

C-110-19

Sentencia C-110/19

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OBJECIONES PRESIDENCIALES-Alcance de la competencia/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OBJECIONES PRESIDENCIALES- Características

OBJECIONES PRESIDENCIALES-Cómputo de términos

OBJECIONES PRESIDENCIALES-Trámite en el Congreso de la República

TRAMITE DE OBJECIONES PRESIDENCIALES EN CONGRESO-Plazo de dos legislaturas en los términos del artículo 162 de la Constitución Política

GACETA DEL CONGRESO-Medio oficial, adecuado e idóneo para materializar el principio de publicidad

OBJECIONES GUBERNAMENTALES-Anuncio y votación

OBJECION PRESIDENCIAL-Insistencia del Congreso

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OBJECIONES PRESIDENCIALES-Inhibición para decidir en aquellos casos que el Gobierno Nacional no cumpla con la carga argumentativa necesaria en su cuestionamiento de inconstitucionalidad

MADRE COMUNITARIA-Vínculo contractual/MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Salario como retribución del servicio prestado

INICIATIVA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DEL GOBIERNO-Criterios jurisprudenciales

INICIATIVA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DEL GOBIERNO-Estructura de la administración nacional

ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL-Reiteración de jurisprudencia

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Exclusión de relación laboral entre madres comunitarias y el ICBF

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Régimen jurídico

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Subsidio al aporte en pensiones de las madres comunitarias

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Subcuenta de Solidaridad/FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Subcuenta de subsistencia

DERECHO A LA PENSION-Objeto

PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS-Medidas de protección social

SUBVENCIONES-Modalidades

SOSTENIBILIDAD FISCAL-No puede ser invocada para menoscabar los derechos fundamentales, ni restringir su alcance o negar su protección efectiva

PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA-Concepto

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Debe ser garantizada por el Estado

CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL-Instrumento para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho

SOSTENIBILIDAD FISCAL-Carácter instrumental

SOSTENIBILIDAD FISCAL-Se interpreta conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de derechos

SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA-Contenido normativo

Referencia: expediente OG-158

Asunto: Objeciones gubernamentales 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”.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 8 del Texto Superior, y cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Registro de las objeciones gubernamentales

El Secretario General del Senado de la República, mediante oficio de fecha 22 de marzo - radicado en la Corte Constitucional el día 26 de abril de 2018- remitió a esta Corporación, por instrucciones del Presidente de esa cámara legislativa, el expediente correspondiente 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”, iniciativa que fue objetada por inconstitucionalidad e inconveniencia, siendo tales objeciones rechazadas en su mayoría, por el Congreso.

A continuación, se transcriben las normas sometidas a control conforme con su publicación en la Gaceta del Congreso No. 1130 de 2016, en la que consta el texto conciliado del proyecto de ley. El artículo 3º es objetado parcialmente subrayando las expresiones “económica” y “situación de discapacidad parcial o total” contenidas en su numeral 3. A

pesar de que la objeción respecto del artículo 4º no indica una expresión específica como acusada, del escrito gubernamental se desprende que ella recae exclusivamente sobre la expresión “en forma directa con el ICBF o” del primer inciso. Los artículos 5º y 6º se objetan integralmente.

CAPÍTULO I

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

Artículo 3º. Definiciones.

(...)

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

(...)

CAPÍTULO II

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

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

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

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

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

(...)

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

1. Quienes hayan laborado veinte (20) años o más en los programas de atención integral a la Primera Infancia, protección integral de la niñez y adolescencia del ICBF recibirán subsidio equivalente a un 95% de un salario mínimo mensual legal vigente.
2. Quienes hayan laborado más de diez (10) años y menos de veinte (20) años o más en los programas de atención integral a la Primera Infancia, protección integral de la niñez y adolescencia del ICBF recibirán un subsidio proporcional al tiempo laborado, que lo reglamentará el Gobierno nacional.

Parágrafo 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 2014”.

1.3. Objeciones formuladas por el Gobierno Nacional

El Gobierno Nacional presentó formalmente tres objeciones. No obstante, lo anterior, la tercera de ellas cuestiona los artículos 5° y 6° por varios motivos de inconstitucionalidad. En consecuencia, la Corte escindirá su análisis.

a) Objeción en contra del artículo 3° del proyecto de ley por violación del artículo 44 de la Constitución

Los artículos 53 y 59 de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” disponen que la ubicación de los menores de edad en un hogar sustituto constituye una medida para restablecer sus derechos. Consiste en su ubicación en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen. Con apoyo en lo dispuesto en el artículo 44, en la sentencia T-773 de 2014 se indicó que la situación económica no puede ser considerada como “una razón para separar de ella a los menores”. Incluso, el artículo 56 de esa ley establece que si de la verificación del estado de los derechos de los menores se concluye que la familia no dispone de los recursos necesarios, deberá informarse a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar a fin de que se adopten las medidas requeridas. Tampoco es posible considerar como fundamento para separar a un menor de su familia la situación de discapacidad, dado que tal circunstancia no genera violación de sus derechos. De hecho “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”.

b) Objeción en contra del artículo 4° del proyecto de ley por violación de los artículos 150.7 y 154 de la Constitución

La regla que permite la contratación directa por parte del ICBF de las madres comunitarias y FAMI, implica la modificación de la estructura de la administración nacional. Su aprobación violó los artículos 150.7 y 154 conforme a los cuales las normas que determinan dicha estructura solo pueden ser aprobadas o reformadas por iniciativa del Gobierno Nacional. Esta conclusión se apoya en la sentencia C-663 de 2013 al reconocer que la competencia para determinar la organización del Estado comprende también “los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores”.

La jurisprudencia ha reconocido que el consentimiento por parte del Gobierno no tiene que manifestarse desde el momento inicial en que se presente el proyecto. También puede formularse de manera expresa o tácita durante el trámite legislativo. En el proyecto bajo examen, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expresó su oposición al proyecto y, en dos oportunidades, rindió concepto negativo al mismo señalando su impacto fiscal en asuntos relativos a la contratación laboral, al subsidio de vejez, y al otorgamiento de educación gratuita. Así las cosas “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 esté avaló su trámite”. La prueba de la oposición se encuentra contenida en las comunicaciones remitidas al Congreso de la República, una de las cuales fue publicada en la Gaceta 952 de 2016.

c) Objeción en contra de los artículos 5° y 6° del proyecto de ley por violación de las reglas de los artículos 13 y 48 de la Constitución

Los artículos cuestionados reconocen un subsidio permanente de vejez a madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales. Dicho subsidio: (a) exige el cumplimiento de 57 años para las mujeres o 62 para los hombres -igual al establecido para las pensiones en los artículos 33 y 64 de la Ley 100 de 1993-; (b) tiene carácter vitalicio y, (c) se otorga por la vejez.

En el curso de los tres primeros debates el monto del subsidio se estableció en un salario mínimo y solo en el cuarto debate se incluyó, sin fundamento alguno, su equivalencia en un 95% de dicho salario. Esta modificación obedeció a la advertencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y tenía por objeto evitar que el subsidio fuera equivalente a una pensión teniendo en cuenta la regla del inciso 12° del artículo 48 que establece que ninguna pensión puede ser inferior al salario mínimo mensual vigente. Esta forma de actuación “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”. Ello constituye un fraude a la ley en los términos en que fue definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013.

Las disposiciones objetadas se oponen también al artículo 13 de la Constitución dado que

prevén un trato diferenciado a favor de los destinatarios del nuevo régimen establecido que no puede justificarse respecto de la población afiliada al régimen general y, en especial, de los sujetos de la tercera edad, destinatarios de una especial protección. Las restricciones que se desprenden del artículo 48 constitucional le impiden al legislador establecer diferenciaciones de trato en materia pensional.

d) Objeción en contra de los artículos 5° y 6° del proyecto de ley por violación de la sostenibilidad financiera y fiscal establecida en los artículos 48 y 334 de la Constitución

La sostenibilidad financiera, establecida en el inciso 7º del artículo 48 de la Constitución, se opone a lo prescrito en los artículos objetados. En el curso del proceso de aprobación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público advirtió “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, de manera que se afecta la estabilidad de las finanzas públicas, el equilibrio macroeconómico y la sostenibilidad fiscal”[1], tal y como ello fue puesto de presente en el curso del trámite legislativo, en particular, en el concepto radicado el 31 de octubre de 2016 en la Secretaria General de la Cámara de Representantes[2]. En dicho concepto el Gobierno resaltó que la iniciativa legislativa vulneró la Ley 819 de 2003, en particular el artículo 7º conforme al cual existe la obligación “de establecer en todo proyecto de ley la fuente de financiación de los gastos que la propuesta genere”.

De acuerdo con lo que señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, la aprobación del Acto Legislativo No. 01 de 2005, modificadorio del artículo 48 constitucional, se encontró motivada por el déficit pensional generado en gran parte por la existencia de regímenes especiales y el riesgo en que se encontraba el derecho de los ciudadanos a obtener la pensión por la inequidad de las normas pensionales. Considerando este vínculo entre la sostenibilidad y el derecho a obtener una pensión se estableció que era indispensable “el cumplimiento de una edad y unas semanas mínimas de cotización que deben responder a los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 y en sus modificaciones”.

1.4. Insistencia del Congreso de la República

El Congreso de la República insistió en la aprobación del proyecto por las razones que se

indican a continuación.

a) Razones de la insistencia respecto de la objeción en contra del artículo 3° del proyecto de ley por violación del artículo 44 de la Constitución

No es comprensible la fundamentación del Gobierno y sus argumentos son incoherentes. La regulación de los hogares sustitutos corresponde a una medida de protección de la Ley 1098 de 2006. La norma cuestionada establece la definición de madres sustitutas. No es posible la interpretación de la ley objetada en el sentido de que autorice que el menor pueda “ser separado arbitrariamente de su familia por cuestiones económicas o de discapacidad motriz o sensorial como lo plantea el Gobierno en el texto de la objeción”. De ninguna manera puede afirmarse que el proyecto permita “separar a niños, niñas y adolescentes de sus familias arbitrariamente y, a su vez, se desconoce a qué hace referencia el Gobierno en los argumentos que “sustentan” la presente objeción de inconstitucionalidad”.

b) Razones de la insistencia respecto de la objeción en contra del artículo 4° del proyecto de ley por violación de los artículos 150.7 y 154 de la Constitución

Es cierto que el Gobierno es titular de la iniciativa gubernamental exclusiva en las materias a las que se refiere el artículo 154 de la Constitución. Sin embargo, tal iniciativa no solo se manifiesta al momento de presentar el proyecto inicial sino también cuando el Gobierno le otorga el aval durante el trámite legislativo (C-838 de 2008). El aval gubernamental debe ser otorgado por el Ministro titular de la materia objeto de discusión. Ese aval puede ser expreso o tácito según lo reconoció la sentencia C-663 de 2011. Tal decisión señala que puede entenderse cumplido, por ejemplo, “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”.

En este caso el Ministerio con competencia para otorgar el aval es el de Trabajo debido a que la disposición se refiere a los derechos prestacionales mínimos derivados del orden laboral de las Madres Comunitarias y FAMI. Ello implica entonces que no era el Ministro de Hacienda y Crédito Público el competente para otorgarlo. En ese sentido, la Ministra de Trabajo de ese entonces indicó, en audiencia pública preparatoria del debate que tuvo lugar en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, su acuerdo con el proyecto de ley

y, en particular, en lo relacionado con el incremento del subsidio de solidaridad pensional así como con la formación y capacitación del referido grupo de madres, tal y como ello era abordado en el proyecto.

El artículo 4° del proyecto de ley tiene como propósito corregir una irregularidad que guarda relación con la forma en que dichas madres se encuentran vinculadas para el desarrollo de sus actividades. Ello se apoya en las siguientes razones: (i) en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 se prohibió que las entidades públicas o privadas tercerizaran las actividades misionales propias y permanentes de sus actividades; (ii) el artículo 1º, inciso tercero, del Decreto 2025 de 2011 que reglamentó, entre otros, el artículo 63 mencionado, señala que como actividad misional permanente se entiende “aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa”; (iii) conforme al artículo 20 de la Ley 7 de 1979 y al artículo 124 de la Ley 1471 de 1990 el objeto del ICBF consiste en “propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos”; (iv) el artículo 1º de la Ley 89 de 1988 define los Hogares Comunitarios de Bienestar al tiempo que el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006 prescribe que la ubicación en un hogar sustituto es una medida de protección que tiene por finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes el restablecimiento y cumplimiento de sus derechos; (v) los objetivos de los Hogares Comunitarios de Bienestar y de los Hogares Sustitutos indican que las actividades desarrolladas por las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras, corresponden a las actividades misionales permanentes del ICBF “lo cual supone que es claro que su relación laboral no puede ser tercerizada conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, conforme a lo acordado por Colombia en el plan de acción laboral suscrito con EEUU. en el marco de la suscripción del TLC y conforme a lo dispuesto en la sentencia C-593 de 2014”; (vi) a la luz del derecho al trabajo se impone una vinculación de este grupo “que ayude en parte a reconocer la labor social” de las madres, “la cual ha sido desconocida sistemáticamente por parte del Estado”; (vii) las destinatarias del artículo 4º han desarrollado un contrato realidad que no ha podido consolidarse “por cuestiones de conveniencia política y financiera que desconocen los fundamentos de un Estado Social y Democrático de Derecho” de manera que la ley propuesta “pretende dignificar la situación de discriminación que históricamente ha rodeado los Derechos de las Madres Comunitarias, FAMI, Sustitutas y Tutoras”.

c) Razones de la insistencia respecto de la objeción en contra de los artículos 5° y 6° del proyecto de ley por violación de las reglas de los artículos 13 y 48 de la Constitución

Es incorrecto el planteamiento del Gobierno según el cual las normas demandadas crearon un régimen especial en materia pensional. Una interpretación sistemática del ordenamiento indica que el subsidio permanente por razón de la vejez ya se encontraba establecido en el Decreto 605 de 2013, reglamentario de los artículos 164 y 166 de la Ley 1450 de 2011. En todo caso, si se entendiera que se dispuso la creación de un régimen especial, tal conclusión debería atribuirse a estas últimas disposiciones.

No puede aceptarse el argumento del Gobierno respecto de la ocurrencia de un fraude como consecuencia de la corrección del subsidio estableciendo que sería un porcentaje del 95% de un SMMLV. Ello obedeció a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con posterioridad al debate que tuvo lugar en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, alertó sobre el error de tasarlo en un SMMLV, de manera que se corrigió para que surtiera el cuarto debate. Esta decisión se apoyó en el artículo 180 de la Ley 5ª de 1992 que permite introducir enmiendas que pretendan corregir errores.

Frente al planteamiento según el cual los artículos objetados se oponen al derecho a la igualdad dado que establecen un trato diferenciado y favorable a las madres comunitarias, FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales (en adelante las “Madres”) tal “preferencia tiene lógica al determinar que el segmento poblacional de las Madres Comunitarias, FAMI, Sustitutas y Tutoras ha sido sujeto de discriminaciones como bien lo demostró la Sentencia T-628 de 2012 (...)”. Es por la situación laboral en la que se encontraban las madres que no era posible llevar a cabo sus aportes a la pensión. Así las cosas, la Ley 1450 de 2011 (arts. 164 y 166) así como el Decreto 605 de 2013 y el proyecto de ley objetado, se dirigen “a crear un escenario de acciones afirmativas para en alguna forma atenuar la discriminación de la cual son parte las beneficiarias de los artículos objetados”. Lo anterior se sustenta en la sentencia T-628 de 2012 así como en la T-480 de 2016, parcialmente anulada por el Auto 186 de 2017. En suma “la iniciativa legislativa objetada dista mucho de ser contraria del artículo 13 superior” dado que, a diferencia de lo que advierte el Gobierno, “el proyecto de ley busca entre

otras cosas realizar una discriminación afirmativa en favor de las beneficiarias (...).".

d) Razones de la insistencia respecto de la objeción en contra de los artículos 5° y 6° del proyecto de ley por violación de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y fiscal establecida en los artículos 48 y 334 de la Constitución

El proyecto de ley no desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Cinco razones apoyan esta conclusión: (i) a diferencia de lo que ocurre en un Estado de Derecho, en el Estado Social y Democrático de Derecho "el fin óptimo y primordial es el ser humano, por cuanto el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la Seguridad Social, la solidaridad y la prevalencia del interés general constituyen los derroteros fundamentales de este modelo de Estado"; (ii) el Estado debe garantizar a las Madres las "condiciones dignas que les retribuya el esfuerzo que han depositado en la atención de los niños, niñas y adolescentes más necesitados en el país y a su vez, les reivindique sus derechos frente al desconocimiento en su concepción como trabajadoras, del cual han sido víctimas desde la creación de los programas que operan desde sus propios hogares"; (iii) el artículo 334 prevé que ninguna autoridad se encuentra habilitada para invocar la sostenibilidad fiscal "a fin de menoscabar, restringir o negar la protección de los derechos fundamentales, como los de las beneficiarias del artículo objetado"; (v) la imposibilidad de apoyarse en la sostenibilidad fiscal encuentra apoyo en las sentencias C-288 de 2012 y C-753 de 2013; (vi) conforme a lo anterior "no es un argumento válido el interponer la sostenibilidad fiscal para negar la consolidación de derechos que bajo el principio de progresividad estipulado en el artículo 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se está otorgando a las beneficiarias del proyecto de ley bajo los parámetros establecidos en el Decreto número 605 de 2013".

II. TRÁMITE SURTIDO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. En comunicación recibida por esta Corporación el 26 de abril de 2018, el Secretario General del Senado de la República remitió el "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”, cuyos artículos 3° (parcial), 4° (parcial), 5° y 6° fueron objetados por el Gobierno Nacional aduciendo razones de inconstitucionalidad y su aprobación fue insistida por el Congreso de la República.

2.2. En auto del 10 de mayo de 2018, el Magistrado Sustanciador asumió el conocimiento de las objeciones gubernamentales y dispuso (i) requerir a los secretarios generales de la Cámara de Representantes y del Senado de la República para que remitieran los documentos sobre el procedimiento seguido para la discusión de las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional; (ii) informar del inicio del procedimiento al Presidente de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Trabajo, al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a Colpensiones y al Consorcio Colombia Mayor; (iii) invitar a participar en el proceso al Sindicato de Madres Comunitarias y a varias organizaciones académicas; y (iv) fijar en lista el proceso a efectos de hacer posible las intervenciones de los ciudadanos interesados.

2.3. Mediante Auto 299 de 2018, la Sala Plena constató que no se habían recibido los documentos requeridos para adoptar una decisión y, en consecuencia, dispuso abstenerse de decidir acerca de las objeciones gubernamentales hasta tanto fueran allegadas las pruebas decretadas. Igualmente ordenó a los secretarios generales de la Cámara de Representantes y del Senado de la República remitir la información correspondiente. Se indicó, además, que una vez se verificara el aporte de las pruebas, el trámite de revisión constitucional continuaría su curso.

2.4. Mediante auto de fecha 8 de junio de 2018 y encontrándose pendiente la recepción de algunas de las pruebas referidas, se estimó pertinente solicitar algunas pruebas adicionales que permitirían delimitar y precisar el debate constitucional.

III. INTERVENCIONES

3.1. Entidades oficiales

a) Ministerio de Hacienda y Crédito Público[3]

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante, “MHCP”), interviene en el presente proceso y solicita declarar fundadas las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno Nacional y, en consecuencia, declarar la inexequibilidad del proyecto de ley.

Expone que el aval requerido no fue debidamente otorgado por el Ministerio del Trabajo y que este no es el único llamado a otorgarlo. Resalta que el proyecto objetado es una iniciativa de modificación de la estructura de la administración que implica regulación de materias presupuestales que corresponden al MHCP. Para fundamentar lo expuesto, (i) describe la intervención del Ministerio del Trabajo y concluye que no avaló ni hizo mención alguna a la modificación de la estructura del Instituto Colombiano de Bienestar Familia (en adelante, “ICBF”) con el objeto de vincular laboralmente a las madres comunitarias y FAMI a la planta de personal de dicha entidad; (ii) cita jurisprudencia constitucional para denotar que el Ministerio del Trabajo no era la única cartera competente para otorgar el aval, considerando la materia general del proyecto de ley (este no sólo diseña un modelo jurídico de vinculación laboral, sino que también dispone del erario para satisfacer dicho modelo); (iii) especifica el asunto respecto del cual se predica la carencia de aval en el proyecto de ley (modificación de la estructura de una entidad del nivel central); y (iv) señala el impacto que puede tener la norma en los asuntos a cargo del MHCP (por ejemplo, el impacto fiscal) y su competencia específica (Decreto 1068 de 2015 y Decreto 7212 de 2008).

En relación con los artículos 5° y 6° señala que los requisitos de edad, tiempo de servicio y cuantía, evidencian que la prestación reconocida constituye materialmente una pensión - inferior a un salario mínimo-, con apariencia de subsidio, que escapa de la libertad del legislador al existir expresa prohibición constitucional para crear regímenes que desborden los requisitos generales establecidos, en perjuicio del principio de igualdad y la sostenibilidad financiera del sistema. Así, indica la necesidad de los aportes del ciudadano para el reconocimiento de una prestación económica pensional pues, aun en prestaciones que no son pensionales -y que buscan un auxilio de vejez, como los Beneficios Económicos Periódicos (en adelante, “BEPS”) -, existe un principio de corresponsabilidad en la liquidación de la mesada o de aporte mutuo.

En adición a ello, argumenta que la creación de un subsidio permanente a la vejez, no satisface algunos requisitos generales para la creación de subsidios gubernamentales que atienden a la armonización entre la obligación prestacional del Estado Social de Derecho y

la cláusula general de prohibición de creación de auxilios y donaciones en favor de personas de derecho privado (artículo 355). Con esto, el proyecto desconoce el impacto fiscal de la medida y quebranta el límite de control presupuestal previsto por el artículo 355, resaltando -entre otros aspectos- que la asignación no se encuentra reflejada en la ley del Plan Nacional de Desarrollo ni en otras normas presupuestales y que, aunque el beneficio creado por motivo de vejez pueda ser adjudicado de manera vitalicia, lo relevante es la situación fáctica en la que se encuentran determinados sectores poblacionales. Las medidas tomadas por mandato de la Ley 1450 de 2011 buscaron favorecer a ciertas mujeres para las cuales ya era imposible acceder a una pensión de vejez.

Finalmente, se refiere al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, principio rector que prohíbe al Congreso, por mandato constitucional, establecer regímenes pensionales financieramente insostenibles (presentando, para estos efectos, cifras sobre la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema). Dicho principio, lejos de limitar la ampliación paulatina de la cobertura y el mejoramiento de las condiciones de acceso a las prestaciones sociales que ofrece el sistema pensional, garantiza su materialización en condiciones de estabilidad para los afiliados activos. En cuanto a la sostenibilidad fiscal -incluida en el artículo 334 de la Constitución, como criterio constitucional y herramienta que debe ser utilizada por todas las ramas del poder público para garantizar la efectividad de las garantías otorgadas por el Estado Social de Derecho-, indica que fue desconocida por el proyecto de ley.

El Congreso tampoco cumplió con lo establecido en la Ley 819 de 2003 que impone, por un lado, la carga argumentativa al legislador de motivar adecuadamente su iniciativa, de forma que quede sustentada su razonabilidad y proporcionalidad y, por otro, la necesidad de incluir las fuentes de financiación del proyecto de ley. A partir de ello, dicha cartera describe su impacto fiscal -en relación con la vinculación directa a la planta del ICBF, el subsidio permanente a la vejez y las medidas de educación- lo que generaría un incremento en los gastos de la Nación y le restaría coherencia con las metas que ha establecido el Gobierno Nacional.

b) Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[4]

El ICBF interviene en el presente proceso y solicita declarar la inconstitucionalidad del

proyecto de ley. En primer lugar, destaca que el MHCP era el competente para emitir el aval debido a que la modificación de la estructura de la administración nacional del proyecto impacta de forma profunda el presupuesto nacional. Por su parte, el artículo 4° desconoce las diferencias entre los programas de hogares comunitarios y hogares sustitutos así como su funcionamiento, asignando por igual y de manera confusa, a madres comunitarias y sustitutas, las mismas reglas de vinculación laboral (lo que refuerza la razón constitucional de que estas materias deban ser de iniciativa del Gobierno Nacional).

En efecto, los hogares sustitutos son medidas de protección provisional que no pueden exceder de seis (6) meses, prorrogables por el mismo término. El vínculo con el hogar sustituto se estructura bajo un enfoque solidario y de corresponsabilidad social por lo que la convivencia se desarrolla veinticuatro (24) horas al día durante los siete (7) días de la semana. Asimismo, los hogares sustitutos no siempre cuentan con ocupación, lo que genera dudas acerca de la remuneración que le correspondería a la persona responsable del hogar sustituto en los lapsos donde no hay asignación de menores de edad beneficiarios de este programa, aunado a los cuestionamientos de la Contraloría General de la República por eventuales detrimentos patrimoniales derivados de contratos de trabajo pagados, sin cumplimiento temporal de su objeto.

En segundo lugar, afirma que el subsidio incluido en el proyecto de ley es de naturaleza pensional en razón a los elementos de edad para acceder al beneficio, y el otorgamiento de una suma de dinero con carácter vitalicio en virtud de la vejez. Se trata de la creación de un régimen especial de pensiones, que contraviene los artículos 13 y 48 de la Constitución. En tal sentido, al establecerse una distinción en materia pensional, sin un fundamento constitucionalmente relevante, se vulnera el derecho a la igualdad y se contradice lo manifestado en el artículo 48 Superior.

En tercer y último lugar, el artículo 4° del proyecto de ley limita la facultad del 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. Además, es contrario al artículo 209 C.P. pues, al obligar a una entidad estatal a contratar con un determinado grupo de asociaciones, impide que el criterio de selección sea objetivo y se dirija a la escogencia de las propuestas más idóneas, al servicio del interés general y del interés superior del menor. Finalmente, expresa que la regulación propuesta supone una

modificación innecesaria al modelo de contratación excepcional que fijó la Ley 7 de 1979 y el Decreto 1084 de 2015 en el marco del “Régimen Especial de Aporte” para el cumplimiento de la función misional del servicio público de bienestar familiar y la realización de programas sociales.

c) Departamento Administrativo para la Prosperidad Social[5]

El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (en adelante “DPS”) interviene en el presente proceso y solicita declarar la inconstitucionalidad del proyecto.

La competencia del Congreso para determinar la estructura de la administración nacional (artículo 150-7 C.P.), solo puede activarse a iniciativa del Gobierno Nacional, en los términos del artículo 154 Superior, a quien la Constitución le ha otorgado poder para conformar la estructura organizacional de la administración pública. En el caso concreto, el proyecto de ley modifica y afecta sustancialmente la estructura del ICBF (creando una nueva planta de personal, su vinculación y régimen pensional), a pesar de lo cual fue aprobado sin contar con iniciativa del Gobierno Nacional. Asimismo, no puede tomarse como un aval tácito el concepto emitido por el Ministerio del Trabajo pues el proyecto regula temas relacionados con contratación, destinación del presupuesto nacional y modificación de la administración pública, de competencia del MHCP.

Señala una contradicción en el artículo 4° pues, por un lado, fija un sistema de vinculación laboral en forma directa con el ICBF o mediante la contratación de las organizaciones conformadas por madres comunitarias, sustitutas, tutoras y FAMI advirtiéndole que su vinculación se dará con vocación de estabilidad laboral y contrato a término indefinido y, por otro lado, prevé que si bien el ICBF descontará y pagará los aportes a la seguridad social y prestaciones sociales, ello no implica que se configure una relación laboral con la entidad retenedora.

Adicionalmente, restringir la contratación a cierto grupo de oferentes contradice el interés general que desarrolla la función administrativa, desconociendo lo consagrado en el artículo 209 Superior y en la Ley 80 de 1993. Finalmente, advierte que los artículos 5° y 6° crean un nuevo régimen pensional con el mismo requisito de edad para acceder al Régimen General de Pensiones (57 años mujeres y 62 hombres) pero sin el cumplimiento de cotizaciones o aportes en capital, contrario al artículo 48 Constitucional.

3.2. Organizaciones sociales

a) Sindicato Nacional de Trabajadores al Cuidado de la Infancia y Adolescentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar [6]

Esta organización sindical interviene para indicar que “las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad no resultan ciertas y que el mismo Proyecto de Ley cumple a cabalidad con los preceptos determinados por la Carta Política”. Se refiere a la definición de madres sustitutas para indicar que la misma no hace referencia a las causales para determinar -por parte del ICBF- una medida de protección -que se encuentran ya definidas en la ley-. Sin embargo, resalta que la inconstitucionalidad del numeral 3 tiene como punto de partida que estas atienden sólo a menores de 2 años lo que resulta discriminatorio, pues el Estado a través del ICBF y su programa de madres sustitutas, ampara a todos los menores de 18 años.

Respecto del artículo 4°, este fue aprobado por el Congreso de la República en ejercicio de sus atribuciones y funciones constitucionales. Este proyecto, lejos de modificar la estructura de la administración, establece una alternativa para que el ICBF vincule directamente a las madres comunitarias o que se relacione a través de las organizaciones conformadas por estas, por lo que no crea una obligación de contratación directa sobre el Gobierno Nacional, sino una opción de vinculación. Por otro lado, por ‘iniciativa del Gobierno’ debe entenderse el aval del mismo -tácito o expreso- en cualquier momento del trámite legislativo. En este caso, por tratarse de un tema laboral -sin ser necesario- el aval fue otorgado por el Ministerio del Trabajo.

Finalmente, respecto de los artículos 5° y 6° del proyecto de ley, se refiere al Decreto 605 de 2013 -que reglamenta las disposiciones de los artículos 164 y 166 de la Ley 1450 de 2011-, para indicar que coincide con los términos indicados en el proyecto, motivo por el cual no se comprende la afirmación del Gobierno de que se está creando una pensión. Por último, y frente al artículo 48 Superior, corresponde a la libertad de configuración del legislador determinar beneficios económicos inferiores al salario mínimo para personas de bajos recursos que no cumplan con los requisitos para acceder a la pensión. Asimismo, no resulta pertinente alegar una afectación al artículo 13 de la Constitución por la existencia de un trato diferenciado respecto del resto de la población afiliada al Sistema Pensional

debido a que el artículo 48 prevé la posibilidad de establecer beneficios económicos periódicos para personas con las características señaladas.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicitó declarar (i) fundadas las expresiones “vulnerabilidad económica” y “cuyos derechos se encuentren en peligro de ser afectados por encontrarse” e (ii) infundadas las objeciones formuladas respecto de los artículos 4°, 5° y 6° del proyecto de ley. Subsidiariamente, solicitó que se declare la constitucionalidad del proyecto de ley difiriendo los efectos del fallo con el fin de evitar que el marco fiscal se torne en un impedimento a los fines del Estado Social de Derecho. Divide su concepto en dos (2) secciones. En la primera se pronuncia respecto de aspectos relativos a la formulación y discusión de las objeciones encontrando cumplidos los requisitos de procedimiento. En la segunda se refiere a los asuntos sustanciales del proyecto de ley indicando lo siguiente:

4.1. Para determinar si el artículo 3º autoriza la separación de un menor de edad de su familia de origen por situaciones de vulnerabilidad económica o discapacidad, debe considerarse que el mismo se compone de dos partes: por un lado, la definición de las actividades a realizar por las madres sustitutas, identificando la expresión “vulnerabilidad económica”, que debe ser excluida del ordenamiento pues dicha circunstancia no debe dar lugar a la activación del sistema de protección para la adopción de medidas de restablecimiento del derecho, que supongan extraer al menor de su medio familiar.

