



**LA CORTE DECLARÓ FUNDADA LA OBJECCIÓN GUBERNAMENTAL A LA NORMA QUE PREVEÍA LA POSIBILIDAD DE CONTRATACIÓN DIRECTA POR EL ICBF DE LAS MADRES COMUNITARIAS Y FAMI, POR NO HABER EXISTIDO LA INICIATIVA DEL GOBIERNO NACIONAL EXIGIDA POR LA CONSTITUCIÓN PARA LA MODIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL. DE OTRA PARTE, DEVOLVIÓ A LA CÁMARA DE REPRESENTANTES EL EXPEDIENTE LEGISLATIVO, PARA QUE SE ENMIENDE EL VICIO DE PROCEDIMIENTO IDENTIFICADO A PARTIR DEL CUARTO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY RESPECTO DE LOS ARTS. 5 Y 6 DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECEN UN SUBSIDIO PERMANENTE A LA VEJEZ**

**I. EXPEDIENTE OG-158 - SENTENCIA C-110/19 (marzo 13)**  
M.P. Alejandro Linares Cantillo

**1. Normas objeto de revisión**

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 127 DE 2015 SENADO – 277 DE 2016 CÁMARA**

*Por medio de la cual se establecen lineamientos para el trabajo desarrollado por las personas que prestan sus servicios en los programas de atención integral a la primera infancia y protección integral a la primera infancia y protección integral de la niñez y adolescencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), sus derechos laborales, se establecen garantías en materia de seguridad alimentaria y se dictan otras disposiciones*

**CAPÍTULO I**

**Objeto de la ley, del servicio público de atención a la primera infancia y protección integral de la niñez y adolescencia, definiciones**

**Artículo 3º. Definiciones.**

[...]

3. Madres sustitutas. Son aquellas personas que prestan el servicio público de protección del ICBF a niños y niñas menores de 2 años que se encuentren en situación de abandono o vulnerabilidad psicoafectiva, nutricional, **económica** y social; a niños, niñas y/o adolescentes que se encuentran bajo una medida de protección provisional; a niños, niñas y/o adolescentes cuyos derechos se encuentren en peligro de ser afectados por encontrarse en **situación de discapacidad parcial o total**, porque padecen una enfermedad que requiere de tratamiento y cuidados especiales o porque estén en situación de desplazamiento.

[...]

**CAPÍTULO II**

**Reglas que rigen la relación laboral de las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras, naturaleza del vínculo contractual, subsidio a la vejez, sustitución de empleadores y reglamento de trabajo**

**Artículo 4º. Del vínculo contractual de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas y tutoras.** La vinculación contractual de las madres comunitarias y FAMI que prestan el servicio público de atención integral a la primera infancia en los Programas del ICBF será de carácter laboral y se adelantará **en forma directa con el ICBF o** mediante la contratación de las organizaciones conformadas por madres comunitarias, madres sustitutas, tutoras y FAMI. En todo caso, se deberá garantizar su vinculación con vocación de estabilidad laboral y contrato a término

indefinido, garantizando todas las prestaciones sociales y de seguridad social a las que tienen derecho.

Su remuneración no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente o proporcional al tiempo de dedicación al programa.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar descontará y pagará los aportes a seguridad social y prestaciones sociales a favor de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales sin que ello genere relación laboral alguna con la entidad retenedora.

[...]

**Artículo 5º. Subsidio permanente a la vejez.** Las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales que hayan prestado sus servicios al ICBF tendrán derecho a un subsidio permanente a la vejez, que se incrementará anualmente en el mismo porcentaje del salario mínimo mensual legal vigente, de la siguiente manera:

1. Quienes hayan laborado veinte (20) años o más en los programas de atención integral a la Primera Infancia, protección integral de la niñez y adolescencia del ICBF recibirán subsidio equivalente a un 95% de un salario mínimo mensual legal vigente.

2. Quienes hayan laborado más de diez (10) años y menos de veinte (20) años o más en los programas de atención integral a la Primera Infancia, protección integral de la niñez y adolescencia del ICBF recibirán un subsidio proporcional al tiempo laborado, que lo reglamentará el Gobierno nacional.

Parágrafo 1º. El subsidio permanente a la vejez, para efectos de la presente ley, es incompatible con la pensión de vejez e invalidez.

Parágrafo 2º. La modificación del monto y las condiciones del subsidio aplicarán para quienes ya son beneficiarias del mismo.

Parágrafo 3º. En caso de fallecimiento de la beneficiaria de un subsidio permanente a la vejez no podrá designarse sustituto del subsidio.

