéndole que se los deduzca o los reste o descuento del impuesto a pagar en su país.

Este método sólo elimina parcialmente la doble imposición, porque normalmente la deducción o descuento del impuesto pagado en el extranjero se permite sólo hasta el límite del impuesto que le habría correspondido pagar de haberse realizado la inversión en el Estado de residencia.

El otro método es el llamado de **exención**, según el cual el Estado de residencia permite que no se incluyan las rentas obtenidas en el extranjero. Con este sistema, la inversión realizada tributa sólo en el Estado donde se hace la inversión, por lo que resulta más ventajoso este método para el contribuyente. Es así como en materia del impuesto sobre las ventas, el método utilizado es el de la exención para los artículos que se exporten, que se supone pueden ser afectados en el país consumidor con gravámenes semejantes.

### **Intercambio de información**

Para evitar la evasión fiscal a nivel internacional, el intercambio de información representa una necesidad para

el desarrollo eficaz de las funciones de la administración tributaria. Se puede afirmar que la función de control de las obligaciones tributarias no representa otra cosa a la de administrar información. La necesidad del intercambio de información con fines tributarios, se refiere tanto al plano interno como al internacional.

En lo relativo al plano interno, la realización de aquel intercambio es especialmente necesaria entre los organismos gubernamentales dedicados a la administración de cualquier especie de tributo, no importa al nivel de gobierno a que pertenezcan. Así, se podría hablar de un intercambio de información horizontal cuando los organismos partícipes correspondan a un mismo nivel, y de intercambio de información vertical cuando tales organismos estén ubicados en niveles diferentes.

En cuanto al intercambio de información entre organismos de distintos países o internacional, esta modalidad, supone un grado de dificultad mayor para hacerse efectiva que el intercambio en el plano interno, y constituye un instrumento imprescindible para un desarrollo eficaz de las funciones de la administración tributaria, particularmente, en un escenario internacional como el actual, que se caracteriza por una creciente globalización.

Cada vez resulta más difícil controlar la evasión tributaria si no se dispone del auxilio de información sobre hechos económicos ocurridos total o parcialmente en el exterior, sobre personas domiciliadas en otros países y sobre bienes ubicados en el extranjero. Temas como los de precios de transferencia, paraísos fiscales, abusos de tratados, subcapitalización, comercio electrónico, entre otros, son preocupaciones recurrentes en las administraciones tributarias de todo el mundo y, sin una asistencia mutua entre esas administraciones, que les brinde la posibilidad de contar con información del exterior confiable y oportuna, su finalidad de control se torna en una tarea de muy difícil concreción.

El intercambio de información en el plano internacional puede producirse de manera informal, es decir, sin que medie ningún compromiso convencional; apenas como fruto de una actitud de cortesía o de solidaridad entre países.

Esta forma de procesarse el intercambio, no obstante la utilidad que puede ofrecer, adolece de los inconvenientes de no contar con el suficiente respaldo jurídico, de ser esporádica, inarticulada y sujeta a todas las limitaciones legales internas del país informante y a su buena voluntad en cuanto a la oportunidad, extensión y forma en que serán prestadas las informaciones. En razón de tales circunstancias, hoy en día es pacíficamente reconocida la necesidad de celebrar acuerdos internacionales sobre esta materia, que posibiliten a los Estados contratantes, el acceso a información que no se podría obtener utilizando medios y fuentes disponibles internamente.

Ahora bien, el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, CIAT, ha realizado una investigación orientada, especialmente, al análisis del intercambio de información en convenios celebrados por países miembros del CIAT de América Latina y el Caribe, y de las perspectivas de fortalecimiento de la práctica de ese intercambio por sus administraciones tributarias.