Por otro lado, el artículo contiene una lista de situaciones dentro de las que se destaca la “situación de discapacidad parcial o total”, frente a lo cual, si bien no existe reparo constitucional en que el legislador señale ciertas circunstancias bajo las cuales se prefiere la adopción de una medida de protección por encima de otras, esta no se puede considerar en sí misma como una circunstancia que comporte un peligro de afectación a los derechos. En consecuencia, frente a la imposibilidad de efectuar una interpretación distinta de la norma, el Ministerio Público propone adoptar una solución que suponga la conservación parcial de la misma, declarando la inexequibilidad de la expresión “cuyos derechos se encuentren en peligro de ser afectados por encontrarse”.

4.2. La disposición objetada supone una modificación de la estructura de la administración

y, por ello se requería el otorgamiento de aval gubernamental según los artículos 150.7 y 154 de la Constitución. En efecto, Según la normatividad existente a la fecha, el artículo 4° del proyecto entraña una modificación a la estructura de la administración pública en atención a los cambios que realiza sobre el régimen de los trabajadores que prestan sus servicios en el ICBF, garantizando los derechos laborales y formalizando el trabajo de un grupo de personas. En cuanto al aval, se tiene que el Gobierno Nacional presentó dos posturas contrarias durante el trámite legislativo motivo por el cual debe primar la manifestación positiva sobre la negativa, así como la cartera ministerial cuyas funciones tengan mayor conexión temática con el proyecto de ley. Ello ocurre con el Ministerio del Trabajo considerando sus objetivos y funciones.

4.3. El subsidio permanente a la vejez encuentra apoyo en el párrafo sexto adicionado por el Acto Legislativo 01 al artículo 48 de la Constitución y, en la visión expansiva y universal de la seguridad social que incluye dicho artículo. La condición constitucional de que este beneficio esté dirigido a personas de escasos recursos se refuerza por el requisito de no estar pensionado por vejez o invalidez que contempla el proyecto. Por lo demás, este subsidio es una expresión del Estado Social de Derecho dentro del cual es fundamental garantizar la subsistencia digna de todos los habitantes del territorio nacional a través de la seguridad social, en particular de las personas en condición de vulnerabilidad.

En atención a lo dicho, no se infringe la prohibición constitucional de reconocer pensiones sin aportes y tampoco se está en presencia de un régimen pensional especial, pues el subsidio está llamado a ser limitado en el tiempo en la medida que una vez regularizada la relación contractual en los términos del artículo 4° del mismo proyecto, este únicamente servirá a las personas que no logren obtener una pensión, habiendo ejercido las actividades de servicio a la primera infancia en los programas del ICBF sin garantías laborales.

4.4. También se desvirtúa la aludida vulneración de la igualdad pues los artículos objetados hacen efectivo el mandato de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Respecto del argumento de sostenibilidad financiera, el concepto negativo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no puede convertirse en un poder de veto, habiéndose creado la subcuenta del Fondo de Solidaridad Pensional y siendo el asunto constitucionalmente relevante por tratarse de la garantía de derechos fundamentales y sociales.

V. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. Con fundamento en lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 241 de la Constitución, la Corte es competente para pronunciarse sobre las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional. La activación de tal competencia depende del hecho de que el Congreso de la República, previo el cumplimiento de los requisitos de procedimiento, insista en la aprobación del proyecto. Como lo ha indicado este Tribunal “la insistencia de las cámaras se erige en un presupuesto de procedibilidad para que la Corte pueda abordar el examen de las objeciones formuladas, pues de acogerse la oposición expuesta por el Gobierno, desaparece el conflicto que suscita la intervención de este Tribunal”[7]. En consecuencia, corresponde verificar, de un lado, la debida y oportuna formulación de las objeciones por parte del ejecutivo y, de otro lado, la regularidad de la insistencia en la aprobación del proyecto por parte del Congreso[8].

B. OBJECIONES GUBERNAMENTALES, INSISTENCIA DEL CONGRESO Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

2. El control de constitucionalidad de las objeciones por inconstitucionalidad presenta las siguientes características: (i) se activa cuando el Gobierno antes de la sanción de una ley impugna su validez constitucional en desarrollo de las competencias previstas en el artículo 166 de la Constitución y el Congreso insiste en su aprobación; (ii) se circunscribe a las objeciones válidamente formuladas por el Gobierno, sin que ello impida que la Corte se ocupe de materias que se encuentren en estrecha conexidad con su contenido[9]; (iii) puede comprender vicios de procedimiento o vicios asociados a su contenido material; y (iv) hace tránsito a cosa juzgada relativa puesto que la decisión de la Corte se limita a las materias objetadas y ello no impide que con posterioridad a la promulgación de la ley, cualquier ciudadano plantee cuestiones constitucionales diferentes. En adición a ello, la jurisprudencia ha señalado que la naturaleza de este control (v) limita las posibilidades de modulación de la sentencia “pues conforme a lo previsto en el artículo 167 superior, la posibilidad de que el Congreso rehaga el proyecto en términos concordantes con el dictamen de la Corte en caso de inconstitucionalidad parcial, de suyo excluye ese

remedio”[10].

3. De acuerdo con lo expuesto, el control constitucional de los proyectos de ley objetados requiere un examen compuesto, principalmente, por dos etapas. La primera se encamina a establecer (i) la debida formulación de las objeciones por parte del Gobierno Nacional en lo relativo a la competencia de los funcionarios y a la oportunidad en su presentación; así como (ii) el cumplimiento regular del trámite para insistir en la aprobación de la ley por parte del Congreso de la República[11]. En la segunda etapa, corresponde (iii) establecer si las objeciones tienen la aptitud formal para propiciar un pronunciamiento de fondo[12] y, en caso de que ello sea así, (iv) definir si tienen o no el mérito para justificar la decisión del Gobierno de no sancionar la ley.

C. EXAMEN DEL TRÁMITE DE FORMULACIÓN DE LAS OBJECIONES AL PROYECTO DE LEY Y DE INSISTENCIA EN SU APROBACIÓN

4. Con el objetivo de establecer la regularidad del trámite de objeciones gubernamentales, la Corte indicará las reglas que componen cada etapa del examen constitucional y, seguidamente, establecerá si fueron cumplidas.

Competencia y oportunidad para la formulación de las objeciones gubernamentales

5. El artículo 166 establece que la competencia para las objeciones le corresponde al Gobierno. Al ser una atribución que el Presidente de la República ejerce en condición de Jefe de Gobierno, su cumplimiento exige que sea acompañado por (i) el ministro del ramo respectivo o (ii) por el director del departamento administrativo correspondiente en los términos fijados en el artículo 115 de la Carta. En ese sentido, la Corte ha declarado cumplido este requisito frente a objeciones formuladas por el Presidente y el ministro, o por aquel y el director del departamento administrativo respectivo[13].

En contra de esa conclusión podría señalarse que en materia de objeciones gubernamentales la atribución constitucional se radica exclusivamente en el Presidente de la República y el ministro del ramo. De una parte, el artículo 208 establece que los ministros, en relación con el Congreso, son los voceros del Gobierno encontrándose

habilitados para presentar a las cámaras proyectos de ley, atender las citaciones que aquellas les hagan y tomar parte en los debates directamente o por conducto de los viceministros[14] y, de otra, el artículo 167 prescribe, cuando define el procedimiento para rehacer un proyecto objetado por el Gobierno, que la participación en dicho procedimiento es del ministro[15].

Tal postura, sin embargo, no resulta correcta a partir de una lectura integral de la Constitución. En efecto, (i) el artículo 115 establece una definición general de Gobierno que incluye, según la materia, al ministro del ramo o al director del departamento administrativo; (ii) excluir a los segundos podría tener como efecto suprimir la posibilidad de objetar proyectos que regulan materias vinculadas a sectores de la administración que no se encuentren comprendidos por la actuación y representación de un ministerio, tal y como ello ocurre en la actualidad; y (iii) la jurisprudencia constitucional –supra num. 6- ha reconocido dicha atribución, al abstenerse de cuestionar –en el Auto 031 de 2012- la validez de la objeción presentada por el Presidente de la República y el director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

6. Este Tribunal ha sostenido que para determinar el funcionario que conforma el Gobierno, junto con el Presidente de la República, se requiere tener en cuenta “(1) la materia general del proyecto de ley objetado; (2) el asunto específico respecto del cual se hace la objeción; (3) el impacto que pueda tener la norma objetada en los asuntos a cargo de un ministerio particular; y (4) la competencia específica del ministerio”[16]. Si -como quedó dicho- este Tribunal ha admitido la posibilidad de que los directores de departamento administrativo suscriban las objeciones correspondientes en su condición de integrantes del Gobierno, se concluye que tales criterios son -mutatis mutandis[17]- aplicables cuando esos funcionarios intervienen en dicho trámite.

7. Las objeciones ahora examinadas se formularon por las autoridades competentes. Ellas se encuentran suscritas por el Presidente de la República y los funcionarios que constituyen Gobierno, de conformidad con los criterios indicados.

7.1. La primera objeción, en contra del artículo 3° del proyecto de ley por el desconocimiento del artículo 44 Superior, fue formulada por el Presidente de la República y

el Director del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social (en adelante, el “DPS”), quienes para este propósito conforman el Gobierno. El DPS constituye el organismo principal de la administración pública del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación (art. 1° del Decreto 2094 de 2016) cuyas atribuciones comprenden las de formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos para la inclusión social y la reconciliación en términos de la superación de la pobreza y la pobreza extrema, la atención integral a la primera infancia, infancia y adolescencia y reparación a víctimas del conflicto armado (art. 3° del Decreto 2094 de 2016). En esa línea, el programa de madres sustitutas al que se refiere el aparte impugnado está a cargo del ICBF, entidad adscrita al DPS (artículo 1° del Decreto 4156 de 2011). Puede entonces concluirse que su Director conforma, con el Presidente de la República, el Gobierno en los términos de la Constitución, al tratarse de una disposición directa y estrechamente relacionada con el sector administrativo que dirige.

7.2. En el caso de la segunda objeción, que cuestiona la validez del artículo 4° del proyecto de ley, estima la Corte que tanto el MHCP como el DPS constituyen, con el Presidente de la República, el Gobierno. En efecto, la modificación sustancial del régimen jurídico de quienes prestan sus servicios en el Estado, autorizando la vinculación laboral de un significativo número de personas a una entidad pública que hace parte de los órganos que integran el Presupuesto General de la Nación –exigiendo en caso de materializarse la realización de apropiaciones significativas- permite concluir que la materia del artículo 4° tiene un impacto en los asuntos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público[18]. Específicamente, la regulación vigente en la materia -Decreto 4712 de 2008- prevé que le corresponde el Ministro “participar en la definición y dirigir la ejecución de la política económica y fiscal del Estado” (art. 3.1) y a su despacho “dar concepto sobre cualquier iniciativa legislativa o gubernamental que implique gasto público y autorizar o negar aquellas que impliquen incremento en gastos de funcionamiento” (art. 6.8). A su vez, las mismas razones que fundamentan la competencia del DPS para objetar el artículo 3° se replican respecto del artículo 4° en tanto este último incide directamente en la gestión del ICBF y, en consecuencia, guarda una relación estrecha con el Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación a cargo de dicho Departamento.

7.3. Respecto de las objeciones tercera y cuarta, dirigidas en contra de los artículos 5° y 6° del proyecto de ley, la Corte llega a la misma conclusión. En efecto, la creación y regulación

de un subsidio permanente a la vejez para las madres comunitarias, FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales y hubieren prestado sus servicios al ICBF, guarda una relación estrecha con las materias que se encuentran a cargo del MHCP en tanto imponen una orden directa de gasto con efectos fiscales, según lo advirtió el representante de dicha cartera. Igualmente, el DPS en su condición de organismo principal del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación y entidad a la que se adscribe el ICBF -a cuyo cargo se encuentra la dirección de los programas en los que participan las madres beneficiarias del subsidio propuesto- se relaciona directamente con la regulación contenida en esas disposiciones.

7.4. A continuación se enuncia, respecto de cada objeción, la configuración del Gobierno, acompañado del correspondiente criterio jurisprudencial aplicado:

Objeción

Configuración del Gobierno

Criterio relevante

En contra del artículo 3° (condiciones de activación del programa de madres sustitutas)

Presidente de la República y

Director de Departamento Administrativo de la Prosperidad Social

Impacto que pueda tener la norma objetada en los asuntos a cargo del DPS

En contra del artículo 4° (vinculación laboral de madres comunitarias y FAMI)

Presidente de la República y

Ministro de Hacienda y Crédito Público y/o

Director de Departamento Administrativo de la Prosperidad Social

Impacto que pueda tener la norma objetada en los asuntos a cargo del MHCP y DPS

En contra de los artículos 5° y 6° (subsidio permanente de vejez para madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales que hayan prestado sus servicios al ICBF)

Presidente de la República y

Ministro de Hacienda y Crédito Público y/o

Director de Departamento Administrativo de la Prosperidad Social

Impacto que pueda tener la norma objetada en los asuntos a cargo del MHCP y DPS

8. El artículo 166 prescribe que las objeciones deben ser formuladas por el Gobierno en el término de seis (6), diez (10) o veinte (20) días según el proyecto de ley se encuentre compuesto, en su orden, por veinte (20), entre veintiuno (21) y cincuenta (50) o por más de cincuenta (50) artículos, respectivamente. La jurisprudencia constante de la Corte indica que el plazo debe contarse en días hábiles y completos, a partir del día siguiente a aquel en el cual el proyecto de ley ha sido recibido para la respectiva sanción presidencial[19].

9. Mediante documento de fecha 27 de diciembre de 2016, radicado en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el día 17 de enero de 2017[20], el Secretario General del Senado remitió al Presidente de la República el proyecto de ley para que se surtiera su sanción. A su vez, en documento de fecha 20 de enero de 2017, radicado ante la Secretaria General del Senado de la República el día 25 de enero de ese mismo año[21] el Gobierno Nacional, en documento suscrito por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y la Directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, devolvió el proyecto sin la correspondiente sanción, planteando razones de inconveniencia y de inconstitucionalidad.

10. Teniendo en cuenta que el proyecto de ley objetado consta de 19 artículos y el plazo del Gobierno para objetarlo empezó a correr a partir del día 18 de enero de 2017, se concluye que ejerció oportunamente su competencia dado que hasta el día 25 de enero -momento

en el cual fue radicado el escrito gubernamental ante la Secretaría General del Senado- transcurrieron 6 días hábiles (18, 19, 20, 23, 24 y 25 de enero). Se cumplió, en consecuencia, la exigencia prevista en el artículo 166 de la Constitución y en el artículo 198 de la Ley 5ª de 1992.

Trámite de insistencia del Congreso de la República: oportunidad, publicidad, discusión y aprobación

- Oportunidad para tramitar la insistencia en la aprobación del proyecto de ley

11. La Corte ha precisado que en aplicación del artículo 162 de la Carta, el Congreso de la República dispone de dos legislaturas desde el momento en que recibe las objeciones gubernamentales para insistir en la aprobación del proyecto de ley. La sentencia C-069 de 2004 concluyó que “una vez presentada la objeción, no deben transcurrir más de dos legislaturas para que el Congreso se pronuncie sobre ellas” de manera que “[s]i las cámaras presentan la insistencia una vez transcurridas las dos legislaturas, dicha insistencia es extemporánea y debe entenderse sin valor jurídico”[22]. Según el artículo 138 de la Carta la legislatura está conformada por dos periodos, el primero de los cuales inicia el 20 de julio y termina el 16 de diciembre, mientras que el segundo empieza el 16 de marzo y concluye el 20 de junio.

12. El Congreso ejerció de manera oportuna su competencia para insistir en el proyecto de ley. En efecto, el Presidente de la República radicó ante el Senado de la República el escrito de objeciones el día 25 de enero de 2017 y la insistencia en su aprobación se produjo en la Cámara de Representantes el día 14 de diciembre de 2017[23] y, en el Senado de la República, el día 20 de marzo de 2018[24]. De acuerdo con ello, la insistencia ocurrió antes de que transcurrieran dos legislaturas.

- Publicidad del texto de las objeciones gubernamentales y del informe sobre las objeciones elaborado por la comisión accidental

13. Según el artículo 2º de la Ley 1431 de 2011, toda la información relacionada con el trámite legislativo debe ser puesta en conocimiento de la ciudadanía en la Gaceta del Congreso. En cumplimiento de ello, en la Gaceta No. 33 del día 1º de febrero de 2017 fue publicado el texto de las objeciones gubernamentales.

14. El artículo 167 de la Constitución prescribe que el proyecto de ley objetado por el Gobierno regresará a las cámaras a segundo debate, lo que implica la obligación de elaborar y publicar el informe de objeciones con el propósito de someterlo a consideración de las plenarias. Para cumplir este requerimiento, en las Gacetas 1152 del 6 de diciembre de 2017 y 1156 del 7 de diciembre del mismo año, fue publicado el informe elaborado por los senadores Alexander López Maya y Antonio José Correa y los representantes a la Cámara Hernán Penagos Giraldo y Esperanza María Pinzón. Según su contenido se propone aceptar dos de las objeciones por inconveniencia y negar las restantes.

- Anuncio, discusión y votación del informe de objeciones en el Congreso de la República: Cámara y Senado

15. En materia de anuncios para discusión y votación de la insistencia de aprobación del proyecto de ley, las exigencias son las mismas aplicables al proceso de aprobación de cualquier otra iniciativa[25]. En esa dirección, han sido identificadas tres reglas básicas: (i) no se requieren fórmulas sacramentales para realizar el anuncio de modo que “lo importante es que tengan la entidad suficiente para transmitir inequívocamente la intención de someter a votación un determinado proyecto”[26]; (ii) es necesario precisar la sesión de las cámaras en las que se llevará a efecto la discusión y votación del proyecto, lo que exige que la fecha “sea determinable”[27] siendo posible el uso de “expresiones como (...) “próximo martes”, “próxima sesión”, “próxima semana”, “siguiente sesión” y “día de mañana”, cuando en el contexto de la sesión correspondiente sea posible inferir, con suficiente claridad, a qué sesión futura se hace referencia”[28]; y (iii) cuando existe una ruptura en la cadena de anuncios, no se configura vicio alguno si se hubiere llevado a efecto el anuncio en la sesión anterior a la aprobación[29].

16. A su vez, la jurisprudencia ha señalado que, en el trámite de las objeciones, la aprobación de la insistencia exige que el informe sea aprobado por la mayoría absoluta de cada una de las cámaras[30]. La votación deberá ser nominal y pública dado que dicho evento no está comprendido por los supuestos en los que es aplicable la votación ordinaria según el artículo 1º de la Ley 1431 de 2011 -incluso en caso de unanimidad-[31]. Con base en lo anterior, a continuación, se explica el trámite seguido en cada Cámara:

a) Anuncio y votación en el Senado de la República

17. Según el Acta de Plenaria No. 46 correspondiente a la sesión ordinaria del día 14 de diciembre de 2017 y publicada en la Gaceta 365 de 2018, la discusión y aprobación del informe de objeciones fue anunciado para debate[32]. El acta indica lo siguiente:

“Anuncio de proyectos

Por instrucciones de la Presidencia y, de conformidad con el Acto Legislativo número 01 de 2003, por Secretaría se anuncian los proyectos que se discutirán y aprobarán en la próxima sesión.

Anuncios proyectos de ley o actos legislativos que serán considerados y eventualmente votados en la sesión plenaria siguiente a, al día, jueves 14 de diciembre de 2017, del Honorable Senado de la República.

Con informe de objeciones:

- 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.

Está hecha la lectura de todos los anuncios para la siguiente sesión plenaria Presidente.

(...)

Siendo las 11:46 a. m., la Presidencia levanta la sesión y oportunamente convoca para la próxima sesión” (Subrayas y negrillas no hacen parte del texto original).

Conforme a ello, se cumplieron las condiciones para la regularidad del anuncio: (i) se identificó adecuadamente la materia que sería objeto de debate y (ii) se estableció una fecha cierta para su realización indicando que correspondería a la siguiente sesión plenaria, esto es, a la que siguiera al 14 de diciembre de 2017.

18. De acuerdo con el Acta de Plenaria No. 47, correspondiente a la sesión ordinaria del día

20 de marzo de 2018 y publicada en la Gaceta 474 de 2018, fue debatido y aprobado el informe de objeciones elaborado por la comisión accidental designada para el efecto. Luego de referido el contenido del informe y de la intervención de algunos representantes, se procedió a la votación nominal del mismo, siendo aprobado por 67 votos a favor y 18 en contra, tal y como consta en las páginas 56, 57 y 58 de la referida Gaceta y en la certificación emitida por el Secretario General del Senado de la República de fecha 30 de mayo de 2018. Cabe indicar que según certificación del Secretario General del Senado de la República “de conformidad con la información suministrada por la Sección de Relatoría, la sesión plenaria siguiente a la del 14 de diciembre de 2017 acta número 46, fue el acta 47 del día 20 de marzo de 2018, publicada en la Gaceta del Congreso número 474 de 2018”[33].

b) Anuncio y votación en la Cámara de Representantes

19. Según el Acta de Plenaria No. 273 correspondiente a la sesión ordinaria del día 13 de diciembre de 2017 y publicada en la Gaceta 159 de 2018, fue anunciado para debate el informe de objeciones correspondiente al proyecto de ley bajo examen[34]. El acta indica lo siguiente:

“(…) Dirección de la Presidencia, Lina María Barrera Rueda:

Bueno señor Secretario culminadas las constancias con solicitudes de los honorables representantes, sírvase anunciar todos estos proyectos de ley, incluyendo las solicitudes de los representantes y seguiremos después dando el uso de palabra para que dejen constancias los honorables representantes.

Sub Secretaria General, Yolanda Duque Naranjo:

Se anuncian los siguientes proyectos para la sesión plenaria del día jueves 14 de diciembre del 2017 o para la siguiente sesión plenaria en la cual se debatan proyectos de ley o actos legislativos.

Informe de objeciones presidenciales:

Proyecto de ley número 277 de 2016 Cámara, 127 de 2015 Senado (...)

Informe de conciliación (...)

Proyectos para segundo debate (...)

Han sido anunciados señora Presidenta, han sido anunciados señora Presidenta, los proyectos, para la sesión plenaria del día jueves 14 de diciembre del 2017 (...)" (subrayas y negrillas no hacen parte del texto original).

Se cumplieron las condiciones para la regularidad del anuncio: (i) se identificó adecuadamente la materia que sería objeto de debate y (ii) se estableció una fecha cierta para su realización, indicando que correspondería a la sesión plenaria del día 14 de diciembre de 2017 o para la siguiente que se realizara.

20. En el Acta de Plenaria No. 274 correspondiente a la sesión ordinaria del día 14 de diciembre de 2017 y publicada en la Gaceta 97 de 2018, fue debatido y aprobado el informe de objeciones elaborado por la comisión designada para el efecto. Luego de hacer mención al informe sobre las objeciones y a la intervención de algunos representantes, se procedió a la votación nominal y pública del mismo, siendo aprobado por 86 votos a favor y 0 en contra, tal y como consta en las páginas 26 y 27 de la referida gaceta y en la certificación emitida por el Secretario General de la Cámara de Representantes de fecha 15 de mayo de 2018.

El trámite de discusión y votación del informe de objeciones tuvo lugar de conformidad con las exigencias previstas para ello: (i) la discusión y votación se llevó a cabo el día para el cual se había anunciado, (ii) la votación fue nominal y pública y (iii) se obtuvieron las mayorías requeridas.

c) Síntesis del cumplimiento del trámite de formulación de las objeciones y de la insistencia por el Congreso de la República

21. En suma, la Corte encuentra que se cumplieron las condiciones constitucionales para la formulación de las objeciones gubernamentales y para la insistencia del Congreso en la aprobación del proyecto. En efecto (i) el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, así como el Director del DPS constituían Gobierno, en los términos señalados, a efectos de impugnar la constitucionalidad de los artículos 3°, 4°, 5° y 6° del

proyecto de ley y (ii) las objeciones fueron formuladas dentro del plazo establecido por la Constitución. A su vez, en el Congreso de la República se respetaron las reglas relacionadas con (iii) la publicación de las objeciones y el informe de insistencia elaborado por la comisión designada para el efecto; (iv) los anuncios para la votación del referido informe en ambas cámaras; y (v) la deliberación y votación de la insistencia, en un término no superior a dos legislaturas contadas a partir de la formulación de las objeciones.

22. Cumplidos los presupuestos que activan su competencia para emitir un pronunciamiento, procede la Corte al análisis de cada una de las objeciones.

D. OBJECIÓN EN CONTRA DEL ARTÍCULO 3º (PARCIAL) POR LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN

23. Las expresiones objetadas del artículo 3º, que integran la definición de madres sustitutas y que se subrayan, son las siguientes:

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

Alcance de la objeción

El Gobierno considera que tales contenidos son inconstitucionales al permitir que las “madres sustitutas” asuman el cuidado de los niños, teniendo en cuenta únicamente su condición económica o la situación de discapacidad que presenten. Esa regla, sostiene, se opone al artículo 44 de la Constitución conforme al cual todos los menores de edad son titulares del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

La objeción es infundada por ineptitud formal

24. La jurisprudencia de este Tribunal ha indicado que las objeciones gubernamentales deben cumplir requisitos argumentativos mínimos. Recientemente la sentencia C-074 de

2018 señaló que “para determinar si (...) cumplen con la carga argumentativa necesaria y suficiente que le permita a la Corte adelantar el control de constitucionalidad (...), la Corte ha reconocido que la doctrina constitucional de los requisitos de los cargos de inconstitucionalidad, desarrollada a partir de la sentencia C-1052 de 2001, “tiene un carácter indicativo, sin que pueda concluirse válidamente que los requisitos son aplicables uniformemente en uno y otro caso” (...). Y advirtió que “[s]i bien la Corte ha reconocido que no existe “plena identidad entre los requisitos exigidos a los argumentos que sustentan las acciones públicas de inconstitucionalidad y las objeciones gubernamentales, habida cuenta de las innegables diferencias de estas potestades” (...), lo cierto es que las categorías de dicha doctrina constitucional pueden ser utilizadas “para dar cuenta de la imposibilidad de adoptar una decisión de fondo” (...) en el marco del control de constitucionalidad de las objeciones”.

25. Las exigencias mínimas no se cumplen respecto de la objeción en contra del artículo 3º (parcial) debido a que se apoya en una lectura aislada y asistemática de las expresiones cuya inexequibilidad se solicita. Esta conclusión se fundamenta en las siguientes razones:

25.1. La acusación gubernamental en contra de la expresión “económica” se funda en una interpretación que no se desprende del artículo y, en ese sentido, carece de certeza. En efecto, no es cierto que allí se prescriba que la situación económica de la familia del menor constituya una razón para la activación de la medida de protección denominada “hogar sustituto”. Lo que establece es que ello ocurrirá cuando el menor se encuentre en “situación de abandono o vulnerabilidad” de naturaleza psicoafectiva, nutricional, económica y social. El contexto económico no es, en estos casos, una razón autónoma para adoptar la medida de protección, sino un elemento que conjuntamente con otros -según se desprende del uso de la conjunción “y”- podría indicar que un menor se encuentra en situación de abandono o vulnerabilidad. En esa dirección, lo que activa la protección a favor del niño es la acreditación de los elementos requeridos para concluir que se encuentra en tales circunstancias.

En adición a ello, la interpretación propuesta por el Gobierno, se opone a lo que resulta de interpretar tal disposición conjuntamente con las reglas establecidas en la Ley 1098 de 2006[35]. En efecto, las medidas de restablecimiento de los derechos de los menores, entre

las que se incluyen su ubicación en un hogar sustituto según lo ha prescrito el artículo 59 de la referida ley, tienen lugar cuando valorado el contexto en el que se encuentran, se identifica una situación de abandono o vulnerabilidad con un impacto en los derechos que la Constitución y la ley les reconocen. Para el efecto, según lo prescribe el actual artículo 52 de dicha ley deberá llevarse a cabo (i) la valoración psicológica, emocional y nutricional; (ii) la valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos; y (iii) la verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento, en el sistema de seguridad social y en el sistema educativo.

25.2. Similar consideración debe realizarse respecto de la expresión “situación de discapacidad parcial o total”. En efecto, no es esa la condición que hace posible adoptar la medida de protección consistente en la ubicación de un menor de edad en un hogar sustituto. En efecto, lo que establece el artículo 3º como supuesto de activación de la medida es que los derechos de los niños se encuentren en riesgo -peligro- como consecuencia de tal situación. El enunciado del que hace parte la expresión cuestionada, debe interpretarse a la luz del régimen general previsto para la protección de los niños contenido en la Ley 1098 de 2006 el cual, como se explicó, impone la valoración integral de su situación con el propósito de definir la medida adecuada para el restablecimiento de sus derechos (art. 52). Conforme a lo señalado, el entendimiento que el Gobierno tiene de las expresiones cuestionadas no es el resultado de una interpretación sistemática del ordenamiento vigente.

25.3. En apoyo de lo anterior se encuentra la extendida jurisprudencia de este Tribunal que ha fijado un conjunto de criterios que deben ser atendidos al ejercer las competencias de protección al menor. En ese sentido ha indicado, en primer lugar, que “existen hechos que pueden llegar a determinar que un niño o niña deben ser ubicados en un lugar distinto de su familia, tales como: (i) la existencia de riesgos ciertos para la vida, la integridad o la salud del menor de edad; (ii) los antecedentes de abuso (físico, sexual o psicológico) en la familia, y (iii) las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 Superior ordena protección, esto es, abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”[36].

Igualmente ha señalado que “las circunstancias que pueden constituir motivos de peso para

separar a un niño de su familia son (...) aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres(...)"[37]. Asimismo, ha sostenido que existen cuatro supuestos "insuficientes para motivar la separación de un menor de edad de su familia biológica, a saber: (i) que la familia biológica viva en condiciones de escasez económica; (ii) que los miembros de la familia biológica no cuenten con educación básica; (iii) que alguno de los integrantes de la familia biológica haya mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al niño o niña; y (iv) que alguno de los padres o familiares tenga mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en violencia intrafamiliar)"[38].

26. En suma, solo una interpretación aislada de las expresiones acusadas permitiría fundamentar la objeción gubernamental. Para la Corte (i) la lectura integral del artículo cuestionado y (ii) su análisis conjunto con las prescripciones de la Ley 1098 de 2006 y la jurisprudencia de este Tribunal, permiten concluir que no es cierto que el artículo 3° prevea que la situación económica de la familia o la situación de discapacidad del menor justifiquen su ubicación en un hogar sustituto. En consecuencia, la Corte dispondrá declarar infundada la objeción debido a su ineptitud formal.

E. OBJECIÓN EN CONTRA DEL ARTÍCULO 4° (PARCIAL) POR LA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 150.7 Y 154 DE LA CONSTITUCIÓN

27. El Gobierno objeta el artículo 4° del proyecto de ley única y exclusivamente en lo que se refiere a la habilitación para que el ICBF vincule laboralmente a las madres comunitarias y FAMI. Si bien el escrito gubernamental no precisa el enunciado específicamente cuestionado, debe entenderse limitado a la expresión que se destaca:

"Artículo 4°. Del vínculo contractual de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas y tutoras. La vinculación contractual de las madres comunitarias y FAMI que prestan el servicio público de atención integral a la primera infancia en los Programas del ICBF será de carácter laboral y se adelantará en forma directa con el ICBF o mediante la contratación de las organizaciones conformadas por madres comunitarias, madres sustitutas, tutoras y

FAMI. En todo caso, se deberá garantizar su vinculación con vocación de estabilidad laboral y contrato a término indefinido, garantizando todas las prestaciones sociales y de seguridad social a las que tienen derecho.

