

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

OBJECIONES PRESIDENCIALES

OBJECIONES PRESIDENCIALES AL 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 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.

OFI17-00005289 / JMSC 110200

Bogotá, D. C., viernes, 20 de enero de 2017

Doctor

MAURICIO LIZCANO ARANGO

Presidente

Senado de la República

Ciudad

Asunto: 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 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.

Respetado doctor:

Sin la correspondiente sanción ejecutiva, y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 165, 166 y 167 de la Constitución, el Gobierno nacional devuelve el proyecto de ley de la referencia por los motivos de inconstitucionalidad e inconveniencia que se explican a continuación.

1. Artículo 2°. Del servicio público de atención a la Primera Infancia, protección Integral de la niñez y adolescencia

Este artículo dispone que la atención integral a la Primera Infancia es un servicio público que puede ser prestado por el Estado o por los particulares constituidos como personas jurídicas sin ánimo de lucro, que reúnan los requisitos establecidos por el ICBF, mediante la suscripción de contratos de aporte, de conformidad con lo señalado en la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen o sustituyan.

Así mismo, prevé que “El servicio público de Atención a la Primera Infancia tiene como finalidad garantizar el desarrollo integral de los derechos prevalentes e inalienables de los niños y niñas de 0 a 5 años de edad pertenecientes a los niveles de Sisbén 1, 2 y 3 de la población en forma regular y continua, de conformidad con el régimen jurídico especial que para tal efecto expida el Gobierno nacional”.

Objeciones de inconveniencia:

1. La definición de la atención integral a la primera infancia como un “servicio público” restringe sin justificación el concepto desarrollado sobre esa misma noción en la recientemente expedida Ley 1804 de 2016:

“Artículo 4°. *Definiciones.* Para efectos de la presente ley se presentan dos tipos de definiciones basadas en los acuerdos y desarrollos conceptuales de la política: conceptos propios de la primera infancia y conceptos relativos a la gestión de la política.

d) Atención integral: Es el conjunto de acciones intersectoriales, intencionadas, relacionales y efectivas encaminadas a asegurar que en cada uno de los entornos en los que transcurre la vida de los niños y niñas, exista las condiciones humanas, sociales y materiales para garantizar la promoción y potenciación de su desarrollo. Estas acciones son planificadas, continuas y permanentes. Involucran aspectos de carácter técnico, político, programático, financiero y social, y deben darse en los ámbitos nacional y territorial”.

Tal como se observa, el artículo propuesto reduce la atención integral a la primera infancia a un único servicio. Por el contrario, en la Ley 1804 de 2016, la atención integral a la primera infancia constituye una política de Estado –denominada De Cero a Siempre–, la cual se desarrolla mediante las acciones de los distintos sectores, entidades y niveles de gobierno, en función de garantizar el desarrollo integral de los niños y niñas.

2. El artículo 2° del proyecto de ley, al indicar que la atención integral a la primera infancia “puede ser prestad[a] por el Estado o por los particulares constituidos como personas jurídicas sin ánimo de lucro, que reúnan los requisitos establecidos por el ICBF”, limita este “servicio” a su prestación directa por el ICBF y a la contratación que realice esta entidad para tal fin con las asociaciones de padres o madres comunitarias.

Lo anterior excluye inconvenientemente a otro tipo de entidades actualmente autorizadas para prestar servicios de atención integral a la primera infancia. Así, por ejemplo, las cajas de compensación familiar prestan servicios de atención integral a la primera infancia mediante los programas que se ejecutan a través del Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria (Foninez), sin necesidad de autorización del ICBF, en razón de lo dispuesto en el artículo 16, numeral 8, de la Ley 789 de 2002¹ y en el Decreto 1729 de 2008, compilado en el Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo².

Así mismo, es preciso tener en cuenta que de conformidad con lo prescrito en la Ley 1804 de 2016, la educación inicial forma parte de la atención integral a la primera infancia y puede ser ofrecida por las personas naturales y jurídicas, oficiales y privadas, de acuerdo con los referentes técnicos expedidos por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco de la política pública De Cero a Siempre³.

¹ Artículo 16, numeral 8, de la Ley 789 de 2002: “Funciones de las Cajas de Compensación. El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 se adiciona, con las siguientes funciones: (...) || 8. Créase el Fondo para la Atención Integral de la Niñez y jornada escolar complementaria. Como recursos de este fondo las Cajas destinarán el porcentaje máximo que les autoriza para este fin la Ley 633 de 2000 y mantendrán para gastos de administración el mismo porcentaje previsto en dicha norma para FOVIS”.

² Artículo 2.2.7.6.2 del Decreto 1072 de 2015: “Los programas que se ejecuten a través del Foninez, deberán atender a la población más pobre y vulnerable, así: || Programas de Atención Integral de la Niñez, beneficiarán a los niños y niñas desde los cero (0) hasta los seis (6) años de edad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. || Programas de Jornada Escolar Complementaria, beneficiarán a los niños, niñas y jóvenes que estén matriculados en algún grado del nivel de educación básica y media en un establecimiento educativo. || Los programas deberán priorizar la atención a los niños, niñas y jóvenes de los niveles I y II del Sisbén o en situación de exclusión social o vulnerabilidad, haciendo especial énfasis en aquellos que se encuentran en condición de discapacidad o desplazamiento. Por tratarse de población pobre y vulnerable, en estos programas no deberá cobrarse ninguna cuota a los beneficiarios”.

³ Artículo 5° de la Ley 1804 de 2016: “La educación inicial es un derecho de los niños y niñas menores de seis (6) años de edad. Se concibe como un proceso educativo y pedagógico intencional, permanente y estructurado, a través del cual los niños y las niñas” desarrollan su potencial, capacidades y habilidades en el juego, el arte, la literatura y la exploración del medio, contando con la familia como actor central de dicho proceso. || Su orientación política y técnica, así como su reglamentación estarán a cargo del Ministerio de Educación Nacional y se hará de acuerdo con los principios de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre. || La reglamentación será de obligatorio cumplimiento para toda la oferta oficial y privada, nacional y territorial y definirá los aspectos relativos a la prestación, inspección, vigilancia y control de este derecho y proceso”.

LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

Informa que como lo dispone el Decreto número 53 de enero 13 de 2012, artículo 3°, del Departamento Nacional de Planeación, a partir del 1° de junio de 2012 los contratos estatales no requieren publicación ante la desaparición del Diario Único de Contratación Pública.

DIARIO OFICIAL

Fundado el 30 de abril de 1864
Por el Presidente **Manuel Murillo Toro**
Tarifa postal reducida No. 56

DIRECTOR: **JAIME OSWALDO NEIRA LA TORRE**

MINISTERIO DEL INTERIOR

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

JAIME OSWALDO NEIRA LA TORRE

Gerente General

Carrera 66 N° 24-09 (Av. Esperanza-Av. 68) Bogotá, D. C. Colombia
Conmutador: PBX 4578000.

e-mail: correspondencia@imprensa.gov.co

3. El artículo objetado establece en forma equivocada que el desarrollo integral se predica de “los derechos prevalentes e inalienables de los niños y niñas de 0 a 5 años”, cuando lo adecuado hubiese sido disponer que el desarrollo integral se afirma respecto de los sujetos beneficiarios, no así de sus derechos.

Sobre este mismo punto corresponde resaltar lo inconveniente que es señalar que el “servicio” de atención integral a la primera infancia estará dirigido solamente a los niños y niñas de 0 a 5 años de edad pertenecientes a los niveles de Sisbén 1, 2 y 3 de la población, pues con esto se desconoce que el derecho al desarrollo integral en la primera infancia es universal, por lo que es exigible por todos los niños y las niñas, independientemente de su condición socioeconómica.

Ahora bien, aunque, dada la restricción de recursos, es necesario focalizar la aplicación de la política, se hace necesario incluir para el efecto factores adicionales a la clasificación en el Sisbén, tal y como lo prevé el artículo 6° de la Ley 1084 de 2016.

Dicha ley señala que la focalización de la población a ser atendida de forma prioritaria con los recursos oficiales de carácter nacional o local debe realizarse de manera concertada entre las autoridades gubernamentales del orden nacional y local en los escenarios del Consejo de Política Social municipal y departamental, en consonancia con el análisis de la situación de derechos y de servicios consignado en la RIA (Ruta Integral de Atenciones). Esta focalización se hará teniendo en cuenta como mínimo los siguientes criterios: la vulnerabilidad de los niños y niñas, las brechas sociales y económicas de los ciudadanos, la población en condición de discapacidad, la pobreza rural, la población afectada por el conflicto armado y la pertenencia a grupos étnicos.

2. Artículo 3°. Definiciones

Este artículo define los conceptos de Madres Comunitarias, Madre FAMI, Madres Sustitutas y Madres Tutoras.

Respecto de las Madres Sustitutas, el numeral 3 dispone que son aquellas personas que prestan el servicio público de protección del ICBF a niños y niñas menores de dos años que se encuentren en “situación de abandono o vulnerabilidad psicoafectiva, nutricional, económica y social; (...) 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”—se destaca—.

Objeción de inconstitucionalidad:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y 59 de la Ley 1098 de 2006, la ubicación en un hogar sustituto es una medida para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, que consiste en la ubicación del menor en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.

En virtud del artículo 44 de la Constitución, a cuyo tenor los niños son titulares del derecho a tener una familia y no ser separados de ella, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la situación económica de la familia no es una razón para separar de ella a los menores. Sobre este punto, en la Sentencia T-773 de 2015, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional afirmó que “no puede considerarse como un riesgo insuperable las circunstancias económicas o sociales a partir de las cuales se generen dificultades en el cuidado de los menores”.

De hecho, el artículo 56 de la Ley 1098 de 2006 ya preceptúa que “Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos”.

En similar sentido, la situación de discapacidad no constituye un fundamento suficiente para separar a un menor de su familia, pues esa sola situación no genera una vulneración de derechos. Más allá de esto, son las deficiencias, limitaciones y restricciones del entorno social las que pueden afectar los derechos de quien padece la discapacidad e impedirle su pleno desarrollo.

3. Artículo 4°. Del vínculo contractual de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas y tutoras

Este artículo establece:

“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.

Parágrafo 1°. Quienes acrediten haber prestado sus servicios como madres comunitarias, FAMI, tutoras, sustitutas y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales, en los programas de atención integral a la primera infancia, protección integral de la niñez y adolescencia, del ICBF serán tenidas en cuenta de forma preferente para la vinculación de personal a las estrategias de educación inicial y atención integral de primera infancia que adelanten los entes territoriales, de conformidad con sus competencias constitucionales y legales.

Parágrafo 2°. El Gobierno nacional diseñará e implementará con la participación de las que hacen parte de los programas de protección integral de la niñez y adolescencia del ICBF el mecanismo para materializar su vinculación laboral y formalizar sus derechos laborales y seguridad social.

Parágrafo 3°. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) garantizará los recursos para el cumplimiento del contrato a término indefinido, a través de la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 819 de 2003, el cual deberá ser tramitado ante el Confis”.