Con aquella finalidad, resulta importante analizar el tratamiento del intercambio de información en los Modelos de Convenio para evitar la doble tributación; las cláusulas sobre esa materia contenidas en los acuerdos vigentes de los que hacen parte los aludidos países; las razones que aconsejarían la conclusión de convenios específicos de intercambio de información; los convenios de este último tipo en que participan países de América Latina y el Caribe y, finalmente, los trabajos que el CIAT viene desarrollando en este campo.

Conforme con la información contenida en la publicación "Tax Treaties Database" del Instituto Internacional de Documentación Fiscal, IBDF, de Amsterdam, Holanda, al 31 de diciembre de 2001 estaban vigentes y con participación de países miembros del CIAT de América Latina y el Caribe, 134 convenios amplios para evitar la doble tributación internacional. El total de países miembros del CIAT de América Latina y el Caribe, signatarios de esos convenios, es de 18.

De esos 134 convenios, tres de ellos son multilaterales: El del Pacto Andino, el del Caricom y el del Reino de Holanda. Son países miembros del CIAT que participan en el Convenio Multilateral del Pacto Andino: Bolivia,

Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; en el del Caricom: Barbados, Jamaica y Trinidad y Tobago, y en el del Reino de Holanda: Antillas Holandesas y Aruba.

Los restantes 131 convenios son bilaterales, y en ellos participan: Antillas Holandesas en 1, Argentina en 18, Barbados en 8, Bolivia en 6, Brasil en 24, Chile en 3, Cuba en 2, Ecuador en 9, Jamaica en 11, México en 24, Perú en 1, República Dominicana en 1, Surinam en 1, Trinidad y Tobago en 12, Uruguay en 2 y Venezuela en 16.

Cabe destacar que de los 131 convenios bilaterales vigentes, apenas 8 han sido celebrados entre países miembros del CIAT de América Latina y el Caribe: Argentina-Bolivia, Argentina-Brasil, Argentina-Chile, Barbados-Venezuela, Brasil-Ecuador, Chile-México, Ecuador-México y Trinidad y Tobago-Venezuela.

En cuanto al intercambio de información en aquellos 131 convenios bilaterales, 5 de ellos no contienen ninguna cláusula al respecto: Argentina-Suiza, Ecuador-Suiza, Jamaica-Suiza, Trinidad y Tobago-Suiza y Venezuela-Suiza, los demás se basaron predominantemente: 2 en el Modelo del Pacto Andino: Argentina-Bolivia y Argentina-Chile, 2 en el Modelo de la ONU: Barbados-Estados Unidos y Brasil-India, y los restantes en el Modelo de la OCDE en sus versiones de 1963 o 1977.

### **Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio**

El modelo que se utilizó para el desarrollo y negociación del presente convenio que hoy se pone a consideración del honorable Congreso de la República, es el propuesto por la OCDE, que desde 1977 ha tenido una gran influencia en la negociación, aplicación e interpretación de los convenios fiscales. Hoy y desde 1992, se conoce como el Convenio Modelo “dinámico” que permite su actualización y modificación periódica y puntual, como resultado de los continuos procesos de globalización y liberación de las economías mundiales.

La primera parte del CONVENIO DE DOBLE IMPOSICION (CDI) (Capítulo I.) Contempla el ámbito de aplicación, de las personas a quienes se aplica y define claramente algunos términos y expresiones v. gr. qué se considera Impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio para efectos del presente convenio y se relacionan los impuestos sobre los cuales se aplicará. Concreta igualmente, su aplicación a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la firma del mismo y que se añadan a los actuales o les sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados contratantes se comunicarán mutuamente las modificaciones que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones fiscales.

En el Capítulo II se definen los términos sobre los cuales se estructura el CDI, aclarando que si el texto define clara y expresamente algunos términos, estos se aplicarán aun cuando sean diferentes a las definiciones generales, así:

Se definen los términos políticos y geográficos de los países firmantes, y expresiones utilizadas. Frecuentemente en el CDI como “un Estado contratante”, “el otro Estado contratante”, “persona”, “sociedad”, “empresa”, “tráfico internacional”, “autoridad competente”, “nacional” “residente” y “negocio” y se aclara que todo término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado.