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

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

(...)”

Alcance de la objeción

28. Señala el escrito gubernamental que la aprobación del artículo 4º desconoció los artículos 150.7 y 154 de la Constitución. A su juicio, la regla según la cual la vinculación contractual de las madres comunitarias y FAMI será de carácter laboral y se podrá adelantar directamente por el ICBF, se opone a la exigencia según la cual las medidas legislativas que determinan la estructura de la administración nacional requieren la iniciativa del Gobierno. Para apoyar esa tesis invoca la sentencia C-663 de 2013, al indicar que el establecimiento del “régimen jurídico de los trabajadores” está cobijada por la regla de iniciativa gubernamental. Señaló también “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”. Sostuvo que en atención al impacto en las finanzas públicas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a la 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 ellas (...)”.

29. El Congreso replicó a la objeción. Indicó que el Ministerio competente para otorgar el

aval era el de Trabajo dado que la regulación se refiere a derechos laborales. No era el titular del Ministerio de Hacienda el competente para otorgar dicho respaldo. Así las cosas, el aval fue expresado por la representante del Ministerio del Trabajo mediante su intervención en la audiencia pública preparatoria del debate que tendría lugar en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes. En esa oportunidad indicó su acuerdo con el proyecto de ley y, en particular, con el incremento del subsidio de solidaridad pensional, la formación y la capacitación. Por ello la impugnación no puede abrirse paso.

La iniciativa gubernamental exclusiva

30. La iniciativa gubernamental prevista en el artículo 154 de la Constitución implica -en lo relevante para el presente asunto- que los proyectos de ley referidos a la estructura de la administración nacional deben ser presentados por el Gobierno Nacional. En una interpretación sistemática, la jurisprudencia ha indicado que esa regla se cumple no solo cuando es el Gobierno quien presenta el proyecto de ley, sino también en los casos en los cuales, habiendo tenido su origen en los miembros del Congreso, es avalado por aquel. En esa dirección, el parágrafo del artículo 142 de la Ley 5ª de 1992 prevé que “el Gobierno Nacional podrá coadyuvar cualquier proyecto de su iniciativa que curse en el Congreso cuando la circunstancia lo justifique” siempre y cuando lo haga “antes de la aprobación en las plenarias”. Ha establecido que “dicha atribución debe entenderse como aquella función pública que busca impulsar el proceso de formación de las leyes, no sólo a partir de su iniciación sino también en instancias posteriores del trámite parlamentario”[39].

31. Varias reglas rigen el juicio relativo a la infracción de la iniciativa gubernamental exclusiva[40]. Primero, la iniciativa gubernamental no impide que el Congreso introduzca variaciones a la iniciativa, bajo la condición de que no modifiquen la materia[41] y, por ello, las cámaras “no tienen libertad para adicionar nuevas materias o contenidos, en cuanto que sobre ello, precisamente, existe reserva de iniciativa”[42]. Segundo, el aval del Gobierno cuando el proyecto no fue de su iniciativa, debe producirse dentro del trámite legislativo[43] y ser formulado por el ministro “cuya dependencia tenga alguna relación temática o conexión con el proyecto de ley”[44] y “ante la célula legislativa donde se esté tramitando el proyecto de ley”[45]. Tercero, debe referirse “a un proyecto específico y existente”[46]. Cuarto, puede provenir (a) de una manifestación expresa de los ministros con competencia[47] o (b) de actos inequívocos en los que se demuestra su complacencia

con el contenido de la materia sometida a aprobación, ocurriendo esto último, por ejemplo, cuando en el expediente consta la presencia de dicho funcionario en la sesión correspondiente y éste no se opone a la iniciativa sometida a discusión, a pesar de que se señala que cuenta con su aval[48]. Quinto, el respaldo del ministerio será complejo o simple según requiera o no de la concurrencia de más de un ministro[49]. Sexto, existen tres eventos en los cuales la ausencia de aval gubernamental vulnera el artículo 154 de la Carta: (a) cuando el proyecto no ha sido presentado por el Gobierno y se refiere en su totalidad a asuntos sometidos a la reserva; (b) cuando el proyecto original no se ocupa de materias que correspondan a iniciativa gubernamental y, posteriormente, el Congreso las incluye; y (c) cuando el proyecto se refiere a materias comprendidas por la reserva gubernamental y el Congreso le introduce ajustes que constituyen un tema nuevo[50]. Séptimo, los supuestos de iniciativa gubernamental exclusiva previstos en el artículo 154, son de interpretación restrictiva puesto que “el principio general que rige la competencia del Congreso es el de libertad”[51].

Fundamento y alcance de la iniciativa gubernamental exclusiva para determinar la estructura de la administración nacional

32. La determinación de la estructura de la administración nacional se sujeta a un régimen caracterizado por la intervención, en diversos momentos y modos, del Gobierno y el Congreso de la República así: (i) el numeral 7º del artículo 150 prescribe que le corresponde al Congreso por medio de leyes determinar la estructura de la administración nacional; (ii) dicha materia puede ser objeto de delegación legislativa en el Gobierno, cumpliendo las precisas condiciones establecidas en el numeral 10º del mismo artículo[52]; (iii) por expresa disposición del artículo 154, las leyes a las que se refiere el numeral 7º del artículo 150 solo pueden ser dictadas o reformadas por iniciativa gubernamental; (iv) con fundamento en el artículo 189, le corresponde al Presidente, crear, fusionar o suprimir los empleos que requiera la administración (189.14); suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales con sujeción a lo dispuesto en la ley (189.15) y modificar la estructura de entidades u organismos administrativos nacionales respetando los principios y reglas generales que defina la ley (189.16).

33. Esta distribución de competencias no es casual. Además de expresar el principio de colaboración armónica, se asienta en el principio democrático conforme al cual el Congreso debe participar en la configuración de la administración. Ello explica no solo la función prevista en el numeral 7 del artículo 150 de la Carta sino, adicionalmente, el hecho de que las competencias que en esta materia le corresponden al ejecutivo -según los numerales 14, 15 y 16 del artículo 189- deban ejercerse de conformidad con la ley[53]. A su vez, la participación del Gobierno se explica por la importancia del principio de planeación en la actuación de las autoridades administrativas. Al respecto señaló la Corte que la iniciativa “es consecuente con la función que cumple el Gobierno Nacional en el manejo de la administración pública, así como en el diseño y ejecución de las políticas referentes a la organización y el tamaño de la estructura del Estado (arts. 115 y 189 de la CP)”[54]. En esa dirección, le permite al Gobierno “proponer las medidas que en esta materia juzgue conducentes en orden a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y el desempeño diligente y eficiente de la función pública por parte de los organismos o entidades administrativas”[55].

34. La jurisprudencia ha precisado también el alcance de la expresión “estructura de la administración nacional”, con ocasión del examen de normas acusadas de violar los artículos 150.7 y 154 de la Carta. A continuación, la Corte recapitula algunas de las decisiones en esta materia.

34.1. La sentencia C-299 de 1994, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -que distinguía entre la dimensión estática y permanente de la administración a cargo del legislador y la dimensión dinámica que corresponde al Gobierno- hizo propia la tesis según la cual “determinar aquélla estructura es no solo crear los grandes elementos que la integran, sino además, determinar su disposición dentro del órgano de que son parte, regular sus mecanismos de relación para el cumplimiento de su tarea, y señalar de modo general sus funciones”[56]. En adición a ello y nuevamente citando a la Corte Suprema, indicó que “la estructura y funcionamiento de la administración comprende no sólo la identificación de los organismos que la integran sino la regulación de los elementos activos que intervienen en su composición y funcionamiento, como los relativos al manejo y vinculación de los recursos humanos al servicio de tales organismos, su régimen salarial y disciplinario, el sistema de prestaciones a que tienen derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales, así como los medios materiales (recursos económicos y físicos),

requeridos para el desarrollo de su acción” (subrayado fuera del texto).

34.3. La sentencia C-648 de 1997 analizó si la decisión del Congreso de incluir en un proyecto de ley presentado por el Gobierno, la creación de una entidad pública, desconocía la iniciativa gubernamental. La Corte señaló que “la creación de establecimientos públicos del orden nacional – como es la ACCI creada por medio del capítulo II de la Ley 318 de 1996 – es una de aquellas materias que la Constitución exceptúa del principio de libre iniciativa legislativa y, por lo tanto, la presentación de proyectos de ley relativos a estos asuntos es de competencia exclusiva del Gobierno nacional”[57] (subrayado fuera del texto).

34.4. La sentencia C-1162 de 2000, señaló “que según lo dispuesto en el artículo 150, numeral 7, de la Constitución, se reconoce al Congreso la facultad de determinar la estructura de la Administración Nacional, y en desarrollo de esa misma función también se encuentra habilitado para fijar las características de los órganos creados, esto es, para establecer, como en este caso, la independencia administrativa, técnica y patrimonial de ciertas agencias estatales, con o sin personería jurídica -que en este proceso corresponden a las denominadas unidades administrativas especiales-, para modificar sus características y aun para suprimirlas” (subrayado fuera del texto).

34.5. La sentencia C-482 de 2002 declaró fundadas las objeciones en contra de un proyecto de ley que creaba el Consejo Nacional de Bacteriología. Constató que era una regulación sometida a iniciativa gubernamental no solo porque creaba una entidad sino, adicionalmente, porque asignaba nuevas funciones a un Ministerio. Sostuvo entonces que “si el legislador opta por la creación de un órgano o entidad del orden nacional, debe, en concordancia con el artículo 154 de la Constitución, contar con la iniciativa gubernamental (...)” (subrayado fuera del texto).

34.6. La sentencia C-121 de 2003 indicó que fijar la estructura de la administración implica para el Congreso la competencia de definir la “parte estática y permanente” y, para el Gobierno, la tarea de materializar la faceta dinámica mediante el ejercicio de funciones administrativas. Recordando su jurisprudencia precisó que la atribución legislativa “no se agota con 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 control" (...), 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 otras"[58] (subrayado fuera del texto).

34.7. La sentencia C-869 de 2003 declaró que no violaba la regla de iniciativa gubernamental una disposición que obligaba al Ministerio de Cultura a contribuir al fomento, internacionalización, promoción, protección, divulgación, financiación y desarrollo de los valores culturales originados en la identidad musical. Señaló, en primer lugar, que "la competencia para determinar la estructura de la administración nacional comprende no solo la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, sino que abarca también el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos y la definición de sus funciones generales". Sostuvo, en segundo lugar, "que pese a que (...) la disposición objetada fue de iniciativa parlamentaria y a que la misma no solo no contó con el aval del gobierno, sino que éste, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a su contenido durante el trámite legislativo, no se viola la reserva de iniciativa prevista en el artículo 154 de la Constitución porque la norma objetada no modifica la estructura de la administración nacional, en la medida en que no atribuye nuevas funciones al Ministerio, ni modifica las existentes" (subrayado fuera del texto).

34.8. En las sentencias C-078 de 2003 y C-570 de 2004 este Tribunal declaró opuestas a la Carta, las disposiciones de un proyecto objetado por el Gobierno, en el primer caso, y de una ley sancionada, en el segundo, puesto que modificaban la regulación de los consejos profesionales encargados de la inspección y vigilancia de la ingeniería. Advirtió en la primera "que si bien el legislador goza de una amplia potestad en la determinación de la autoridad encargada de la inspección y vigilancia de las profesiones legalmente establecidas, cuando para estos efectos opta por crear un órgano o entidad del orden nacional debe, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 154 de la Carta Política, contar con la iniciativa o el aval gubernamental". Señaló que "el legislador está desplazando al Consejo Profesional Nacional de Ingeniería del sector central al descentralizado, pues le atribuye personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y además le asigna recursos del Presupuesto General de la Nación" lo que implicaba "una modificación a la estructura de la administración nacional (CP art. 150-7) pues está creando un establecimiento del sector descentralizado" (subrayado fuera del texto).

34.9. La sentencia C-350 de 2004 se refirió a la relación entre las competencias del numeral 7º del artículo 150 y de los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución. Destacó que las materias a las que se refiere la primera disposición pueden ser objeto de delegación legislativa en virtud de lo establecido en el numeral 10º del artículo 150 constitucional. Luego, al delimitar la función legislativa para determinar la estructura de la administración señaló que “no se agota con 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 control” (...), así como también la regulación “de los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras” (...). Sostuvo que “en desarrollo de esta misma función el Congreso también se encuentra habilitado para fijar las características de los órganos creados, esto es, para establecer “la independencia administrativa, técnica y patrimonial de ciertas agencias estatales, con o sin personería jurídica, para modificar sus características y aun para suprimirlas” (...).”.

34.10. La sentencia C-784 de 2004 precisó que se encuentra a cargo del Congreso “la determinación de la estructura de la administración nacional y la formulación de los elementos de esa estructura con la definición de las tipologías de entidades y organismos y sus interrelaciones respectivas” así como la creación de los distintos organismos y entidades y la definición, respecto de cada uno de ellos, de sus objetivos generales y de la correspondiente estructura orgánica y dentro de ella la previsión de las relaciones entre órganos y elementos internos” (subrayado fuera del texto). En esta oportunidad reiteró varias de las reglas hasta ese momento fijadas:

“En ese orden de ideas en la jurisprudencia de la Corporación se ha explicado que i) la función de determinar la estructura de la administración nacional, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, “sino que abarca 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 control (...), 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 otras” (...).

Igualmente, en desarrollo de esta misma función, el Congreso también se encuentra habilitado para fijar las características de los órganos creados, esto es, para establecer “la independencia administrativa, técnica y patrimonial de ciertas agencias estatales, con o sin personería jurídica, para modificar sus características y aun para suprimirlas” (...), ii) la mención hecha en el artículo 150-7 comprende así mismo no solo la enumeración de los tipos de organismos que, a partir de los enunciados constitucionales y del ejercicio de las potestades que el propio texto superior atribuye al Congreso, determine la ley, sino también la ubicación de los organismos en el conjunto de la administración y la relación entre ellos (...), iii) conforme a lo dispuesto por el artículo 150-7 superior la creación de organismos llamados a integrar la administración nacional corresponde de manera privativa a la ley (...), de la misma manera que es a ella a quien se le asigna específicamente la creación y autorización de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta (...), iv) la competencia a que se refiere el numeral 7° del artículo 150 Superior no supone un ejercicio totalmente independiente por parte del Congreso de la República, pues es necesario contar con la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la administración nacional, en razón de que la iniciativa para su adopción pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 154 Superior” (subrayado fuera del texto).

34.11. La sentencia C-452 de 2006 señaló que no desconocía la iniciativa gubernamental la aprobación de una norma según la cual la Sociedad Geográfica de Colombia, Academia de Ciencias Geográficas, era oficial, con personería jurídica y adscrita al Ministerio de Educación. Para la Corte, “no está creando o modificando la estructura de la administración nacional; tampoco está precisando objetivos de una entidad estatal, ni regulando aspectos relacionados con el régimen jurídico de sus trabajadores, contratación o materias de índole presupuestal y tributario”. Consideró que el artículo “se limita a ratificar que la Sociedad Geográfica de Colombia, Academia de Ciencias Geográficas, es una entidad oficial, con personería jurídica, adscrita al Ministerio de Educación Nacional, naturaleza jurídica que ha tenido desde su creación mediante decreto núm. 809 de 1903” (subrayado fuera del texto).

34.12. La sentencia C-856 de 2006 estableció que la creación de la Escuela Nacional de Arte Dramático sin el aval del Gobierno era inconstitucional. Advirtió que no era claro si esa creación suponía el nacimiento de una nueva entidad o, en realidad, de un nuevo programa.

Concluyó que la expresión “créase” indicaba “la existencia de elementos orgánicos, relacionados con la modificación a la estructura de la administración nacional, a través de la creación de una nueva entidad que asuma las funciones de promoción a las artes escénicas”.

34.13. La sentencia C-307 de 2013, declaró fundada la objeción en contra de la creación del Consejo Nacional de Acreditación Profesional de los Entrenadores Deportivos, por desconocimiento del artículo 154 de la Constitución. Afirmó que ese Consejo “es una figura estatal, la cual se deduce de su integración, del tipo de función que desempeña y de la sede de desarrollo de sus actividades, cuya creación impacta en algún grado la estructura de la administración nacional”.

34.14. En la sentencia C-663 de 2013, analizó si incluir funcionarios en el Consejo Nacional de Bibliotecología, implicaba la modificación de la estructura de la administración. Advirtió que no era ese el caso, dado que no creaba un órgano ni le asignaba al Ministerio –en ese caso de educación- funciones que le fueran ajenas. Señaló, por el contrario, que la adscripción de dicho Consejo a esa cartera sí requería el aval gubernamental. Igualmente afirmó la necesidad de dicho aval respecto de la creación y funcionamiento del Tribunal Nacional de Ética de la Bibliotecología “toda vez que conllevan una modificación de la estructura de la administración, al crear un nuevo organismo que tiene la naturaleza de entidad del orden nacional con funciones públicas y se adscribe al Ministerio de Educación por su vinculación al mencionado Consejo”.

34.15. Finalmente, la sentencia C-031 de 2017 declaró contraria al artículo 154 una disposición que indicaba que en el término de un año el Gobierno debía presentar un proyecto de ley para la creación de la Superintendencia de Educación. Estableció que ello desconocía la naturaleza autónoma y discrecional de la iniciativa, implicaba una redefinición del régimen de competencias constitucionales y constituía un fraude directo a la Constitución.

35. En síntesis, la jurisprudencia ha reconocido que la competencia para fijar la estructura de la administración nacional (i) comprende su dimensión estática, esto es, aquella que tiene vocación de permanencia; (ii) no se agota en la posibilidad de crear entidades

públicas y, en consecuencia, se extiende (iii) a la definición de sus objetivos, funciones generales y modo de relacionamiento con otros órganos; e igualmente abarca (iv) la regulación de aquellas materias relacionadas con el régimen jurídico que se le aplica a sus servidores, las formas de vinculación y aquellas materias de naturaleza presupuestal y tributaria.

Materias comprendidas por la competencia de determinar la estructura de la administración nacional

Creación, supresión o fusión de una entidad pública del orden nacional

C-299/94, C-648/97, C-482/02, C-078/03, C-121 /03, C-869/03, C-570/04
C-784/04 C-856/06, C-663/13 y C-031/17

Estructura orgánica de las entidades y organismos

C-209/97, C-121/03 y C-869/03

Creación de un Consejo Nacional de Acreditación que por su integración y funciones modifican en algún grado la estructura de la administración

C-307/13

Definición de las tipologías de entidades y organismos y sus interrelaciones respectivas”

C-784/04

Objetivos y funciones generales de la entidad u organismo

C-299/94, C-209/97, C-121/03, C-869/03 y C-784/04

Vinculación con otros organismos para fines del control

C-121/03 y C-784/04

Régimen jurídico de los trabajadores[59], con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario

C-299/94, C-209/97, C-121/03 y C-784/04

Características de los órganos creados

C-1162/00, C-078/03 y C-784/04

Ubicación de los organismos en el conjunto de la administración

C-078/03 y C-784/04

La objeción es fundada debido a que la aprobación de la regla de vinculación laboral de las madres comunitarias y FAMI al ICBF establecida en el artículo 4° del proyecto de ley desconoció el artículo 154 de la Constitución

36. Como se señaló, la objeción en contra del artículo 4º señala que se pretende modificar, sin el aval del Gobierno, la estructura de la administración nacional al prescribir que 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 podrá llevarse a cabo directamente con dicha entidad.

37. Del contenido de la objeción y su réplica se desprende que el Gobierno y el Congreso comparten la idea de que la medida bajo examen está comprendida por la competencia para determinar la estructura de la administración nacional. La Corte reafirma tal conclusión. En efecto, prever una habilitación general para que una entidad del orden nacional establezca vínculos laborales y permanentes con un significativo número de personas, tal y como ocurre en este caso con el ICBF, constituye una modificación sustancial en la estructura de la administración nacional. Esta conclusión se apoya en varias razones. En primer lugar (i) tendría un impacto significativo en la gestión, organización y administración del ICBF; (ii) atribuye al ICBF, de hecho, una nueva función bajo su responsabilidad directa que no tiene capacidad de atender; (iii) se trata de una reforma del régimen jurídico vigente en materia de vinculación de las madres comunitarias y sustitutas[60] en los programas promovidos por el ICBF. Igualmente, en segundo lugar, (iv) constituye un régimen contractual que, además de ser permanente, implicaría un impacto

trascendental en la configuración y desarrollo de los diferentes programas a cargo de esa entidad. La vinculación laboral de las madres comunitarias y las madres FAMI (v) incidiría significativamente en la estructura de la administración nacional teniendo en cuenta que, según información aportada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las primeras se acercan a un número de 44.563 al paso que las segundas corresponden a 9.632. Constituye entonces, de implementarse, (vi) una transformación que se refleja en la parte estática de la administración nacional a través de la modificación del régimen laboral del ICBF mediante la inserción de nuevo personal.

En adición a ello (vii) la medida comporta una forma atípica de acceso al empleo público distinta a las previstas en el artículo 123 de la Constitución[61], puesto que supone que las personas que “prestan el servicio público de atención integral a la primera infancia en los Programas del ICBF” serán contratadas laboralmente a término indefinido, figura que se contempla en el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo y que tratándose de entidades públicas solo se aplica a trabajadores oficiales, sin que ello haya sido objeto de precisión por parte del proyecto de ley. Cabe indicar que el ICBF es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio[62] y se compone principalmente de empleados públicos, a los cuales se adicionarían, mediante contratos de trabajo, un significativo número de personas. Finalmente, (viii) dada la naturaleza del ICBF, su actividad contractual se encuentra sujeta al Estatuto General de la Contratación Estatal[63], no estando prevista, hasta el momento, la vinculación de personal en los términos fijados en el artículo cuestionado.

No se trata, a juicio de la Corte, de una propuesta legal de reforma de la planta de personal o de un simple ajuste de los cargos de la entidad. Es, por el contrario, una alteración significativa del régimen contractual y prestacional del ICBF mediante la vinculación a su estructura de las madres a las cuales se refiere el artículo 4º del proyecto objetado.

39. El informe aprobado por las cámaras se opone a la objeción y afirma que en el curso del trámite legislativo, la representante del Ministerio de Trabajo otorgó su aval. Ello habría ocurrido con la intervención de la Ministra del Trabajo -Clara López Obregón- en la audiencia pública preparatoria del tercer debate en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes. Advierte que la funcionaria manifestó “su acuerdo con el proyecto de ley y en particular en lo relacionado con el incremento del subsidio de solidaridad pensional y la

formación y capacitación de las Madres Comunitarias, FAMI, Sustitutas y Tutoras abordados en el artículo centro de la presente objeción”[64].

40. Para este Tribunal, de la evidencia disponible, no se desprende el aval alegado en las condiciones en que ello se requiere. En efecto, las manifestaciones de la Ministra del Trabajo en la “Audiencia Preparatoria para el Debate en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes” realizada el día 17 de agosto de 2016 no constituyen una coadyuvancia de la iniciativa.

40.1. Para fundamentar esta conclusión, es necesario transcribir los apartes de la audiencia que reflejan la intervención de la Ministra del Trabajo. Previo a ello, debe advertirse que a la audiencia concurrieron varios representantes a la Cámara, voceros de organizaciones sociales y funcionarios del Gobierno Nacional y tuvo como tema central el proyecto de ley. Luego de la intervención de los representantes a la Cámara Ángela María Robledo, Wilson Córdoba y Guillermina Bravo, de Luz Mary González -Confederación de Trabajadores de Colombia-, de Ligia Inés Álzate -Central Unitaria de Trabajadores-, Olinda García -presidenta del sindicato que agrupa a las madres comunitarias- y Juan Carlos Buitrago -Director de Primera Infancia del Instituto Colombiano de Bienestar familiar-, se otorgó el uso de la palabra a la Ministra:

a) En la primera parte, destacó la importancia de la asociación de las diferentes madres comunitarias:

“ (...) Muchas gracias Presidente un saludo muy especial a todos los integrantes de la Comisión Séptima en especial a la doctora Ángela María Robledo ponente de este importante proyecto de ley y convocante a esta audiencia pública, a quienes han intervenido a la compañera Olinda García del sindicato de las madres comunitarias, a la compañera Luz Mary González de la CTC, a la compañera Leticia Inés Álzate de la CUT, y al doctor Juan Carlos Buitrago director de primera infancia del Instituto, lo primero que quiero plantear es que el Ministerio del Trabajo quiere hacerle un reconocimiento a las madres comunitarias por su capacidad de organización y asociación, que ha generado la posibilidad de avanzar de manera tan notables en materia de reconocimiento de sus derechos laborales, el derecho de asociación en Colombia merece todo el respaldo del Estado y desde luego la lucha de las madres comunitarias es una demostración que con disciplina con

entereza, no exenta de dificultades, es mucho lo que se puede lograr y de ahí que desde el Ministerio del Trabajo una y otra vez respaldemos ese derecho de libre asociación y de negociación colectiva que le es anexa por cuanto es una institución fundamental de nuestra democracia (...)”[65].

b) A continuación, se refirió a (i) la necesidad de garantizar las condiciones del trabajo decente de las madres comunitarias; (ii) los avances que se venían produciendo; y (iii) la importancia de impulsar acuerdos en medio de la diferencia. Además indicó que ello (iv) exigía del Ministerio del Trabajo un examen y estudio del proyecto “con todo cuidado y desde luego con el criterio constructivo de llegar a acuerdos”:

“(...) en segundo lugar, quiero referirme a las importantes conquistas que han hecho las madres comunitarias con mucho apoyo de senadores y representantes de este Congreso y tiene que ver con haber obtenido el pago del salario mínimo legal por sus esfuerzos en favor de la primera infancia en nuestro país, y por ello debo también decir que el Ministerio del Trabajo en las mesas está muy atento a que ese salario mínimo legal comprenda la definición de trabajo decente, trabajo decente no es una especie de afección demagógica sino un concepto doctrinario que viene de los convenios suscritos por Colombia con la Organización Internacional del Trabajo y que comprende cuatro componentes esenciales: el primero de ellos remuneración digna, condiciones dignas, el segundo afiliación a la seguridad social integralmente considerada, eso incluye el derecho a la salud, derecho a la protección frente a los riesgos laborales y desde luego el de gozar de una protección digna en la vejez, el tercer elemento son los derechos fundamentales en el trabajo condiciones dignas en términos de seguridad y salud en el trabajo, y el derecho de asociación y de negociación colectiva y finalmente el diálogo social, del cual esta audiencia es un ejemplo, nos lo están mostrando todos los buenos síntomas que vienen de la Habana, es el futuro de la manera de resolver nuestros conflictos, diferencias van a subsistir, el conflicto social sigue, pero lo que uno ha podido percibir por lo menos yo que tuve el privilegio de estar presente en la suscripción del acuerdo para el cese al fuego definitivo de hostilidades en la Habana (...) no me queda la menor duda que ese es el camino para la sociedad toda, en la construcción de la política pública, en la construcción de los acuerdos que nos permitan una nueva forma de vivir en sociedad, reconociéndonos en nuestras diferencias sin tener que responder las diferencias que nos separan en aras de la construcción de una visión compartida de nación, y eso es lo que estoy viendo en esta audiencia y lo que compromete

al Ministerio del Trabajo en el examen y el estudio de este importante proyecto de ley que debemos analizar con todo cuidado y desde luego con el criterio constructivo de llegar a acuerdos”[66] (subrayas y negrillas no hacen parte del texto original).

c) Luego destacó la intención de avanzar en mecanismos de protección social para toda la población colombiana y, en particular para las madres comunitarias, destacando que no podía llevarse a efecto de manera inmediata. Igualmente sostuvo la importancia de que el “subsidio de solidaridad” pudiera ampliarse debiendo considerar los criterios y límites para acceder al mismo. Del mismo modo, manifestó su acuerdo con el hecho de que el proyecto se ocupara de asuntos relativos a la formación y capacitación de las madres, pues ello contribuiría a fortalecer la protección de los menores:

“(…) nosotros en el Ministerio del Trabajo vemos la necesidad, como es de la lógica, que haya una protección social, seria, desde luego para las madres comunitarias pero para toda la población colombiana, una de las tareas que nos ha puesto al señor Presidente de la República es el de diseñar un básico de protección social de carácter universal para todos los colombianos, ese básico desde luego no se va a poder construir de la noche a la mañana, seguramente nos va a demorar una generación llevarlo a la práctica pero vamos a empezar por los campos de Colombia, en las zonas de conflicto donde vamos a garantizar que cada persona que llegue a la tercera edad tenga la dignidad en la vejez, (...)que le da una base de protección social de carácter permanente, un beneficio económico periódico, que si por razones de un riesgo laboral queda limitada su capacidad de trabajo, tenga una pensión que le garantice que va a tener una posibilidad digna de sobrevivir con su familia, y desde luego todo el acceso a los servicios de salud que van a tener que construirse a lo largo y ancho de todos los campos de Colombia, para que la afiliación al régimen subsidiado signifique acceso real al servicio, eso son todos los elementos del trabajo decente que estamos en este momento construyendo en el Ministerio del Trabajo, la arquitectura institucional que debe hacer parte con el resto del equipo de Gobierno de lo que va a ser esa nueva visión del trabajo decente en el campo de Colombia donde francamente las condiciones son deplorables, nosotros queremos que ese subsidio de solidaridad pueda ampliarse y tenemos que exponer los criterios y las limitaciones sobre la cobertura del mismo y quienes tienen derecho a el, estamos completamente de acuerdo con que el proyecto aborde temas de formación y de capacitación, para que el rol de las mujeres en su trabajo pueda cualificarse, sin lugar a dudas la nueva política integral de la

primera infancia, de cero a siempre, es un salto muy importante al cual tienen que llegar las madres comunitarias con mejores apoyos de parte del Estado en su formación y capacitación, y en sus conocimientos de la nutrición que les permitan todos los días ofrecer un mejor servicio a esos 800.000 niños que tienen bajo su cuidado (...)”[67] (subrayas y negrillas no hacen parte del texto original).

d) Concluyendo su intervención, afirmó que el Ministerio pondría a disposición del Congreso el equipo necesario para realizar el análisis técnico de la ley:

“ (...) y finalmente quiero terminar señor Presidente y Honorables miembros de la Comisión Séptima de la Cámara, ofreciendo todo el respaldo, todo el apoyo del Ministerio de Trabajo, de sus equipos técnicos en el análisis técnico de la ley, porque es nuestro firme convencimiento de que ese salario mínimo legal, que hoy devengan las madres comunitarias, tiene que ser un salario mínimo legal con todos sus anexos de ley, y con la cobertura absoluta de todos los derechos que les competen bajo el código sustantivo del trabajo de Colombia, muchas gracias”[68].

40.2. No existe en la intervención de la representante del Ministerio, ninguna manifestación acerca de la decisión del Gobierno de apoyar la regla que permitía al ICBF celebrar contratos de trabajo con las madres comunitarias y FAMI. Su revisión solo permite constatar (i) la intención de impulsar -sin identificar en ningún momento al ICBF como empleador- el reconocimiento de los derechos de asociación y laborales de las madres; (ii) el acuerdo con la iniciativa de impulsar mecanismos de protección social como el subsidio de solidaridad y los procesos de formación de las madres; y (iii) su disposición para debatir aspectos técnicos para llegar a un acuerdo constructivo.