Parágrafo 4º. El Gobierno nacional garantizará la continuidad del servicio de salud a las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan

hecho tránsito a las modalidades integrales, que acceden al subsidio permanente a la vejez, dando continuidad a la misma Entidad Prestadora de Salud y respetando la libre elección; para tal fin el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar las identificará mediante listado censal que remitirá al Ministerio de Salud y Protección Social, manteniendo actualizada la información.

**Artículo 6°.** *Requisitos para acceder al subsidio permanente a la vejez.* Los requisitos para que las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales, accedan al subsidio permanente de vejez como mecanismo de protección serán los siguientes:

1. Ser colombiano.
2. Tener mínimo diez años (10) años laborados en los Programas de Atención Integral a la Primera Infancia, y del Programa de protección integral del ICBF.

3. Acreditar la condición de retiro como madre comunitaria, FAMI, sustituta y tutora de los Programas de Atención Integral a la Primera Infancia del ICBF.

4. Tener como mínimo 57 años para el caso de las mujeres y 62 años para los hombres.

5. No estar pensionado por vejez o invalidez.

6. No ser beneficiarias del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos.

Parágrafo. A las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales que no cumplan los requisitos para acceder al subsidio a la vejez y hayan laborado menos de diez (10) años, contados a partir del 29 de enero de 2003, en los Programas de Atención Integral a la Primera Infancia del ICBF y no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, el Estado le reconocerá el pago del valor actuarial del tiempo laborado, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 1737 del 2 de diciembre de 2014.

## 2. Decisión

**Primero.** Declarar **INFUNDADA** la objeción formulada por el Gobierno Nacional contra el artículo 3° del proyecto de ley bajo examen, por ineptitud sustantiva.

**Segundo.** Declarar **FUNDADA** la objeción formulada por el Gobierno Nacional contra el artículo 4° parcial del proyecto de ley bajo examen. En consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la expresión "*en forma directa con el ICBF d'*" de la referida disposición.

**Tercero.** Declarar **FUNDADA** la objeción formulada por el Gobierno Nacional contra los artículos 5° y 6° del proyecto de ley bajo examen. En consecuencia, **DEVUÉLVASE** a la Presidencia de la Cámara de Representantes el expediente legislativo con el fin de que tramite la subsanación del vicio de procedimiento identificado a partir del cuarto debate en la plenaria de dicha cámara legislativa.

Para el efecto, la plenaria de la Cámara de Representantes dispondrá de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, para que subsane el vicio detectado en esta providencia. En todo caso este término se contabilizará durante el lapso en el que la Cámara sesione de manera ordinaria.

Una vez cumplido dicho trámite, el Congreso de la República contará con el período restante de la legislatura para agotar el procedimiento legislativo que corresponda, esto es, hasta el 20 de junio de 2019.

## 3. Síntesis de los fundamentos

### 3.1. Sobre el cumplimiento de los requisitos para la formulación de las objeciones y su insistencia

La Corte constató que se cumplieron las condiciones constitucionales para la formulación de las objeciones gubernamentales y para la insistencia del Congreso en el proyecto de ley objetado. En efecto (i) el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público así como el Director del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social constituían Gobierno a efectos de impugnar la constitucionalidad de los artículos 3°, 4°, 5° y 6° del proyecto de ley y (ii) las objeciones fueron formuladas dentro del plazo establecido por la Constitución. A su vez, en el Congreso de la República se respetaron las reglas relacionadas con (iii) la publicación de las objeciones y el informe de insistencia elaborado por la comisión de senadores y representantes designados para el efecto; (iv) los anuncios para la votación del referido informe en ambas cámaras; y (v) la deliberación y votación de la insistencia, en un término no superior a dos legislaturas.

El Gobierno Nacional presentó varias objeciones en contra de los artículos 3°, 4°, 5° y 6° del proyecto de ley referido. Las conclusiones adoptadas fueron las siguientes:

**a. Es infundada por ineptitud sustancial la objeción formulada en contra del artículo 3º del proyecto de ley, por la violación del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (art. 44)**

La Corte consideró que no es cierto que de la definición de madres sustitutas contenida en el artículo 3º del proyecto de ley se derive una regla según la cual la situación económica o de discapacidad parcial o total de los niños, niñas y adolescentes, sean circunstancias que justifiquen, por sí solas, la ubicación del menor en un hogar sustituto. Esa conclusión se opone (i) a la lectura integral del artículo cuestionado, (ii) a su interpretación conjunta con las prescripciones de la Ley 1098 de 2006 y (iii) a la jurisprudencia de este Tribunal en relación con las competencias de las autoridades públicas en materia de protección del menor. En consecuencia, la impugnación gubernamental carece de aptitud sustancial.