Para la comprensión clara se define explícitamente qué se entiende por “establecimiento permanente” figura que aun cuando no existe en nuestra legislación, la enriquece y así delimita la aplicación del Convenio cuando se señala qué no se entiende por establecimiento permanente.

La parte principal y más importante corresponde a los Capítulos III al V, en los cuales se definen y delimitan hasta dónde cada uno de los Estados contratantes están autorizados para gravar la renta y el patrimonio y cómo ha de eliminarse la doble imposición jurídica, lo que en últimas es el objeto novedoso del acuerdo.

En la sexta parte o capítulo se consideran algunas disposiciones finales que son de aceptación general en los tratados internacionales para evitar la doble imposición tributaria, tales como:

- La cláusula de no discriminación que pretende dar el mismo tratamiento que tengan los residentes del Estado contratante a los residentes del otro Estado contratante;
- El procedimiento amistoso a desarrollar entre los contratantes cuando un residente de un Estado contratante considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición que no esté conforme con las disposiciones del presente Convenio;
- El intercambio de información que previsiblemente pueda resultar de interés para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio, o para la administración o la aplicación del Derecho interno relativo a los impuestos de toda naturaleza o denominación exigibles por los Estados;
- La asistencia mutua en la recaudación de sus créditos tributarios, facultando a las autoridades competentes para el establecimiento, de mutuo acuerdo, del modo de aplicación.
- Referencia normativa para no afectar los privilegios de que disfruten los miembros de las misiones diplomáticas o de las oficinas consulares de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional o en virtud de las disposiciones de acuerdos especiales.
- Por último, se regula la entrada en vigor del CDI y su denuncia.

Este es el primero de ese tipo de convenios que suscribe Colombia con el Reino de España. A continuación se exponen los principales aspectos que contempla el Convenio, que con toda seguridad redundarán en una mayor dinámica de la ya muy importante actividad de negocios que opera entre los dos países:

- Comprende los impuestos sobre la renta y complementarios y sobre el patrimonio para Colombia y los impuestos sobre la renta de personas físicas, de sociedades, de no residentes, del patrimonio y locales para el Reino de España.
- Se amparan ingresos correspondientes a actividades empresariales, de transporte aéreo y marítimo, de inversión, de rentas inmobiliarias, de servicios, de capital, y de artistas y deportistas, entre otras.
- En relación con el impuesto sobre el patrimonio comprende los bienes inmuebles, muebles, buques y aeronaves y demás elementos patrimoniales.
- En relación con la eliminación de la doble imposición se permitirá la deducción o descuento del impuesto sobre la renta y de patrimonio para los no residentes (sean personas naturales o Jurídicas) por un valor igual al impuesto pagado en el otro Estado.
- Para los intereses, ganancias de capital, cánones y regalías pagados a residentes en el otro Estado, las tarifas del impuesto sobre la renta y de remesas se unifican en un 10% sobre el valor bruto.
- Para las utilidades obtenidas por sociedades españolas establecidas en Colombia la tarifa del Impuesto de Remesas será 0%
- En la actualidad los ingresos por dividendos pagados por una sociedad residente en Colombia a un residente de España, están gravados a la tarifa general del impuesto sobre la renta del 35% y una especial del 7%, que con este convenio se reducirá al: 5% sobre el valor bruto de los dividendos, o al 0% si el no residente posee el 20% del capital de la sociedad que paga los dividendos.
- Si el inversionista español invierte en empresas beneficiadas con exención del impuesto sobre la renta en Colombia, como son la hotelería (30 años), la energía eléctrica generada con base en recursos eólicos, biomasa o residuos agrícolas (15 años), el transporte fluvial (15 años), la reforestación (permanente), la sísmica (5 años), la producción de medicamentos y software (10 años), entre otros, los dividendos que reciba de su inversión quedarán exonerados de dicho impuesto, siempre que los invierta en la misma actividad productora de la renta por un período no inferior a tres años, y sobre los mismos no pagará impuesto en España.
- En relación con el Intercambio de información se acuerda el suministro de la información necesaria para la

administración o la aplicación del derecho interno relativo a los impuestos de toda naturaleza o denominación y se mantiene la reserva para los receptores de la información.