40.3. Derivar de tales consideraciones el aval al que se refiere el Congreso en su réplica, no es posible. Se trata de manifestaciones generales, nunca referidas al contenido objetado por el Gobierno y, en todo caso, condicionadas a un examen y estudio técnico por parte de dicho Ministerio, con la finalidad de llegar a algunos acuerdos. Las referencias al derecho de negociación colectiva, al reconocimiento del salario mínimo, sus anexos y demás derechos del Código Sustantivo del Trabajo, tampoco indican su conformidad con la aprobación de la regla impugnada. En suma, la participación de la Ministra del Trabajo no puede interpretarse como una manifestación inequívoca de complacencia en la integración de

dicho grupo a la planta de personal del ICBF. Como lo destacó el Gobierno en su intervención ante la Corte, tales manifestaciones no fueron específicas respecto de las medidas objetadas, sino declaraciones relativamente genéricas sobre la importancia de profundizar su protección y establecer un mecanismo para reconocer el pago del salario y las prestaciones.

40.4. Para sustentar la conclusión precedente es pertinente señalar que en esa misma audiencia el Director de la Primera Infancia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en uno de los apartes de su intervención ante la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, refirió lo siguiente:

“(....) hoy el Instituto contrata unas organizaciones, nosotros las llamamos entidades administradores del servicio, son casi 3.000 organizaciones en todo el país, las organizaciones que operan o que contratan a las madres comunitarias en su mayoría son asociaciones de madres comunitarias o de padres, hay algunas regiones del país donde no hay asociaciones, incluso departamentos como la Guajira hoy se están organizando nuevamente, las madres están conformando asociaciones para poder que el Instituto contrate esas asociaciones porque las asociaciones de madres son quienes deberían seguir contratando las madres comunitarias, entonces lo primero es que, como posición del Instituto hoy, a la luz del ordenamiento jurídico no tenemos cómo contratar directamente las 58.000 madres comunitarias hoy el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no tiene jurídicamente como hacer contratos de trabajo a término indefinido, eso no lo puede hacer una institución pública” (subrayas y negrillas no hacen parte del texto original).

40.5. Si se admitiera, en gracia de discusión, que la manifestación de la Ministra del Trabajo en la audiencia mencionada constituye una expresión de apoyo inequívoco a la medida, el hecho de que se hubiera presentado oposición explícita por otro Ministro relacionado con la materia –en este caso el de Hacienda y Crédito Público– descarta la existencia del aval. Según la Corte lo indicó recientemente “el aval ministerial puede ser simple o complejo” siendo este último exigible “cuando las materias sometidas a regulación demandan el concurso de dos o más carteras, evento en el cual la conformación del gobierno requiere de la coadyuvancia de todos los ministros”[69].

40.6. Cuando existen discrepancias profundas entre los ministerios competentes para

otorgar el aval, no puede entenderse cumplida la exigencia del artículo 154 de la Constitución. Reconocer que se ha producido el aval implicaría desconocer, no solo lo afirmado recientemente por este Tribunal sino la importancia que ostenta la actuación unitaria del Gobierno. Esa actuación unitaria no existió, tal y como se desprende de la inequívoca oposición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Así, al formular comentarios respecto del proyecto aprobado en tercer debate en la Cámara de Representantes, indicó:

En este aspecto, la presente iniciativa no atiende a lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 (...) que estableció límites estrictos a los gastos de personal (...), ni a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1769 de 2015 (...) que fijó el procedimiento a seguir para la modificación de plantas de personal.

En relación con esta iniciativa, se debe reiterar que actualmente las madres sustitutas y tutoras reciben una beca equivalente a un salario mínimo proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes, lo que representa erogaciones en 2016 por \$45.512 millones; de modo que de aprobarse la formalización laboral de estas 5.501 madres en los mismos términos que actualmente se encuentran las madres comunitarias, es laboral de estas 5.501, es decir, sin vinculación al ICBF pasarían a representar \$69.309 millones, así, la formalización laboral de las madres sustitutas y tutoras en términos del CST representa un incremento de \$23.797 millones.

Ahora bien, en un escenario donde las madres comunitarias tradicionales, FAMI, sustitutas y tutoras se encuentran formalizadas laboralmente a la luz del CST podrían representar erogaciones en 2016 del orden de \$769.748 millones (...) a su turno si dicha formalización se diera teniendo por empleador al ICBF (régimen de servidores públicos) pasarían a representar alrededor de \$1.041.185 millones, es decir 271.437 millones adicionales. Así las cosas, 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.

En este sentido, esta cartera encuentra inconveniente e innecesaria la propuesta relacionada con la formalización mediante los hogares comunitarios. De igual forma, como se anunció anteriormente, 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. Por otro lado, la iniciativa en los artículos 5° y 6° consagran un subsidio permanente a la vejez para las madres comunitarias, FAMI sustitutas y tutoras equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente smmlv, si laboró más de 20 años o más, o proporcional al tiempo laborado si la laboró más de 10 años y menos de 20 años; establece también los requisitos de acceso al mismo, el cual no es concurrente ni con Pensión Vejez ni con Beneficios Económicos Periódicos (BEPS)”[70] (negrillas no son del texto original).

41. Encuentra entonces la Corte que la objeción gubernamental resulta fundada y, en consecuencia, declarará la inconstitucionalidad de la expresión “en forma directa con el ICBF o” del artículo 4° del proyecto de ley.

F. OBJECCIÓN EN CONTRA DE LOS ARTÍCULOS 5° Y 6° POR LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN DEBIDO A LA CREACIÓN DE UNA PENSION ESPECIAL

42. El Gobierno Nacional impugna la constitucionalidad de los artículos 5° y 6° del proyecto de ley, que definen el subsidio permanente de vejez, sus destinatarios, las condiciones para acceder al mismo y su cuantía. Tales artículos establecen lo siguiente:

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

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

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

Parágrafo 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 2014.

Alcance de la objeción

43. El planteamiento del Gobierno se fundamenta en la siguiente premisa: los artículos objetados crean una pensión especial que no cumple las condiciones constitucionales impuestas por el artículo 48 de la Constitución y desconocen que las ramas del poder deben orientar su actuación de acuerdo con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen a la seguridad social. El subsidio permanente de vejez para las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales (a) se obtiene por el cumplimiento de 57 años en el caso de las mujeres o 62 en el caso de los hombres -igual al establecido para las pensiones en los artículos 33 y 64 de la Ley 100 de 1993-, pero sin cotizaciones o aportes a capital, (b) tiene carácter vitalicio y (c) se otorga al llegar la contingencia de la vejez.

43.1. Esa regulación, según el escrito gubernamental, viola varias normas del artículo 48 de la Constitución. En particular (i) el inciso noveno que prescribe que no habrá lugar al reconocimiento de pensiones sin el cumplimiento de las semanas de cotización o aportes; (ii) el inciso once conforme al cual los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones; (iii) el inciso doce por virtud del cual para la liquidación de las pensiones únicamente se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales se hubieren llevado a efecto las cotizaciones y ninguna pensión podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente[71]; y (iv) el inciso trece del artículo 48 en el que se establece que no habrá regímenes especiales ni exceptuados.

43.2. Según el Gobierno, las disposiciones objetadas se oponen también al artículo 13 de la

Constitución. Prevén un trato injustificado a favor de sus destinatarios que afecta a la población afiliada al régimen general de pensiones y, en especial, a los sujetos de la tercera edad -receptores de una especial protección- pues exonera a las madres comunitarias, FAMI, sustitutas y tutoras, de la obligación de cotizar 1.300 semanas o reunir el capital necesario para acceder a una pensión, en detrimento de los demás afiliados del Sistema General de Pensiones.

44. En la réplica a las objeciones gubernamentales, el Congreso señala (i) que no es cierto que las normas demandadas hubieran creado un régimen especial en materia pensional y, de hecho, el otorgamiento de un subsidio permanente por razón de la vejez ya se encontraba establecido en el Decreto 605 de 2013, reglamentario de los artículos 164 y 166 de la Ley 1450 de 2011. En ese sentido, si se entendiera que se trata de la creación de un régimen especial, tal conclusión debería atribuirse a tales disposiciones[72]. Igualmente (ii) los artículos cuestionados no se oponen al derecho a la igualdad dado que establecen un trato diferenciado favorable a ese grupo de madres y tal “preferencia tiene lógica al determinar que el segmento poblacional de las Madres Comunitarias, FAMI, Sustitutas y Tutoras ha sido sujeto de discriminaciones como bien lo demostró la Sentencia T-628 de 2012”. De manera que la situación laboral en la que se encontraban afectó la posibilidad de realizar sus aportes a la pensión. Por ello, la Ley 1450 de 2011, el Decreto 605 de 2013 y ahora el proyecto de ley pretenden implementar acciones afirmativas.

45. Con el fin de abordar la objeción planteada, la Corte (i) presentará de manera general, en lo que resulta pertinente, el régimen vigente en materia de protección social de las madres comunitarias, identificando su relación con las disposiciones objetadas. A continuación (ii) establecerá la naturaleza jurídica de la prestación prevista en los artículos 5° y 6° con el propósito de clarificar si, como lo señala el Gobierno, se trata de una pensión sometida al régimen del artículo 48 de la Constitución o, por el contrario, tiene otra naturaleza. Con fundamento en ello, (iii) analizará el mérito de la impugnación gubernamental.

Régimen de protección social de las madres vinculadas a los programas de atención de la niñez a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

46. El artículo 164 de la Ley 1450 de 2011[73] prescribe que tendrán acceso al subsidio de

la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional 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 (en adelante “BEPS”) del régimen subsidiado en pensiones. Adicionalmente, prevé que la identificación de sus beneficiarias le corresponde al ICBF, entidad que complementa el subsidio en la proporción que se defina. El Decreto 605 de 2013[74] reglamentó la subvención y estableció los requisitos para acceder al mismo, los criterios de priorización, su valor y las causales que dan lugar a su pérdida. Su alcance general es el siguiente:

Titulares

Requisitos

Valor del subsidio

Personas que dejaron de ser madres comunitarias a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011.

a) Ser colombiano.

b) Tener como mínimo 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, edad que a partir del 1° de enero de 2014 aumentará en dos años.

c) Residir durante los últimos diez años en el territorio nacional.

d) Acreditar la condición de retiro como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011.

e) No reunir los requisitos para tener una pensión ni ser beneficiarios del Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS

Según el tiempo de permanencia en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar

Más de 10 años y hasta 15 años \$220.000

Más de 15 años y hasta 20 años \$260.000

Más de 20 años \$280.000

47. El artículo 111 de la ley 1769 de 2015[75] -cuyo contenido luego fue reiterado en el artículo 119 de la Ley 1815 de 2016[76]- estableció que tendrán acceso al subsidio otorgado por la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, las personas que dejaron de ser madres sustitutas que no reúnan los requisitos para tener una pensión y cumplan varias condiciones adicionales. El Decreto 1345 de 2016[77] reglamentó este beneficio cuyo alcance es el siguiente:

Titulares

Requisitos

Las personas que dejaron de ser madres sustitutas que no reúnan los requisitos para tener una pensión.

a) Ser colombiano.

b) Tener como mínimo 57 años de edad si es mujer o 62 años de edad si es hombre.

c) Residir durante los últimos diez años en el territorio nacional.

d) Acreditar la condición de retiro como madre sustituta de la modalidad de hogares sustitutos del Bienestar Familiar.

Según el tiempo de permanencia en el Programa Hogares Sustitutos de Bienestar Familiar

Más de 10 años y hasta 15 años \$220.000

Más de 15 años y hasta 20 años \$260.000

Más de 20 años \$280.000

48. El proyecto de ley bajo examen, a su vez, establece el “subsidio permanente a la vejez”, fijando varios de sus aspectos en los artículos 5º y 6º. Su configuración general puede resumirse así:

Titulares

Requisitos

Valor del subsidio

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

a) Ser colombiano.

b) 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.

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

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

e) No estar pensionado por vejez o invalidez.

f) No ser beneficiarias del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos.

a) Quienes hayan laborado veinte (20) años o más recibirán subsidio equivalente a un 95% de un salario mínimo mensual legal vigente.

b) Quienes hayan laborado más de diez (10) años y menos de veinte (20) años o más (sic) recibirán un subsidio proporcional al tiempo laborado, que lo reglamentará el Gobierno Nacional.

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

d) El valor del subsidio se incrementará anualmente en el mismo porcentaje del salario mínimo mensual legal vigente.

49. Las normas referidas tienen en común que las personas beneficiarias de los subsidios son aquellas que “hayan dejado de ser madres comunitarias o madres sustitutas” o “hayan prestado sus servicios al ICBF”. A su vez, el contraste de la regulación vigente con la contenida en el proyecto de ley hace posible identificar dos diferencias. Primero, el nuevo régimen amplía el universo de beneficiarias al mencionar no solo a las madres comunitarias y sustitutas, sino también a las madres FAMI, a las tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales que han prestado sus servicios al ICBF. Sobre ello, en el curso del presente proceso el Ministerio del Trabajo destacó que de entrar en vigencia la ley se aumentaría la base de potenciales beneficiarios de manera significativa, por lo que las listas de priorización o espera para recibir el subsidio se harían tan numerosas como las del resto de la población que aspira a ser beneficiaria del programa Colombia Mayor[78]. Segundo, se incrementan los montos establecidos para el subsidio pasando, en el caso de las madres comunitarias que hubieran trabajado por más de 20 años, de una suma de \$280.000 a \$742.179 -equivalente al 95% de un salario mínimo- mientras que en los demás casos se establecerá un pago proporcional, según la reglamentación que expida el Gobierno.

50. Tal y como lo precisó el Director General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su intervención ante la Corte, otras

disposiciones prevén medidas de protección a la vejez de las madres comunitarias. A continuación, se refiere brevemente su alcance así como las fuentes de financiación más significativas.

50.1. La Ley 509 de 1999[79], en sus artículos 5, 6 y 7, estableció que las madres comunitarias serían beneficiarias de un apoyo en el aporte a la cotización al régimen general de pensiones, cualquiera fuera su edad y cuando cumplieran por lo menos un año de servicio en esa condición. Dicho subsidio, equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización, se extendía por el término en que la madre ejerciera esta actividad y su administración le correspondía al Fondo de Solidaridad Pensional con cargo a los recursos que para el efecto entregaría el Gobierno Nacional[80]. Posteriormente, el artículo 2 de la ley 1187 de 2008[81] estableció que el Fondo de Solidaridad Pensional financiaría los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera fuera su edad y tiempo de servicio[82].

El artículo 6º de la Ley 1587 de 2012[83] estableció que con el fin de garantizar el acceso de las madres comunitarias al subsidio al aporte de la cotización en la Subcuenta de Solidaridad previsto en la Ley 797 de 2003, por una única vez y dentro de los 3 meses siguientes a la vigencia de la ley, podrían trasladarse al Régimen de Prima Media. De acuerdo con ello, las madres se exceptuaban de los plazos establecidos en la ley[84]. El artículo 118 de Ley 1815 de 2016[85] reiteró, en general, esos contenidos normativos.

El párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1187 de 2002 dispuso que las madres sustitutas y los agentes educativos FAMI (Familia, Mujer e Infancia), tendrían acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en dicha ley -en general los previstos para las madres comunitarias-. Para las madres sustitutas, el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012[86] prescribió que durante el transcurso del año 2013, se les otorgaría una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. También señaló que de manera progresiva se adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin otorgarles la calidad de funcionarias públicas[87]. Asimismo estableció que durante el año 2014 las madres sustitutas recibirían una bonificación equivalente al salario mínimo del

2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes.

Teniendo como premisa el cierre gradual del programa de subsidio de aporte a la pensión, el artículo 212 de la Ley 1753 de 2015[88] definió que las personas que fueron beneficiarias de dicho programa -incluyendo a las madres comunitarias, sustitutas y FAMI- podrían vincularse al servicio complementario de BEPS, trasladando un porcentaje de dicho subsidio en las condiciones que reglamente el Gobierno. A su vez, las madres tutoras podrían también acceder -según lo ha señalado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público- a dicho servicio.

50.3. El cuadro siguiente refiere las fuentes de financiación de cada una de las subcuentas del Fondo de Solidaridad según lo establece el artículo 27 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 8 de la ley 797 de 2003:

Fondo de Solidaridad

Subcuenta de solidaridad

Subcuenta de subsistencia

a) El cincuenta por ciento (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

b) Los recursos que aporten las entidades territoriales para planes de extensión de cobertura en sus respectivos territorios, o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados;

c) Las donaciones que reciba, los rendimientos financieros de sus recursos, y en general los demás recursos que reciba a cualquier título, y

d) Las multas a que se refieren los artículos 111 y 271 de la Ley 100 de 1993.

a) Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley;

b) El cincuenta (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

c) Los aportes del presupuesto nacional. Estos no podrán ser inferiores a los recaudados anualmente por los conceptos enumerados en los literales a) y b) anteriores, y se liquidarán con base en lo reportado por el fondo en la vigencia del año inmediatamente anterior, actualizados con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE;

d) Los pensionados que devenguen una mesada superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta veinte (20) contribuirán para el Fondo de Solidaridad Pensional para la subcuenta de subsistencia en un 1%, y los que devenguen más de veinte (20) salarios mínimos contribuirán en un 2% para la misma cuenta.

51. En suma, el régimen jurídico vigente prevé un grupo de instrumentos de amparo durante la vejez de quienes contribuyen al desarrollo de los programas de protección de la niñez del ICBF. Tal regulación ha comprendido (i) apoyos económicos para la realización de los aportes al sistema de seguridad social; (ii) el reconocimiento de subsidios especiales a madres comunitarias y madres sustitutas; (iii) el gradual proceso de formalización laboral; y (iv) la posibilidad de acceder al programa de los BEPS. Para la Corte es relevante resaltar el hecho de que el subsidio previsto en las disposiciones objetadas -que sería cubierto por la cuenta de subsistencia- no tiene como propósito apoyar el esfuerzo en la realización de

cotizaciones al sistema de seguridad social sino, en una dirección diferente, otorgar un subsidio permanente a la vejez.

Constitución, régimen pensional y subvenciones estatales

52. En el curso del proceso, la Corte ha evidenciado opiniones discrepantes sobre la naturaleza jurídica de la prestación establecida en los artículos 5° y 6° del proyecto de ley. En el escrito de objeciones gubernamentales y en varias intervenciones se advierte que se trata materialmente de una pensión sujeta al régimen jurídico del artículo 48 Superior. En una dirección diversa, la réplica del Congreso y los escritos de otros intervinientes, sostiene que se trata de un subsidio -incluso ya reconocido en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011 y en el Decreto 605 de 2013- al que no le son aplicables las restricciones del artículo 48. Algunos intervinientes afirman, además, que se trata de una pensión no contributiva a la que le es aplicable el artículo 48 de la Carta[91].

Resolver este asunto resulta crucial, dado que la impugnación del Gobierno afirma, en varios de sus planteamientos, la infracción del artículo 48 de la Carta. A continuación la Corte emprende este examen.

53. El derecho a la pensión es objeto de protección constitucional. Tal derecho, ha dicho este Tribunal, “surge del hecho de que la persona reunió una serie de requisitos e hizo aportes periódicos durante su vida laboral, con el fin de garantizar el amparo para él y su familia, contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte”[92]. Se trata de “la retribución de lo que la persona cotizó al Sistema de Seguridad Social, bien fuere a través del régimen solidario de prima media con prestación definida o a través del régimen de ahorro individual, como lo prevé la Ley 100 de 1993”[93]. En esa dirección, refiriéndose al alcance del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció que “para acceder a la pensión es necesario cumplir con la edad, tiempo de servicio y las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones establecidas en la ley, salvo para las pensiones de invalidez y sobrevivencia que se rigen por el sistema general de pensiones” esto es, para que se adquiriera el derecho a una pensión, deben configurarse los requisitos expresamente exigidos por la ley.

De esta perspectiva, acogida por la jurisprudencia[94], se sigue que la categoría constitucional “pensión” referida en el artículo 48 Superior, se identifica con lo que la

doctrina especializada ha denominado pensión contributiva y que se caracteriza por el hecho de que su reconocimiento depende de la realización efectiva de aportes por parte de quien, en principio, se beneficia de su pago. En consecuencia, se impone precisar, desde ahora, que la pensión en el sentido del artículo 48 de la Carta consiste en la retribución a la que tiene derecho una persona -o sus beneficiarios- como resultado primordial de los aportes y esfuerzos de trabajo realizados a lo largo del tiempo y en las condiciones fijadas por la ley. Se trata del reconocimiento de su ahorro mediante la realización de cotizaciones al sistema pensional fruto de su trabajo personal ya sea en calidad de trabajador subordinado o independiente.

54. Ahora bien, los estudios especializados en materia de seguridad social integral y protección a la vejez, han identificado la existencia de algunas prestaciones periódicas reconocidas a personas que han cumplido determinada edad, sin realizar aportes para su reconocimiento. Esas medidas de protección social quedan comprendidas, usualmente, bajo la denominación de pensiones no contributivas en atención a que la fuente de su financiación no depende de los aportes realizados por sus beneficiarios. Según lo explica en su intervención la Universidad Externado de Colombia, las pensiones no contributivas son, en general, aquellas “que no se derivan exclusivamente de los aportes realizados por los afiliados” y, en ese sentido, precisa “que una pensión no necesariamente es consecuencia de las contribuciones realizadas por un trabajador, sino [que] puede derivarse de políticas públicas dirigidas a garantizar el derecho a la seguridad social”. En todo caso, cuando su reconocimiento tiene como causa una situación particular de vulnerabilidad -pobreza extrema o situación de discapacidad- son conocidas también como pensiones asistenciales[95]. Puede afirmarse que las pensiones no contributivas pueden tener o no carácter asistencial[96]. Entre un extremo y otro se encuentran las pensiones semi-contributivas cuyo beneficiario realiza parcialmente los aportes exigidos y, como consecuencia de ello, le es reconocida una prestación en condiciones diferentes, financiada con recursos públicos[97].

55. Este Tribunal, en concordancia con las distinciones anteriores, ha decidido que no toda prestación periódica a cargo del Estado constituye una pensión en el sentido del artículo 48 y sometida, por tanto, al régimen de prohibiciones y mandatos allí fijados. En la sentencia C-221 de 2011 precisó la naturaleza del “estímulo para las glorias del deporte nacional” fijado en un monto igual a cuatro (4) salarios mínimos mensuales cuando su destinatario

no disponga de recursos públicos o sus ingresos sean inferiores a cuatro (4) salarios mínimos legales[98]. Estableció que no era una prestación propia del sistema pensional dado que su regulación (i) no fijaba “un método de cotización previa por parte del interesado, ni requisitos de tiempo de servicios, cotización o edad mínima”, de una parte, y (ii) supeditaba “la exigibilidad del estímulo a un factor variable, vinculado con el nivel socioeconómico del beneficiario, del cual depende la concesión del estímulo”, de otra. Sostuvo que el segundo de tales rasgos implicaba que “la norma acusada se limita a prever una subvención económica para un grupo de la población, a partir de un criterio de focalización del gasto público social”. Precisó además que “una prestación económica a cargo del Estado con estas características en modo alguno puede comprenderse como una pensión”. A partir de tal calificación, derivó dos efectos importantes: (a) que a la prestación analizada “no le serán aplicables las reglas del sistema general de seguridad social en pensiones” y (b) que no la cobijaba la “prohibición de constituir regímenes pensionales especiales ni exceptuados, prevista en el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”.

56. La Ley 418 de 1997 estableció que “las víctimas que sufrieren una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral calificada con base en el Manual Único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo con lo contemplado en el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud, la que será cubierta por el Fondo de Solidaridad Pensional a que se refiere el artículo 25 de la Ley 100 de 1993 y reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, o la entidad de naturaleza oficial señalada por el Gobierno Nacional”. En sede de control concreto y abstracto, la Corte definió la naturaleza de esta prestación.

56.1. En la sentencia T-463 de 2012 advirtió que “no se debe enmarcar dentro de las prestaciones generales reconocidas por el régimen de seguridad social integral consagrado en la Ley 100 de 1993” puesto que “cada una de las prestaciones reconocidas en la ley de seguridad social exigen como requisito previo la realización de aportes al sistema de salud, riesgos profesionales y pensión, situación que difiere ampliamente de los requisitos exigidos en el artículo 46 de la primera ley mencionada”. Con apoyo en ello no le era aplicable la Ley 100 de 1993 de manera que era improcedente sostener que la Ley 797 de 2003 -reformativa de esta- la hubiera derogado. En igual sentido se pronunció la sentencia T-469

de 2013 al reiterar que la “Ley 797 de 2003 no derogó la pensión para víctimas de la violencia estipulada en el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, máxime cuando el objeto de las prestaciones estudiadas es diferente, la causa que origina su reconocimiento no es equiparable y las leyes que las establecen tuvieron un propósito y materias diferentes”. Así las cosas “la entidad encargada de su reconocimiento, no puede exigir requisito alguno que no se encuentre expresamente consagrado en la norma especial que la creó” de modo que “mal haría cualquier entidad del Estado en afirmar que es una pensión ordinaria de invalidez, o que debe aplicarse los requisitos de cotización y tiempos de servicio establecidos para las pensiones del régimen contributivo”.

56.2. La sentencia C-767 de 2014 se apoyó en las decisiones mencionadas para indicar que la prestación referida tenía por objeto “mitigar los impactos producidos en el marco del conflicto armado interno, hecho distinto a las contingencias que cubre las prestaciones de la Ley 100 de 1993, las cuales benefician a los trabajadores activos, que efectuaron aportes al sistema, y que se generan a partir de una relación de carácter laboral”. En adición a ello, concluyó “que cuando la ley no tiene previsto un método de cotización previa, ni requisitos de tiempo de servicio o edad o semanas de cotización para otorgar una subvención, la prestación económica de la cual se trata no puede considerarse en modo alguno una pensión de vejez o invalidez estrictamente hablando pues carece de los requisitos y características propias del régimen de pensiones, debiendo entenderse como un estímulo de otra naturaleza”.

58. Los criterios referidos hasta este lugar permiten identificar que la expresión “pensión” tiene varias acepciones, no todas coincidentes con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución. Una interpretación sistemática de la Carta exige, entonces, determinar el modo en que los otros significados se articulan con las normas constitucionales que rigen el otorgamiento de subvenciones, subsidios o estímulos -algunos periódicos- por parte del Estado.

59. La sentencia C-324 de 2009, en un esfuerzo por sistematizar la materia, delimitó tres grupos de prestaciones o subvenciones estatales constitucionalmente posibles: (i) las que tienen como propósito “alentar actividades o programas de interés público acordes con el plan de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, a través de entidades sin ánimo de lucro” (inciso 2 del artículo 355); (ii) las que son manifestación “de la facultad de

intervención del Estado en la economía” y se orientan a estimular “una determinada actividad económica” con fundamento en el artículo 334; y (iii) las que desarrollan una norma constitucional que las autoriza expresamente “en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos” (arts. 43, 46, 48, 50, 51, 52, 64, 69, 70, 71, 300.2 305.6, 310, 368 y 373).

Tales subvenciones, según sostuvo la Corte, tienen como rasgo común el hecho de que su otorgamiento implica “un retorno para la sociedad en su conjunto o un beneficio social, es decir, una contraprestación que es expresa o tácitamente exigida por la Carta Política y que se concreta en mejorar la calidad de vida de los habitantes, en especial de los de menores ingresos, al punto que de estar desprovista la subvención de tal característica, se estaría incurso de manera automática en la prohibición de que trata el artículo 355 de la Constitución Política, pues no se estaría afectando el presupuesto para atender los fines sociales del Estado” (negritas hacen parte del texto original).

60. Las pensiones asistenciales encuadran, prima facie, en el tercer grupo de subvenciones. En efecto, en algunos casos el otorgamiento de subsidios periódicos para cubrir las contingencias asociadas a la vejez, corresponde al desarrollo de autorizaciones constitucionales específicas o al cumplimiento de mandatos derivados de la cláusula de Estado Social, como el establecido en el artículo 46. Este prescribe (i) que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y (ii) que el Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia. Así por ejemplo, los programas de protección social de la vejez con cargo a los recursos de la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad, pueden considerarse como una modalidad de subvención de lo que conoce la doctrina como pensión no contributiva – asistencial.

61. La conclusión precedente, central en el asunto que estudia la Corte, exige un análisis adicional. La distinción efectuada entre pensiones en el sentido del artículo 48 y subvenciones o medidas de protección social autorizadas por la Carta -que podrían comprender pensiones asistenciales- no solo tiene relevancia conceptual. Esa diferencia tiene también consecuencias significativas.

61.1. La calificación de una prestación periódica como una pensión en el sentido del artículo 48 -supra num. 53- implica (i) la garantía de su poder adquisitivo constante; (ii) la prohibición de suspensión de su pago, reducción o congelación; (iii) su protección como derecho adquirido cuando se ha causado por cumplir la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario; (iv) la prohibición de liquidarla, a partir de factores sobre los cuales no se efectuó la cotización; (v) la prohibición de reconocerlas en cuantía inferior a un salario mínimo mensual o superior a 25 salarios mínimos -con cargo a recursos del Estado-; y (vi) la proscripción general de regímenes excepcionales y exceptuados, así como de recibir más de 13 mesadas al año.

61.2. La identificación de una prestación de protección social como una subvención -supra num. 59 y 60- activa un régimen jurídico diferente. En efecto, para su reconocimiento es indispensable: (i) respetar el principio de legalidad del gasto; (ii) ser reconocida en el Plan Nacional de Desarrollo; (iii) derivarse de un mandato o autorización constitucional; y (iv) garantizar el principio de igualdad[99]. En adición a lo anterior, la jurisprudencia ha dicho que son contrarias a la Carta las subvenciones (v) que omitan la determinación concreta y explícita de su finalidad, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación; (vi) cuyo costo para el Estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene con su implementación; (vii) que sólo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o contribuya a ampliar las diferencias sociales; (viii) que tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público; o (ix) que vulnere la prohibición de incurrir en desviación de poder, lo que tendrá lugar cuando la medida se adopte con un propósito distinto de aquel para el cual aparentemente fue creada[100].

61.3. El sistema de prestaciones a las que se ha referido previamente la Corte puede, en principio, presentarse del modo siguiente:

Pensiones contributivas

Pensiones semi-contributivas

Subsidios, subvenciones y estímulos

Prestaciones reconocidas -cuando tienen lugar las circunstancias previstas en el artículo 48 constitucional- a partir de los aportes efectivamente realizados por el titular de la prestación.

Prestaciones reconocidas -cuando tiene lugar alguna contingencia asociada por ejemplo, a la vejez o a la capacidad laboral- a partir del aporte simultáneo realizado por el titular de la prestación y el Estado

No tienen su fuente, en principio, en los aportes realizados por sus beneficiarios.

Se encuentran en este grupo, por ejemplo, la pensión de vejez y la pensión de invalidez (art. 48 C.P.)

Se encuentran en este grupo las prestaciones (a) dirigidas a alentar actividades o programas de interés público (inciso 2 del artículo 355 C.P.); (b) reconocidas para estimular “una determinada actividad económica” (artículo 334 C.P.); y (iii) reconocidas para garantizar los derechos fundamentales mediante el acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos (arts. 43, 46, 48, 50, 51, 52, 64, 69, 70, 71, 300.2 305.6, 310, 368 y 373 C.P). En algunos de los supuestos mencionados quedan comprendidas las pensiones no contributivas (asistenciales y no asistenciales).