Objeción de inconstitucionalidad:

El proyecto de ley establece que la vinculación laboral de las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras será de carácter laboral y se adelantará en forma directa con el ICBF o mediante la contratación de las organizaciones conformadas por estas mismas. Así mismo, dispone que esta vinculación se debe realizar mediante contrato a término indefinido y con vocación de estabilidad laboral. Más adelante prescribe como una obligación a cargo del ICBF el descontar y pagar los aportes a seguridad social y prestaciones sociales a favor de las madres, sin que ello genere relación laboral con la entidad retenedora.

En el caso de la contratación directa con el ICBF, no cabe duda de que este artículo modifica la estructura de la administración nacional, en particular del ICBF. Esto resulta contrario a lo preceptuado en los artículos 150, numeral 7, y 154 de la Constitución, normas que prescriben que las leyes que determinan la estructura de la administración nacional solo pueden ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno nacional.

En efecto, el citado artículo 150 Superior dispone:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”—se destaca—.

A su turno, el artículo 154 prescribe:

“Artículo 154. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a), b) y e), del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”—se destaca—.

Así, la facultad conferida en el citado numeral 7 del artículo 150 de la Constitución al Congreso de la República no puede ser ejercida de manera autónoma, pues es necesario que el Gobierno nacional participe en la expedición o reforma de leyes relacionadas con la estructura de la administración nacional, toda vez que, por mandato del artículo 154 Superior, en esta materia tiene exclusividad en la iniciativa legislativa.

Respecto de estas normas, en la Sentencia C-663 de 2013, la Corte Constitucional afirmó que “la función de determinar la estructura de la administración nacional, no comprende únicamente la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, sino que comprende proyecciones mucho más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines del control⁴, así como también regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras⁵” –se destaca–

De este modo, queda claro que la estructura orgánica de una entidad administrativa se refiere a todos los elementos que integran el órgano, debiendo considerarse allí incluido lo relacionado con el elemento humano que lo conforma, es decir, los empleados y funcionarios que ponen al servicio del ente público su trabajo.

Ahora bien, en relación con el ejercicio de la potestad de iniciativa legislativa exclusiva del Gobierno, la Corte ha sostenido que no es indispensable que esta se manifieste en la presentación inicial del proyecto ante el Congreso, “sino que también puede ser expresada mediante el consentimiento o aquiescencia que el Ejecutivo imparte a los proyectos que, en relación con esas mismas materias, se estén tramitando en el órgano legislativo, aun cuando no hayan sido presentados por el Ejecutivo⁶”.

Sobre el particular, esa Corporación ha señalado que el consentimiento del Gobierno nacional a los proyectos de ley que son de su iniciativa exclusiva se expresa mediante el “aval” expreso o tácito que efectúen los ministros que tengan una relación directa con el tema que trata la iniciativa⁷.

En aplicación de lo anterior, se debe aclarar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público –Cartera que cuyas funciones tienen una relación temática directa con el proyecto de ley, dado su impacto sobre las finanzas públicas–, se opuso al trámite de esta iniciativa, pues en dos oportunidades rindió concepto negativo sobre este proyecto de ley, advirtiendo el impacto fiscal de las medidas adoptadas, particularmente de la vinculación laboral directa de las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras al ICBF, del subsidio de vejez y del otorgamiento de educación gratuita para ellas⁸ –argumentos que serán retomados en las objeciones por inconveniencia sobre este mismo artículo–.

De esta forma, queda demostrado que el artículo 4° del proyecto de ley de la referencia, el cual modifica la estructura del ICBF, no fue presentado a iniciativa del Gobierno nacional ni este avaló su trámite y que, por tanto, se encuentra viciado de inconstitucionalidad⁹.

Objeciones de inconveniencia

1. El programa de Hogares Comunitarios de Bienestar hace parte del servicio público de bienestar familiar y se fundamenta en lo previsto en los artículos 5°, 42 y 44 de la Constitución Política¹⁰. La vinculación de las madres comunitarias y FAMI a este programa se encuentra regulado en el artículo 4° del Decreto 1340 de 1995, así:

⁴ Sentencia C-299 de 1994.

⁵ Sentencias C-121 de 2003, C-784 de 2004, C-452 de 2006, C-177 de 2007, entre otras.

⁶ Sentencias C-663 de 2013 y C-177 de 2007.

⁷ Sentencia C-663 de 2013: “De conformidad con la jurisprudencia, el aval puede otorgarse: (i) Expresamente, Aunque no existe una fórmula sacramental para manifestarlo, el consentimiento debe encontrarse probado dentro del trámite legislativo. (ii) Tácitamente, cuando no existe una prueba escrita del aval dado por el Gobierno a una determinada disposición durante el trámite legislativo, evento en el cual, se tendrá en cuenta la mención que al respecto se haya hecho en las ponencias respectivas. Por ejemplo, se ha entendido que se ha otorgado el aval cuando en el expediente legislativo consta la presencia del Ministro en la sesión correspondiente y no existen en dicho trámite elementos que contradigan el otorgamiento del aval. || Por otro lado, respecto de quién debe otorgar el aval, la Corte ha sostenido que este solo puede ser concedido por los ministros o por quien haga sus veces, y siempre y cuando sus funciones tengan alguna relación temática o conexión con el proyecto de ley. Adicionalmente, este Tribunal ha dicho que la coadyuvancia debe presentarse ante la cámara donde se esté tramitando y manifestarse antes de la aprobación del proyecto en las plenarios”.

⁸ La carta de comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al texto aprobado en tercer debate al Proyecto de ley número 127 de 2015 Senado – 277 de 2016 Cámara fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 952 del 2 de noviembre de 2016. En los folios 172 a 180 del expediente obra la comunicación remitida el 17 de agosto de 2016 por la misma Cartera a la Cámara de Representantes.

⁹ Al analizar la objeción presentada por el Presidente de la República a una ley que se debió tramitar a iniciativa del Gobierno nacional, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1707 de 2000, declaró la inexistencia de la norma considerado lo siguiente: “(...) cuando la iniciativa legislativa radique en el Gobierno Nacional y este no la ejerza ni la convalide –en los casos en que haya tenido lugar a instancia de otros actores políticos–, los proyectos de ley que tramite el Congreso de la República resultan contrarios a la Constitución Política, pues contravienen la exigencia contenida en su artículo 154 inciso 2 que le restringe al Parlamento la competencia para comenzar a su arbitrio, el proceso formativo de leyes que desarrollen las materias previstas en el dispositivo citado”.

¹⁰ “Artículo 5°. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

“Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (...) || El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”.

“Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. || La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. || Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

“La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de hogares de bienestar mediante trabajo solidario, constituye contribución voluntaria por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradores del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen” –se destaca–.

Con base en lo indicado anteriormente, es claro que la madre comunitaria en ningún momento recibe salario de parte del ICBF por la labor realizada, pues la contribución económica o “beca” que hace esta entidad para el desarrollo del programa de hogares comunitarios es un dinero para atender única y exclusivamente los gastos del programa (artículo 1° del Decreto 2019 de 1989).

Así mismo no existe una relación de subordinación de las madres frente al Instituto, en la medida en que este se limita a brindar la asistencia técnica y a impartir las directrices generales para la ejecución del programa. En consecuencia, la vinculación laboral de las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras al ICBF supondría un desconocimiento de la naturaleza y características del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar¹¹, así como del rol del Instituto en la ejecución del programa.

2. No obstante, es preciso aclarar que en la actualidad las madres comunitarias se encuentran vinculadas laboralmente a las entidades administradoras del servicio del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

En efecto, el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, reglamentado por el Decreto 289 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo¹², dio lugar a la formalización laboral de las madres comunitarias y aseguró para las madres sustitutas la entrega de una bonificación equivalente al salario mínimo. Esto, mediante la vinculación laboral de las Madres Comunitarias y FAMI con las entidades administradoras del servicio del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

El citado artículo establece:

“Durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas.

La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa. Las madres sustitutas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del 2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes”.

Así, desde el año 2014, las madres comunitarias gozan de protección laboral mediante su vinculación con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar a través de contratos laborales, lo que genera las garantías mínimas previstas en la legislación laboral colombiana, contenidas de manera especial en el Código Sustantivo de Trabajo.

De acuerdo con la información que maneja el Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹³, para la aplicación de la Ley 1607 de 2012, en el año 2016 se destinaron alrededor de \$700 mil millones para cubrir 58.472 madres comunitarias y madres FAMI con todos los factores prestacionales, y \$45.512 millones para el cubrimiento de la beca y los subsidios de 5.501 madres sustitutas y tutoras, para un total de \$745.951 millones, los cuales se discriminan según la modalidad del hogar comunitario de la siguiente manera:

Modalidad	Personas	Costo Anual
Madres Comunitarias tradicionales	48.311	\$606.038
Madres Comunitarias FAMI	10.161	\$94.401
Madres Sustitutas	5.295	\$43.808
Madres Tutoras	206	\$1.704
TOTAL	63.973	\$745.951

Según la información suministrada por el ICBF¹⁴, la vinculación laboral de las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras con esa entidad implicaría que pasaría de tener 6.000 servidores públicos a 61.000.

Si se interpreta que las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras se vincularán al ICBF como empleadas públicas, esto supone que entrarían a recibir beneficios adicionales bajo el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional –que es más amplio que el orden privado (CST). La calidad de empleadas públicas les daría derecho a recibir el pago, entre otros, de una prima de vacaciones y de bonificación por cada año de servicios prestados, según lo previsto en los Decretos-ley 1042 y 1045 de 1978, así como todas las asignaciones básicas mensuales previstas en la Ley 4ª de 1992.

¹¹ Resolución 776 de 7 de marzo de 2011, expedida por la Directora General del ICBF, y su documento anexo, publicados en el *Diario Oficial* número 48188 de 10 de septiembre de 2011.

¹² Sección 5, Capítulo 6, Título 1, Parte 2, Libro 2.

¹³ Supra n.º 8.

¹⁴ Oficio remitido a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República el 11 de enero de 2017.

En este aspecto, la presente iniciativa no atiende a lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000¹⁵, que estableció límites estrictos a los gastos de personal, ni a lo señalado en el artículo 17 de la Ley 1769 de 2015¹⁶, que fijó el procedimiento a seguir para la modificación de plantas de personal.

Sobre este punto, es preciso tener en cuenta que la formalización laboral de las madres sustitutas y tutoras en los mismos términos que actualmente se encuentran las madres comunitarias tendría un costo de \$69.309 millones, lo que implicaría un incremento del presupuesto en \$23.797 millones.

De este modo, la vinculación directa al ICBF en calidad de empleadas implicaría un aumento del presupuesto de alrededor de \$1.041.185 millones, es decir, de \$271.437 millones adicionales. Así, la vinculación laboral directa con el ICBF contenida en el artículo 4° del proyecto de ley representa \$295.234 millones adicionales, que no se tienen presupuestados actualmente, y que constituirían un gasto recurrente a partir de su aprobación.