- En cuanto a la asistencia en la Recaudación se acuerda prestar asistencia mutua en la recaudación de sus créditos tributarios, entendidos estos como: Impuestos de cualquier naturaleza o denominación, intereses, sanciones administrativas y costes de recaudación o de establecimiento de medidas cautelares.

En cuanto a la No Discriminación se acuerda que los nacionales de España no estarán sometidos en Colombia a ningún impuesto ni obligación relativa al mismo que no se exija o que sea más gravoso que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los Colombianos, que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia (Cláusula Recíproca).

Con fundamento en lo expuesto y conforme a nuestras disposiciones reglamentarias, nos permitimos presentar a la consideración de ustedes la siguiente proposición:

### **Proposición**

Dese primer debate al Proyecto de ley número 70 del 2005, *por medio de la cual se aprueba el “Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia para evitar la doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio” y su “protocolo”, firmado en Bogotá, D. C., el 31 de marzo de 2005, conforme al texto del proyecto presentado por el Gobierno.*

De los honorables Congresistas,

*Luis Guillermo Vélez Trujillo y Luis Alfredo Ramos.*  
Senadores de la República.

### **TEXTO DEL ARTICULADO**

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Apruébense el *“Convenio entre el reino de España y la República de Colombia para evitar la doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio” y su “Protocolo”, firmados en Bogotá, D. C., el 31 de marzo de 2005.*

Artículo 2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el *“Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia para evitar la doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio” y su “Protocolo”, firmados en Bogotá, D. C., el 31 de marzo de 2005, que por el artículo primero de esta ley se aprueban, obligarán al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto de los mismos.*

Artículo 3°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

\* \* \*

### **PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 111 DE 2005 SENADO**

*la cual se penaliza emisión o entrega de cheques sin suficiente  
provisión de fondos.*

Doctor

HERNAN ANDRADE SERRANO

Presidente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Honorable Senado de la República

La Ciudad

Respetado señor Presidente:

Dando cumplimiento a la Ley 5ª de 1.992, y por encargo que nos hiciera la mesa directiva de esta comisión, paso a rendir ponencia para primer debate en Senado al Proyecto de ley número 111 de 2005 Senado, *la cual se penaliza emisión o entrega de cheques sin suficiente provisión de fondos*, en los siguientes términos:

### ANTECEDENTES

El presente proyecto de ley fue radicado ante la Secretaría General del Senado de la República por el honorable Senador Gabriel Zapata Correa el 28 de septiembre del presente año.

### CONSIDERACIONES DE LOS PONENTES

#### Introducción

El propósito del proyecto de ley en análisis es que el cheque “recupere su verdadera posición como documento valor digno de confianza y motor que dinamiza las transacciones comerciales en el país”<sup>1</sup>.

El autor considera que esto se debe en buena parte, primero, a “nuestra deficiente y débil legislación penal, donde las personas que cometen este tipo de conductas nunca o muy rara vez reciben un castigo eficaz que conlleve la privación de su libertad, puesto que las penas escasamente alcanzan entre 1 y 3 años, además de otros beneficios”<sup>2</sup>. Y segundo, a lo lento de nuestra administración de justicia para resolver problemas financieros. Como ejemplo de esto, el autor señala que en Colombia “un proceso judicial para hacer efectivo el pago de un cheque sin fondos se toma 527 días”, de manera que nuestro país “ocupa el octavo lugar en el planeta en cuanto a demora para resolver este tipo de problemas, con lo cual los ciudadanos cada vez tratan de evitar lo más posible las transacciones con este tipo de títulos valores, para lo cual utiliza el ejemplo”<sup>3</sup>.