En todo caso, no le corresponde a la Corte presentar una definición exhaustiva ni completamente elaborada de las categorías antes reseñadas. Basta con delimitar los elementos centrales que permiten identificarlas de manera que pueda tipificarse la prestación establecida en las disposiciones que han sido objetadas por el Gobierno Nacional.

62. En suma, no resulta constitucionalmente posible establecer una relación de identidad entre las pensiones en el sentido del artículo 48 y las demás prestaciones otorgadas por el Estado en desarrollo de las funciones de intervención, fomento o apoyo que prevé la Constitución. Cada una de ellas responde a una fisonomía particular y, en esa medida su

régimen jurídico puede tener diferencias.

El subsidio permanente para la vejez reconocido en los artículos 5° y 6° del proyecto de ley no constituye una pensión en el sentido del artículo 48 de la Constitución

63. La prestación definida y regulada en los artículos 5° y 6° del proyecto de ley cuestionado, no constituye una pensión en el sentido del artículo 48 por varias razones:

Primero. Fue identificada por el legislador bajo la expresión “subsidio permanente a la vejez”, insistiendo en esa naturaleza al oponerse a las objeciones (supra num. 1.4.c). Incluso en el curso del trámite legislativo se indicó que tal prestación había sido reconocida previamente por el Gobierno Nacional en el Decreto 605 de 2013[101], según lo establecido en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011.

Segundo. El Parágrafo 2º del artículo 5º del proyecto de ley bajo examen, prescribe que la modificación del monto y las condiciones del “subsidio” al que se refiere la ley serán aplicables para las personas que ya son beneficiarias del mismo. Esto implica que la prestación reconocida no supone -al menos en lo que se refiere a su naturaleza- nada diferente a la continuidad del subsidio reconocido desde el Decreto 605 de 2013[102].

Tercero. El otorgamiento de la prestación de protección social prevista en las disposiciones objetadas, no guarda conexión alguna con la realización de aportes o cotizaciones previas por parte de sus beneficiarios al sistema de seguridad social. En efecto, si bien para su reconocimiento se establece el cumplimiento de determinada edad -57 años para las mujeres y 62 para los hombres- y un tiempo específico de trabajo en los programas de atención integral a la primera infancia y de protección integral del ICBF, no se requiere que previamente se hubieren hecho aportes o cotizaciones por parte de sus beneficiarias.

Cuarto. El reconocimiento de la prestación de protección social regulada en el proyecto de ley se somete a una condición de priorización o focalización clara, coincidente con la idea constitucional de subvención. En efecto, el parágrafo 1º del artículo 5 del proyecto prevé que quedan excluidas de la misma, por ser incompatibles, no solo las personas que sean ya beneficiarias de una pensión de vejez o invalidez, sino también aquellas destinatarias del mecanismo de BEPS -reglamentado en el Decreto 604 de 2013-.

Quinto. El párrafo 3º del artículo 5 del proyecto, es claro al indicar que el subsidio permanente a la vejez no podrá ser objeto de sustitución alguna, distinguiéndolo una vez más de una pensión la cual, por su naturaleza, puede ser transmitida al grupo de beneficiarios que designa la ley ya sea a través de la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional. En el caso de la subvención propuesta esta se extingue con la muerte del beneficiario de la prestación.

64. En apoyo de todo lo anterior existe un argumento adicional. El Acto Legislativo 01 de 2005 al reformar el artículo 48 de la Constitución estableció que dicha norma no impide que el legislador determine la posibilidad de conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no hubieren cumplido las condiciones requeridas para tener un derecho a la pensión. En consecuencia, si estos beneficios no constituyen una pensión en el sentido del artículo 48, sino un tipo especial de pensión semicontributiva excluida del régimen de prohibiciones y mandatos de esa disposición[103], con mayor razón lo mismo debe concluirse respecto de una subvención como la definida en los artículos 5º y 6º del proyecto.

El hecho de que la financiación del subsidio permanente a la vejez pueda realizarse con cargo a los recursos que integran la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad, originados no solo en el presupuesto nacional sino también en los aportes de los cotizantes con capacidad económica -supra num. 50.3- no se opone a la conclusión a la que se ha llegado: la subvención contenida en las disposiciones demandadas no es una pensión en el sentido del artículo 48. En efecto, el sistema de seguridad social integral es definido en el preámbulo de la Ley 100 de 1993, como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”. Esta definición implica que los recursos que lo integran pueden destinarse no solo al cubrimiento de las pensiones en el sentido del artículo 48, sino también a la instrumentación de medidas de protección social para enfrentar o aliviar las diferentes contingencias a las que se enfrentan las personas y que afectan las condiciones básicas de calidad de vida. En tal sentido, en materia de protección a la vejez, el sistema de seguridad

social no solo comprende -como medida principal- al sistema general de pensiones sino, adicionalmente, otros servicios sociales complementarios entre los que se encuentran, por ejemplo, el programa de subsidio de aporte a la pensión, los programas asistenciales y los BEPS, cuyo fin es apoyar a la población que por diversas circunstancias económicas y sociales no se encuentran en el grupo de personas con capacidad contributiva. Este último tipo de servicios constituyen un desarrollo posible del mandato según el cual “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

65. La conclusión a la que ahora arriba la Corte no constituye un juicio de validez de la subvención objetada por el Gobierno a la luz del régimen jurídico que le es aplicable -supra num. 61.2-. Únicamente precisa la naturaleza jurídica de la prestación prevista en los artículos 5° y 6° del proyecto de ley.

Ineptitud de las objeciones gubernamentales fundadas en la caracterización del subsidio permanente de vejez como un tipo de pensión en el sentido del artículo 48 de la Constitución.

66. El análisis anterior conduce a la Corte a descartar los cargos formulados por el Gobierno, en tanto tienen como premisa la calificación de la prestación referida en los artículos 5° y 6° como una pensión en el sentido del artículo 48. Por ello, no le corresponde juzgar si se configura la infracción de las reglas del artículo 48 invocadas en la objeción y, en particular, las que se adscriben (i) al inciso 9 conforme al cual no habrá lugar al reconocimiento de pensiones sin el cumplimiento de las semanas de cotización o aportes; (ii) al inciso 11 al disponer que los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones; (iii) al inciso 12 que prescribe que para la liquidación de las pensiones únicamente se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales se hubieren llevado a efecto las cotizaciones y que ninguna pensión podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente; y (iv) al inciso 13 el que se establece que no habrá regímenes especiales ni exceptuados.

66. En el mismo sentido, no procede pronunciarse sobre la objeción que afirma la violación del artículo 13 de la Constitución, dado que ella se funda en idéntica premisa. Según el Gobierno, la infracción de la igualdad se produce dado 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”. Y más adelante señala que la diferenciación “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”. La argumentación concluye indicando que “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”.

La identificación de los grupos objeto de contraste -señalando que ambos se caracterizan por ser beneficiarios de una pensión en el sentido del artículo 48- resulta equivocada, en tanto el subsidio permanente de vejez no tiene esa naturaleza. En esa medida, si bien el planteamiento del Gobierno invoca tal condición como criterio de comparación, ello es insuficiente para emprender un examen por violación del mandato de trato igual puesto que los grupos no pueden asimilarse a partir de ese rasgo. Se trata de un defecto radical que conduce a la ineptitud del cargo y le impide a la Corte pronunciarse de fondo.

67. En síntesis, la objeción por violación de los artículos 48 y 13 de la Constitución resulta infundada al asentarse en una premisa incorrecta, según la cual el subsidio regulado en los artículos 5° y 6° del proyecto de ley es una pensión en el sentido del artículo 48 y no, como quiso el legislador, una subvención de protección social a favor de un grupo focalizado.

G. OBJECCIÓN EN CONTRA DE LOS ARTÍCULOS 5° Y 6° POR LA VIOLACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y FISCAL (ARTS. 48 Y 334 DE LA CONSTITUCIÓN)

Alcance de la objeción

68. Según el Gobierno Nacional los artículos 5° y 6° también desconocen el inciso 7 del artículo 48 que establece la sostenibilidad del sistema pensional. El MHCP sostuvo en el curso del 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, de manera que se afecta la estabilidad de las finanzas públicas, el equilibrio macroeconómico y la sostenibilidad fiscal”. Ello consta en el escrito radicado el 31

de octubre de 2016 en la Secretaría General de la Cámara de Representantes[104]. En dicho concepto el MHCP resaltó que la iniciativa legislativa vulneró la Ley 819 de 2003, en particular el artículo 7º, conforme al cual existe la obligación “de establecer en todo proyecto de ley la fuente de financiación de los gastos que la propuesta genere”. Además señaló que, según la sentencia C-258 de 2013, la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2015, modificatorio del artículo 48 constitucional, estuvo motivada por el déficit pensional y el riesgo en que estaba el derecho de los ciudadanos a obtener la pensión, de manera que era imperativo “el cumplimiento de una edad y unas semanas mínimas de cotización que deben responder a los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 y en sus modificaciones”.

69. En la réplica a tales objeciones, el Congreso destacó que el proyecto no desconoció el principio de sostenibilidad del sistema pensional expresando los siguientes argumentos: (i) en el Estado Social y Democrático de Derecho “el fin óptimo y primordial es el ser humano”, lo que además encuentra fundamento en los artículos 2 y 5 de la Constitución; (ii) el Estado debe garantizar a las “madres” las “condiciones dignas que les retribuya el esfuerzo que han depositado en la atención de los niños, niñas y adolescentes más necesitados en el país y a su vez, les reivindique sus derechos frente al desconocimiento en su concepción como trabajadoras, del cual han sido víctimas desde la creación de los programas que operan desde sus propios hogares”; (iii) el artículo 334 de la Constitución prevé que ninguna autoridad se encuentra habilitada para invocar la sostenibilidad fiscal “a fin de menoscabar, restringir o negar la protección de los derechos fundamentales, como los de las beneficiarias del artículo objetado”, conclusión que encuentra apoyo en las sentencias C-288 de 2012 y C-753 de 2013; y (vi) no resulta posible, sin desconocer el principio de progresividad establecido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, negar la consolidación de derechos ya reconocidos en el Decreto 605 de 2013.

Conforme a lo expuesto, una interpretación conjunta de las intervenciones del Gobierno en el curso del trámite legislativo, en el escrito de objeciones y en los documentos que le sirvieron de apoyo, así como de la insistencia del Congreso, le permite a la Corte identificar un conflicto inter-orgánico alrededor del significado de la sostenibilidad financiera y fiscal frente a las disposiciones que han sido objeto de cuestionamiento.

El subsidio permanente de vejez y la sostenibilidad financiera y fiscal

70. La Corte encuentra que la impugnación relativa a la violación del principio de sostenibilidad financiera (art. 48 C.P.) y del criterio de sostenibilidad fiscal (art. 334 C.P.) permite adoptar un pronunciamiento de fondo. Con ese propósito, precisará el alcance de sus competencias de control cuando se alega el desconocimiento de la sostenibilidad financiera y fiscal considerando, además, que en el curso del proceso -por solicitud de este Tribunal- varias entidades e instituciones académicas presentaron su opinión sobre el particular.

71.2. Sostienen también que la sostenibilidad financiera “se aplica más a una empresa, entidad, programa o proyecto, con un fin específico y es que le permita desarrollar sus actividades bajo el entendido de que se dispondrá de los fondos necesarios en todo momento para buscar los respectivos objetivos, no solamente porque se tienen fuentes permanentes de recursos, sino también porque se gestionan en forma adecuada los costos y gastos, con criterios de eficiencia”[107]. Igualmente, uno de los intervinientes refiere que la sostenibilidad financiera ha sido considerada en el sistema de salud (sentencias C-459 de 2008 y C-978 de 2010) y en la administración pública (sentencias C-121 de 2004 y C-559 de 2004).

71.3. Señalan que la sostenibilidad fiscal “tiene relación con la razonabilidad y disciplina del Estado en la ejecución de su política fiscal, ante la realidad de recursos estatales escasos, de manera que se disponga del flujo de los dineros necesarios para atender a la necesidad de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de la sociedad, para el logro de los objetivos del Estado social de derecho”[108]. A su vez, el criterio de sostenibilidad fiscal debe ser considerado por el legislativo cuando pretenda modificar un modelo de protección de derechos[109]. Aducen, que dicho criterio “tiene por objeto asegurar las condiciones de cumplimiento de las obligaciones del Estado, mediante la incorporación de criterios armónicos que aseguren que los recursos públicos sean suficientes para cubrir los gastos totales anuales de la Nación”[110].

71.4. De las intervenciones se desprende también que ambas categorías tienen como propósito evitar que el gasto sea superior a los ingresos obtenidos por el Estado, de manera que pueda avanzarse en la protección de los derechos sociales. Se trata entonces de categorías encaminadas a promover “la sanidad de las finanzas de una organización que le permita cumplir con sus objetivos de mediano y largo plazo, principalmente, garantizar el

flujo de recursos necesarios para mantener la respectiva operación”[111]. Sobre el vínculo entre ellas advierte un interviniente que “en caso de lograrse la sostenibilidad financiera de un determinado sistema como es, pongamos por caso, el pensional, no por ello debe concluirse que se ha obtenido la sostenibilidad fiscal, pero en caso de no lograrse la sostenibilidad financiera del sistema pensional, sí podría preverse razonablemente que se afectaría la sostenibilidad fiscal, en tanto tenga que disponerse de recursos públicos para cubrir los faltantes, dado que no se puede restringir el acceso a los derechos”[112].

71.5. Finalmente, otras intervenciones resaltan que si bien el principio de sostenibilidad financiera se encuentra previsto en materia de pensiones al paso que el de sostenibilidad fiscal es un criterio orientador de la actuación de todas las autoridades públicas, el desconocimiento del primero puede implicar el del segundo “cuando las fuentes para la financiación del sistema pensional resultan insuficientes para financiar las prestaciones pensionales”[113]. Dado que el régimen pensional exige recursos públicos para su financiación, “es allí donde el concepto de sostenibilidad financiera “se cruza” con el de sostenibilidad fiscal”.

72. La sostenibilidad financiera del sistema pensional se reconoce en el actual texto del artículo 48 constitucional al establecer a cargo del Estado la obligación de garantizarla. A su vez, dicho artículo prescribe que las leyes que en materia pensional se expidan deben asegurarla. Son posibles dos aproximaciones interpretativas para delimitar su alcance.

72.1. La primera de ellas indica que el respeto de la sostenibilidad financiera del sistema pensional depende del cumplimiento de las reglas previstas en el mismo artículo 48, que prohíben (i) la existencia de regímenes pensionales especiales o exceptuados; (ii) el cálculo de la cuantía de la pensión a partir de factores diferentes a los que sirvieron para calcular el valor de la cotización; (iii) el reconocimiento de derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes; o (iv) el otorgamiento de pensiones por un valor superior a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, entre otras. Esta perspectiva podría denominarse auto-referente[114] en tanto el propio artículo establece las condiciones que de cumplirse implican su violación.

72.2 Otra aproximación indica que el alcance de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones puede determinarse al margen de las reglas específicas que se encuentran

fijadas en el artículo 48 de la Constitución. Conforme a ello, dicha categoría impone no solo el respeto de tales reglas sino que “exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones”[115]. En esa dirección, la sostenibilidad podría afectarse si, a pesar de respetar tales reglas, se reconocen medidas sin que las autoridades analicen y valoren las posibilidades financieras para su realización. Esta aproximación podría denominarse hetero-referente dado que el desconocimiento de la sostenibilidad no guarda relación directa con ninguna de las reglas específicas del artículo 48 constitucional.

73. El criterio de la sostenibilidad fiscal fue reconocido en el Acto Legislativo 03 de 2011. Tal reforma señaló que la intervención del Estado en la economía, a efectos de alcanzar los propósitos del artículo 334, debe llevarse en un marco respetuoso de la misma. A partir de ello estableció, de una parte, que el marco de sostenibilidad fiscal (i) funge como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho y (ii) orienta a las ramas y órganos del poder público, en un marco de colaboración armónica. Prescribió también, al modificar el artículo 339, (iii) que el Plan de Inversiones del Plan Nacional de Desarrollo debe especificar los recursos requeridos para su ejecución y la de los presupuestos plurianuales en un marco de sostenibilidad fiscal; y, en concordancia con ello, previó en el artículo 346 (iv) que el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones debe elaborarse, presentarse y aprobarse dentro del marco de sostenibilidad fiscal[116].

74. La sentencia C-288 de 2012 precisó el significado de la reforma constitucional. Empezó por delimitar el alcance del concepto de sostenibilidad fiscal y, apoyándose en lo señalado por la doctrina, afirmó que “está dirigido a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos”. Ello exige realizar una “evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen”. Seguidamente indicó que la reforma no incide en la definición de los objetivos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho de modo que el “núcleo dogmático de la Constitución, descrito principalmente en los artículos 1º y 2º C.P., mantiene su vigencia y eficacia como criterio ordenador e identitario del Estado”.

Igualmente sostuvo que la sostenibilidad fiscal tiene un carácter exclusivamente

instrumental y, por ello, (i) “no es un fin constitucional en sí mismo considerado, sino apenas un medio para la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho”; (ii) debe comprenderse “como una previsión, adjetiva si se quiere, que viene a integrar las diversas herramientas, procedimientos y estrategias contenidos en la Constitución y dirigidos a la satisfacción de los fines del Estado”; y (iii) no puede “ponderarse con los principios constitucionales fundamentales, habida consideración que un marco o guía para la actuación estatal carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado”. También señaló que (iv) debe ser comprendida “conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos”, encontrándose su aplicación limitada por las cláusulas de intangibilidad de los derechos fundamentales y del gasto público social.

75. De manera complementaria, la sentencia C-870 de 2014 precisó que la calificación de la sostenibilidad fiscal como criterio orientador “descarta la existencia de un carácter coactivo en la aplicación de la SF, en relación con el cumplimiento de las funciones a cargo de las autoridades estatales”, idea que se apoya en el hecho de que el Acto Legislativo 03 de 2011 “acoge una fórmula de empleo de la SF basada en (i) la plena vigencia de las competencias de las autoridades que integran el poder público, en los términos previstos en el artículo 123 de la Constitución y (ii) en la adopción del modelo de separación de poderes, el cual admite la presencia de controles recíprocos, en un marco que le otorga un peso fundamental al principio de colaboración armónica, como expresiones del sistema de frenos y contrapesos”.

76. Los planteamientos expuestos permiten arribar a tres conclusiones acerca de la relación que tiene la sostenibilidad financiera del sistema pensional (art. 48 de la Constitución) y la sostenibilidad fiscal como criterio orientador de la actividad del Estado (art. 334 de la Constitución).

76.2. La sostenibilidad financiera del sistema pensional supone, en segundo lugar, la adecuada correspondencia entre los recursos que ingresan al sistema de seguridad social y los recursos que deben destinarse a la protección de las personas que han asegurado su contingencia de vejez. En esa dirección, es relevante a la luz de tal exigencia, el modo en que se arbitran recursos provenientes de aportes parafiscales para el financiamiento de

prestaciones asistenciales, tal y como ocurre con aquellas que se cubren con cargo a la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional establecido en la Ley 797 de 2003 -supra num. 50.2 y 50.3-.

76.3. La sostenibilidad fiscal, definida como criterio orientador, instrumental y adjetivo de la actuación de las ramas del poder, disciplina la administración de las finanzas públicas a fin de que sea posible que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Tiene entonces una naturaleza exclusivamente instrumental que emplaza a las autoridades públicas a valorar, discutir y tomar las medidas que se requieran para evitar un desequilibrio entre los gastos e ingresos públicos que pueda afectar la vigencia de la cláusula de Estado Social.

77. Las manifestaciones de la sostenibilidad descritas en los fundamentos de los numerales 76.2 y 76.3 -una referida al sistema pensional y otra a la dirección general de la economía- se enlazan por el hecho común de que la Constitución no establece reglas específicas que definan la forma concreta de su garantía. A efectos de establecer qué es lo que exigen, la Corte avanzará en el examen de las normas que han tratado de precisarlas.

Normas de desarrollo de la sostenibilidad financiera y fiscal

a) La Ley 819 de 2003 y la obligación de valorar el impacto fiscal de las medidas que ordenan gasto

78. La Ley 819 de 2003 adoptó normas orgánicas en materia de presupuesto y responsabilidad fiscal. Su capítulo I contiene reglas dirigidas a asegurar la estabilidad macroeconómica y, en particular, el artículo 1º establece la obligación del Gobierno Nacional de presentar cada año el Marco Fiscal de Mediano Plazo ante las comisiones económicas del Senado y la Cámara de Representantes[117] y el artículo 2º prevé la obligación, también del Gobierno Nacional, de presentar para la vigencia fiscal siguiente una meta de superávit primario[118] para el sector público no financiero, consistente con el programa macroeconómico. A su vez, el artículo 7º establece que el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que establezca gasto o que otorgue beneficios tributarios, debe hacerse explícito y ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Con ese fin -hacer explícito el impacto fiscal- se instituyen tres exigencias

aplicables al proceso legislativo[119].

(i) A cargo del Congreso: incluir en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional para su financiamiento.

(ii) A cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público: rendir -en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República- su concepto sobre la consistencia del análisis de los costos fiscales, sin que resulte posible que dicho concepto se oponga al Marco Fiscal de Mediano Plazo.

(iii) A cargo del Gobierno: establecer en aquellos proyectos de ley cuya iniciativa le corresponda y que impliquen un gasto adicional o una reducción de ingresos, la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, según análisis y aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

79. La jurisprudencia ha delimitado el alcance del artículo 7º de la Ley 819 de 2003 indicando que en atención a la naturaleza orgánica que ostenta, su contenido es relevante para juzgar la validez constitucional de la actividad del Congreso. Igualmente, esa regulación impone un “parámetro de racionalidad legislativa, que está encaminado a cumplir propósitos constitucionalmente valiosos, entre ellos el orden de las finanzas públicas, la estabilidad macroeconómica y la aplicación efectiva de las leyes”[120]. En efecto, “un estudio previo de la compatibilidad entre el contenido del proyecto de ley y las proyecciones de la política económica disminuye el margen de incertidumbre respecto de la ejecución material de las previsiones legislativas”[121].

El alcance de tal disposición puede precisarse en las siguientes reglas identificadas por la propia Corte:

79.1. La aprobación del Marco Fiscal de Mediano Plazo como requisito de activación de los requerimientos deliberativos. Los procedimientos establecidos en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003 se condicionan a la aprobación del Marco Fiscal de Mediano Plazo. En consecuencia, si dicho instrumento no es adoptado, es inexigible su aplicación. Así lo sostuvo en las sentencias C-1113 de 2004, C-500 de 2005, C-729 de 2005, C-924 de 2005, C-072 de 2006, C-929 de 2006 y C-644 de 2017.

79.2. La existencia de una orden de gasto como requisito de activación de los requerimientos deliberativos. Cuando la medida legislativa no impone al Gobierno la realización de un gasto y prevé únicamente una habilitación o autorización legal para incluirlo en el presupuesto, el incumplimiento del artículo 7º de la Ley 819 de 2003 no afecta, en principio, la constitucionalidad de la ley. Esta ha sido una regla reiterada en las sentencias C-473 de 2005, C-856 de 2006, C-731 de 2008, C-1139 de 2008, C-1200 de 2008, C-015A de 2009, C-286 de 2009, C-441 de 2009, C-506 de 2009, C-238 de 2010, C-373 de 2010, C-767 de 2010, C-490 de 2011, C-274 de 2013, C-026 de 2018, C-051 de 2018 y C-093 de 2018.

79.3. La obligación deliberativa especial a cargo del Congreso surgida del concepto del MHCP. El concepto presentado por el MHCP no vincula al Congreso de la República. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales dicho concepto es efectivamente emitido, se activa una obligación del legislativo de estudiarlo y discutirlo. De incumplirse, se configura un vicio que da lugar a la inconstitucionalidad. Esta regla fue considerada en las sentencias C-1197 de 2008, C-700 de 2010, C-776 de 2010, C-866 de 2010 y C-051 de 2018. Sobre este elemento volverá la Corte más adelante -infra num. 90-.

79.4. Inexigibilidad de la carga deliberativa debido al grado de avance del proceso legislativo. Cuando no ha sido posible cumplir las cargas a las que se refiere el artículo 7º de la Ley 819 de 2003 debido, por ejemplo, a que el gasto se previó en el curso del cuarto debate y no existió oposición oportuna del Ministerio, ello no afecta la constitucionalidad de la medida. Esta regla se desprende de la sentencia C-911 de 2007.

79.5. Control débil de las cargas deliberativas por existencia de acuerdo entre el Gobierno y el Congreso. Cuando la iniciativa legislativa ha sido presentada conjuntamente por el Gobierno y algunos congresistas, el cumplimiento de los requisitos de valoración del impacto fiscal de la medida en el curso del trámite, se evalúa bajo un escrutinio deferente de las decisiones adoptadas. Esta regla se identifica en la sentencia C-540 de 2012.

80. La Sala Plena ha constatado que la jurisprudencia constitucional, relativa a la aplicación del artículo 7º de la Ley 819 de 2003, no provee una regla totalmente precisa acerca de la relación existente entre el cumplimiento de la carga del Congreso -supra num. 78.i- y el concepto del MHCP -supra num. 78.ii-.

80.1. En algunas oportunidades ha declarado la constitucionalidad de normas aprobadas por el Congreso al considerar que (a) el incumplimiento de la obligación del MHCP por no emitir el concepto o formularlo de manera abstracta, (b) no afecta la validez de las decisiones del Congreso, (c) si este último, a su vez, cumple su carga de valorar -según los instrumentos a su disposición- las incidencias fiscales de la iniciativa o afirma que el proyecto no tiene implicaciones presupuestales. Según esta aproximación, la inacción del Gobierno Nacional no desactiva las competencias del Congreso, pues ello equivaldría a un veto del ejecutivo. Esta regla, con algunas variantes específicas, puede desprenderse de las sentencias C-874 de 2005, C-502 de 2007, C-955 de 2007, C-315 de 2008, C-1139 de 2008 C-850 de 2009, C-662 de 2009, C-373 de 2010, C-625 de 2010[122], C-154 de 2016, C-018 de 2018.

80.2. No obstante, en otras oportunidades este Tribunal ha sugerido que el incumplimiento por parte del Congreso de la carga de valoración de la incidencia fiscal, no conduce necesariamente a la inconstitucionalidad cuando, a su vez, el MHCP no emite el concepto al que alude el artículo 7º de la Ley 819 de 2003. Esta regla puede derivarse, en principio, de las sentencias C-1197 de 2008, C-286 de 2009 y C-290 de 2009[123].

b) La Ley 1473 de 2011 y la vigencia de la regla fiscal

81. La Ley 1473 de 2011[124] establece la denominada regla fiscal y contiene algunas normas orgánicas (arts. 4, 7, 8, 9, 10 y 15). El artículo 1º señala que la ley tiene por objeto garantizar la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuir a la estabilidad macroeconómica del país; el artículo 2º dispone que las normas adoptadas se aplicarán a las cuentas fiscales del Gobierno Nacional Central; el artículo 4º establece que la regla fiscal se materializa a través del Marco Fiscal de Mediano Plazo; el artículo 5º define la regla fiscal y exige que el gasto estructural no supere el ingreso estructural en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido[125]; el artículo 7º define la sostenibilidad y estabilidad fiscal indicando que el presupuesto tendrá en cuenta que el crecimiento del gasto sea acorde con la evolución de los ingresos de largo plazo estructurales y debe ser una herramienta de estabilización del ciclo económico, a través de una regla fiscal; y el artículo 8º define el marco de gasto de mediano plazo y prescribe que cada propuesta de presupuesto de gastos deberá motivar, cuantificar y evaluar los programas que se incluyan.

c) La Ley 1695 de 2013 y el incidente de impacto fiscal

82. La Ley 1695 de 2013[126] regula el incidente de impacto fiscal al que se refiere el artículo 334 de la Constitución. En su artículo 2º dispone su procedencia respecto de todas las sentencias o los autos que se profieran con posterioridad a la misma, por las máximas corporaciones judiciales, cuando se altere la sostenibilidad fiscal[127]. Luego de regular ampliamente las materias relacionadas con la legitimación para solicitar su apertura, las cargas procesales para impulsarlo y el trámite aplicable, el artículo 12 establece que en los diez (10) días siguientes a la realización de la audiencia la respectiva corporación decidirá por mayoría de sus miembros si procede a modular, modificar o diferir los efectos de la decisión -sin que puedan cambiar el sentido del fallo- con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

83. La jurisprudencia ha caracterizado el incidente de impacto fiscal estableciendo sus rasgos más importantes: (i) es un espacio de interlocución entre el Procurador o los ministros -según el caso- y las altas cortes[128]; (ii) impone a quien la alegue la carga de demostrar el impacto en la sostenibilidad fiscal; (iii) tiene un carácter “netamente instrumental” a efectos de considerar los efectos fiscales de una decisión; (iv) es primariamente jurisdiccional, aunque no excluye una valoración sobre la posibilidad de afectar la estabilidad financiera y la consecución de los logros del Estado Social; (v) el incidente de impacto fiscal no impone a las Altas Cortes la obligación de garantizar la disciplina fiscal, “pues este no es un fin en sí mismo, sino la de asegurar la vigencia efectiva de otros propósitos constitucionales”[129] teniendo en cuenta que se trata de un “instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”; (vi) el propósito del incidente de impacto fiscal no consiste en enfrentar cualquier tipo de efecto económico, sino aquel que tenga la capacidad de generar alteraciones serias de la sostenibilidad, lo que exige “la identificación de hechos concretos y de proyecciones probables y verificables, sobre las consecuencias futuras que se presentarán en la estabilidad de las finanzas públicas y, a partir de allí, en la realización progresiva de los objetivos del Estado Social de Derecho”[130]. La Corte ha dicho, además, (vii) que la competencia en el trámite del incidente se circunscribe a examinar las consecuencias de la decisión y no a esta última -cobijada por los efectos de cosa juzgada- y, adicionalmente “que la alta corporación puede decidir autónomamente si opta por cualquiera de las opciones establecidas en la norma constitucional, lo cual no implica adoptar una decisión

particular en algún sentido”[131], de manera que “se pueden mantener las órdenes emitidas desde el principio, en cuyo caso su decisión es de obligatorio cumplimiento”[132].

84. De la síntesis precedente pueden desprenderse, en suma, varias pautas para definir el alcance de la sostenibilidad financiera y fiscal como criterio orientador de la actuación de las ramas del poder público.

- La adopción de medidas administrativas y legislativas, dirigidas al cumplimiento de los fines sociales del Estado, debe ser materialmente posible. Por ello, refiriéndose a las exigencias de la Ley 819 de 2003, este Tribunal indicó que el Gobierno y el Congreso “deben procurar que el ejercicio de sus competencias desemboque en la elaboración de normas financieramente sostenibles y fiscalmente realizables”[133].

- Las disposiciones contenidas en la Ley 819 de 2003 y en la Ley 1473 de 2011 imponen a las autoridades políticamente responsables de autorizar y ejecutar el gasto, el deber de considerar los efectos fiscales de sus decisiones. En esa dirección el artículo 7 de la primera prevé (a) que el Congreso y el Gobierno tienen la carga de valorar los gastos de las medidas y las fuentes de financiamiento y (b) el Gobierno tiene la obligación de emitir concepto relativo a la compatibilidad de tales iniciativas con el marco fiscal y, el Congreso, de analizarlo y decidir sobre su pertinencia. A su vez, según el artículo 8º de la segunda de tales leyes (c) cada propuesta de presupuesto de gastos deberá proveer la motivación, cuantificación y evaluación de los programas que se incluyan.