Ahora bien, si por el contrario se interpreta el artículo 4° del proyecto de ley en el sentido de que las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras se vincularán al ICBF en calidad de trabajadoras oficiales, esto implicaría erogaciones del orden de \$769.748 millones.

En este sentido, esta disposición resulta inconveniente e innecesaria dado que la legislación actual en esta materia ya permite que las madres comunitarias tengan formalización laboral, mediante los hogares comunitarios. De igual forma, como ya se dijo, las madres sustitutas gozan de una beca equivalente a un salario mínimo proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes.

3. Según se dijo en precedencia, es posible interpretar el artículo 4° del proyecto de ley en dos sentidos.

Si la norma es interpretada en el sentido de que las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y turas se vincularán al ICBF en calidad de trabajadoras oficiales—en la medida en que el artículo establece que “en todo caso, se deberá garantizar su vinculación con vocación de estabilidad laboral y contrato a término indefinido”—, corresponde señalar que la norma no tiene en cuenta que de conformidad con el Decreto 1848 de 1969, los trabajadores oficiales son los que prestan sus servicios mediante un contrato de trabajo, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, en una empresa industrial y comercial del Estado o en una sociedad de economía mixta¹⁷.

Es claro que los supuestos indicados no tienen relación con las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras, por cuanto estas no prestan sus servicios en la construcción y sostenimiento de las obras públicas y el ICBF es un establecimiento público (artículo 50 Ley 75 de 1968).

Lo anterior es importante porque en concordancia con el artículo 4° del Código Sustantivo del Trabajo, las relaciones de derecho individual del trabajo de los trabajadores oficiales no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que rigen a las empresas o sociedades para las cuales trabajen.

Es evidente que el ICBF, al no ser una empresa industrial y comercial del Estado o en una sociedad de economía mixta, sino un establecimiento público, no cuenta con estatutos. Esta entidad, dada su naturaleza, se rige por las normas sobre estructura, planta de personal y función pública dictadas con este fin, las cuales, en atención justamente a dicha naturaleza, solo prevén la vinculación laboral de carácter legal y reglamentaria, es decir, la de empleados públicos¹⁸.

¹⁵ “Artículo 92 de la Ley 617 de 2000: Control a gastos de personal. Durante los próximos cinco (5) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, el crecimiento anual de los gastos de personal de las Entidades Públicas Nacionales no podrá superar en promedio el noventa por ciento (90%) de la meta de inflación esperada para cada año, según las proyecciones del Banco de la República. A partir del sexto año, estos gastos no podrán crecer en términos reales”.

¹⁶ “Artículo 17. La solicitud de modificación a las plantas de personal requerirá para su consideración y trámite, por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General del Presupuesto Público Nacional, los siguientes requisitos: || 1. Exposición de motivos. || 2. Costos comparativos de las plantas vigente y propuesta. || 3. Efectos sobre los gastos generales. || 4. Concepto del Departamento Nacional de Planeación si se afectan los gastos de inversión. || 5. Y los demás que la Dirección General del Presupuesto Público Nacional considere pertinentes. || El Departamento Administrativo de la Función Pública aprobará las propuestas de modificaciones a las plantas de personal, cuando hayan obtenido concepto o viabilidad presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General del Presupuesto Público Nacional”.

¹⁷ “Artículo 3°. Trabajadores oficiales. Son trabajadores oficiales los siguientes: || a) Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del artículo 1° de este decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras; y || b) Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”.

¹⁸ El ICBF fue creado por la Ley 75 de 1968, como un establecimiento público de orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se reorganiza conforme a lo dispuesto en la Ley 7ª de 1979 y el Decreto 2388 de 1979. Por lo tanto, por ser establecimiento público de orden nacional, su planta de personal está conformada por servidores públicos vinculados a través de acto administrativo, nombrados por resoluciones y tomando la debida posesión. Por su naturaleza jurídica, en la actualidad no tiene en su planta de personal trabajadores oficiales, ya que su objeto, de acuerdo a la Ley 7ª de 1970 y los Decretos 2388 de 1979—compilado en el Decreto 1084 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación— y 1137 de 1999, es propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos.

Como es apenas obvio, las normas sobre estructura y planta de personal no podrían aplicarse a las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras, si se entiende que estas tendrán la calidad de trabajadoras oficiales.

Ahora bien, si se considera que lo que realmente señala la norma es que las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras se vincularán al ICBF como empleadas públicas, ello daría lugar a la aplicación del artículo 125 de la Constitución a cuyo tenor “Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”.

En este sentido, adicional a la ampliación de la planta de personal, sería necesario realizar un concurso público para elegir a las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras que prestan sus servicios. Desde esta perspectiva, no podría entenderse que las personas que actualmente desempeñan esta labor se vincularán de manera automática al servicio público, pues ello, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009, contradice la Constitución.

En la citada sentencia, la Corte sostuvo:

“[S]e quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un período largo de tiempo”.

Lo anterior pone de presente la manera en que el artículo 4° del proyecto de ley de la referencia riñe con el ordenamiento jurídico vigente, así como su falta de claridad, pues, como ya se demostró, no resulta sencillo determinar cuál es la normativa laboral que, de entrar en vigencia la medida, correspondería aplicar.

4. El artículo 4° del proyecto de ley preceptúa que el ICBF solo podrá contratar con organizaciones conformadas por madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras.

Esto limita la facultad que tiene el ICBF de escoger fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro que acrediten en mejor medida el cumplimiento de los requisitos jurídicos, técnicos, financieros y de experiencia para prestar con calidad el servicio de atención de niños y niñas menores de cinco años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, numeral 9, de la Ley 7ª de 1979¹⁹ y en su Decreto reglamentario 2388 de 1979, compilado en el Decreto 1084 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación²⁰.

Lo anterior supone una modificación innecesaria al modelo de contratación excepcional que el mismo Legislador fijó para el ICBF. De acuerdo con lo establecido en la Ley 7 de 1979 y en el Decreto 1084 de 2015, la contratación del ICBF para la atención de la primera infancia debe seguir las reglas del “Régimen Especial de Aporte”. Como se sabe, el contrato de aporte es el negocio jurídico que se celebra entre el Instituto y una institución de utilidad pública o social, por medio del cual aquel se obliga a proveer a esta los bienes o servicios indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del ICBF.

Nótese entonces que bajo esta modalidad de contratación, el ICBF puede celebrar contratos, no solo con las organizaciones conformadas por las madres comunitarias y FAMI—como lo señala la norma objetada—, sino con otras entidades que garanticen la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas, dentro del marco del Estado Social de Derecho, como objeto primario y esencial de ese establecimiento público.

En ese sentido, limitar la contratación del ICBF a las asociaciones conformadas únicamente por madres comunitarias y FAMI contraría el principio contractual de selección objetiva y los fines de la contratación estatal, según lo prescrito en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993:

“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

Consecuente con lo anterior, corresponde al ICBF, en el marco de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y equilibrio contractual, procurar que las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar reúnan los requisitos exigidos para cada una de las modalidades de atención en primera infancia y reflejen idoneidad jurídica, financiera, técnica y experiencia que permita garantizar la adecuada atención de los menores. De este modo, limitar la participación de otras asociaciones, desconoce estos principios de obligatorio cumplimiento para esa entidad.

¹⁹ “Artículo 21. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones: (...) || 9. Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo;”.

²⁰ Título 2, Parte 4.

5. Se considera necesario que el Legislador determine la forma en que las organizaciones conformadas por madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras garantizarán la permanencia y estabilidad laboral de las trabajadoras.

Lo anterior es importante porque, como ya se indicó, las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar podrán fungir como empleadoras en todos los casos. Esta relación surgirá en el marco de la ejecución de un contrato de aporte suscrito previamente entre el ICBF y esas entidades. Dicho contrato, por su naturaleza, tiene un término de ejecución determinado, el cual, normalmente, es de un año, según lo dispone el artículo 2.4.3.2.9 del Decreto 1084 de 2015.

Así, los operadores del servicio estarían obligados, al tenor del artículo 4° del proyecto de ley, a suscribir contratos indefinidos con las madres, a pesar de que el contrato de aporte firmado con el ICBF es de plazo definido.

Adicional a lo expuesto, la prescripción de que el contrato de trabajo que suscriban los operadores con las madres será de carácter indefinido generará impactos económicos muy altos en los aportes que gira el ICBF al operador, ya que dentro de estos tendrá que prever el pago de esta obligación. Esto tendría que hacerse independientemente de que el operador esté prestando el servicio, por cuanto sería necesario cubrir el tiempo de vinculación de las madres, incluso, cuando el contrato de aporte no esté vigente.

En conclusión, los operadores contarían con una planta de personal que trabajaría para ellos, independientemente de que se encuentren o no prestándole el servicio al ICBF, convirtiéndose en insostenible la situación para la Administración y para su colaborador. Para la Administración, porque no puede garantizar a la entidad prestadora del servicio que sea contratada, pues ello dependerá de los procesos objetivos de selección contractual; y, para la entidad privada, porque tampoco podrá suscribir contratos a término indefinido con las madres sin tener la seguridad de que prestará su servicio sin solución de continuidad.

Adicionalmente, bajo el mandato de garantizar la estabilidad laboral de las madres, el ICBF tendría que suscribir contratos de aporte indefinidos con los operadores, aun cuando estos no cumplan con los estándares de calidad y efectiva prestación del servicio. Esto supondría que dentro de los parámetros de selección de los operadores del Sistema Público de Bienestar Familiar no se podría tener en cuenta como factor excluyente que en vigencias pasadas no se haya prestado un servicio óptimo y, lo que sería aún más grave, que se haya afectado gravemente los derechos de los niños, niñas o adolescentes beneficiarios de los programas, o se haya evidenciado un manejo inapropiado de los recursos públicos suministrados por el ICBF.

Lo anterior desincentiva el mejoramiento de la calidad en la prestación de los servicios, toda vez que impide al ICBF acudir a este criterio para contratar la operación del servicio.

6. Los incisos 1° y 3° del artículo 4° del proyecto de ley son contradictorios, pues mientras que en el primero se prevé la posibilidad de una relación directa con el ICBF, en el tercero se dispone que el Instituto descontará y pagará los aportes al sistema de seguridad social y prestaciones sociales, “sin que ello genere relación laboral alguna con la entidad retenedora”.

En el escenario de la contratación directa con los operadores, el ICBF tendría que, además de determinar los recursos para la celebración del contrato de aporte, presupuestar los recursos requeridos para el pago de seguridad social y prestaciones sociales. Esto no tiene en cuenta que al momento de celebrar el contrato, el Instituto no tiene conocimiento del personal que va a ejecutarlo y que, durante el plazo de ejecución, el operador puede contratar personal adicional al inicialmente previsto, en razón de las necesidades del servicio.

7. En cuanto a la vinculación laboral de las madres sustitutas mediante contrato laboral a término indefinido, es menester resaltar que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, la ubicación del menor en un hogar sustituto no puede superar los seis meses, salvo que el Defensor de Familia prorrogue la medida, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial²¹.