**b. Es fundada la objeción formulada en contra del artículo 4º del proyecto de ley, debido a la infracción de la regla de iniciativa gubernamental exclusiva en materia de modificación de la estructura de la administración nacional (art. 154)**

La Corte estableció que la regla establecida en ese artículo, de conformidad con la cual la vinculación contractual de las madres comunitarias y FAMI será de carácter laboral y se podrá adelantar directamente por el ICBF, incide en alto grado en la estructura de la administración nacional y, en consecuencia, debía estar precedida de la iniciativa gubernamental según lo establecido por el artículo 154 de la Constitución. En efecto, la medida (i) tendría un impacto significativo en la gestión, organización y administración del ICBF, al tiempo (ii) que atribuye, de hecho, al ICBF, una nueva función bajo su responsabilidad directa que no tiene capacidad de atender. Encontró este Tribunal que el proyecto no fue presentado por el Gobierno y que la regla objetada tampoco contó con el aval gubernamental en el curso de los debates legislativos.

Precisó la Sala Plena que la decisión adoptada no afecta, en modo alguno, el régimen de vinculación actualmente vigente para las madres a las que se refiere el proyecto de ley.

**c. Es fundada la objeción formulada en contra de los artículos 5º y 6º del proyecto de ley, debido a la infracción de los artículos 48 y 334 Superiores -que reconocen la sostenibilidad financiera y fiscal respectivamente- debido al incumplimiento de las cargas deliberativas respecto del impacto fiscal advertido por el Gobierno Nacional en el curso del proceso legislativo.**

Encontró la Corte que en el curso de aprobación de los artículos 5º y 6º se desconocieron los artículos 48 y 334 Superiores -que reconocen la sostenibilidad financiera y fiscal respectivamente- debido al incumplimiento de las cargas deliberativas del Congreso respecto del impacto fiscal que tendría la aprobación de tales artículos. La regla orgánica del artículo 7 de la Ley 819 de 2003 implica que una vez presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público el concepto de impacto fiscal, se activa una obligación del Congreso de *estudiarlo y discutirlo*. El incumplimiento de esa obligación da lugar a un vicio de inconstitucionalidad.

Estimó la Corte que, por regla general, el control de la validez constitucional de una medida legislativa cuando se alega la infracción del principio de sostenibilidad financiera o fiscal debe encaminarse a verificar si en el proceso de discusión en el Congreso se cumplieron condiciones de deliberación suficientes. Ello impone determinar si en el trámite dirigido a tomar las decisiones legislativas, fueron considerados de manera pública e informada los efectos fiscales, valorando los gastos que se desprenden de las medidas adoptadas y los instrumentos o mecanismos para asumirlos.

En el caso analizado y según las pruebas del caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió el concepto sobre el impacto fiscal del subsidio permanente a la vejez antes de publicarse el informe ponencia para el cuarto debate. No obstante, no fue considerado, ni en el informe de ponencia del cuarto debate, ni durante las deliberaciones subsiguientes.

Para la Corte el vicio de procedimiento es subsanable dado que se produjo cuando se habían adelantado las etapas centrales del proceso legislativo, y no afectó los derechos que protegen

a las minorías. En consecuencia, dispuso remitir el proyecto de ley a la presidencia de la Cámara de Representantes con el fin de que se subsane. Así, señaló que deberá estudiarse y discutirse el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, seguidamente, propiciar una deliberación pública, particular y explícita sobre el impacto fiscal de la reforma propuesta, su concordancia con el marco fiscal de mediano plazo y las posibles fuentes de financiación.

#### **4. Salvamentos parciales y reservas de aclaración**

Respecto de la decisión de declarar fundada la objeción en contra del artículo 4º del proyecto de ley salvaron el voto la Magistrada **Diana Fajardo Rivera** y los Magistrados **Antonio José Lizarazo Ocampo** y **Alberto Rojas Ríos**.

La Magistrada **Fajardo Rivera** (i) se apartó de la decisión de declarar fundada la objeción formulada por el Gobierno Nacional contra el artículo 4º parcial del Proyecto de Ley en estudio, porque, en su concepto, el Congreso de la República no desconoció la regla de la iniciativa gubernamental, y (ii) se reservó aclaración de voto.

Consideró que la orientación de la mayoría sobre el artículo 4º del proyecto de ley objetado partió de dos premisas controvertibles, referidas, la primera, al contenido normativo que se asignó al apartado cuestionado y, la segunda, al alcance de la potestad de *determinar la estructura de la Administración Nacional*. En su concepto, el Legislador reguló dos posibilidades de vinculación laboral para las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas y tutoras, una de las cuales recayó en la contratación directa por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. No obstante, tal habilitación no ocasionaba, como dio por sentado la mayoría, efectos inmediatos en la organización del referido Instituto. El Legislador no desconoció las competencias constitucionales de la Rama Ejecutiva del Poder Público y, por lo tanto, la realización de esta posibilidad y sus términos eran reservados a regulación posterior, en el marco competencial previsto ordinariamente. Por este motivo, sostuvo la Magistrada disidente, no era predicable el quebrantamiento de los artículos 150.7 y 154 de la C.P., máxime cuando la actividad interpretativa sobre la iniciativa legislativa Gubernamental se guía por un criterio restrictivo, al interferir directamente en el margen de configuración conferida, en Democracia, al Congreso de la República.