- El examen judicial de las medidas con impacto fiscal debe orientarse a verificar la ocurrencia de un proceso de deliberación suficiente. Con ese propósito es necesario establecer la existencia de información suficiente sobre el impacto, así como una valoración y análisis específico por parte de los órganos responsables de su aprobación.

- La consideración del impacto fiscal de las decisiones judiciales a través del incidente de impacto fiscal tiene lugar en un espacio marcadamente deliberativo o de interlocución, que no tiene por finalidad privar de validez tales decisiones, sino moderar sus consecuencias cuando sea necesario evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

La objeción es fundada dado que el proceso de aprobación del subsidio permanente de vejez establecido en los artículos 5º y 6º del proyecto de ley desconoció las exigencias de deliberación que impone el principio de sostenibilidad financiera y el criterio de sostenibilidad fiscal

85. La objeción gubernamental le plantea a la Corte la difícil cuestión relativa al alcance del control judicial cuando se aduce la violación de la sostenibilidad financiera y fiscal (arts. 48 y 334, C.P.). La respuesta a este interrogante debe tomar en consideración varias premisas que, en general, se siguen de lo expuesto hasta ahora.

Primero. La naturaleza instrumental de la sostenibilidad fiscal, a la que se refiere el Acto Legislativo 03 de 2011, exige que el juicio de constitucionalidad sea particularmente prudente, a fin de no erigir a este Tribunal en un juez de la conveniencia del gasto público y de no desplazar a los órganos políticamente responsables del deber de valorar los efectos fiscales o económicos de sus decisiones, en los términos exigidos por los artículos 48 y 334 de la Constitución.

Segundo. Establecer lo que exige definitivamente la sostenibilidad fiscal plantea limitaciones epistémicas que la Corte difícilmente puede superar, en tanto se trata de un parámetro de actuación con contenidos técnicos extremadamente complejos y abiertos.

Tercero. Dichas limitaciones a la posibilidad de establecer con claridad lo que ordena la sostenibilidad en cada caso, tiene como correlato el deber de reconocer un amplio margen de acción al Gobierno Nacional y al Congreso de la República.

Cuarto. No es extraño el desarrollo de un juicio deferente de medidas legislativas vinculadas a asuntos económicos, tal y como lo demuestra la doctrina constitucional, según la cual, en materias relativas a la intervención del Estado en la economía, la Corte debe adelantar, en principio, escrutinios suaves o flexibles a partir del estándar de inconstitucionalidad manifiesta. Ello se explica en el hecho de que tales materias envuelven juicios de oportunidad y conveniencia cuyo control, en principio, no le corresponde a este tribunal.

Quinto. La regulación orgánica vigente prevé reglas jurídicas que, sin anular la relevancia constitucional de la sostenibilidad, acentúan su dimensión procesal-deliberativa y les imponen a los órganos políticos elegidos directamente por el pueblo cargas especiales

de valoración, explicación y discusión de las incidencias fiscales de una medida. Este es el caso del artículo 7 de la Ley 819 de 2003, al establecer las obligaciones del Congreso y el Gobierno cuando consideran la aprobación de una norma que ordena gasto, así como el artículo 8 de la Ley 1473 de 2011, al prever que cada propuesta de presupuesto de gastos deberá proveer la motivación, cuantificación y evaluación de los programas que se incluyan. Este grupo de disposiciones, que concretan los contenidos constitucionales de la sostenibilidad financiera y fiscal, no constituyen un instrumento de defensa o retaliación del Gobierno Nacional, sino un valioso mecanismo de protección de los colombianos al asegurar que las decisiones más importantes sobre la destinación de los recursos públicos se adopten de manera responsable, con el fin de que contribuyan efectivamente a la realización de los fines del estado previstos en el artículo 2º de la Constitución y, en particular, que aseguren la realización efectiva de los derechos constitucionales que en ella se reconocen.

86. Con fundamento en las premisas señaladas, la Corte estima que, por regla general, el control de la validez constitucional de una medida legislativa acusada de desconocer la sostenibilidad financiera o fiscal debe encaminarse a verificar si en el proceso de valoración, explicación y discusión en el Congreso de la medida se cumplieron condiciones mínimas de deliberación. Ello impone determinar si en el trámite en el que se plantearon reservas relacionadas con los impactos negativos de determinada medida sobre la sostenibilidad fiscal fueron considerados de manera pública, informada y explícita los efectos fiscales, valorando los costos de las medidas y los instrumentos o mecanismos para asumirlos.

87. No le corresponde a esta Corte, prima facie, realizar valoraciones de la utilidad y oportunidad del gasto, ni comparar su cuantía con el marco fiscal de mediano plazo. Su tarea, al estudiar el eventual desconocimiento de la sostenibilidad financiera del sistema pensional en su dimensión hetero-referente o del criterio de sostenibilidad fiscal (arts. 48 y 334 de la Constitución), consiste en asegurar que el debate en el Congreso haya permitido identificar (a) el impacto de la medida en las finanzas públicas y (b) las razones del Congreso para no atender el concepto negativo emitido por el Gobierno en el curso del trámite legislativo. En ese contexto, advierte este Tribunal, es obligación del Congreso propiciar y desarrollar una deliberación específica y explícita sobre el impacto fiscal de la reforma propuesta, que aborde los siguientes asuntos: (i) los costos fiscales de la iniciativa, (ii) su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo y (iii) las posibles

fuentes de financiación. Esto, en todo caso, no supone reconocer un poder de veto por parte del Gobierno Nacional en tanto, como se ha dejado dicho, lo que se activa es una obligación particular de deliberación.

Las características de la deliberación revisten una importancia significativa dado que no puede tratarse solo de una “formalidad” o un “trámite”, sino que el Gobierno y el Congreso deberán, al amparo del principio de colaboración armónica, valorar de manera concreta, pública y clara los efectos fiscales que tienen sus decisiones. Solo así podrán protegerse los fines sustantivos que se adscriben a la democracia deliberativa. El poder ejecutivo y legislativo, de manera concurrente y coordinada, en desarrollo del principio de colaboración armónica reconocido en el artículo 113 de la Constitución, deben tomar en serio las obligaciones en esta materia, no solo debido a que su cumplimiento materializa los artículos 48 y 334, sino también porque su respeto promueve la democracia, condición necesaria de la vigencia del Estado constitucional.

Una deliberación deficitaria priva de todo contenido el carácter orientador del criterio de sostenibilidad fiscal, que, a pesar de no ofrecer referentes de validez material específicos, sí establece una pauta de acción al momento en que los órganos toman la decisión de aprobar o improbar medidas con algún impacto fiscal. Dicho de otra forma, el Gobierno Nacional y el Congreso de la República –sin perjuicio de atender, por ejemplo, la prioridad del gasto público social prevista en el art. 334- son quienes tienen la responsabilidad principal de fijar los gastos para la realización de los fines esenciales del Estado y la forma en que ellos deben ser cubiertos.

88. Las consideraciones precedentes no se oponen, en todo caso, a que la Corte pueda controlar, de forma excepcional, la validez de una medida determinada cuando los debates en el Congreso se apoyen en premisas o conclusiones evidentemente equivocadas, al punto de que la sostenibilidad fiscal pierda cualquier carácter orientador. Tampoco es incompatible con lo dicho que este Tribunal valore con rigor variable el proceso deliberativo que tiene lugar en el Congreso –exigiendo mayor o menor precisión de la deliberación sobre las fuentes de financiamiento y sobre su impacto en las finanzas públicas- teniendo en cuenta, por ejemplo, el nivel de incidencia de la medida en las finanzas o los efectos que su aprobación o rechazo puede tener en la realización de los fines del Estado.

Con lo anterior, no pretende la Corte establecer una especie de control constitucional a la calidad del debate, ni fijar un estándar en esta materia, dado que en el contexto de la discusión política que tiene lugar en el Congreso de la República los instrumentos de argumentación, concertación, diálogo y contraste de posiciones tienen sus propias manifestaciones. En cambio, en términos generales, la Corte debe limitarse a verificar que, frente al impacto significativo de una medida en las finanzas públicas, tanto el Gobierno como el Congreso adopten especiales cautelas que permitan identificar de manera precisa (i) el alcance de las medidas que pretenden adoptarse, (ii) sus consecuencias concretas en la realización de los fines sociales del Estado y en la materialización de los derechos, y, finalmente, (iii) la forma de abordar dicho impacto responsablemente. En esa dirección, en el proceso de adopción de este tipo de medidas el debate deberá tener en cuenta que, conforme al artículo 334 de la Carta, de una parte, el marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho y, de otra, en cualquier caso el gasto público social será prioritario.

89. Afirmar, como se ha hecho, que la responsabilidad para definir el gasto les corresponde principalmente a los órganos democráticamente electos no implica que la Corte se abstenga de valorar los efectos económicos o fiscales de sus decisiones. En efecto, así ya lo ha hecho al momento de proferir sentencias que difieren la inexecutableidad de una norma opuesta a la Constitución[134] o cuando ejerce la competencia de modulación de las órdenes en el curso de un incidente de impacto fiscal[135]. Sin embargo, se trata de hipótesis diversas: no es lo mismo controlar las normas de gasto e inversión adoptadas por los órganos representativos, que valorar los efectos económicos de una providencia de la Corte y proceder a modularla. En estos casos, la articulación del principio democrático con el control de constitucionalidad no es equivalente.

90. Esta interpretación del criterio de sostenibilidad fiscal -fundada en una perspectiva principalmente deliberativa- fue enunciada en la sentencia C-1197 de 2008, aplicada en la sentencia C-700 de 2010 y reiterada en las sentencias C-866 de 2010 y C-051 de 2018. Según señaló la segunda de ellas, al destacar la importancia de que el Congreso valore y discuta adecuadamente los planteamientos del Gobierno, “sólo así se garantiza una correcta colaboración entre las ramas del poder público y se armoniza el principio democrático con la necesaria estabilidad macroeconómica”[136]. En ese sentido, “cumplida la carga que consagra el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, en cabeza del Ministerio de

Hacienda y Crédito Público, referida a la rendición del concepto del impacto fiscal a mediano plazo, surge para el Congreso la obligación de estudiar y discutir las razones presentadas por el ejecutivo” y, por ello, “una omisión en el análisis de las razones aducidas por el Ministro implica un incumplimiento de una Ley Orgánica, la Ley 819 de 2003, y por tanto, deviene en su inconstitucionalidad”[137].

Señaló la Corte “que la obligación que recae en el Congreso es la de estudiar y discutir el contenido del informe presentado por el ejecutivo, sin que ello signifique que las razones aducidas deban ser necesariamente acogidas por las células legislativas”. En consecuencia, “las mismas deberán ser analizadas y podrá el legislativo admitirlas o rechazarlas”. Según insistió, la “reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado que el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 no puede considerarse como un poder de veto sobre la actuación del Congreso o una barrera para que el legislador ejerza su función legislativa, lo cual “se muestra incompatible con el balance entre los poderes públicos” (...). Si bien la jurisprudencia constitucional no ha impuesto una obligación general de deliberación en tanto se trata principalmente de una posibilidad del Congreso[138], cuando el Gobierno Nacional formule observaciones frente a un proyecto de ley debido a la incidencia fiscal de una iniciativa, surge un requerimiento de deliberación que se concreta en la obligación de estudiarlas y discutir las.

91. Las consideraciones expuestas destacan, en una materia en la que los poderes ejecutivo y legislativo son titulares de específicas competencias arraigadas en el principio democrático (art. 3), la especial tarea de este Tribunal para garantizar que el proceso de formación de las leyes satisfaga las condiciones de participación y deliberación necesarias para alcanzar los fines sustantivos de la democracia. Adicionalmente, toma nota de la caracterización que de la sostenibilidad fiscal hizo la sentencia C-288 de 2012, al indicar que se trata de una previsión adjetiva que integra las herramientas, procedimientos y estrategias contenidos en la Constitución y dirigidos a la satisfacción de los fines del Estado.

92. Al respecto, es relevante mencionar que en ocasiones anteriores la Corte ha realizado la relación entre el funcionamiento de la democracia y el cumplimiento de ciertas reglas de deliberación. Según la Corte “el carácter reglado es una característica distintiva del modelo democrático, y se manifiesta desde la elección de los representantes, hasta el producto

final de la actuación de éstos”[139]. En esa dirección, “[l]as reglas procedimentales constituyen por lo tanto un instrumento para la consecución de los valores sustanciales perseguidos mediante la actuación democrática, pero a su vez, por su importancia, adquieren un valor sustantivo, de manera tal que “los procedimientos constituyen una buena parte de la sustancia de la democracia moderna” (...)”[140].

93. La Corte encuentra que la objeción formulada por el Gobierno respecto de los artículos 5 y 6 del proyecto de ley resulta fundada debido a que en su aprobación se violaron las exigencias de deliberación que impone la sostenibilidad financiera y fiscal. Esta conclusión, según se explica a continuación, se apoya en los efectos que tiene la creación del “subsidio permanente a la vejez” y en las marcadas deficiencias que tuvo la discusión en su proceso de aprobación, según se precisa a continuación.

93.1. La entrada en vigencia de los artículos 5 y 6 del proyecto –cuyo contenido se mantuvo casi inalterado en el curso de los debates– implicaría una orden de gasto inmediato. No se trata únicamente de la habilitación para su inclusión en el presupuesto anual, sino de la imposición de una orden de pago de un subsidio a todas las personas que cumplan los requisitos allí previstos. En consecuencia, atendiendo la jurisprudencia constitucional –supra num. 79.2–, resulta exigible el cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003.

93.2. La Corte ha constatado que en este caso no se cumplieron las exigencias deliberativas impuestas por los artículos 48 y 334 de la Constitución, interpretados conjuntamente con el artículo 7º de la Ley 819 de 2003.

93.2.1. La exposición de motivos -Gaceta 971 de 2015- refiriéndose a un proyecto que había cursado con anterioridad, indicó que “[c]on respecto a los conceptos de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social, mediante los cuales solicitan el archivo del Proyecto de ley, se manifiesta que no se tienen en cuenta, porque las normas contenidas en el Proyecto de ley que se propone para segundo debate recogen en un solo cuerpo normativo las disposiciones vigentes del artículo 80 y 81 de la Ley 1737 (...) de 2014, que les reconoce derechos a las madres comunitarias, FAMI y sustitutas, respecto del pago del valor actuarial de las cotizaciones, en concordancia con el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011”. Y allí mismo concluye que “[e]s pertinente aclarar que las normas

citadas en el marco jurídico ya garantizan los recursos que reconocen los derechos que se establecen en el presente Proyecto de ley, a excepción de una parte de los recursos que se necesitan para el pago del valor actuarial a partir del 2018 para las madres allí mencionadas”.

Entre las normas citadas se encontraba el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011 que había previsto el otorgamiento del subsidio de solidaridad pensional con cargo a la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional. De esta manera, podría entenderse que el Congreso entendía que los costos de la reforma al subsidio permanente de vejez serían asumidos con los recursos mediante los cuales, a su vez, se cubriría el subsidio reglamentado por el Decreto 605 de 2013.

93.2.2. El informe de ponencia para primer debate en el Senado de la Republica -Gaceta 298 de 2016- señala que el autor del proyecto consideró para su elaboración las observaciones hechas durante la discusión del proyecto de ley 071 de 2013 Senado y “las consideraciones presentadas por los ministerios de: Educación Nacional, Hacienda y Crédito Público y Salud y Protección Social, los cuales se encuentran publicados en la Gaceta del Congreso números 98 y 182 de 2014”[141]. Asimismo, al destacar la necesidad de proteger los derechos de quienes participan en los programas de protección de la primera infancia, indicó que el proyecto “es de gran importancia y más teniendo en cuenta el momento coyuntural que se está viviendo con las exigencias realizadas por estas trabajadoras que desembocaron en un acuerdo suscrito, en el cual el gobierno se comprometió con temas del resorte de la alimentación escolar, asuntos laborales y sindicales”. En adición a ello, señala “que los suscritos ponentes elevaron consulta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sin que a la fecha de la presentación de la ponencia se hubiese recibido respuesta alguna”.

Durante el debate ante la Comisión Séptima del Senado se indagó sobre la presentación del concepto por parte del Gobierno Nacional. El Secretario de la Comisión explicó que no había sido radicado “ningún tipo de concepto ni de la ciudadanía en los términos de los artículos 230, 231, 232 del Reglamento Interno, ni del Gobierno en los términos del artículo 7° de la Ley 819 de 2003 sobre el impacto fiscal”[142].

93.2.3. El informe de ponencia para segundo debate en el Senado de la Republica -Gaceta

434 de 2016- no incluyó una valoración sobre la incidencia fiscal aunque, en todo caso, hizo una nueva referencia al artículo 164 de la Ley 1450 de 2011. A su vez, en el debate en la plenaria del Senado -Gaceta 720 de 2016-, una de las intervenciones indicó que el Ministro de Hacienda avalaba una de las disposiciones que preveían la utilización de vigencias futuras, para contratar con las asociaciones en los términos señalados por el artículo 4º del proyecto. Y luego, al referirse al artículo 5, reconoció que su contenido “no es nuevo, se le cambia, digamos, hoy las madres comunitarias desde la Ley 1450 del 2011, yo incluí y creamos el fondo de Solidaridad pensional”.

93.2.4. El informe de ponencia para tercer debate correspondiente a la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes -Gaceta 756 de 2016- indica que “[e]s preciso advertir que la presente iniciativa ordena gasto adicional y genera un impacto fiscal que viene siendo estudiado por el Ministerio de Hacienda, dada la reciente sentencia de la Corte Constitucional Colombiana”. En el curso del debate en esa Comisión del día 5 de octubre de 2016 -Gaceta 231 de 2017- y a raíz de las discusiones sobre el reconocimiento de los derechos laborales de las madres comunitarias se hicieron referencias al impacto del proyecto.

Uno de los representantes señaló que “no se necesita más dinero para pagarle a las madres comunitarias a través del Bienestar Familiar, se necesita es ser mucho más eficiente con lo que hoy se tiene, tienen que ser mucho más creativos, sí es obligatorio por la ley pagarle a las madres comunitarias como espero que este proyecto de ley se convierta en ley de la República, pues tendrá que ser obligatorio para los ejecutores de los Programas de Bienestar Familiar ser mucho más eficientes y sacar de esos mismos recursos para pagar esto que es mucho más importante porque ellos están al frente del crecimiento de nuestros niños y niñas en Colombia”. En adición a ello, sostuvo que no tenía preocupación respecto de “que haya de pronto una dificultad desde el punto de vista del presupuesto, desde el punto de vista del Ministerio de Hacienda, pero los recursos ya están allá involucrados, aquí lo que se tiene que hacer es uso más eficiente de esos recursos”.

El promotor de la iniciativa destacó la importancia de la aprobación del proyecto, advirtiendo que “vamos a tener que dar una pelea fuerte en las plenarias porque hay que reconocer también, aunque la Ministra del Trabajo haya tomado la decisión de respaldar el proyecto, vimos un concepto negativo por parte del Ministerio de Hacienda, inclusive

anterior al proyecto de fallo de la Corte Constitucional que protege y ampara a todas las madres”. Seguidamente, señaló que “hay una decisión del Estado a través de la Ministra del Trabajo, la competente del tema, pero muy probable, porque esto va a generar en pequeña medida, ya no en grande producto del fallo, cuando tengamos el fallo definitivo, un pequeño impacto fiscal que pues obviamente no va a ser generado por el Congreso, sino por la propia sentencia, así que alistémonos a defender este proyecto en la Cámara de Representantes”.

Finalmente, concluyó, al referirse a las vigencias futuras, que ello era “para asegurar de manera permanente y en el tiempo los recursos que deben estar en el Presupuesto General de la Nación, por eso queda ese párrafo definiendo el tema de vigencias futuras, porque el tema del ICBF acuérdense ustedes que está ligado al CREE, que es un impuesto relativo que baja y sube y por eso nosotros queríamos llevar el punto de vigencias futuras para que no quedara solamente ligado al CREE, porque el CREE a veces recauda menos o recauda más y de acuerdo a eso el ICBF está recibiendo presupuesto anual (...)”.

93.2.5. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en concepto radicado ante la Secretaria de la Cámara de Representantes el día 31 de octubre de 2016 -publicado en la Gaceta 952 del dos (2) de noviembre de 2016-, además de mencionar el marco normativo relevante, aludió al subsidio permanente de vejez señalando que (i) desconocía el artículo 136.4 de la Constitución, (ii) podía considerarse una pensión sometida a las reglas del artículo 48 constitucional y (iii) implicaba un costo fiscal considerable. Dice el concepto:

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

Escenario 1: Se paga una menor bonificación del subsidio siguiendo una distribución lineal decreciente de la siguiente manera:

Costo anual del artículo 6 del proyecto de ley

Permanencia

SMMLV

2016

Participación

SMMLV

Cantidad de Madres

ICBF

Total anual

(millones)

>20 años

\$689.455

100%

16.639

\$137.659

>19 años

\$620.510

90%

1.295

\$9.646

>18 años

\$551.564

80%

1.678

\$11.109

\$482.619

70%

1.997

\$11.563

>16 años

\$413.673

60%

1.414

\$7.018

>15 años

\$344.728

50%

1.392

\$5.759

>14 años

\$275.782

40%

1.280

\$4.237

>13 años

\$206.837

30%

1.366

\$3.390

>12 años

\$137.891

20%

1.286

\$2.128

>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

Fuente ICBF – Cálculos DGPPN

Escenario 2: Se paga un subsidio equivalente al 50% del SMMLV:

Costo anual del artículo 6 del proyecto de ley

Permanencia

SMMLV

2016

Participación

SMMLV

Cantidad de Madres

ICBF

Total anual

(millones)

>20 años

\$689.455

100%

16.639

\$137.659

>o = 10 años y

< 20 años

\$344.728

50%

15.195

\$62.857

< 10 años

\$0

0%

32.140

\$0

TOTAL

63.973

\$200.516

Fuente ICBF – Cálculos DGPPN

De este modo, el subsidio permanente a la vejez establecido en el proyecto de ley representa para la Nación costos que se ubican entre los 194 mil millones y los \$200 mil 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”[143].

93.2.6. El informe de ponencia para cuarto debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes -Gaceta 1069 del treinta (30) de noviembre de 2016- indica bajo el epígrafe “Impacto Fiscal” que “[e]s preciso advertir que la presente iniciativa ordena gasto adicional y genera un impacto fiscal que viene siendo estudiado por el Ministerio de Hacienda, dada la reciente sentencia de la Corte Constitucional colombiana”. En adición a ello, en el curso del debate en la Plenaria de la Cámara -Gaceta 75 de 2017- no existe una referencia específica al impacto fiscal de la medida o al concepto referido.

93.2.7. En el informe de conciliación -Gacetas 1129 y 1130 de 2016-, sometido a consideración de las plenarias, no se encuentra una consideración respecto del impacto fiscal de la medida, ni tampoco referencia alguna al concepto del Ministerio de Hacienda. En la plenaria de la Cámara de Representantes -Gaceta 76 de 2017- no se constata tampoco un examen de la materia.

Durante la plenaria del Senado de la Republica, que consideró el informe de conciliación, se suscitó un debate sobre el alcance de la decisión de la Corte Constitucional que protegía los derechos de las madres comunitarias, de una parte, y sobre el carácter retroactivo o no del proyecto de ley en esa materia, por la otra -Gaceta 284 de 2017-. Una de las intervenciones señalaba que “[e]n otras opiniones el proyecto de ley lo que hace es ratificar los anteriores derechos que la Corte Constitucional en esa tutela determinó para un grupo de madres y, por tanto para todas las madres, la causa de las madres, la causa de las madres nadie la pone en duda, pero sabemos lo que significa en cuanto a impacto fiscal y no queremos generar falsas expectativas en las madres comunitarias de Colombia diciéndoles que se les va a pagar a todas una cifra que retroactiva como han mostrado los cálculos técnicos se acercaría a los 20 billones de pesos, de manera que, que no se generen expectativas falsas que después se revierten en frustraciones, de manera que la diferencia ante este proyecto y esas sentencias si usted tiene la amabilidad de explicársela a la plenaria”.

En respuesta a tal intervención, el ponente señaló que “todos sabemos que en este caso

una ley de estas no puede ser retroactiva (...), lo que está haciendo esta ley es ordenar inclusive lo que ha establecido la sentencia en la corte, es que ellas tengan una estabilidad laboral es lo que nosotros establecemos en esta ley, que las madres tengan una estabilidad laboral, de tal forma que no tengan el problema que hoy tienen, ellas laboran 12 meses pero le hacen contrato por 9 meses, ellas laboran de enero a diciembre pero les hacen contrato por 6 meses, y allí pues hay un escenario de violación a los derechos laborales, lo que quiere entonces la norma, hacerlo". Luego de ello indicó que "impacto fiscal no tiene desde el punto de vista de su salario, porque este Congreso la Ley 1607 de 2014 estableció la formalización de las madres y el pago de un salario mínimo, o sea, ya otra ley, (...) la 1607 había dicho que las madres comunitarias tenían derecho a salario mínimo, porque no tiene impacto fiscal desde el punto de vista del salario mínimo, porque ese salario mínimo que hoy les pagan, tercerizadas, ese mismo salario mínimo se les va a pagar en esta formalización laboral".

Seguidamente, otro senador, refiriéndose a la forma de vinculación de las madres, señaló que habían insistido que "la vinculación no fuera directa, que a través de una vinculación indirecta se les pagaran todas las prestaciones". Destacó que "[h]ay un tema muy delicado que es la retroactividad, si eso lo van a interpretar retroactivamente uno encuentra ahí un problema, sería justo fiscalmente imposible, o sea, que no se lograría". Dicho eso procedió a solicitar al ponente que "mirara sobre el tema de la retroactividad, porque sí, la retroactividad es muy bonita, muy buena, pero crea un problema fiscal inmanejable para el país (...)". En atención a ello indicó que "el tema de retroactividad ha sido abordado por la sentencia T- 480 en la Corte Constitucional que sí le concedió derechos económicos retroactivos a estas 106 madres comunitarias que ganaron la tutela" y "este proyecto no, este proyecto no otorga derecho retroactivo, es un proyecto que define la protección laboral de las madres conforme, inclusive, lo manda a otra sentencia de la Corte Constitucional, pero este proyecto no determina derechos retroactivos para las madres, la sentencia sí, pero ya esto es un tema, insisto, con la Corte Constitucional en la sentencia T-480 en donde se tomó esta decisión retroactiva".

Más adelante un congresista indicó su preocupación de que el asunto quedara "en manos de una sentencia futura de un tribunal que pueda tener unas implicaciones fiscales desastrosas, por eso yo sí quisiera que por lo menos del Gobierno nacional alguien, la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o el señor Ministro del Ramo,

explicar a la Plenaria del Senado para tener la tranquilidad, Senador Alexander, créame que a mí el proyecto me gusta, lo que yo no quiero es que, el día de mañana este proyecto termine matando la gallina de los huevos de oro"[144]. Planteada la votación del proyecto, uno de los senadores advirtió la existencia de una preocupación fiscal por la retroactividad y, en esa medida, lo procedente sería conformar una subcomisión a fin de "que el Gobierno nos diga algo claro".

Luego de ello, el ponente del proyecto se refirió a las intervenciones del Gobierno en la Cámara de Representantes, indicando que "el Ministerio de Hacienda en Cámara de Representantes fue y generó una serie de observaciones en relación al proyecto, específicamente con el subsidio de vejez y planteó una transitoriedad en el tema de subsidio de vejez que fue acogido por la Cámara de Representantes tal cual lo solicitó el Ministerio de Hacienda". Advirtió que "inclusive, Senador Uribe, por la Representante a la Cámara ponente del Centro Democrático, Angelina María Robledo por el Centro Democrático, una Representante a la Cámara que también acogió las sugerencias del Ministerio de Hacienda, o sea, el Ministerio de Hacienda también revisó el proyecto y el proyecto fue revisado también por el Ministerio del Trabajo, o sea, que intervinieron tres Ministerios en el proyecto. Quien no estuvo fue el Bienestar Familiar, el ICBF no estuvo, yo tengo que ser sincero en eso, pero los tres Ministerios intervinieron". Suscitada la discusión respecto de las diferentes observaciones, algunos senadores advirtieron que el proyecto ya había sido discutido previamente y que procedía su votación.

Finalmente otro de los congresistas presentó una síntesis del proyecto, indicando, entre otras cosas, lo siguiente:

"1. Primero, se habla de la formalización, la formalización ya se hizo en diciembre de 2012, Ley 1607, artículo 23, quedaron formalizadas las madres comunitarias; cuando arrancó eso, el 1° de enero de 2013, a todas las madres comunitarias le colocamos el salario mínimo, este Congreso de la República, se hizo.

2. Las prestaciones sociales se las empezaron a pagar el 1° de enero de 2014, por eso el tema de la formalización, para todos aquí, ya es una realidad.

Segundo tema, había una discusión enorme, inclusive, el doctor Álvaro Uribe y toda la gente del Centro Democrático, que era, cómo se contratan las madres comunitarias, la ley quedó,

es optativo que el Instituto las pueda contratar directamente, o sea que pueden seguirlo haciendo como hoy lo hacen, con las Asociaciones de Hogares Comunitarios.

Tercero, en esta plenaria del Senado, yo incluí una proposición avalada por el Ministerio de Hacienda en el sentido de, que de aquí en adelante, con vigencias futuras todos los contratos con los Hogares Comunitarios del Bienestar se hacen por la vigencia del Gobierno, o sea, por cuatro años, por obvias razones a este gobierno le quedan dos años, solamente se puede hacer hasta el 2018. Automáticamente el siguiente Gobierno lo tiene que hacer por 4 años y los que estudian laboral saben que cualquier contrato de trabajo un año inmediatamente seguido se vuelve contrato a término indefinido; ese tema laboral de las Madres Comunitarias, está resuelto hace mucho tiempo, no es con esta ley, eso está resuelto, lo que pasa es que lo colocaron así y entonces queda la sensación que hasta ahora lo vamos a hacer, y tiene todos los recursos.

El tema de las vigencias futuras está por ley, consultado artículo, redactado por el Ministerio de Hacienda, lo colocamos y eso garantiza los recursos del programa por 4 años.

Tercero, la novedad, este Congreso con la Ley 14 (sic) de 2011, que incluí yo en el Plan de Desarrollo, que todas las Madres Comunitarias que no accedan a una pensión tienen derecho a un subsidio siempre y cuando hayan trabajado más de 6 años. Este proyecto recoge esa propuesta, lo que pasa es que aquí la sube a que tenga la posibilidad de que sea un salario mínimo, pero ya estaba aprobado con decreto y todo, o sea, que eso es lo que genera fuertemente, digamos, el impacto fiscal, ya se había hecho esa proposición, imagínense desde el 2011 lo incluimos aquí en el Plan de Desarrollo y existe el Decreto número 205, con lo cual se le reconoce ese subsidio a la Madre Comunitaria, no es nada novedoso, ya está, no es que aquí, a partir de hoy, ya le creamos un nuevo subsidio, ya existe, lo hicimos acá con el apoyo del Congreso de la República.