En consecuencia, resulta necesario que el Legislador determine cómo podrán contratarse a las madres sustitutas por término indefinido, a pesar de que (i) su labor no puede superar los seis meses y (ii) que por la naturaleza provisional de la medida, los hogares sustitutos no siempre cuentan con la presencia de menores de edad.

Sobre este punto es menester tener presente que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Legislador debe evitar que “sobre la misma materia se multipliquen las disposiciones, en distintos cuerpos normativos, con el riesgo de que se produzcan inconsistencias, regulaciones ocultas e incertidumbre para los operadores jurídicos” (Sentencia C-803 de 2003).

Una regulación estrictamente laboral para las madres sustitutas –sin negar el derecho que tienen las madres a recibir un aporte económico por la labor que desempeñan– tornaría inviable la continuidad del programa, tal como está concebido por el ordenamiento jurídico vigente.

²¹ Artículo 59 de la Ley 1098 de 2006: “Ubicación en Hogar Sustituto. || (...) Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

Es pertinente resaltar que en concordancia con la legislación laboral, la duración máxima de la jornada de trabajo es de ocho horas diarias y de 48 horas semanales. No obstante, el cuidado que brindan los hogares sustitutos a los niños es continuo –es decir, de 24 horas al día, siete días a la semana–. Esto implicaría la imposibilidad de alojar a un niño en estos hogares por más de ocho horas diarias y la exigencia para el ICBF y los operadores, según el caso, de asumir unos costos exorbitantes para el pago de horas extras, dominicales y demás prestaciones sociales.

En este contexto, se reitera que actualmente el pago de la beca a los hogares sustitutos en los términos vigentes representó erogaciones en el año 2016 por \$45.512 millones; de modo que la formalización laboral de estas 5.501 madres, en los mismos términos que actualmente se encuentran las madres comunitarias, tendría un costo de \$69.309 millones.

Adicionalmente, el costo de pagar a las 5.501 madres sustitutas horas extras durante siete días a la semana y dieciséis horas al día sería el siguiente:

Costo aproximado de horas extras madres sustitutas	
Número de madres sustitutas	Valor anual horas extras (una madre)
5.501	\$45.928.045
TOTAL	\$252.650.174.994.90

Así, es un deber del Congreso de la República determinar cómo se ha de efectuar la vinculación laboral de las madres sustitutas, teniendo en cuenta las particularidades de la labor que desempeñan.

8. Los parágrafos 1° y 2° del artículo 4° del proyecto de ley presentan dos imprecisiones que es necesario corregir, a fin de no generar ambigüedades en la interpretación de la norma.

En primer lugar, dada la naturaleza de la labor que prestan, las madres sustitutas y tutoras no hacen tránsito a modalidades integrales y no pueden ser tenidas en cuenta para estrategias de educación inicial y atención integral de la primera infancia en los entes territoriales.

Finalmente, si los entes territoriales deben vincular preferentemente a madres comunitarias y FAMI en sus programas de educación inicial y atención integral a la primera infancia, es preciso aclarar que aquellas no serían contratadas el ICBF ni por las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, sino directamente por los entes territoriales.

4. Artículos 5° y 6°. Subsidio permanente a la vejez

Estos artículos disponen:

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

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

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

Parágrafo 4°. 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 2014²².

Objeción de inconstitucionalidad

Estos dos artículos crean en cabeza de las madres comunitarias, FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que han hecho tránsito a las modalidades integrales el derecho a un subsidio permanente de vejez con el cumplimiento de unos requisitos. No obstante, el subsidio en mención es de naturaleza pensional en razón de tres elementos: (i) el requisito de edad para acceder al beneficio (57 años para el caso de las mujeres y 62 para el caso de los hombres), el cual corresponde con el del régimen general de pensiones²², (ii) el otorgamiento de una suma de dinero de carácter vitalicio, y (iii) que el mismo se otorga virtud de la vejez.

El reconocimiento de una pensión bajo las condiciones mencionadas constituye la creación de un régimen especial de pensiones, que no exige semanas de cotización para la adquisición del derecho, lo que contraviene el inciso 9° del artículo 48 Superior, el cual prescribe que no habrá lugar al reconocimiento de pensiones sin el cumplimiento de las semanas de cotización o aportes: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo”.

Así mismo, los artículos 5° y 6° del proyecto de ley vulneran los incisos 11 y 12 del artículo constitucional citado, que señalan:

“Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente (...)” –se destaca–.

En este mismo sentido, los artículos referidos del proyecto contravienen lo dispuesto en el inciso 13 del artículo 48 de la Carta Política, que establece que a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no habrá regímenes especiales ni exceptuados, salvo los previstos en la misma norma.

Sobre el monto del subsidio equivalente a un 95% del salario mínimo legal mensual vigente (smmlv), es de saber que durante el trámite legislativo del proyecto de ley, el monto del subsidio siempre fue equivalente a un (1) smmlv, y que solo hasta la ponencia para cuarto debate, sin sustento alguno, fue incorporada su equivalencia en el 95%.

Esta modificación coincide con las advertencias que efectuó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público durante los debates del proyecto²³, sobre la creación de un régimen pensional especial bajo la denominación de subsidio, con el fin de que el beneficio económico creado no coincidiera con la exigencia contenida en el inciso 12 del artículo 48 de la Carta Política, a cuyo tenor “Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente”.

Es claro que dicho obrar responde a la preocupación de subsanar una causal de inconstitucionalidad y, por tanto, evidencia el reconocimiento por parte del Legislador de la existencia de una pensión sin aportes, en un claro fraude a la norma superior. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

“(…) a juicio de la Sala, quien actúa en fraude a la ley, ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica.

Tales actos pueden o no tener lugar por la voluntad del agente. Por ello el fraude a la ley no debe confundirse con el fraude susceptible de sanción penal o de otra naturaleza. En su dimensión objetiva, el fraude a la ley únicamente requiere que exista un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto²⁴.

Así mismo, lo dispuesto en los artículos 5° y 6° de la iniciativa vulneran la sostenibilidad financiera del sistema pensional, que de acuerdo con el inciso 7° del artículo 48 de la Carta Política, debe ser garantizado por el Estado. Este inciso señala: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.

Sobre este asunto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, advirtió en las cartas de intervención durante el trámite legislativo que los gastos generados por esta

propuesta no se encuentran contemplados ni en el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el Marco de Gasto de Mediano Plazo del sector, afectando la estabilidad de las finanzas públicas, el equilibrio macroeconómico y la sostenibilidad fiscal²⁵.

Conforme lo expresa la Corte Constitucional, la introducción de la sostenibilidad financiera del sistema pensional en el artículo 48 Superior, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, tuvo por fundamento el alto pasivo pensional que manejaba el país, lo que ponía en riesgo el derecho de los ciudadanos a la pensión:

“Para el año 2005, fecha de promulgación del Acto Legislativo 1 de 2005, Colombia tenía el cuarto pasivo pensional más alto del mundo con un 170% del Producto Interno Bruto (PIB)²⁶ con un nivel de cobertura muy bajo que correspondía al 23% de las personas mayores de 60 años²⁷. Del mismo modo, la reforma legislativa se justificaba ya que las cifras macroeconómicas indicaban que en Colombia el número de afiliados era de 11.5 millones de personas, de los cuales solamente eran cotizantes activos 5,2 millones, frente a una población económicamente activa de 20,5 millones de personas. Estas cifras daban lugar a que el número de pensionados en Colombia alcanzara solo a un millón de personas, frente a cuatro millones de personas en edad de jubilación.

En la exposición de motivos del proyecto se explicaron con suficiencia las razones que justificaban la necesidad imperiosa de llevar a cabo una reforma constitucional que sentara unas nuevas reglas en materia del régimen de pensiones. En razón de su importancia se hará referencia a las razones desarrolladas en la exposición de motivos.

Una de las preocupaciones principales que motivaron la reforma fue la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones; la introducción de este criterio buscó entonces asegurar “realmente el derecho efectivo a una pensión de los colombianos, conciliando este concepto con la necesidad del Estado de direccionar recursos para cumplir sus funciones y deberes frente a la salud, educación y otros gastos sociales”²⁸.

En ese orden, es claro que la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones tiene conexidad con la garantía del derecho a la pensión, razón por la cual se introdujo en el mismo Acto Legislativo la necesidad imperiosa de acceder a una pensión con el cumplimiento de una edad y unas semanas mínimas de cotización, que, además, deben responder a los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 y en sus modificaciones.

De acuerdo con lo anterior, los artículos 5° y 6° del proyecto de ley deben ser declarados inexecutable por vulneración flagrante del artículo 48 de la Constitución Política, al establecer el acceso a una pensión sin el cumplimiento de semanas de cotización, lo que se traduce en un régimen pensional especial, todo lo cual está expresamente prohibido por el artículo superior referido. A su turno, transgrede la exigencia constitucional que hace en la misma norma sobre que serán requisitos y beneficios pensionales para todas las personas solamente las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, así mismo la prohibición de expedir leyes sin asegurar la sostenibilidad financiera.

Ahora bien, en relación con la violación del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 13 de la Carta, la Corte Constitucional ha manifestado que en virtud de este se pueden dar tratamientos normativos disímiles a supuestos de hecho diferentes y que se deben dar tratamientos normativos iguales a supuestos de hecho equivalentes. En el primero de los casos, la diferenciación debe tener sustento constitucional.

En la Sentencia C-818 de 2010, esa Corporación afirmó:

“Ahora bien, la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío; por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinormatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato– del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente. Del mismo modo, el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuando va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, este no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias; por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales, ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes, siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación.

Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferen-

²⁵ *Supra* número 8.

²⁶ Italia es el primer país con un pasivo pensional del 242% del PIB, le sigue Francia con un 216% del PIB y luego Reino Unido con un 193% del PIB. Después de Colombia, que ocupa el cuarto lugar, se encuentra Japón con un 162%, luego Uruguay con un 156%, Turquía con un 146%, Costa Rica con un 97%. Ver Carrillo Guarín, Julio César, Reforma constitucional al sistema de pensiones: evaluación y análisis, Bogotá, Temis, 2005, p. 3.

²⁷ Explica el profesor Carrillo Guarín “que si bien el nivel de pasivo en Colombia en términos del PIB es similar al de Japón (...), el nivel de cobertura de población en edad de pensión con este beneficio en nuestro país es cercano al 23% de las personas de 60 o más años, en tanto en este país asiático el sistema pensional cubre al 88% de la población mayor de 65 años” (Ibid., pp. 3 a 4).

²⁸ Sentencia C-258 de 2013.

²² Artículos 33 y 64 de la Ley 100 de 1993.

²³ *Supra* número 8.

²⁴ Sentencia C-258 de 2013.

ciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias, y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso 1° del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos 2° y 3° contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables”.

En este sentido, los artículos 5° y 6° del proyecto vulneran flagrantemente el artículo 13 Superior, toda vez que la creación de un régimen pensional especial para las destinatarias de este beneficio genera un trato diferenciado frente al resto de la población afiliada al Sistema General de Pensiones, especialmente con respecto a las personas de la tercera edad que son sujetos de especial protección.