Así las cosas, a juicio del honorable Senador Gabriel Zapata Correa, la pérdida de confianza de los colombianos en la utilización del cheque se debe a lo laxo de la legislación penal en la materia y lo lento del aparato judicial para resolver conflictos relacionados con el pago de cheques sin suficiente provisión de fondos.

Para el logro del importante propósito, el proyecto propone dos clases de medidas, unas de tipo penal y otras de tipo económico.

En cuanto a las medidas del primer tipo, el proyecto propone endurecer la legislación penal con relación a la *Emisión y transferencia ilegal del cheque*, contenida en el artículo 248 del Código Penal. En la legislación vigente esta disposición señala quien “emita o transfiera cheques sin tener suficiente provisión de fondos, o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”, mientras que el aumento que propone el proyecto es que tal pena sea de un rango entre cinco (5) y ocho (8) años (Subrayado fuera de texto). Así las cosas, el proyecto endurece la pena de prisión sustituyendo la pena actual de 1 a 3 años por una de 5 a 8 años.

En cuanto a las medidas del segundo tipo, el autor propone dos cosas<sup>4</sup>. En primer lugar, “multas que permitan generar conciencia en los giradores de los cheques”<sup>5</sup>, estableciendo que estas serán de “multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

En segundo lugar, permite el reporte del girador a las centrales de riesgo y demás entidades de manejo de datos hasta por un término igual al de la pena principal. En efecto, propone adicionar un párrafo al artículo 248 del Código penal del siguiente tenor: “Quien sea condenado por la conducta establecida en el presente artículo tendrá como pena accesoria, su reporte a las centrales de riesgo y demás entidades de manejo de datos crediticios hasta por un término igual al de la pena principal”.

A continuación se procederá a hacer el análisis de estas propuestas, el cual se apoya en conceptos enviados por la Superintendencia de Industria y Comercio, la Asociación Bancaria de Entidades Financieras de Colombia

(Asobancaria), los cuales se anexan al presente informe de ponencia<sup>6</sup>.

### **Aumento de penas**

#### *Aspectos técnicos*

En primer lugar, la pena actual para el delito de emisión y transferencia ilegal de cheque, en virtud del incremento punitivo generalizado que realizó la Ley 890 de 2004, es de 1 año 4 meses a 4 años, no de 1 a 3 años como señala el autor en la exposición de motivos.

En segundo lugar, el aumento de penas que se propone es inconsistente con el resto de la legislación penal.

En primer término, porque la pena que se propone es superior a la de penas que protegen más importantes y un mayor número de valores jurídicos que los que busca proteger el delito de *Emisión y transferencia ilegal del cheque*.

En efecto, tal como lo señala la Superintendencia de Industria y Comercio, “la protección penal del cheque se explica por ser un medio de pago sustituto de otros medios como el efectivo o la tarjeta débito, (...) como una [actuación] que afecta el patrimonio económico, no otros intereses jurídicos.” Por ello, “parece inconsistente penalizar esa conducta con una pena de prisión superior a la del hurto que es de 2 a 6 años; o con una pena similar a la del delito de pánico económico que es de 2 a 8 años pero que afecta el orden económico social como bien colectivo; o superior a la del delito de captación masiva de dineros del público que es de 2 a 6 años, el cual constituye una acción contra el sistema financiero que se reprime por comprometer la confianza de múltiples depositantes”<sup>7</sup>.

En segundo término, porque es un delito de carácter subsidiario. Este tipo de quebrantamientos a la ley penal solamente se tipifican cuando la conducta realizada no está comprendida en un delito sancionado con pena mayor. En consecuencia, el legislador le atribuye a tales conductas una pena menor, para que se aplique el mecanismo de trasladar la tipicidad a los de pena mayor cuando ello proceda. Por lo tanto, este tipo de infracciones tienen penas bajas y no altas como lo pretende el presente proyecto.