Cuarto, se pide este subsidio, va a tener prelación como lo ordena la Corte Constitucional, que es, las madres que, por su edad, no puedan continuar en el programa, y tengan la edad de pensión, lo accede, inclusive, si lee uno la sentencia última de la Corte Constitucional. Obliga al Estado, que Madre Comunitaria que haya trabajado tiene derecho a la semana cotizada, ese es un tema que hablaremos más adelante, en otras sesiones, cómo vamos a financiar la sentencia de la Corte Constitucional, pero este proyecto de ley lo estoy

explicando. (...)”

93.3. Del recuento del proceso legislativo la Corte concluye lo siguiente.

Primero. La lectura de la exposición de motivos, de varios de los informes de ponencia, así como de las discusiones realizadas en los debates, permite identificar (i) alusiones específicas al artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, en el que se prevé la destinación de los recursos de la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional para el pago del subsidio, cuyo alcance modifican los artículos objetados; (ii) la mención a la solicitud formulada al MHCP para conocer su opinión sobre el proyecto, así como el reclamo de no haber sido recibido concepto alguno de su parte; y (iii) la indicación de que el subsidio se encontraba reconocido en el Decreto 605 de 2013.

Segundo. Tales circunstancias hacen posible sostener que en esta primera etapa el Congreso procuró cumplir con los requerimientos argumentativos básicos previstos en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, teniendo en cuenta las herramientas disponibles. Adicionalmente solicitó sin éxito, en las fases iniciales del trámite legislativo, la intervención del Gobierno. Esta última circunstancia, cuando se trata de calificar la actuación del Congreso, no puede ser irrelevante si se tiene en cuenta que, como lo ha indicado la Corte, es el MHCP quien cuenta -en principio- con los instrumentos para valorar de mejor manera los efectos fiscales de una disposición[145].

Tercero. No obstante lo anterior, luego de que el Ministro de Hacienda y Crédito Público remitió su concepto al Congreso -una vez aprobado el proyecto en tercer debate-, este no fue en modo alguno considerado por el informe de ponencia correspondiente al cuarto debate, en el que incluso se señala, desconociendo la presentación del referido concepto, que “[e]s preciso advertir que la presente iniciativa ordena gasto adicional y genera un impacto fiscal que viene siendo estudiado por el Ministerio de Hacienda, dada la reciente sentencia de la Corte Constitucional colombiana”.

Cuarto. Es cierto, advierte la Corte, que el MHCP ha debido actuar con mayor diligencia y eficacia a efectos de remitir, desde el principio, las observaciones específicas acerca del impacto del proyecto de ley y no, por el contrario, limitarse a señalar el impacto fiscal que produciría la aprobación de la ley, únicamente en las etapas finales de formación del proyecto de ley. Para la Sala Plena tal comportamiento resulta reprochable. Dicha

circunstancia, sin embargo, no puede justificar el incumplimiento del deber de valorar y discutir dicho pronunciamiento durante el cuarto debate en la Cámara de Representantes o durante la conciliación en las plenarias pues, como lo ha dejado dicho la Corte Constitucional, una vez el concepto del MHCP es presentado, las observaciones deben ser analizadas y podrá el legislativo admitirlas o rechazarlas. En eso se concreta el carácter orientador, adjetivo e instrumental del criterio de sostenibilidad fiscal.

93.4. La fijación de una orden de gasto de aplicación inmediata, con costos considerables según lo advertido por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, ha debido motivar una consideración específica en el informe de ponencia correspondiente al cuarto debate y, en todo caso, un estudio o análisis en la plenaria respectiva. El déficit deliberativo que ha constatado la Corte se refleja en el hecho de que, como lo advierten algunos de los intervinientes en este proceso, el proyecto de ley no ha previsto la fuente de recursos específica que podría financiar total o al menos en parte el subsidio permanente a la vejez. No fue considerado en modo alguno si, definitivamente, los valores establecidos serían cubiertos con los recursos de la subcuenta de subsistencia y, de ser el caso, qué podría ocurrir con las subvenciones que en la actualidad se asumen con cargo a dicha subcuenta y que se dirigen, según la regulación vigente, a personas en estado de indigencia o de pobreza extrema.

El carácter adjetivo y orientador de la sostenibilidad financiera y fiscal imponía al legislador valorar en detalle las observaciones del Gobierno Nacional antes de decidir la aprobación del proyecto. Como dijo recientemente la Corte al aludir al artículo 7º de la Ley 819 de 2003, dichas reglas “constituyen un importante instrumento de racionalización de la actividad legislativa, a fin de que se realice con conocimiento de causa de los costos fiscales que genera cada una de las regulaciones aprobadas por el Congreso de la República”[146].

Según este Tribunal “permiten una producción normativa compatible con la situación y la política económica del país trazada por las autoridades correspondientes”[147] y “contribuyen a generar orden en las finanzas públicas, lo cual repercute favorablemente en la estabilidad macroeconómica de la nación”[148].

93.5. El trámite de aprobación del proyecto desconoció la función que como parámetro de racionalidad deliberativa cumplen las cargas previstas en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003. En este caso, era claro que la aprobación del proyecto implicaba una ampliación

sustancial de los beneficiarios del subsidio y el incremento del valor del mismo[149]. Tal circunstancia ha debido suscitar una consideración acerca del origen de los recursos que se emplearían para asumir la modificación del subsidio previsto en el Decreto 605 de 2013, atendido actualmente con cargo a los recursos de la Cuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El requerimiento de mínima deliberación sobre los efectos de la decisión se acentúa si se considera que la mencionada Cuenta de Subsistencia, según el actual literal i) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto la protección de otros grupos focalizados - personas en estado de indigencia o pobreza extrema- mediante un subsidio económico cuyo origen, monto y regulación se establece en la ley. En efecto, el incremento inmediato del beneficio podría tener efectos colaterales importantes en las otras prestaciones cubiertas con los recursos de la cuenta de subsistencia[150], cuya reglamentación prevé además que el valor del subsidio no puede ser superior al 50% de un salario mínimo[151]. De ello ha debido ocuparse el Congreso. Como indicó la Corte, el Gobierno Nacional y el Congreso deben actuar mancomunadamente y “procurar que el ejercicio de sus competencias desemboque en la elaboración de normas financieramente sostenibles y fiscalmente realizables”[152].

94. Para la Corte el Congreso desconoció el carácter adjetivo e instrumental de la sostenibilidad financiera y fiscal. Esta actuación configura un vicio de procedimiento[153] que debe declararse.

El alcance de su decisión se precisa a continuación.

Una primera alternativa consistiría en declarar la inconstitucionalidad del proyecto y devolverlo a la Cámara de origen a efectos de que, oído el ministro del ramo, se efectúen los ajustes que correspondan en los términos que señala el artículo 166 de la Constitución. Sin embargo, dado que se configuró un vicio de procedimiento por ausencia de efectiva discusión y valoración del concepto emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo pertinente es establecer si tal vicio es subsanable y, de ser el caso, proceder a remitirlo al Congreso de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 241 de la Constitución, en el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991 y en el artículo 202 de la Ley 5ª de 1992.

95. Este Tribunal ha fijado varios criterios para definir si un vicio en el trámite legislativo es subsanable. En esa dirección, la sentencia C-258 de 2014, indicó que “para determinar en qué eventos resulta subsanable un vicio, y cuándo exige la declaratoria de inexequibilidad de la Ley dentro de parámetros de razonabilidad, la Corte ha establecido los siguientes criterios: (i) si se han cumplido etapas básicas o estructurales del proceso, tomando en cuenta que la subsanación no puede comprenderse como la repetición de todo un procedimiento; (ii) el contexto dentro del cual se presentó el vicio debe ser analizado para determinar su gravedad y trascendencia en la formación de la voluntad legislativa; (iii) la posible afectación de los derechos de las minorías parlamentarias, así como la intensidad de esta son aspectos determinantes para la determinación de un vicio de procedimiento; todo lo anterior, (iv) debe estudiarse tomando en consideración el tipo de ley de que se trata y su evolución a lo largo del debate parlamentario”.

96. En esta oportunidad, concurren razones suficientes para considerar que el vicio es subsanable. En particular, el defecto detectado ocurrió durante el cuarto debate, esto es, cuando se habían adelantado las etapas centrales del proceso legislativo, de manera que, de declararse el yerro, no tendría que repetirse la totalidad del procedimiento. Otro sería el caso si, por ejemplo, el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público hubiese sido presentado desde el inicio del trámite legislativo y, a pesar de ello, las cámaras del Congreso lo hubieren omitido completamente. El vicio tampoco afectó los derechos de las minorías durante el proceso legislativo.

97. A efectos de subsanar el vicio identificado el Congreso deberá entonces estudiar y discutir el concepto del MHCP y, a partir de ello, propiciar una deliberación particular y explícita sobre el impacto fiscal de la reforma propuesta, su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo y las posibles fuentes de financiación.

98. Dado que en la presente oportunidad el defecto identificado impacta también el trámite que siguió al cuarto debate, la Corte dispondrá (i) remitir el proyecto de ley a la presidencia de la Cámara de Representantes a efectos de que se subsane, en un término máximo de treinta (30) días, el defecto configurado a partir del cuarto debate en la Cámara de Representantes (art. 45 del Decreto 2067 de 1991) en los términos indicados –supra num. 97-. En todo caso este término se contabilizará durante el lapso en el que la Cámara sesione de manera ordinaria.

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

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Sobre la competencia y la naturaleza del control constitucional de objeciones gubernamentales

99. El control constitucional de las objeciones que formula el Gobierno Nacional en contra de proyectos de ley (a) se activa cuando el Gobierno impugna su validez en desarrollo de las competencias previstas en el artículo 166 de la Constitución y el Congreso insiste en su aprobación; (b) se circunscribe a las objeciones válidamente formuladas por el Gobierno de manera que presupone el examen del trámite de las objeciones; (c) puede comprender vicios de procedimiento o de fondo; y (d) hace tránsito a cosa juzgada relativa puesto que la decisión de la Corte no impide que, con posterioridad a la promulgación de la ley, cualquier ciudadano plantee cuestiones constitucionales diferentes. En adición a ello, la jurisprudencia ha señalado que la naturaleza de este control (e) limita las posibilidades de modulación de la sentencia “pues conforme a lo previsto en el artículo 167 superior, la posibilidad de que el Congreso rehaga el proyecto en términos concordantes con el dictamen de la Corte en caso de inconstitucionalidad parcial, de suyo excluye ese remedio”.

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

100. La Corte constató que se cumplieron las condiciones constitucionales para la formulación de las objeciones gubernamentales y para la insistencia del Congreso en el proyecto de ley objetado. En efecto (i) el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público así como el Director del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social constituían Gobierno a efectos de impugnar la constitucionalidad de los artículos 3, 4, 5 y 6 del proyecto de ley y (ii) las objeciones fueron formuladas dentro del plazo establecido por la Constitución. A su vez, en el Congreso de la República se respetaron las reglas relacionadas con (iii) la publicación de las objeciones y el informe de insistencia elaborado por la comisión de senadores y representantes designados para el efecto; (iv) los anuncios

para la votación del referido informe en ambas cámaras; y (v) la deliberación y votación de la insistencia, en un término no superior a dos legislaturas.

Sobre la objeción del artículo 3 (parcial) del proyecto de ley: infundada por la ineptitud de la impugnación gubernamental por violación del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (art. 44)

101. El Gobierno Nacional objetó las expresiones “económica” y “situación de discapacidad parcial o total” al considerar que desconocen el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (art. 44). A su juicio ellas permiten que el programa de madres sustitutas se active teniendo en cuenta únicamente la situación económica en la que se encuentre o la situación de discapacidad que presenten.

102. Para la Corte la objeción gubernamental se apoya en una interpretación aislada de las expresiones acusadas. En efecto (i) la lectura integral del artículo cuestionado, (ii) su interpretación conjunta con las prescripciones de la Ley 1098 de 2006 y (iii) la jurisprudencia de este tribunal en relación con las competencias de las autoridades públicas en materia de protección del menor, hace posible concluir que no es cierto que el artículo 3 prevea que la situación económica de la familia o la situación de discapacidad del menor constituyan eventos que justifiquen la ubicación del menor en un hogar sustituto. En consecuencia, la Corte dispuso declarar infundada la objeción presentada debido a su ineptitud formal[154].

Sobre la objeción del artículo 4 (parcial) del proyecto de ley: fundada por la infracción de la regla de iniciativa gubernamental exclusiva en materia de modificación de la estructura de la administración nacional (art. 154)

103. El Gobierno objetó la regla prevista en el artículo 4º del proyecto de ley según la cual la vinculación contractual de las madres comunitarias y FAMI será de carácter laboral y se podrá adelantar directamente por el ICBF. Según la impugnación, dicha regla desconoció el artículo 154 de la Constitución dado que las medidas legislativas relativas a la determinación de la estructura de la administración nacional son de iniciativa exclusiva del Gobierno.

103.1. La Corte concluyó que la habilitación general para que una entidad del orden

nacional establezca vínculos laborales y permanentes con las madres comunitarias y FAMI constituye una modificación sustancial de la estructura de la administración nacional por varias razones. En primer lugar (i) tendría un impacto significativo en la gestión, organización y administración del ICBF; (ii) atribuye al ICBF, de hecho, una nueva función bajo su responsabilidad directa que no tiene capacidad de atender; (iii) se trata de una reforma del régimen jurídico vigente en materia de vinculación de las madres comunitarias y sustitutas[155] en los programas promovidos por el ICBF. Igualmente, en segundo lugar, (iv) constituye un régimen contractual que, además de ser permanente, implicaría un impacto trascendental en la configuración y desarrollo de los diferentes programas a cargo de esa entidad. La vinculación laboral de las madres comunitarias y las madres FAMI (v) incidiría significativamente en la estructura de la administración nacional teniendo en cuenta que, según información aportada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las primeras se acercan a un número de 44.563 al paso que las segundas corresponden a 9.632. Constituye entonces, de implementarse, (vi) una transformación que se refleja en la parte estática de la administración nacional a través de la modificación del régimen laboral del ICBF mediante la inserción de nuevo personal.

En adición a ello (vii) la medida comporta una forma atípica de acceso al empleo público distinta a las previstas en el artículo 123 de la Constitución[156], puesto que supone que las personas que “prestan el servicio público de atención integral a la primera infancia en los Programas del ICBF” serán contratadas laboralmente a término indefinido, figura que se contempla en el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo y que tratándose de entidades públicas solo se aplica a trabajadores oficiales, sin que ello haya sido objeto de precisión por parte del proyecto de ley. Cabe indicar que el ICBF es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio[157] y se compone principalmente de empleados públicos, a los cuales se adicionarían, mediante contratos de trabajo, un significativo número de personas. Finalmente, (viii) dada la naturaleza del ICBF, su actividad contractual se encuentra sujeta al Estatuto General de la Contratación Estatal[158], no estando prevista, hasta el momento, la vinculación de personal en los términos fijados en el artículo cuestionado[159].

103.2. El proyecto de ley no fue presentado por el Gobierno Nacional. En adición a ello, no existió aval gubernamental en la intervención de la Ministra de Trabajo ante la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes. En efecto, de sus manifestaciones no se

desprende apoyo gubernamental alguno a la regla en virtud de la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podría celebrar contratos de trabajo con las madres comunitarias y madres FAMI. La revisión de su intervención permite constatar (i) la intención de apoyar -sin identificar en ningún momento al ICBF como empleador- el reconocimiento de los derechos de asociación y laborales de las madres; (ii) su acuerdo de avanzar en mecanismos de protección social como el subsidio de solidaridad y los procesos de formación de las madres; y (iii) la disposición del Ministerio de Trabajo para debatir los diferentes aspectos técnicos a efectos de llegar a un acuerdo constructivo sobre su contenido.

Se trata de consideraciones generales, nunca referidas al contenido objetado por el Gobierno y, en todo caso, condicionadas en general a un examen y estudio técnico. Las referencias al reconocimiento del salario mínimo, sus anexos y demás derechos del Código Sustantivo del Trabajo, no indican un acuerdo sobre la aprobación de la regla impugnada. La intervención de la Ministra de Trabajo no puede interpretarse como una manifestación inequívoca de complacencia respecto de la autorización de que el ICBF celebrara contratos de trabajo con las madres[160].

103.2. Si se admitiera, en gracia de discusión, que la manifestación de la Ministra de Trabajo constituye un apoyo inequívoco a la regla objetada, la oposición explícita del Ministro de Hacienda y Crédito Público- descarta la existencia del aval complejo requerido en este caso[161].

Sobre la objeción de los artículos 5 y 6 del proyecto de ley: infundada por la infracción de los artículos 13 y 48 de la Constitución, debido a la incorrecta caracterización del subsidio permanente de vejez como un tipo de pensión en el sentido del artículo 48 de la Constitución.

104. El Gobierno Nacional objetó los artículos 5 y 6 del proyecto de ley al establecer las condiciones de reconocimiento del subsidio permanente de vejez para varios grupos de madres que participan en el desarrollo de los programas de protección a la niñez. Según el escrito gubernamental, tales artículos crean una “pensión” que desconoce las condiciones constitucionales que se desprenden del artículo 48 de la Constitución, en particular las reglas siguientes: (i) no habrá lugar al reconocimiento de pensiones sin el cumplimiento de

las semanas de cotización o aportes; (ii) los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones; (iii) para la liquidación de las pensiones únicamente se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales se hubieren llevado a efecto las cotizaciones y ninguna pensión podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente; y (iv) no habrá regímenes especiales ni exceptuados. También (v) se oponen al artículo 13 de la Constitución al prever un trato diferenciado a favor de los destinatarios del nuevo régimen establecido que no puede justificarse respecto de la población afiliada al régimen general de pensiones.

105. La Corte encontró infundada esta objeción. La impugnación tiene como premisa la calificación de la prestación referida en los artículos 5 y 6 como una pensión en el sentido del artículo 48. Ello es incorrecto dado que se trata de una subvención de protección social a la que no le son aplicables las reglas pensionales del artículo 48[162]. En efecto, la prestación cuestionada (i) fue identificada por el legislador bajo la expresión “subsidio permanente a la vejez”; (ii) el valor de la asignación es susceptible de modificación; (iii) el otorgamiento del beneficio no guarda conexión alguna con la realización de aportes o cotizaciones previas por parte de sus beneficiarios al sistema de seguridad social al ser una medida asistencial; (iv) el otorgamiento de la prestación regulada en el proyecto de ley se encuentra sometida a una condición de priorización o focalización, coincidente con la idea constitucional de subvención; y, (v) dicha subvención es incompatible con la pensión de vejez o invalidez, y no es objeto de sustitución[163].

106. Igualmente es infundada la objeción por violación de la igualdad. La identificación de los grupos objeto de contraste -señalando que ambos se caracterizan por ser beneficiarios de una pensión en el sentido del artículo 48- resulta equivocada, en tanto el subsidio permanente de vejez no tiene esa naturaleza. En esa medida, si bien el planteamiento del Gobierno invoca tal condición como criterio de comparación, ello es insuficiente para emprender un examen por violación del mandato de trato igual puesto que los grupos no pueden asimilarse a partir de ese rasgo.

Sobre la objeción de los artículos 5 y 6 del proyecto de ley: fundada por la infracción de los artículos 48 y 334 que reconocen la sostenibilidad financiera y fiscal respectivamente, debido al incumplimiento de las cargas deliberativas respecto del impacto fiscal advertido en el curso del proceso legislativo por el Gobierno Nacional

107. Según el Gobierno Nacional los artículos 5 y 6 desconocen el inciso 7 que establece la sostenibilidad financiera del sistema pensional. El MHCP sostuvo en el curso del 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, de manera que se afecta la estabilidad de las finanzas públicas, el equilibrio macroeconómico y la sostenibilidad fiscal”. Ello se desprende del concepto radicado el 31 de octubre en la Secretaría General de la Cámara de Representantes[164]. En dicho escrito, resaltó que la iniciativa legislativa vulneró la Ley 819 de 2003, en particular el artículo 7º conforme al cual existe la obligación “de establecer en todo proyecto de ley la fuente de financiación de los gastos que la propuesta genere”. Además, como lo advirtió la Corte en la sentencia C-258 de 2013, la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2015, modificatorio del artículo 48 constitucional, estuvo motivada por el pasivo pensional y el riesgo en que estaba el derecho de los ciudadanos a obtener la pensión, de manera que era imperativo, “el cumplimiento de una edad y unas semanas mínimas de cotización que deben responder a los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 y en sus modificaciones”.

109. La Corte concluyó que, por regla general, el control de la validez constitucional de una medida legislativa cuando se alega la infracción del principio de sostenibilidad financiera o fiscal debe encaminarse a verificar si en el proceso de discusión en el Congreso se cumplieron condiciones mínimas de deliberación. En consecuencia, su tarea consiste en asegurar que el debate en el Congreso haya permitido identificar (a) el impacto de la medida en las finanzas públicas y (b) las razones del Congreso para no atender el concepto negativo emitido por el Gobierno en el curso del trámite legislativo. En ese contexto, advierte este Tribunal, es obligación del Congreso propiciar y desarrollar una deliberación específica y explícita sobre el impacto fiscal de la reforma propuesta, que aborde los siguientes asuntos: (i) los costos fiscales de la iniciativa, (ii) su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo y (iii) las posibles fuentes de financiación.

110. No le corresponde a la Corte, al menos en principio, realizar valoraciones de la utilidad del gasto o comparar su cuantía con el marco fiscal de mediano plazo. Su tarea consiste en asegurar que la deliberación en el Congreso hubiera permitido identificar (a) el impacto de la misma en las finanzas públicas, y (b) las razones del Congreso para oponerse al concepto negativo emitido por el Gobierno en el curso del trámite legislativo. Una discusión deficitaria en esta materia priva de todo contenido el carácter orientador del

criterio de sostenibilidad fiscal que, a pesar de no ofrecer referentes de validez material o sustantiva específicos, sí establece una pauta de acción al momento en que los órganos toman la decisión de aprobar o improbar medidas con algún impacto fiscal.

111. Según la regla orgánica del artículo 7 de la Ley 819 de 2003 el concepto presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público no vincula al Congreso de la República. Sin embargo, cuando dicho concepto es efectivamente emitido, se activa una obligación del Congreso de estudiarlo y discutirlo. De incumplirse, se configura un vicio que da lugar a la inconstitucionalidad. Esta regla ha sido considerada en las sentencias C-1197 de 2008, C-700 de 2010, C-776 de 2010, C-866 de 2010 y C-051 de 2018.

112. La Corte constató que durante el proceso legislativo no se cumplieron las condiciones mínimas de deliberación respecto de los artículos 5 y 6 que imponen directamente la realización de gastos. En particular, luego de que el MHCP remitiera su concepto al Congreso -una vez aprobado el proyecto en tercer debate- este no fue en modo alguno considerado en el informe de ponencia correspondiente al cuarto debate, ni durante las deliberaciones subsiguientes. Tampoco ocurrió ello durante la conciliación en las plenarias. Se desconoció entonces la exigencia procedimental según la cual después de las observaciones de dicho ministerio se requiere que sean estudiadas y analizadas con el fin de admitirlas o rechazarlas. Ello constituye una manifestación del principio de colaboración armónica y del carácter, orientador, adjetivo e instrumental del criterio de sostenibilidad fiscal.

113. El vicio de procedimiento identificado es subsanable dado que se produjo cuando se habían adelantado las etapas centrales del proceso legislativo, y no afectó los derechos que protegen a las minorías durante el proceso legislativo. En consecuencia procede remitir el proyecto de ley a la presidencia de la Cámara de Representantes a efectos de que se subsane, en un término máximo de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta sentencia -art. 45 del Decreto 2067 de 1991- el vicio configurado a partir del cuarto debate -plenaria de la Cámara de Representantes-. En todo caso este término se contabilizará durante el lapso en el que la Cámara sesione de manera ordinaria.

A efectos de subsanar el vicio identificado el Congreso deberá entonces estudiar y discutir el concepto del MHCP y, a partir de ello, propiciar una deliberación pública, particular y explícita sobre el impacto fiscal de la reforma propuesta, su concordancia con el marco

fiscal de mediano plazo y las posibles fuentes de financiación.

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

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar INFUNDADA la objeción formulada por el Gobierno Nacional contra el artículo 3º del proyecto de ley bajo examen, por falta de aptitud formal.

Segundo.- Declarar FUNDADA la objeción formulada por el Gobierno Nacional contra el artículo 4º parcial del proyecto de ley bajo examen. En consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la expresión “en forma directa con el ICBF o” de la referida disposición.

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

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

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Impedimento aceptado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-110/19

INICIATIVA LEGISLATIVA-Carácter especial y restringido (Salvamento parcial de voto)

DETERMINACION DE LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION-Alcance de la iniciativa legislativa del Gobierno (Salvamento parcial de voto)

ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION NACIONAL-Parte estática y parte dinámica (Salvamento parcial de voto)

JUEZ CONSTITUCIONAL-Criterios de ponderación para determinar la interpretación constitucional más adecuada (Salvamento parcial de voto)

CRITERIOS DE INTERPRETACION CONSTITUCIONAL-Alcance (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente OG-158

Objeciones gubernamentales al Proyecto de Ley número 127 de 2015 Senado 277 de 2016 Cámara, “[p]or 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”.

Magistrado Ponente:

Alejandro Linares Cantillo

Con el respeto acostumbrado por las decisiones adoptadas por la mayoría de la Sala Plena de la Corporación, me aparto parcialmente de la Sentencia C-110 de 2019, en cuanto declaró fundada la objeción presentada por el Gobierno Nacional contra el artículo 4 del Proyecto de Ley en estudio. A continuación me permito dar cuenta de las razones que motivaron tal posición.

1. El artículo 4 del Proyecto de Ley número 127 de 2015 Senado 277 de 2016 Cámara 2019 establecía que la vinculación contractual de las madres comunitarias y FAMI sería de carácter laboral y se adelantaría en forma directa con el ICBF o mediante la contratación de las organizaciones conformadas por madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas y tutoras. Contra el enunciado antes destacado la objeción del Gobierno Nacional se fundó en la violación del artículo 154 de la Constitución Política, dado que, en su concepto, como se afectaba la estructura de la Administración Nacional, se requería iniciativa gubernamental o, por lo menos, de su aval durante el trámite. No obstante, afirmó el Gobierno Nacional, el Proyecto de Ley no tuvo iniciativa gubernamental ni tampoco el aval en el curso del procedimiento legislativo.

2. La mayoría de la Sala Plena consideró que se configuraba el desconocimiento invocado, en síntesis, por los siguientes motivos: impacto directo en la gestión, organización y administración del ICBF porque (i) atribuye una nueva función que no tiene capacidad de atender[166], pues implica vincular, según los datos aportados al proceso público de inconstitucionalidad, a más de 44.000 madres comunitarias y 9.000 madres FAMI; y, (ii) afecta la parte estática de la Administración, dado que la contratación a término indefinido es una modalidad propia del Código Sustantivo del Trabajo, que es aplicable en el sector público solamente a los trabajadores oficiales; estos últimos, por su parte, no constituyen la regla general en entidades que, como el ICBF, se configuran como establecimientos públicos, en los que la vinculación es de orden legal y reglamentario. Por lo tanto, si el contrato de trabajo no es una forma ordinaria en la configuración del ICBF este aspecto debía quedar claro en la norma. Además de lo anterior, con el artículo 4 del Proyecto de Ley se reforma el régimen jurídico actual de vinculación de las madres comunitarias y las madres FAMI; y, se desconoce que la actividad contractual del ICBF se da a través del Estatuto de Contratación Pública, normativa que tampoco prevé una vinculación similar a la que se refiere la disposición objetada.

3. En mi criterio no se configuró un quebrantamiento al mandato previsto en el artículo 154 de la Constitución Política. Al respecto, lo primero que destaco es que la exigencia constitucional de la iniciativa gubernamental sobre unas materias específicas, o por lo menos de aval durante el trámite legislativo, debe interpretarse de manera restrictiva, por el margen de configuración conferido al Congreso de la República dentro de nuestro diseño constitucional democrático. Bajo este parámetro, estimo que la mayoría de la Sala partió de dos premisas -interconectadas- que son controvertibles, referidas, la primera, al alcance de la potestad de determinar la estructura de la Administración Nacional y, la segunda, al contenido normativo que se asignó al apartado cuestionado.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, sintetizada en la misma providencia, existe una parte estática de la estructura de la Administración cuya configuración corresponde al Legislador, y una parte dinámica competencia del Ejecutivo. La primera ha sido asociada, entre otros aspectos, al régimen de vinculación de personal[167]. Este régimen, considero, no fue impactado por el artículo 4 del Proyecto de Ley pues de manera directa ni inmediata modificaba la regulación que ordena que los funcionarios del ICBF sean, por regla general, empleados públicos, atendiendo al carácter de Establecimiento Público del que goza el Instituto. Así, el hecho de que se hubiera conferido una facultad de contratación al ICBF, bajo una modalidad contractual que no se determinó de manera expresa, no tenía la virtualidad de afectar el régimen laboral del Instituto y, por lo tanto, la citada parte estática de la estructura del ICBF.

4. Una interpretación constitucional del enunciado objetado por el Gobierno, debió tener en consideración dos aspectos. (i) Uno, el grupo al que se dirigía la norma. La disposición pretendía garantizar por dos vías diferentes la estabilidad laboral de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas y tutoras, quienes han venido desarrollando una labor dentro de la sociedad que es expresión del principio de solidaridad y que favorece, además, a un grupo vulnerable, como el de menores de edad. Pese a ello, tal grupo no ha sido protegido adecuadamente, con un enfoque de género y garante de los derechos laborales. Y, (ii) dos, la exigencia de requisitos constitucionales estrictos para la incorporación de empleos públicos en una entidad. En este sentido, debía atenderse a que la incorporación de empleos en la estructura de la Administración requiere de una serie de requisitos constitucionales que deben satisfacerse con fundamento en el régimen competencial derivado de la misma Norma Superior. En tanto estos no fueron precisados

por el citado artículo 4, no era dable estimar que se daba un impacto directo en la estructura del Instituto, porque, si esto fuera así, ¿de qué manera lo estaba haciendo? Para la mayoría de la Sala, la respuesta a esta pregunta se dió en términos conjeturales, convirtiendo lo que era una facultad en una obligación, al concluir que, por virtud de esta norma, ingresarían al ICBF más de 53.000 trabajadores.

5. Por último, observo que dos de los argumentos expuestos por la mayoría en respaldo de su decisión son inadecuados. El primero se refiere a que el artículo 4 del Proyecto de Ley reformaba el régimen jurídico de vinculación actual de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas y tutoras. Estimo que la objeción presidencial se predicaba de la presunta afectación a la estructura de la administración del ICBF y no del régimen de vinculación de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas y tutoras, esto es, que sobre la posibilidad de que el Legislador modifique este último régimen no se manifestó por el Gobierno Nacional la necesidad de que la medida legislativa tuviera origen gubernamental o su aval. El argumento, en consecuencia, no es pertinente.

El segundo tiene que ver con la inexistencia dentro del Estatuto de Contratación Pública, que cobija al ICBF, de norma alguna que prevea el tipo de vinculación que, en concepto de la Sala, se ordenaba para las madres comunitarias y otras con el artículo 4 del Proyecto de Ley. Al respecto, no es comprensible por qué la Sala terminó citando esta normativa, que prevé el contrato por prestación de servicios, cuando dio por descontado que lo que se estaba ordenando en la disposición cuestionada era la celebración de contratos laborales, pues bajo este presupuesto es que consideró que se modificaba el régimen de vinculación laboral de los empleados del Instituto, caracterizado por una relación legal y reglamentaria, al modificarlo a una vinculación contractual, propia de los trabajadores oficiales.