Esta distinción no se encuentra justificada en los cánones del ordenamiento jurídico superior y, por el contrario, contraviene las restricciones constitucionales referidas en líneas anteriores, las cuales constituyen un parámetro superior ineludible para que el Legislador haga diferenciaciones en materia pensional.

Luego, dado que está prohibida la creación de regímenes pensionales especiales, no es dable hacer diferenciaciones tendientes a crear beneficios pensionales distintos a los que ofrezcan las leyes del Sistema General de Pensiones, las cuales establecen los requisitos necesarios para su reconocimiento.

En atención a lo expuesto, los artículos 5° y 6° del proyecto de ley deben ser declarados inexecutable también por vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, habida cuenta de que generan una discriminación que vulnera el derecho fundamental a la igualdad.

Objeciones de inconveniencia

1. El artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, reglamentado mediante el Decreto número 605 de 2013, estableció que tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional (FSP), de que trata la Ley 797 de 2003, las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de Beneficios Económicos Periódicos (BEP), del régimen subsidiado en pensiones.

Así mismo, la norma dispuso que la identificación de las posibles beneficiarias de este subsidio la realizará el ICBF, entidad que también tiene el deber de complementar en la proporción que se defina el subsidio a otorgar por parte de la subcuenta de subsistencia del FSP.

El monto del subsidio a cargo de esa subcuenta dirigido a los adultos mayores, a través del Programa de Protección Social, en la actualidad asciende a una suma que oscila entre \$220.000 y \$280.000 millones, según los años de servicio (entre diez y veinte años).

Es importante resaltar que el artículo 212 de la Ley 1753 de 2015 preceptúa que las personas beneficiarias del programa de Subsidio Aporte a la Pensión (madres comunitarias, sustitutas y FAMI) podrán vincularse al servicio complementario de BEP y trasladar un porcentaje de dicho subsidio en la proporción y condiciones que reglamente el Gobierno nacional.

El siguiente cuadro refleja los costos, población y valor actuarial por año. Además presenta la discriminación de la carga presupuestal que corresponde al ICBF y Colombia Mayor de acuerdo con lo prescrito en el Decreto número 605 de 2013.

Madres Comunitarias

\$Miles de millones – Precios corrientes

Año	Costo Total anual Proyecto	Valor Actuarial Proyecto	Costo anual Artículo 5° Decreto 605/13	Valor actuarial Artículo 5° Decreto 605/13	Población beneficiaria Artículo 5° Decreto 605/13	Costo anual Artículo 5° Decreto 605/13 ICBF	Costo anual Artículo 5° Decreto 605/13 Colombia Mayor
2016	37.98	1,634.14	12.99	1,000.86	8,454	8.00	4.99
2017	42.86	1,660.01	14.90	1,028.06	9,670	9.17	5.72
2018	50.34	1,681.83	17.25	1,054.46	11,092	10.62	6.63
2019	55.54	1,696.76	20.02	1,079.61	12,601	12.33	7.69
2020	62.97	1,706.86	23.06	1,103.01	14,280	14.20	8.86
2021	70.42	1,709.67	26.54	1,124.34	16,121	16.35	10.19
2022	76.67	1,704.63	30.18	1,143.10	18,030	18.59	11.59
2023	84.39	1,693.07	34.31	1,159.00	20,063	21.13	13.18
2024	83.43	1,673.04	38.32	1,171.46	22,182	23.91	14.91

Respecto de las madres sustitutas, el artículo 111 de la Ley 1769 de 2015 señala las condiciones para tener acceso al subsidio otorgado por la subcuenta de subsistencia del FSP en los mismos términos que fue inicialmente otorgado a las madres comunitarias. El artículo en comento fue reglamentado mediante el Decreto número 1345 de 2016.

Los costos para el caso de las madres sustitutas tienen un comportamiento similar al de la población de madres comunitarias.

El siguiente cuadro refleja los costos, población y valor actuarial por año. Además presenta la discriminación de la carga presupuestal que corresponde al ICBF y Colombia Mayor de acuerdo con lo regulado en el Decreto número 605 de 2013.

Madres sustitutas

\$Miles de millones – Precios corrientes

Año	Costo Total anual Proyecto	Valor Actuarial Proyecto	Costo anual Artículo 5° Decreto 605/13	Valor actuarial Artículo 5° Decreto 605/13	Población beneficiaria Artículo 5° Decreto 605/13	Costo anual Artículo 5° Decreto 605/13 ICBF	Costo anual Artículo 5° Decreto 605/13 Colombia Mayor
2016	3.70	185.13	1.50	130.88	751	0.93	0.57
2017	4.24	188.69	1.72	134.55	877	1.06	0.66
2018	4.50	191.82	1.91	138.15	1,004	1.18	0.73
2019	5.84	194.82	2.19	141.69	1,182	1.35	0.84
2020	6.06	196.53	2.54	145.08	1,350	1.57	0.98
2021	6.93	198.43	2.90	148.24	1,540	0.79	1.11
2022	8.01	198.81	3.37	151.15	1,755	2.07	1.29
2023	8.81	198.43	3.87	153.69	1,981	2.39	1.49
2024	8.98	197.21	4.36	155.81	2,188	2.68	1.67

De este modo, la iniciativa permite la asignación de un nuevo subsidio a las madres comunitarias, FAMI y sustitutas, las cuales ya gozan de uno en virtud de lo establecido en la reglamentación mencionada. Adicionalmente, las madres sustitutas y FAMI acceden a subsidios puntuales y periódicos del programa BEP.

Para realizar el cálculo del costo implícito en la propuesta, se supuso que el pago del subsidio se realizaría mensualmente. Además, se contemplaron dos escenarios para las madres que tienen una permanencia entre 10 y 20 años así:

- Escenario 1: para las madres que tienen una permanencia entre 10 y 20 años, se paga una menor bonificación del subsidio siguiendo una distribución lineal decreciente de la siguiente manera:

Costo anual del artículo 5° del proyecto de ley				
Permanencia	SMMLV	Participación SMMLV %	Cantidad de Madres ICBF	Total anual (millones)
	2016			
> 20 años	\$654.982	95%	16.639	\$130.776
> 19 años	\$586.037	85%	1.295	\$9.110
> 18 años	\$517.091	75%	1.678	\$10.415
> 17 años	\$448.146	65%	1.997	\$10.737
> 16 años	\$379.200	55%	1.414	\$6.433
> 15 años	\$310.255	45%	1.392	\$5.183
> 14 años	\$241.309	35%	1.280	\$3.708
> 13 años	\$172.364	25%	1.366	\$2.825
> 12 años	\$103.418	15%	1.286	\$1.596
> 11 años	\$68.946	10%	1.564	\$1.294
>= 10 años	\$34.473	5%	1.922	\$795
< 10 años	\$0	0%	32.140	\$0
TOTAL			63.973	\$182.872

Fuente: ICBF – Cálculos DGPPN

- Escenario 2: para quienes tienen una permanencia entre 10 y 20 años se paga un subsidio equivalente al 50% del smmlv:

Costo anual del artículo 5° del proyecto de ley				
Permanencia	SMMLV	Participación SMMLV %	Cantidad de Madres ICBF	Total anual (millones)
	2016			
> 20 años	\$654.982	95%	16.639	\$130.776
> o = 10 años y < 20 años	\$344.728	50%	15.195	\$62.857
< 10 años	\$0	0%	32.140	\$0
TOTAL			63.973	\$193.633

Fuente: ICBF – Cálculos DGPPN

Visto lo anterior, el subsidio permanente a la vejez que crea el proyecto de ley representa para la Nación costos que se ubican entre los \$183.000 millones y \$193.000 millones, dependiendo del escenario en el que se distribuyan los recursos para las madres que han laborado más de 10 años y menos de 20 años.

Ahora bien, de ser aprobada la presente iniciativa, el valor de la reserva actuarial, en comparación con el valor del subsidio vigente a cargo de la subcuenta de subsistencia (Decretos 605 de 2013 y 1345 de 2016), incrementaría en \$4.21 billones el valor del pasivo, tal y como se refleja en el siguiente cuadro:

Año	Proyecto 127_15 Senado		Decreto 605/13 aplicado a Madres Comunitarias – Sustitutas y FAMI		Diferencias	
	Valor actuarial	Costos totales esperados	Valor actuarial	Costos totales esperados	Valor actuarial	Costos totales esperados
2016	6,105.1	141.9	1,892.2	44.0	4,212.9	97.9
2017	6,201.8	160.2	1,922.1	49.6	4,279.6	110.5
2018	6,283.3	188.1	1,947.4	58.3	4,335.9	129.8
2019	6,339.0	207.5	1,964.7	64.3	4,374.3	143.2
2020	6,376.8	235.2	1,976.4	72.9	4,400.4	162.3

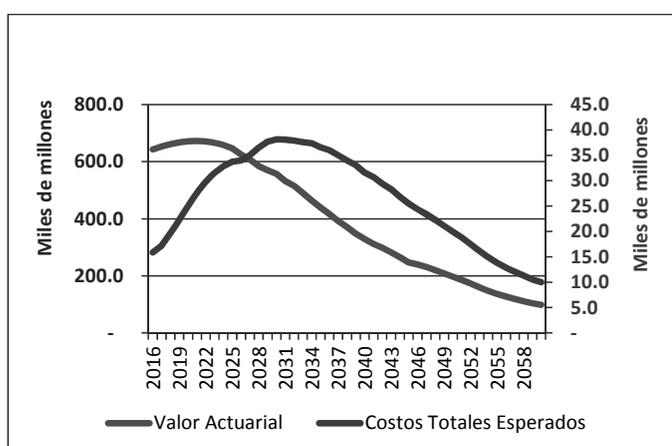
Año	Proyecto 127_15 Senado		Decreto 605/13 aplicado a Madres Comunitarias – Sustitutas y FAMI		Diferencias	
	Valor actuarial	Costos totales esperados	Valor actuarial	Costos totales esperados	Valor actuarial	Costos totales esperados
2021	6,387.2	263.7	1,979.6	81.7	4,407.6	182.0
2022	6,368.4	286.4	1,973.8	88.8	4,394.6	197.7
2023	6,325.3	315.3	1,960.4	97.7	4,364.9	217.6
2024	6,250.4	341.2	1,937.2	105.8	4,313.2	235.5
2025	6,145.5	360.6	1,904.7	111.8	4,240.8	248.9
2030	5,295.2	414.2	1,641.2	128.4	3,654.1	285.8
2035	4,176.6	377.9	1,292.5	117.1	2,882.1	260.7
2040	3,125.0	270.0	968.5	83.7	2,156.4	183.3
2045	2,350.2	236.1	728.4	73.2	1,621.8	162.9

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que este nuevo subsidio es innecesario, toda vez que esta materia ya está reglamentada en las Leyes 797 de 2003, 1187 de 2008, 1450 de 2011, 1737 de 2014 y 1753 de 2015 y en los Decretos 605 de 2013 y 1345 de 2016. Estas normas permiten a las madres comunitarias y FAMI acceder al programa de Beneficios Económicos Periódicos, a subsidios para el Fondo de Solidaridad Pensional y a realizar cotizaciones al sistema pensional bajo parámetros preferenciales con respecto al resto de la población trabajadora.