El caso más claro y común es el de la estafa. Este delito puede, por ejemplo, cometerse a través del giro de cheques sin fondos, caso en el cual el delito sería el del artículo 246 y no el del artículo 248 del Código Penal. De llevarse a cabo la reforma planteada el delito subsidiario sería inferior o igual al principal en tratándose de la estafa cuya pena oscila entre los dos (2) y los ocho (8) años, desarticulando la legislación penal vigente.

Por último, debe tenerse en cuenta que la conducta de girar un cheque sin fondos no es necesariamente dolosa. En principio, se trata de un incumplimiento contractual, lo cual es un asunto eminentemente civil. En consecuencia, la competencia del Derecho Penal en estas conductas es excepcional, en donde para que ella entre a operar se requiere de dolo y antijuricidad.

#### *Conducencia.*

El análisis que se hace en este sentido es muy sencillo: Las penas que existen para desincentivar el uso de cheques sin fondos ya son altas. Por ello, aumentar las penas de privación de libertad contribuya en el aumento de la confianza de los consumidores en la utilización del cheque como medio de pago. Por el contrario, se considera que va a aumentar la desconfianza en tal institución pues llenará de temor a los potenciales giradores, llevando a un desincentivo en su utilización.

### **Multas.**

#### *Aspectos técnicos*

Como se dijo, la emisión de un cheque sin suficiente provisión de fondos es, en principio, un incumplimiento contractual, lo cual es un asunto eminentemente civil. Por ello, el Código de Comercio en su artículo 731 dispone que “el librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abonará al tenedor, como sanción, el 20% del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione”<sup>8</sup>. El proyecto de ley contempla, adicionalmente a lo anterior, una

multa de 10 a 200 salarios mínimos mensuales legales.

Sobre este particular, la Superintendencia de Industria y Comercio señala que “la exposición de motivos del proyecto no sustenta la racionalidad económica de una multa de ese nivel. Tampoco es clara la razón para crearla como un efecto adicional a las consecuencias económicas que establece actualmente el Código de Comercio. Este ata esas consecuencias al valor del cheque. A su vez, los perjuicios tienen que ser probados por quien los alegue. En consecuencia, desde el punto de vista de las consecuencias económicas, las condiciones para determinarlas ya las contempla el Código de Comercio”<sup>9</sup>.

En otras palabras, se tiene que las multas adicionales a las de la ley comercial que pretende el proyecto no tienen ninguna proporcionalidad en términos económicos y que ya existen suficientes sanciones económicas para quien incurra en la emisión de un cheque sin suficiente provisión de fondos.

#### *Conducencia*

Con base a lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio señala que “el mal uso del cheque, en particular en cuanto a cheques impagados por orden injustificada de no pago, no parece entonces surgir por la falta de consecuencias legales en las normas vigentes. Estas existen y son severas. Ciertamente es gravoso quedar sujeto a pagar el 20% del valor del cheque, más la indemnización de perjuicios, además de las consecuencias [ya existentes] sobre la libertad”<sup>10</sup>.

Por lo anterior, al igual que el aumento en las penas privativas de la libertad, las multas que se proponen también aumentarían la desconfianza de los giradores en la utilización del cheque, desincentivando, igualmente, su utilización.

#### **Reporte a las entidades de riesgo.**

##### *Aspectos técnicos y de conducencia.*

Como se dijo, el proyecto de ley propone un párrafo para el artículo 248, el cual diría lo siguiente: “Quien sea condenado por la conducta establecida en el presente artículo tendrá como pena accesoria, su reporte a las centrales de riesgo y demás entidades de manejo de datos crediticios hasta por un término igual al de la pena principal” (Subrayado fuera de texto).