En el mismo sentido, el Magistrado **Lizarazo Ocampo** consideró que la objeción gubernamental respecto del artículo 4º no debía prosperar, por cuanto se limitaba a establecer dos alternativas de vinculación laboral que no necesariamente afectaban la estructura del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y por lo tanto, no se necesitaba de la iniciativa del Gobierno Nacional para la presentación de esta normatividad. No obstante, si en gracia de discusión se considerara que esta disposición modifica la estructura de la administración nacional, el Magistrado observó que no se requería de una ley para ello, toda vez que corresponde a una facultad del Ejecutivo conforme lo prevé el artículo 189.16 de la Constitución. En relación con la estructura de la administración nacional, debía tenerse en cuenta que existen dos competencias distintas: de un lado, la facultad de determinar la estructura de la administración, que corresponde al Congreso de la República, mediante la creación, eliminación o fusión de entidades, según lo prevé el artículo 150.7 de la Carta y de otra parte, la competencia del Gobierno para modificar la estructura de las entidades de la administración nacional conferida por el artículo 189.16 constitucional. Por consiguiente, la objeción formulada ha debido ser declarada infundada.

Por su parte, el Magistrado **Rojas Ríos** salvó parcialmente su voto en relación con la decisión mayoritaria que declaró la inconstitucionalidad de la expresión "*en forma directa con el ICBF*" que hace parte del artículo 4º del proyecto de ley objetado. Explicó, en punto de las consideraciones formales, que el proyecto de ley contó con el aval del Gobierno Nacional, a través de la Ministra del ramo, esto es la de Trabajo y Seguridad Social, que de manera clara participó en los debates y era quien tenía una conexión temática más intensa que la del Ministro de Hacienda.

Recordó que la jurisprudencia constitucional es pacífica en cuanto a que aval gubernamental puede producirse tanto de manera expresa -sin que exista una fórmula sacramental para manifestarlo- como también de forma tácita, por medio de menciones que se hayan hecho por

el Gobierno durante el trámite legislativo, las cuales quedan incorporadas en las ponencias respectivas, como signo de su participación y aquiescencia. Así, cuando un Ministro participa en la sesión correspondiente y no se opone al trámite, tal como quedó acreditado en el presente caso, no es plausible desconocer que se contaba con la aceptación para adelantar el trámite legislativo y para ello recordó lo indicado en las decisiones C-266 de 1995, C-032 de 1996, C-177 de 2007, C-593 de 2014 y C-663 de 2011.

Acotó que de acuerdo con el texto de la sentencia, que remitía a las actas de la Cámara de Representantes, la Ministra de Trabajo, con claridad destacó *"finalmente quiero terminar señor Presidente y Honorables miembros de la Comisión Séptima de la Cámara, ofreciendo todo el respaldo, todo el apoyo del Ministerio de Trabajo, de sus equipos técnicos en el análisis técnico de la ley"*, pese a lo cual, la mayoría entendió insatisfechas las exigencias de obtención del aval, en contravía del precedente.

En todo caso, en relación con la modificación de la estructura de la administración, el Magistrado **Rojas Ríos** precisó que, en decisiones jurisprudenciales anteriores (C-869 de 2003, C-784 de 2004, C-350 de 2004, C-663 de 2013) la Corte entendió que la inclusión de empleados a la planta de personal no modificaba la estructura de la administración y enfatizó que la proposición normativa planteaba dos escenarios a saber, la contratación directa, o a través de terceros, lo cual era sujeto a la decisión de la administración, es decir que no podía sostenerse la alteración de las plantas de personal. Además, indicó que las demás razones que incorpora la sentencia, para excluir el apartado de contratación directa son de inconveniencia, que no de inconstitucionalidad, en tanto el número de mujeres, madres comunitarias, que se encuentran actualmente vinculadas al programa o que han estado en él, no puede ser utilizado como argumento para validar la ley.

A su vez, respecto de las consideraciones en las que se fundamentó la decisión de declarar fundada la objeción en contra de los artículos 5º y 6º, se reservaron la presentación de aclaraciones de voto las Magistradas **Diana Fajardo Rivera** y **Gloria Stella Ortiz Delgado** y el Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez**.