Si entra en vigencia la norma objetada, se estaría otorgando más de un subsidio a estas madres, colocándolas en una posición privilegiada, lo cual constituye una medida desigual y desproporcionada frente a otros grupos de personas que solamente gozan de un subsidio como los deportistas y víctimas de la violencia.

Sobre la continuidad del servicio de salud (párrafo 4°), es necesario reiterar que la vinculación laboral que prevé la Ley 1607 de 2012 y el Decreto número 289 de 2014 garantiza por sí misma esta continuidad, en la medida en que obliga a la vinculación laboral de las madres comunitarias bajo las garantías mínimas previstas en la legislación laboral colombiana, contenidas de manera especial en el Código Sustantivo de Trabajo (CST), las cuales incluyen la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, de acuerdo con la información suministrada por la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social (DGRESS) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al ICBF, según la población estimada de 6.800 madres FAMI, se prevé que el valor actuarial de atender lo dispuesto en el artículo 5° del proyecto de ley asciende a \$610.000 millones en el año 2016, con un flujo de costos promedio de 26.28 mil millones de pesos al año. Como se trata de una población cerrada, los costos tienden a disminuir, pero solo después del año 2032.



Fuente: (DGRESS)

Madres FAMI		
	Valor Actuarial	Costos Totales Esperados
2016	610,510,293,977	15,101,525,045
2017	620,175,153,188	16,336,379,891
2018	628,326,539,769	18,655,987,028
2019	633,901,268,196	21,185,581,096
2020	637,679,687,416	23,771,898,831
2021	638,722,879,133	26,204,440,569
2022	636,842,024,227	28,278,528,186
2023	632,525,577,433	29,962,198,363
2024	625,039,415,880	31,251,687,182
2025	614,554,234,490	32,044,336,927
2030	529,522,487,620	36,243,818,623
2035	417,659,145,391	34,754,734,438
2040	312,498,361,741	30,031,983,393
2045	235,019,413,077	24,199,769,734

Fuente: (DGRESS).

Dados los cálculos expuestos, si se compara el costo fiscal de la implementación del proyecto de ley que contiene la asignación de recursos a las madres comunitarias y madres FAMI por concepto de un 95% de salario mínimo, dependiendo de su permanencia en

este oficio, con la aplicación del Decreto número 605 de 2013, el proyecto incrementa en 4.21 billones de pesos el valor del pasivo, como lo muestra el siguiente cuadro:

Año	Proyecto 127_15 Senado		Decreto 605/13 aplicado a Madres Comunitarias – Sustitutas y FAMI		Diferencias	
	Valor actuarial	Costos totales esperados	Valor actuarial	Costos totales esperados	Valor actuarial	Costos totales esperados
2016	6,105.1	141.9	1,892.2	44.0	4,212.9	97.9
2017	6,201.8	160.2	1,922.1	49.6	4,279.6	110.5
2018	6,283.3	188.1	1,947.4	58.3	4,335.9	129.8
2019	6,339.0	207.5	1,964.7	64.3	4,374.3	143.2
2020	6,376.8	235.2	1,976.4	72.9	4,400.4	162.3
2021	6,387.2	236.7	1,979.6	81.7	4,407.6	182.0
2022	6,368.4	286.4	1,973.8	88.8	4,394.6	197.7
2023	6,325.3	315.3	1,960.4	97.7	4,364.9	217.6
2024	6,250.4	341.2	1,937.2	105.8	4,313.2	235.5
2025	6,145.5	360.6	1,904.7	111.8	4,240.8	248.9
2030	5,295.2	414.2	1,641.2	128.4	3,654.1	285.8
2035	4,176.6	377.9	1,294.5	117.1	2,882.1	260.7
2040	3,125.0	270.0	968.5	83.7	2,156.4	186.3
2045	2,350.2	236.1	728.4	73.2	1,621.8	162.9

Finalmente, se ha de considerar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, en todo proyecto de ley, ordenanza o acuerdo que ordene gastos o conceda beneficios tributarios debe hacerse explícito cuál es su impacto fiscal y establecerse su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo que dicta anualmente el Gobierno nacional.

Para el efecto, dispone la norma, en la exposición de motivos de los proyectos y en cada una de las ponencias para debate se deben incluir expresamente los costos fiscales de los mismos y la fuente de ingreso adicional para cubrirlos.

De la misma manera, dicha regulación prescribe que durante el trámite de los proyectos, el Ministerio de Hacienda debe rendir concepto acerca de los costos fiscales que se han estimado para cada una de las iniciativas, así como sobre la fuente de ingresos para cubrirlos y sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

En cumplimiento de lo anterior, como ya se mencionó en varios apartes de este escrito, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público rindió concepto negativo sobre esta iniciativa legislativa²⁹.

En franco desconocimiento de la citada norma, el proyecto de ley no hace explícito cuál es su impacto fiscal y tampoco establece su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo. Igualmente, no precisa los costos fiscales que causará ni la fuente de ingreso adicional para cubrirlos, a pesar de que, como se demostró, genera un incremento exorbitante en los gastos de funcionamiento de la Nación.

Lo expuesto hasta aquí es suficiente para concluir que esta iniciativa legislativa resulta inconveniente por cuanto genera un impacto fiscal sobre las finanzas públicas que, dada la restricción de recursos actuales y la necesidad de cubrir demandas apremiantes para el beneficio de toda la población –y no solo a un sector de la misma, como lo propone la norma objetada–, es sencillamente inviable e insostenible.

2. El párrafo del artículo 6° del proyecto de ley preceptúa que las madres comunitarias, 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 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 FSP, el Estado 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.

Sin embargo, los requisitos para el otorgamiento del subsidio pensional ya están regulados en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, así:

“Artículo 164. *Subsidio de solidaridad pensional.* Tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que tratará la Ley 797 de 2003 las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), del régimen subsidiado en pensiones y, por tanto, cumplan con las condiciones para acceder a la misma.

La identificación de las posibles beneficiarias a este subsidio la realizará el ICBF, entidad que complementará en una proporción que se defina el subsidio a otorgar por parte de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional. El Gobierno nacional reglamentará la materia”.

En relación con el párrafo del artículo 6°, es preciso señalar que su contenido también ya se encuentra previsto en la Ley 1450 de 2011, que en su artículo 166, modificado por el artículo 213 de la Ley 1753 de 2015, dispone el pago del valor actuarial de las cotizaciones para las madres comunitarias, FAMI y sustitutas que ostentaron esa condición entre el 29 de enero de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003) y el 14 de abril de 2008 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 1187 de 2008), y que no tuvieron acceso al FSP durante ese periodo.

²⁹ *Supra* número 8.

Dicha disposición ha gozado de respaldo, desde entonces, en la ley anual de presupuesto de las vigencias siguientes, es decir, desde 2012 hasta la fecha. Para el efecto, se previó que el valor de esa suma se reconocerá y pagará directamente a la administradora del Régimen de Prima Media (RPM), al momento en que se haga exigible el reconocimiento de la pensión. Con este propósito, se abrió la posibilidad de que las madres se pudieran trasladar del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin aplicar los términos mínimos de traslado fijados en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

De este modo, el párrafo del artículo 6° del proyecto de ley modifica de forma inconveniente las fechas establecidas en las Leyes 1450 de 2011, 1737 de 2014 y 1753 de 2015 (del 29 de enero de 2003 al 14 de abril de 2008), para hacer la reserva actual.

Es importante precisar que este periodo obedece a la imposibilidad legal de afiliación que existía para las madres en ese momento, pues si bien el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 permitió que aquellas accedieran al FSP, fijó un límite de edad para el efecto. Solo hasta la expedición de la Ley 1187 del 14 de abril de 2008, se permitió que accedieran a cualquier edad y tiempo de servicios.

5. Artículo 7°. Sustitución de empleadores

Este artículo prevé lo siguiente:

“De conformidad con lo previsto por los artículos 67, 68 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo, madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales de los Programas de Atención Integral a la Primera Infancia del ICBF, que hagan tránsito o hayan transitado con anterioridad a la vigencia de la presente ley a la estrategia gubernamental “De Cero a Siempre”, conservarán la calidad del vínculo contractual establecido en la presente ley y demás prerrogativas laborales sociales, sin excepción del perfil que desempeñen en el tránsito, siempre que se den los requisitos establecidos en dichas disposiciones.

Parágrafo. En el caso de que las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales que hayan adquirido el derecho a pensionarse con anterioridad a la sustitución, las mesadas pensionales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deberán ser cubiertas por la administradora de pensiones donde cotizaron”.

Objeciones de inconveniencia

1. El contenido del artículo no es claro, pues una situación es la sustitución patronal y otra muy diferente es la calidad que ostenta una madre comunitaria al momento del tránsito.

Si una madre comunitaria transita a un servicio de atención integral, ocuparía un cargo diferente y podría recibir una remuneración económica por encima del salario mínimo que devenga en un Hogar Comunitario. En este sentido, el artículo estaría impidiendo que las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras ocupen cargos de mayor remuneración a través de su trayectoria laboral, y las estaría limitando únicamente a ejercer dicho rol durante toda su vida laboral.

2. Sobre la sustitución patronal a la que se refiere el artículo, vale la pena recordar la definición que hace al respecto el artículo 67 del Código Sustantivo de Trabajo: “todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.

Como ya se mencionó anteriormente, de conformidad con lo prescrito en la Ley 115 1804 de 2016, la educación inicial forma parte de la atención integral a la primera infancia y puede ser ofrecida por las personas naturales y jurídicas, oficiales y privadas, de acuerdo con los referentes técnicos expedidos por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco de la política pública “De Cero a Siempre”.

Esto significa que el tránsito de las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras a la estrategia “De Cero a Siempre” no constituye en estricto rigor una sustitución patronal, pues, no solo los empleadores son diferentes, sino que además prestan servicios que, si bien tienen alguna relación, no son los mismos.

3. En cuanto al párrafo, corresponde señalar que resulta innecesario hacer referencia a la cobertura de mesadas pensionales con posterioridad a la adquisición del derecho de pensión, pues una vez generado el derecho, la respectiva administradora de pensiones debe cumplir con el pago de las mesadas pensionales en los términos del Régimen de Ahorro Individual o del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, según se trate.

6. Artículo 9°. De la seguridad y salud en el trabajo

Este artículo preceptúa que el Gobierno nacional garantizará los recursos para que las entidades que contratan madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales, adelanten las acciones tendientes a fomentar un ambiente de trabajo seguro y saludable.

Objeción de inconveniencia

Dado que las madres se encuentran actualmente vinculadas a las entidades administradoras del servicio del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar a través de un contrato de trabajo, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 1607 de 2012 y el Decreto número 1072 de 2015, la legislación laboral vigente ya garantiza su vinculación al régimen de riesgos laborales y, por tanto, la cobertura en caso de accidentes de trabajo y el fomento de ambientes laborales seguros.