Como lo señala la Asobancaria, según este párrafo “el reporte a las centrales de riesgo es considerado como una pena accesoria, es decir, como una sanción adicional por el delito cometido”<sup>11</sup>.

Sin embargo, como lo señala tal entidad, “esta concepción dista mucho de lo que se ha considerado usualmente sobre el verdadero alcance del reporte a las centrales de riesgo. Tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina han señalado que los datos reportados y revelados en las centrales de riesgo no pueden entenderse como sanciones ni listas negras”<sup>12</sup>. Por el contrario, estas son “apenas una herramienta adicional en el análisis de crédito y de riesgo financiero, un elemento más que pueden considerar las instituciones financieras en la evaluación de riesgo de los negocios financieros y operaciones activas de crédito que celebren con sus clientes, pero que en ningún momento las obliga a adoptar una determinada posición al respecto”<sup>13</sup>.

En consecuencia, señala la Asobancaria, “cuando el proyecto de ley establece como pena accesoria del delito de emisión y transferencia ilegal de cheque el reporte a las centrales de riesgo de la persona condenada por dicho delito, desconoce la verdadera finalidad de estas entidades y, por consiguiente, del reporte a ellas: Recopilar, administrar y difundir información financiera y comercial para que los agentes del mercado (acreedores) cuenten con un elemento más de juicio que les permita sustentar sus decisiones con mayor conocimiento, en orden a minimizar los riesgos implícitos en toda concesión de crédito”. Por esto, “aceptar la propuesta tal y como está planteada perjudica el desarrollo y consolidación de las centrales de riesgo como uno de los instrumentos dentro de la política de lograr una mayor profundización en la prestación de los servicios financieros a la población en general”.

Así las cosas, “para la Asociación Bancaria sería conveniente que en el informe de ponencia para primer debate se excluya el parágrafo del artículo que modifica el 248 del Código Penal, por desconocer la naturaleza jurídica de los reportes a las centrales de riesgo y por el impacto negativo que tendría sobre estas y, por consiguiente, sobre el sector financiero”.

### **Conclusión final**

Desde el punto de vista político criminal, el aumento punitivo, la consagración adicionales sanciones económicas y el reporte a las centrales de riesgo para quienes emitan cheques sin suficiente provisión de fondos no tiene un adecuado sustento en la medida en que no logrará el objetivo central que preocupa al autor, cual es que el cheque “recupere su verdadera posición como documento valor digno de confianza y motor que dinamiza las transacciones comerciales en el país”.

Así mismo, las propuestas tampoco parecieran tener un adecuado soporte técnico. En primer lugar, el aumento de penas no atiende al principio de proporcionalidad de la pena consagrado en toda la estructura del Código Penal, lo cual, a su vez, conllevaría a desarticular el mismo. En segundo lugar, el monto de las nuevas multas no tiene un adecuado fundamento en términos de racionalidad económica. Y en tercer lugar, la consagración del reporte a las centrales de riesgo como pena accesoria desconoce la naturaleza jurídica de tales entidades.

Por último, el Derecho Penal no es el ordenamiento que puede solucionar todas las falencias que la sociedad encuentra en el curso de su desarrollo. El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho tiene un sustrato fundamental de mínima **ratio**, es decir, de último extremo de intervención, no de remedio los múltiples e importantes problemas a los que se enfrenta una sociedad, como lo sería la emisión ilegal de cheques. Por lo tanto, en el sistema penal colombiano, como sucede en todos los que rigen en Estados Sociales y Democráticos de Derecho, la privación de la libertad es la excepción, y no la regla.

### **Proposición**

Por las anteriores consideraciones, solicitamos a los miembros de la Comisión Primera del Senado de la República se archive el Proyecto de ley número 111 de 2005 Senado, *la cual se penaliza emisión o entrega de cheques sin suficiente provisión de fondos*.

De los señores Congresistas,

*Rafael Pardo Rueda,*  
Senador de la República, Ponente.