En virtud de lo anterior, no sería necesaria esta disposición, pues su contenido ya está previsto en la legislación vigente.

7. Artículo 10. Derecho a la educación

El citado artículo dispone:

“Las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales que prestan el Servicio Público de Atención Integral a la Primera Infancia, y que prestan el servicio en los Programas de protección integral de la niñez y adolescencia del ICBF, tendrán derecho:

1. Al acceso gratuito a la educación básica y media en las instituciones educativas oficiales, para lo cual el Gobierno nacional expedirá la reglamentación correspondiente.

2. Al otorgamiento de los permisos para asistir a clases y exámenes por parte de las entidades que las administran, cuando cursen con regularidad estudios en los diferentes niveles de educación, siempre y cuando no se interfieran las funciones propias del cargo.

Parágrafo. El Gobierno nacional podrá incorporar en el Presupuesto General de la Nación las partidas necesarias para la creación de un fondo que sea administrado por el Icetex, con destino a estimular el acceso a Programas Académicos de Educación Superior de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales relacionadas con la atención integral a la Primera Infancia en diferentes áreas académicas. De igual forma, el Ministerio de Educación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), gestionarán programas de capacitación y formación para las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales”.

Objeciones de inconveniencia

1. El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 fue enfático en expresar la necesidad de garantizar “la cualificación del talento humano, orientada a desarrollar conocimientos y habilidades particulares para el trabajo con la primera infancia y el perfilamiento de un quehacer humanizado y sensible. Para ello, se cualificarán por diferentes entidades 96.000 personas en las condiciones establecidas por el Ministerio de Educación Nacional en el Lineamiento de Cualificación del Talento Humano que trabaja con primera infancia. Con esto se pretende generar procesos de actualización permanente en temáticas que aportan a la comprensión del sentido y alcance de la educación inicial”³⁰.

En virtud de este propósito, el ICBF ha suscrito convenios con universidades, en los cuales, bajo un esquema de cofinanciación, las madres comunitarias pueden recibir descuentos sobre el costo inicial de la matrícula. Actualmente, se encuentran en proceso de profesionalización 1.163 madres comunitarias, lo que impacta en el mejoramiento de la atención para cerca de 9.800 niños y niñas. Desde el año 2011, se han venido adelantado procesos de formación con las madres comunitarias en los departamentos de Santander, Antioquia, Tolima y Bogotá³¹.

Así mismo, a partir del Programa Técnico en Atención Integral a la Primera Infancia creado en el año 2007, a través de convenios marco con el Sena y Colsubsidio, hasta la fecha se han graduado en ese programa cerca de 30.000 madres comunitarias y otras 18.000 se encuentran en proceso de formación³².

Todo lo anterior confirma que la capacitación y formación profesional de las madres comunitarias no ha dejado de ser una prioridad para el Gobierno nacional, como componente esencial de la Política Integral para la Atención de la Primera Infancia.

2. Las disposiciones en materia de educación contenidas en el proyecto de ley propician la erogación de cuantiosos recursos por parte de la Nación. Para cuantificar el monto de estos recursos, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público recurrió a datos suministrados por el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con los cuales el costo promedio anual de un alumno en educación secundaria o media es de \$2.052.235, en tanto que el costo promedio anual de un crédito del Icetex para una persona que haga parte de una comunidad indígena o afrodescendiente es de \$3.617.368.

Al respecto, se contemplaron tres escenarios como se describen a continuación:

- Escenario 1: El 25% de las madres comunitarias demanda educación básica y media y el 72% educación superior.
- Escenario 2: El 50% de las madres comunitarias demanda educación básica y media y el 50% educación superior.
- Escenario 3: El 75% de las madres comunitarias demanda educación básica y media y el 25% educación superior.

Si se parte del supuesto de que la totalidad de las madres comunitarias demanda algún tipo de educación, se obtienen los siguientes costos estimados.

Costo anual del artículo 10 del proyecto de ley			
Escenarios	Ed. Básica	Ed. Superior	Costo anual (millones de pesos)
Escenario 1	25%	75%	\$206.382
Escenario 2	50%	50%	\$181.351
Escenario 2	75%	25%	\$156.319

³⁰ Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, página 41.

³¹ Supra número 8.

³² Ibidem.

8. Artículo 11. De la dotación de bienes y servicios para funcionamiento del servicio público de atención integral a la Primera Infancia del ICBF

Este artículo dispone que la dotación de bienes y servicios para el funcionamiento del servicio público de atención a la Primera Infancia del ICBF deberá ser sometida a revisión periódica, con el fin de establecer la calidad, oportunidad y suficiencia de la misma. Para el efecto, el artículo ordena la implementación de los siguientes mecanismos de control:

(i) La constitución de veedurías ciudadanas para vigilar la calidad, oportunidad y suficiencia de la dotación de los bienes fungibles y no fungibles, y la legalidad de los contratos de suministro.

(ii) La publicación en la página web del ICBF de la convocatoria y adjudicación de los contratos de suministros de bienes y servicios que se suscriban para garantizar el servicio público de Atención Integral a la Primera Infancia; de los informes de interventoría o supervisión de los contratos de suministros de bienes y servicios que se suscriban en el marco de este servicio; y de los informes que emitan los órganos de control sobre las irregularidades e inconsistencias que pueda presentar durante la prestación de este.

Objeción de inconveniencia

El ICBF, para garantizar la calidad de la dotación, diseñó una guía en la cual señaló que la reposición de la dotación obedece a factores como vida útil y pertinencia.

En la Beca para el funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar se encuentran previstos, entre otros conceptos, el material didáctico duradero y el material didáctico de consumo. El material didáctico duradero se puede suministrar de dos maneras: mediante transferencia a través del contrato de aporte o por suministro directo por parte del ICBF. En los últimos años, la forma de entrega del material duradero ha sido la de suministro directo por el ICBF a través de licitaciones públicas.

Para la vigencia 2015-2016, según el reporte del operador logístico, se han entregado 27.424 kits de material didáctico a igual número de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Respecto de los mecanismos de control, es preciso anotar lo siguiente:

(i) El artículo 65 de la Ley 1757 de 2015 ya prevé la posibilidad de efectuar veedurías ciudadanas en materia de contratación estatal. Este artículo dispone que “todo contrato que celebren las instituciones del Estado estará sujeto a la vigilancia por parte de las personas, entidades y organizaciones que quieran hacerlo, de conformidad con la normatividad vigente en la materia”.

(ii) La publicación de la contratación que realiza el ICBF cumple con los requisitos de la legislación vigente y se realiza a través del portal Secop, el cual puede ser consultado por cualquier ciudadano.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 223 del Decreto-ley 019 de 2012, desde el 1° de junio de 2012, los contratos estatales solo se publican en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop), que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.

Sin embargo, también resulta pertinente resaltar que en virtud de la Resolución 3564 de 2015, expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con fundamento en la Ley 1712 de 2014 –Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional– y en el Decreto 1081 de 2015, todas las entidades públicas están obligadas a publicar en su página web las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes de supervisión o del interventor.

Sobre los informes que emitan los órganos de control sobre las irregularidades e inconsistencias que se puedan presentar durante la ejecución de los contratos, lo cierto es que en la actualidad, dichos informes son publicados directamente por los entes de control en sus páginas web.

Por todo lo anterior, esta norma es innecesaria, pues su contenido ya está previsto en la normativa vigente.

9. Artículo 12. Mejoramiento y cobertura de los programas del servicio público de Atención Integral a la Primera Infancia

Este artículo ordena al ICBF que realice, directamente o a través de un tercero, estudios para establecer las necesidades de mejoramiento y cobertura de programas del servicio público de Atención Integral a la Primera Infancia, para lo cual deberá apropiarse los recursos presupuestales necesarios.

Objeciones de inconveniencia

1. Este artículo asigna al ICBF una función que actualmente tiene a su cargo la Comisión Intersectorial para la Atención Integral a la Primera Infancia, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 4° del Decreto número 4875 de 2011: “Orientar el diseño e implementación de un esquema de financiación y ejecución interinstitucional progresivo y sostenible, que posibilite la ampliación de cobertura con alta calidad de la estrategia para la Atención Integral de la Primera Infancia”.

En este sentido, el artículo profundiza la incongruencia señalada anteriormente (objeción formulada al artículo 2°) entre el servicio de atención integral y el concepto amplio que trae la Ley 1804 de 2016, en la medida en que reduce a una sola entidad y a un único presupuesto la implementación de una política que, en atención a la Ley 1804, debe involucrar a varias entidades, sectores y niveles de gobierno.

2. El artículo ignora el rol que cumplen el Ministerio Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación en el proceso de elaboración del presupuesto anual, al asignar al ICBF la obligación de apropiarse los recursos presupuestales necesarios.

Esta norma no tiene en cuenta que estas entidades son las que informan los techos presupuestales de funcionamiento e inversión para cada sector, de conformidad con las metas del Marco Fiscal y el Marco de Gasto de Mediano Plazo, aprobados por el Confis.

En virtud de ello, el ICBF no tiene la posibilidad de apropiarse recursos presupuestales autónomamente, sino que está sujeto al proceso de elaboración anual del presupuesto.

10. Artículo 13. Capacitación nutricional a las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales

Este artículo indica que con el fin de mejorar los programas del servicio público de Atención Integral a la Primera Infancia y protección integral de la niñez y adolescencia, el ICBF capacitará de forma permanente a las madres comunitarias, FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales, en temas sobre salud y nutrición. Así mismo, que el Instituto les suministrará la dotación pertinente al servicio de alimentación y adecuará la infraestructura de los hogares.

Igualmente, indica que las madres comunitarias, FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales estarán asesoradas por un equipo de nutricionistas.

Finalmente, el artículo prescribe que el ICBF y el Ministerio de Salud vigilarán y supervisarán a los proveedores que suministran los alimentos a los hogares para determinar su calidad sanitaria.

Objeciones de inconveniencia

1. Como ya se indicó, el ICBF ya ha suscrito convenios con entidades públicas y privadas de reconocida idoneidad, como el Sena y Colsubsidio, para la realización de procesos de cualificación y formación a las madres comunitarias, FAMI y demás agentes educativos que prestan sus servicios en los programas de atención a la primera infancia, con el fin de fortalecer los programas de atención y permitir que aquellos mejoren sus servicios.

En relación con lo establecido en los párrafos 1° y 2° de este artículo, se debe considerar que en la modalidad de hogares sustitutos, según lo dispone el Lineamiento Técnico de esta modalidad, permanentemente se hace seguimiento al componente de alimentación y nutrición de cada uno de los niños, niñas y adolescentes.

Cada equipo de Defensoría de Familia cuenta con un nutricionista que periódicamente examina la talla y el peso de los menores. Además, un profesional de la entidad administradora de la modalidad acompaña a la madre sustituta para que cumpla con el proceso de salud que el beneficiario requiere.

Cada mes, como mínimo, el equipo de Defensoría de Familia o el equipo interdisciplinario del operador visita el hogar sustituto, con el fin de verificar la condición de salud de los beneficiarios y acompañar a la madre en la tarea de brindar alimentación y cuidado adecuados.

En lo que se refiere a la capacitación en el componente de alimentación y nutrición, las madres sustitutas son capacitadas para asegurar la correcta prestación del servicio.

2. Respecto a la función asignada al ICBF en el párrafo 3° del artículo, se ha de tener en cuenta que la verificación técnica de la calidad sanitaria de los alimentos es una tarea que solo puede ser asumida por el Sector Salud a través del Invima.

3. Por último, en lo referente a la obligación de adecuar la infraestructura de los hogares, la norma no tiene en cuenta que estos funcionan en las viviendas de las madres. Al respecto, es importante que el Legislador dimensione el impacto fiscal que representa mejorar y adecuar las condiciones de infraestructura de 50.000 viviendas privadas, para el suministro de alimentos, mediante, por ejemplo, la entrega de estufas, neveras y demás implementos de cocina.

11. Artículo 14

Este artículo obliga al ICBF a garantizar que el aporte alimenticio que se entrega a los niños y niñas beneficiarios de sus programas de Primera Infancia y Protección Integral de la Niñez y Adolescencia cubra los requerimientos nutricionales necesarios para su normal desarrollo, y a implementar estrategias de supervisión y seguimiento para que los proveedores de estos alimentos los entreguen en correctas condiciones de cantidad y calidad. Para esto, el Instituto y el Ministerio de Salud se encargarán de supervisar mes a mes el progreso nutricional, además de la talla y el crecimiento de los menores a cargo de las madres comunitarias, FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales.

Objeciones de inconveniencia

1. El ICBF actualmente realiza el seguimiento nutricional de los menores en los servicios de Primera Infancia y Protección a través de parámetros antropométricos. Con este propósito, el Instituto fija como obligación contractual de las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar la observancia de las minutas patrón en las que se señala el porcentaje nutricional que debe ser entregado a cada beneficiario de los servicios para la atención integral de la primera infancia, y su seguimiento lo realiza a través del ejercicio de supervisión en cada regional.

2. Este artículo dispone que “El ICBF garantizará que el aporte alimenticio que se entrega a los niños y niñas beneficiarios de sus programas de Primera Infancia y Protección Integral de la Niñez y Adolescencia cubra los requerimientos nutricionales necesarios para su normal desarrollo por grupos de edad”.

Con lo anterior se endilga al ICBF la responsabilidad exclusiva de garantizar el 100% de las necesidades alimentarias diarias de los menores, lo que desconoce que, en virtud del principio de corresponsabilidad, la familia también es responsable de la alimentación de los niños (artículos 44 de la Constitución y 10 de la Ley 1098 de 2016).

3. En la parte final del párrafo se menciona que la obligación de supervisar incluirá también para el ICBF la responsabilidad de aplicar sanciones que permitan garantizar el cuidado de la población de niños bajo estas modalidades de cuidado. Sin embargo, no resulta claro de la redacción del párrafo a quién o quiénes aplicarían este tipo de sanciones: si a las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras, o a los proveedores u operadores que no entreguen en correctas condiciones de cantidad y calidad los alimentos.

12. Artículo 15. Evaluación y seguimiento a los Programas de Atención Integral a la Primera Infancia del ICBF

Este artículo preceptúa que la Comisión Especial de Seguimiento para la Atención Integral de la Primera Infancia, creada por el artículo 13 de la Ley 1295 de 2009, promoverá la Segunda Encuesta Nacional de Evaluación del Impacto de los Programas de Atención Integral a la Primera Infancia, cuyos resultados deberán ser entregados a las Comisiones Sextas y Séptimas del Congreso de la República para el respectivo control político.

También precisa que la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia, creada mediante el Decreto número 4875 de 2011, dispondrá, de conformidad con sus competencias, de los mecanismos técnicos y administrativos para la actualización y ajuste del Documento Conpes Social 109 de 2007, mediante el cual se adoptó la Política Pública Nacional “Colombia por la Primera Infancia”.

Objeciones de inconveniencia

1. La Ley 1295 de 2009, que creó la Comisión Especial de Seguimiento para la Atención Integral de la Primera Infancia, fue derogada por el artículo 28 de la Ley 1084 de 2016³³. Por esto es necesario que el Legislador asigne la función de promover la Segunda Encuesta Nacional de Evaluación del Impacto de los Programas de Atención Integral a la Primera Infancia a otro órgano.

2. No es necesaria la “actualización y ajuste del Documento Conpes Social 109 de 2007, mediante el cual se adoptó la Política Pública Nacional Colombia por la Primera Infancia, en orden a garantizar el goce efectivo de los derechos prevalente e inalienables de los niños y las niñas de los estratos más pobres de la población”, pues el Legislador aprobó recientemente la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia “De Cero a Siempre” a través de la Ley 1804 de 2016, la cual está dirigida a todos los niños y niñas desde la gestación hasta los seis años, con independencia de su condición económica.

Consideración final

De acuerdo con lo expuesto, el proyecto de ley es inconveniente en su integridad. Como se demostró, el artículo que regula la formalización de las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras resulta contrario a la Constitución y genera un impacto fiscal de enormes proporciones. Así mismo, los artículos que desarrollan el subsidio a la vejez y la educación gratuita afectan seriamente la estabilidad de las finanzas públicas, el equilibrio macroeconómico y el principio constitucional de sostenibilidad fiscal.

En efecto, las propuestas contenidas en la iniciativa relacionadas con la vinculación laboral directa a la planta del ICBF, el subsidio a la vejez y el acceso a la educación superior tendrían repercusiones presupuestales que se calculan entre \$610.000 millones y \$671.000 millones anuales, sin tener en cuenta el pago de horas extras a madres sustitutas.

Costo PL 127 de 205 Senado		
MEDIDA	Mínimo	Máximo
Subsidio a la Ed. Superior	\$156.319	\$206.382
Subsidio a la Vejez	\$182.872	\$193.633
Vinculación planta ICBF	\$271.437	
TOTAL ANUAL (millones)	\$610.628	\$571.452

Si solo se incluyeran los subsidios y se considerara que la vinculación contractual de las beneficiarias se realizaría en los términos vigentes actualmente, el costo fiscal variaría entre \$339.000 millones y \$400.000 millones anuales.

Costo PL 127 de 205 Senado		
MEDIDA	Mínimo	Máximo
Subsidio a la Ed. Superior	\$156.319	\$206.382
Subsidio a la Vejez	\$182.872	\$193.633
TOTAL ANUAL (millones)	\$339.191	\$400.015

Finalmente, se sugiere tener en cuenta que mediante la Sentencia T-480 de 2016, la Corte Constitucional ordenó al ICBF el reconocimiento y pago a favor de 106 madres comunitarias de los salarios y prestaciones causados desde el momento de su vinculación

al programa hasta el 31 de enero de 2014, o hasta la fecha en que estuvieron vinculadas, y de los aportes parafiscales en pensiones causados durante este mismo periodo.

Una estimación preliminar del impacto que generaría la cobertura de esta sentencia en las demás madres comunitarias indica que alrededor de 73.000 madres vinculadas al programa desde 1996 podrían acceder al mismo beneficio. Bajo lo anterior, podrían considerarse dos escenarios: el primero, si solo se reconocen salarios por seis años (por prescripción) y, el segundo, si se toman en cuenta todos los años trabajados. Según el escenario, el impacto fiscal de la sentencia podría oscilar entre \$5 y 24 billones:

Escenario 1 - SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES						
Concepto	Año total funcionarias tradicionales (1)	Año total funcionarias fami (2)	Años reconocidos (3)	Costo deuda funcionarias tradicionales (4) (1)*(3)	Costo deuda funcionarias fami (5) (2) * (3)	Costo deuda total (4) + (5)
COSTOS ESTIMADOS 2016	1.006.703.685.288	163.523.422.922	6	6.040.222.111.729	981.140.537.532.49	7.021.362.649.262
Menos BECAS 50% smmlv pagadas	243.781.635.630	35.142.648.336	6	1.462.689.813.780	210.855.890.016.00	1673.545.703.796
TOTALES	762.922.049.658	128.380.774.586		4.577.532.297.949	770.284.647.516.49	5.347.816.945.466

Escenario 2 - SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES						
Concepto	Año total funcionarias tradicionales (1)	Año total funcionarias fami (2)	Años reconocidos (3) (1986 A 2013)*	Costo deuda funcionarias tradicionales (4) (1)*(3)	Costo deuda funcionarias fami (5) (2) * (3)	Costo deuda total (4) + (5)
COSTOS ESTIMADOS 2016	1.006.703.685.288	163.523.422.922	27	27.180.999.502.783	4.415.132.418.896,20	31.596.131.921.679
Menos BECAS 50% smmlv pagadas	243.781.635.630	35.142.648.336	27	6.582.104.162.010	948.851.505.072,00	7.530.955.667.082
TOTALES	762.922.049.658	128.380.774.586		20.598.895.340.773	3.466.280.913.824,20	24.065.176.254.597

Esta sentencia constituye un precedente jurisprudencial que podría ser replicado por otros jueces en situaciones análogas. Esto obliga a la Nación a contar con recursos adicionales que ascienden a las sumas anteriormente descritas. Estos valores, sumados a los costos que genera el presente proyecto de ley, generan un déficit fiscal que pone en riesgo la existencia y viabilidad de los programas del ICBF como del Instituto mismo.

Por las razones expuestas, el Gobierno nacional sugiere que el proyecto de ley sea archivado o, en su defecto, revisado de cara a los argumentos desarrollados en el presente documento.

Sin más comentarios,

Reiteramos a los honorables Congresistas nuestros sentimientos de consideración y respeto.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Mauricio Cárdenas Santamaría.

La Directora del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social,

Tatiana Orozco de la Cruz.

SGE-CS-3985-2016

Bogotá D. C., 27 de diciembre de 2016

Doctor

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

Presidente de la República

Ciudad

Señor Presidente:

Acompañado de todos sus antecedentes y debidamente autorizado por el doctor Mauricio Lizcano Arango, Presidente del Senado de la República, de la manera más atenta, me permito enviar, en doble ejemplar, para su sanción ejecutiva, el expediente del 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 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.

El mencionado Proyecto de ley fue considerado y aprobado en Sesión de la Comisión Séptima del Senado de la República el día 08 de junio de 2016 y en Sesión Plenaria el día 20 de junio de 2016. En Sesión de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes el día 05 de octubre de 2016 y en Sesión Plenaria el día 14 de diciembre de 2016. Informe de Conciliación aprobado en sesiones Plenarias del Senado de la República y la Cámara de Representantes el día 15 de diciembre de 2016, respectivamente.

Cordialmente,

Gregorio Eljach Pacheco

Secretario General Senado de la República.

³³ “Artículo 28. Vigencia. La presente ley rige desde su promulgación y deroga la Ley 1295 de 2009, y las demás normas que le sean contrarias”.