6. Por lo expuesto, considero que no era predicable el quebrantamiento del artículo 154 de la Constitución Política, máxime cuando la actividad interpretativa sobre la iniciativa legislativa Gubernamental se guía, insisto, por un criterio restrictivo, al interferir directamente en el margen de configuración conferida al Congreso de la República.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que justifican mi decisión de salvar parcialmente el voto a la Sentencia C-110 de 2019.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] La sostenibilidad fiscal se encuentra mencionada en los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución.

[2] Publicado en la Gaceta del Congreso 952 del 2 de noviembre de 2016

[3] Suscribe el documento el ciudadano Mauricio Cárdenas Santamaría en su condición de Ministro de Hacienda y Crédito Público.

[4] Suscribe el documento la ciudadana Luz Karime Fernández Castillo en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de tal entidad.

[5] Suscribe el documento el ciudadano Omar Alberto Barón Avendaño en su condición de Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad interviniente.

[6] Suscribe el documento la ciudadana Olinda García García en su condición de Presidenta Nacional de la organización interviniente.

[7] Sentencia C-633 de 2016. Ello también ha sido señalado por la Corte en las sentencias C-883 de 2007 y C-233 de 2014. Indicó en esa oportunidad que “la Corte ha considerado que “la insistencia de las Cámaras” es un presupuesto de procedibilidad, para que la Corte tenga competencia en el análisis de exequibilidad del proyecto objetado”.

[9] Sobre el particular, la sentencia C-233 de 2014 recordó la evolución de su jurisprudencia en esta materia indicando: “Sin embargo, a partir de esta sentencia C- 1404 de 2000- la Corte modificó su jurisprudencia en relación con el contenido y alcance del control de constitucionalidad en materia de objeciones gubernamentales, para señalar que “en ciertas ocasiones se hace necesario que esta Corporación se pronuncie sobre aspectos que no fueron planteados explícitamente por el Gobierno, pero cuyo análisis resulta ser un presupuesto indispensable para el estudio de las razones de inconstitucionalidad formuladas en las objeciones mismas. Los motivos que justifican esta extensión excepcional de la competencia de la Corte, son de doble naturaleza: lógica y constitucional. Lo primero, porque las reglas de derecho que se han de aplicar al estudio de las objeciones, se derivan,

en no pocos casos, de otras reglas o principios más generales, no mencionados en las objeciones, pero que resultan insoslayables para fundamentar cualquier decisión. Lo segundo, porque dado que el mandato del artículo 241-8 Superior califica las decisiones de la Corte en estos casos como definitivas, si no se efectúa en ellas el análisis de constitucionalidad de los mencionados temas conexos, éstos quedarán cobijados por el efecto de cosa juzgada constitucional que se deriva de la decisión final sobre la objeción como tal y, en consecuencia, ningún ciudadano podrá controvertirlos en el futuro. En otros términos, al pronunciarse sobre tales asuntos conexos, esta Corporación no está coartando el derecho de los ciudadanos de ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, ni sustituyendo el trámite que en esos casos se haya de surtir, por la sencilla razón de que una vez la Corte emita su fallo, la mencionada acción no será procedente respecto de los temas que se relacionan directamente con el objeto central de la providencia”, posición que ha sido reiterada en diversos fallos (...).”.

[10] Sentencias C-1152 de 2008 y C-284 de 2016. Ha dicho este Tribunal que se trata de un control “previo a la sanción de la ley, interorgánico, participativo, material y formal, que produce efectos de cosa juzgada relativa”.

[11] Sobre el particular en la sentencia C-1152 de 2008 indicó la Corte: “Cabe asimismo señalar que la Corte ha considerado, de manera reiterada, que el ejercicio de su control se extiende no sólo al control material de las objeciones presentadas por el Gobierno, sino también al procedimiento impartido a las mismas (...), es decir, su competencia comprende el examen de la sujeción de los órganos que intervienen en las objeciones a los términos que para tal fin establecen la Constitución y la ley (...)”. En igual dirección se encuentra las sentencias C-850 de 2009.

[12] Recientemente, en la sentencia C-074 de 2018, la Corte constató que algunos de los desacuerdos del Gobierno no cumplían las exigencias mínimas de certeza, especificidad y pertinencia y, en consecuencia, declaró infundadas las objeciones por ineptitud formal. Antes, en la sentencia C-284 de 2016, sostuvo que “si bien es cierto que ocasionalmente este tribunal ha adoptado decisiones inhibitorias en estos escenarios (...), es importante advertir que ello solo resulta factible en situaciones extremas, en las que el contenido de la objeción aparezca verdaderamente ininteligible, pues en caso contrario, la Corte terminaría interfiriendo en el legítimo ejercicio de una atribución que es propia y

discrecional del Presidente de la República, y que conforme se deriva del texto superior, no se encuentra sujeta al cumplimiento de requisitos especiales (...).”.

[13] Auto 031 de 2012. En esta providencia, el Presidente de la República y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública objetaron por razones de inconstitucionalidad, el entonces proyecto de ley. En esta ocasión, la Corte señaló que “(...) el vicio de procedimiento se presentó durante el trámite de aprobación del informe de objeciones gubernamentales en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, luego de la aprobación del Proyecto de Ley por el Congreso de la República y de la insistencia por parte de este órgano legislativo respecto de la sanción presidencial, es decir, cuando ya había completado todo su proceso normal de aprobación o superado sus etapas estructurales (...)”.

[14] Prescribe esa disposición: “Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley. // Los ministros, en relación con el Congreso, son voceros del Gobierno, presentan a las cámaras proyectos de ley, atienden las citaciones que aquellas les hagan y toman parte en los debates directamente o por conducto de los viceministros. // Los ministros y los directores de departamentos administrativos presentarán al Congreso, dentro de los primeros quince días de cada legislatura, informe sobre el estado de los negocios adscritos a su ministerio o departamento administrativo, y sobre las reformas que consideren convenientes. // Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes, además, la de los viceministros, los directores de departamentos administrativos, el Gerente del Banco de la República, los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público”.

[15] Su texto es el siguiente: “El proyecto de ley objetado total o parcialmente por el Gobierno volverá a las Cámaras a segundo debate. // El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara. // Exceptúase el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará

a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto. // Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo”.

[16] Sentencia C-196 de 2009.

[17] Según la Real Academia equivale a indicar “cambiando lo que se deba cambiar”.

[18] El artículo 1.1.1.1 del Decreto 1068 de 2015 señala: “El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene como objetivo la definición, formulación y ejecución de la política económica del país, de los planes generales, programas y proyectos relacionados con esta, así como la preparación de las leyes, la preparación de los decretos y la regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativa, financiera, cambiaria, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva del Banco de la República, y las que ejerza, a través de organismos adscritos o vinculados, para el ejercicio de las actividades que correspondan a la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público y el tesoro nacional, de conformidad con la Constitución Política y la ley”.

[19] En ese sentido la sentencia C-633 de 2016, retomando la jurisprudencia previa de este Tribunal, indicó que “los términos en comento se contabilizan a partir del día siguiente a aquél en que el proyecto fue recibido para la correspondiente sanción presidencial, entendiendo que para efectos de su sumatoria se incluyen únicamente los días hábiles”. En una dirección semejante se encuentran las sentencias C-1052 de 2008, C-850 de 2009 y C-741 de 2012 así como el Auto A086 de 2012.

[20] Cuaderno principal. Folio 504.

[21] Aunque en el “sello de recibido” que se adhirió al citado documento se indica que ello ocurrió el 25 de enero de 2016, la sucesión de hechos indica que tal referencia corresponde

a una equivocación.

[22] En esa ocasión la Corte formulo las razones que justificaban separarse del precedente que en esta materia se desprendía de la sentencia C-196 de 2001.

[23] Gaceta del Congreso No. 97 de 2018.

[24] Gaceta del Congreso No. 474 de 2018.

[25] Sentencias C-850 de 2009, C-741 de 2012, C-284 de 2016 y C-358 de 2017.

[26] Sentencia C-408 de 2017.

[27] Ibídem.

[28] Ibídem.

[29] Ibídem.

[30] En el Auto 031 de 2012 este Tribunal destacó que “de conformidad con la jurisprudencia de la Corte (...) para la aprobación de los informes sobre las objeciones gubernamentales en las plenarias de las cámaras legislativas es necesario contar con mayoría absoluta, en la medida en que el proyecto objetado es devuelto a las plenarias de cada cámara para segundo debate, razón por la cual se imponen los requisitos propios de dicho trámite (art. 167, CP)”. Esta regla se encuentra referida en diferentes providencias entre las que se encuentran, por ejemplo, la sentencia C-069 de 2004 y el Auto 343 de 2009.

[31] En el Auto 031 de 2012 explicó la Corte: “Sin embargo, podría argumentarse que la votación del informe de objeciones gubernamentales cabe dentro de la excepción prevista en el numeral 16 del artículo 1 de la Ley 1431 de 2011, modificatorio del artículo 129 de la Ley 5ª de 1992 (reglamento del Congreso), según la cual, no se requerirá votación nominal y pública cuando en el trámite de un proyecto de ley exista unanimidad por parte de la respectiva comisión o plenaria para aprobar o negar todo o parte del articulado de un proyecto, circunstancia que ocurrió en el caso analizado. Desde esta perspectiva no se presentaría vicio alguno, puesto que la votación ordinaria sería el mecanismo idóneo para

aprobar dicho informe y no la votación nominal y pública. // Al respecto, cabe precisar, que la Sala no comparte esta aproximación por dos razones: (i) porque se trata de exclusiones enunciadas con carácter taxativo por el legislador, y por ende, su interpretación debe efectuarse de manera restrictiva, de lo contrario la regla general de la votación nominal y pública podría convertirse en la excepción; y (ii) porque el informe de objeciones gubernamentales, en el momento de la discusión no hace parte del articulado del proyecto de ley. Esto ocurre sólo en caso que prosperen las objeciones formuladas por el Gobierno. // De lo anterior surge que la exigencia constitucional y legal de la votación nominal y pública es aplicable al informe de objeciones gubernamentales en tanto no se encuentra enunciado de manera expresa en las excepciones previstas en el artículo 1 de la Ley 1431 de 2011. // Cabe precisar, que si bien en reiterada jurisprudencia, la Sala Plena de esta Corporación ha verificado como requisito de aprobación del informe de objeciones gubernamentales, la votación ordinaria (...), a raíz de la expedición y entrada en vigor de la Ley 1431 de 2011, reglamentaria del artículo 133 de la Constitución Política, reformado a su vez por el Acto Legislativo 01 de 2009, el parámetro de constitucionalidad ha cambiado, y en esa medida, no estaría la Sala en esta oportunidad desconociendo su propio precedente en la materia”. En igual sentido, se encuentra el Auto 086 de 2012.

[32] Página 82 de la Gaceta.

[33] Certificación remitida a la Corte el día 6 de noviembre de 2018.

[34] Pág. 82 de la Gaceta.

[35] Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

[36] Sentencia T-512 de 2017.

[37] Sentencia T-512 de 2017.

[38] Sentencia T-512 de 2017.

[39] Sentencias C-1707 de 2000, C-121 de 2003 y C-370 de 2004. Esta misma regla fue considerada por la Corte cuando el proyecto tramitado tenía origen en una iniciativa popular. En la sentencia C-266 de 1995 al juzgar la Ley 119 de 1994 por la cual se reestructuró el Servicio Nacional de Aprendizaje sostuvo que “que cuando la iniciativa,

como en este caso, radica en forma exclusiva en cabeza del Gobierno, pero este no la ejerce -sino que, como en el asunto sub-examine lo hacen los ciudadanos en virtud de la iniciativa popular-, dicho formalismo queda convalidado con la circunstancia anotada, mediante la cual se encuentra acreditada la coadyuvancia y aquiescencia del Gobierno Nacional en lo que se refiere al trámite, discusión y aprobación del proyecto de ley". También en esa dirección la sentencia C-663 de 2013.

[40] Esta regla tiene su origen en el artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 1968, que modificó el artículo 79 de la Constitución de 1886 previendo que las leyes a las que se refería tal numeral sólo podrían ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobierno. Dicho artículo estableció: "El Artículo 79 de la Constitución Nacional quedará así: // Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros o de los Ministros del Despacho. // Se exceptúan las leyes a que se refieren los ordinales 3.º, 4.º, 9.º y 22.º del Artículo 76, y las leyes que decreten inversiones públicas o privadas, las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que creen servicios a cargo de la Nación o los traspasen a ésta; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales, y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales, todas las cuales sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobierno. // Sin embargo, respecto de las leyes que desarrollen las materias a que se refiere el numeral 20 del Artículo 76 y las relativas a exenciones personales del impuesto sobre la renta y complementarios, tendrán libre iniciativa los miembros del Congreso. Sobre las materias específicas propuestas por el Gobierno, las Cámaras podrán introducir en los proyectos respectivos las modificaciones que acuerden, salvo lo dispuesto en el Artículo 80. // Las leyes a que se refieren los incisos 2º y 3º del Artículo 182 se tramitarán conforme a las reglas del Artículo 80".

[41] Sentencia C-475 de 1994. Señaló la Corte en esta oportunidad que "impedirle al Congreso hacer modificaciones a la leyes que deban tener iniciativa gubernamental, sería tratarlo como "un convidado de piedra" en la aprobación de esta clase de leyes. Se convertiría en un simple tramitador, no partícipe, de tales leyes, en cuyo caso la Constitución simplemente habría ordenado que determinados temas no correspondieran a leyes sino a decretos del Ejecutivo". En esa misma dirección la sentencia C-807 de 2001 destacó que "[l]a posibilidad de que durante el debate parlamentario se realicen modificaciones a los proyectos de ley se predica incluso, tal como se dispone en el artículo

154 de la Carta, respecto de los proyectos que sean de iniciativa privativa del Gobierno”. Según la Corte “no podría ser de otra manera, en la medida en que el concepto mismo de debate parlamentario impide que la labor del Congreso se limite a aprobar o negar, sin poder hacer modificaciones, las iniciativas externas que se le presenten”.

[42] Sentencias C-807 de 2001 y C-551 de 2003.

[43] Sentencia C-066 de 2018.

[44] Sentencia C-121 de 2003. Señaló la Corte: “Es de recordar que para esta Corporación ni la Constitución ni la ley exigen que el Presidente, como suprema autoridad administrativa y jefe del gobierno, presente directamente al Congreso ni suscriba los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, pues como lo disponen en forma expresa los artículos 200 y 208 de la Carta Política, el Gobierno, encabezado por el Presidente de la República, en relación con el Congreso, concurre a la formación de las leyes presentando proyectos “por intermedio de los ministros”, quienes además son sus voceros. // Entonces, si los ministros desarrollan, como una responsabilidad propia, la función de gobierno consistente en concurrir a la formación de las leyes mediante la presentación ante el Congreso de proyectos de ley, también pueden coadyuvar o avalar los que se estén tramitando en el Congreso de la República, que versen sobre asuntos que exigen la iniciativa exclusiva del Ejecutivo según lo dispuesto en el artículo 154 Superior (...). Pero debe tenerse en cuenta que el aval que da el Gobierno a los proyectos que cursan el Congreso no puede provenir de cualquier ministro por el sólo hecho de serlo, sino solo de aquél cuya dependencia tenga alguna relación temática o conexión con el proyecto de ley. Además, es necesario que la coadyuvancia se manifieste oportunamente, es decir, antes de su aprobación en las plenarias, y que sea presentada por el ministro o por quien haga sus veces ante la célula legislativa donde se esté tramitando el proyecto de ley”. En aplicación de tal regla indicó: “De esta manera queda establecido que el proyecto de ley objetado sí cumplió con la exigencia consagrada en el artículo 154 de la Constitución, en concordancia con el parágrafo del artículo 142 del Reglamento del Congreso - Ley 5ª de 1992-, puesto que el Ministro de la Defensa Nacional coadyuvó la propuesta del Congreso referente a la transformación de la naturaleza jurídica de la Universidad Militar Nueva Granada con anterioridad a su aprobación en las plenarias, lo que constituye una manifestación tácita de la voluntad legislativa gubernamental y por ende inscrita en la

exigencia consagrada en el inciso segundo del artículo 154 de la Carta Política, como ha quedado establecido en la reiterada jurisprudencia de esta Corporación”.

[45] Sentencia C-121 de 2003.

[46] Sentencia C-066 de 2018.

[47] Sentencias C-663 de 2013 y C-031 de 2017.

[48] Sentencia C-031 de 2017.

[49] Sentencia C-031 de 2017.

[51] Sentencia C-648 de 1997. Para la Corte dicho principio “se deriva del principio democrático (C.P., artículo 1º), de la soberanía popular (C.P., artículo 3º), de la participación ciudadana en el ejercicio del poder político (C.P., artículo 40), de la cláusula general de competencia (C.P., artículo 150) y, especialmente, de la regla general consagrada en el artículo 154 de la Carta, donde se establece el principio de libre iniciativa legislativa del Congreso de la República”.

[52] Sentencia C-350 de 2004.

[53] Sobre la naturaleza de las leyes a las que se refieren los numerales 15 y 16 del artículo 189, en la jurisprudencia se han suscitado algunos debates. Sobre el particular puede consultarse, entre otras, la sentencia C-350 de 2004.

[54] Sentencia C-121 de 2003.

[55] Sentencia C-121 de 2003. En la sentencia C-031 de 2017 la Corte sostuvo: “Difícilmente podría existir una administración organizada según criterios de planeación, como lo pretende la Carta de 1991 (...), si la estructura administrativa a través de la cual se cumplen sus funciones, no depende del examen autónomo y discrecional que realiza el Gobierno, sobre las necesidades reales que demanda la prestación de los servicios a su cargo o de los órganos que efectivamente se requieren para el desempeño de las atribuciones o potestades públicas que se consagran en la Constitución y la ley. Por ello, como prerrogativa constitucional, el Texto Superior le otorga la competencia exclusiva al

Gobierno para activar el procedimiento legislativo dirigido a determinar la estructura de la administración nacional, por el valor y la importancia que en términos de articulación y de ejecución de la función administrativa, con todo lo que ella implica, subyace en el señalamiento y en la definición de los órganos encargados de dicha atribución”.

[56] Allí mismo citó a la Corte Suprema: “En esta forma el legislador tiene como atribución crear la parte estática y permanente de la administración, y el ejecutivo ha de hacerla dinámica mediante el ejercicio de atribuciones administrativas. De ahí que fijada la estructura, o mejor, señalados sus órganos (Ministerios, Departamentos Administrativos, y Establecimientos Públicos) compete al Gobierno crear los cargos, distribuir el personal entre las dependencias creadas, asignar funciones específicas a los empleos y señalar su dotación y asignaciones, tal como se vio anteriormente”.

[57] En esa oportunidad dio por probado el aval gubernamental señalando que la comunicación del Ministro de Relaciones Exteriores y el Director del Departamento Nacional de Planeación a los representantes en la que expresaban su voluntad del de crear la ACCI constituía “prueba suficiente de que la creación de la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional, por medio de la Ley 318 de 1996, se produjo a instancias del Gobierno Nacional, quien solicitó expresamente al Congreso de la República la modificación del proyecto de ley que sobre cooperación internacional que allí cursaba, con el fin de ponerlo a tono con las nuevas políticas sobre cooperación internacional fijadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social. Por estos motivos, el capítulo II de la Ley 318 de 1996 no vulnera el artículo 154 de la Carta Política y, por ello, no es procedente decretar su inexequibilidad”.

[58] Refiriéndose a la norma objeto de análisis en esa oportunidad explicó: “Para la Corte, con el proyecto de ley objetado se afecta la estructura de la administración nacional, como quiera que, más allá de una transformación o cambio de naturaleza jurídica de la Universidad Militar Nueva Granada se está creando un organismo, consistente en un ente universitario nuevo, autónomo, del orden nacional, con régimen orgánico especial, personería jurídica, patrimonio independiente, autonomía académica, administrativa y financiera, y también con capacidad para gobernarse, designar sus propias autoridades, elaborar y manejar su presupuesto, características que implican que ya no formará parte de la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y por ende se sustrae de la órbita de dicha

administración. // Es decir, que mediante el proyecto de ley bajo revisión se crea una universidad pública del orden nacional, en virtud del cual, tiene derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir, y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos, adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”.

[59] En la sentencia C-299 de 1994 la Corte señaló que la estructura y funcionamiento comprendía “la regulación de los elementos activos que intervienen en su composición y funcionamiento, como los relativos al manejo y vinculación de los recursos humanos al servicio de tales organismos, su régimen salarial y disciplinario, el sistema de prestaciones a que tienen derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales”.

[60] Sobre la naturaleza del régimen aplicable puede consultarse, por ejemplo, la sentencia SU079 de 2018.

[61] “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

[62] Creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979. Mediante Decreto No. 4156 de 2011 fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

[63] Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015), Ley 1474 de 2011, Decreto 019 de 2012, entre otras.

[64] Gaceta del Congreso 1152 de 2017

[65] Disponible en

[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pxgmdXNGA7YJ:www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-08/3.%2520Acta%2520del%252017%2520de%2520agosto%25202016%2520\(recibida%2520el%252027%2520de%2520febrero%2520de%25202017\)%2520en%2520correccion.docx+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pxgmdXNGA7YJ:www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-08/3.%2520Acta%2520del%252017%2520de%2520agosto%25202016%2520(recibida%2520el%252027%2520de%2520febrero%2520de%25202017)%2520en%2520correccion.docx+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co).

[66] *Ibíd.*

[67] *Ibíd.*

[68] *Ibíd.*

[69] Sentencia C-031 de 2017.

[70] Gaceta 952 de 2014.

[71] La objeción indica que en el curso de los tres primeros debates el monto del subsidio se estableció en un salario mínimo y solo en cuarto debate se incluyó, sin fundamento alguno, su equivalencia en el 95%. Esta modificación, destaca el Gobierno, se vincula a la advertencia formulada por el Ministerio, de manera tal que la regla establecida no coincidiera con lo dispuesto en el inciso 12 del artículo 48 de la Constitución. Tal forma de actuación “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”. Ello, según afirma, constituye un fraude a la ley en los términos en que fue definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013.

[72] Sostiene el Congreso que no puede aceptarse el argumento sobre la ocurrencia de un fraude como consecuencia de la corrección del subsidio estableciendo que sería un porcentaje del 95% de un SMMLV. Ello obedeció a que el Ministerio de Hacienda, con posterioridad al debate que tuvo lugar en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, alertó sobre el error de tasarlo en un SMMLV, de manera que se corrigió para que surtiera el cuarto debate. Esta decisión encontró fundamento en el artículo 180 de la Ley 5ª de 1992 que permite introducir enmiendas que sin ser consideradas en primer debate pretendan corregir errores.

[74] Por el cual se reglamentan los artículos 164 y 166 de la Ley 1450 de 2011.

[75] Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2016.

[76] Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2017.

[77] Por el cual se reglamenta el artículo 111 de la Ley 1769 de 2015, referente al acceso de las madres sustitutas al subsidio otorgado por la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional.

[78] Documento suscrito por Diana Arenas Pedraza. Pág. 5.

[79] Por la cual se disponen unos beneficios en favor de las Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional. La regulación prevista en esta ley guarda relación con algunas disposiciones de la Ley 100 de 1993 referidas al Fondo de Solidaridad cuyo propósito consiste, según el literal i) del artículo 13 en la ampliación de la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias (...). A su vez el artículo 26 de la misma ley previó que dicho Fondo tenía por objeto subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias. A su vez, el artículo 15 de la mencionada ley dispuso que eran afiliados obligatorios los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

[80] Según el artículo 2º del Decreto 604 de 2013 los Beneficios Económicos Periódicos son un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez, que se ofrece como parte de los Servicios Sociales Complementarios y que se integra al Sistema de Protección a la Vejez, con el fin de que las personas de escasos recursos que participen en este mecanismo, obtengan hasta su muerte un ingreso periódico, personal e individual.

[81] Por la cual se adiciona un párrafo 2o al artículo 2o de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

[82] En el período intermedio, por ejemplo en la Ley 1023 de 2002 se previó un régimen especial de vinculación de las madres comunitarias al sistema de seguridad social en salud.

[83] Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2012.

[84] En particular los fijados en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2o de la Ley 797 de 2003.

[85] Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2017.

[86] Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.

[87] Ello fue reglamentado en el Decreto 289 de 2014.

[88] Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

[89] Sobre este Fondo, consultar nota de pie No. 79.

[90] Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.

[91] En ese sentido se encuentra la intervención de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía. La Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del MHCP indica, luego de caracterizar la prestación regulada, que sus elementos “no permiten calificar la descrita prestación como un “subsidio” en la forma en que lo nombra el proyecto, sino que se trata de una genuina pensión no contributiva en un régimen especial, en función del grupo al que se dirige, desprovista de viabilidad fiscal y financiera”. En el mismo sentido Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia señala se trata “de una pensión no contributiva, puesto que no cumple las características exigidas por el sistema,

para considerarla como una pensión de otra naturaleza”.

[92] Sentencia C-072 de 2003.

[93] Sentencia C-072 de 2003.

[94] Así por ejemplo y entre muchas otras, se encuentra la sentencia SU-430 de 1998. Indica: “Se trata de un derecho adquirido por el trabajador; aquel que se causa a favor de la persona que ha reunido los requisitos elementales para acceder a la pensión de vejez, luego de haber realizado un “ahorro forzoso” durante gran parte de su vida, teniendo, en consecuencia, el derecho a recibir tal prestación, con el único fin de llegar a la tercera edad y vivir dignamente, acorde con su esfuerzo laboral pasado. Esta prestación no es gratuita ni menos una dádiva que generosamente da una entidad administradora, se trata de un verdadero derecho adquirido que protege la Constitución (...). Por tanto, cuando los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas han pasado de simples expectativas a verdaderos derechos, no pueden ser desconocidos por normas posteriores o por simples decisiones emanadas” (subrayas fuera del texto original).

[95] Apoyándose en un estudio presentado en el Foro “Envejecimiento con dignidad por una pensión no contributiva” de la OIT, la Universidad Externado refiere que no puede establecerse una equivalencia absoluta entre las pensiones no contributivas y las asistenciales en tanto la primera hace énfasis a la fuente de financiamiento de las prestaciones, al paso que la segunda toma nota de la condición del beneficiario y de sus especiales características. Conforme a ello advierte que en los sistemas de protección social de menor desarrollo las pensiones no contributivas tiendan a ser asistenciales. Sin embargo ello no necesariamente ocurre en otros sistemas (énfasis propio). En el documento aportado al proceso por la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía indica, al referirse a las manifestaciones del derecho a la seguridad social, que una de ellas corresponde a las pensiones no contributivas que “no dependen de que los beneficiarios de la prestación hagan aportes para su financiación”. Refieren como un ejemplo de ello el programa Colombia Mayor.

[96] La doctrina ha explicado este asunto del siguiente modo: “Algunos autores suelen asimilar las pensiones no contributivas (PNC) con las asistenciales; no deben confundirse, ya que la naturaleza contributiva (o no) hace referencia a la fuente de financiamiento de las

prestaciones, mientras que su carácter asistencial (o no) responde a la condición del beneficiario de la prestación (estado de necesidad o situación de pobreza). En este sentido, si bien en los sistemas de protección social menos desarrollados lo usual es que las PNC tienen una finalidad asistencial, en otros sistemas las pensiones básicas no contributivas no tienen una finalidad (exclusivamente) asistencial. Mientras mayor sea la cobertura subjetiva del sistema no contributivo, menor será su carácter asistencial; en otras palabras, a más universalismo menos asistencialismo". Álvaro Vidal Bermúdez. "Necesidad, fundamento e importancia de un sistema de pensiones básicas no contributivas en el Perú". En "Foro Envejecimiento con dignidad por una pensión no contributiva". Pág. 85. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_protect/—soc_sec/documents/publication/wcms_secsoc_24600.pdf.

[97] En el concepto de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía señala que las prestaciones de carácter semi-contributivo son aquellas en las cuales "el beneficiario de la prestación económica hace algún aporte para contribuir a su financiación y el estado completa los recursos necesarios, generalmente a través de subsidios". Serían ejemplos de ellos los BEPS y los subsidios a cotización de pensiones.

[98] Artículo 45 de la Ley 181 de 1995, modificado por el artículo 5º de la Ley 1389 de 2010.

[99] Estas cuatro condiciones fueron enunciadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-507 de 2008.

[100] Estas condiciones, entre otras, fueron definidas en la sentencia C-342 de 2009.

[101] En el debate adelantado en la Comisión Séptima del Senado indicó el Senador Alexander López Maya: "Termino con un segundo aspecto que puede generar una enorme discusión aquí honorables Senadores, (...) y es el artículo que tiene que ver con el subsidio de vejez que también ha generado alguna situación de preocupación para los Senadores y Senadoras de la Comisión. Ese subsidio de vejez, quiero advertirlo honorables Senadores, que el subsidio de vejez para las madres comunitarias ya existe, (...) sí (...), y ese subsidio de vejez está aprobado por parte del Gobierno nacional en el Decreto 605 del año 2013, ese decreto que voy a permitirme presentárselo a ustedes, que es un decreto del Ministerio del

Trabajo del año 2013, es un decreto que nosotros estamos volviendo a traer a colación en relación a la situación que en este momento presentan más de cuatrocientas (400) o quinientas (500) madres comunitarias en toda Colombia. Honorable Senadora, yo no quise traer aquí videos, ni pruebas, ni elementos que reafirmen esta postura que hemos tomado con la señora Ponente aquí presente, porque esto lo discutimos también. Al momento de mirar el tema ella me preguntaba mucho ¿pero cómo van a salir ellas con un subsidio de vejez?, ¿esto es una especie de pensión?, ¿puede ser así? Pero apenas nosotros le indicamos y mostramos las condiciones en que muchas de sesenta y cinco (65), de setenta (70), de ochenta (80) años están laborando, realmente implica que este Congreso tenga que tomar unas decisiones, o sea, estas madres llevan treinta (30) años prestando el servicio, estas madres llevan veinticinco (25) años prestando este servicio y las madres han esperado toda la vida un reconocimiento y toda la vida han esperado una pensión. (...) El Gobierno en su momento, producto de la presión de las madres y producto de la lucha que dieron estas mujeres, porque aquí también está en juego un escenario de discriminación que se está presentando para las madres; nosotros hemos visto y hemos notado que hay un escenario de discriminación en este país con el trato que se le da a las madres comunitarias y eso pues más adelante lo podremos discutir con las distintas sentencias pero también con el mandato que se da desde Naciones Unidas. Pero en relación a este Decreto, el 605, establece que las madres comunitarias pueden acogerse al beneficio de subsidio de vejez, honorables Senadoras y Senadores, entonces dice que ¿las madres comunitarias que tengan más de diez (10) años y hasta quince (15) años, tendrán un subsidio de doscientos veinte mil (220.000) si se retiran ya?; dice también que ¿las madres que tengan más de quince (15) años de trabajo hasta veinte (20) años tendrán doscientos sesenta mil (260.000) de subsidio de vejez?; y dice también este Decreto que ¿las madres que tengan más de veinte (20) años tendrán doscientos ochenta mil pesos (280.000) de subsidio de vejez?" Gaceta del Congreso 508 de 2016.

[102] Así se consignó en el Informe de ponencia para primer debate en la Comisión Séptima del Senado de la República al señalar que era "pertinente delimitar que el monto subsidio solo se debe aplicar a quienes ya son beneficiarias", Gaceta del Congreso 298 de 2016.

[103] En su intervención la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía indica que se trata de "un régimen excepcional de protección a la vejez o la invalidez, distinto al sistema pensional y por fuera del sistema pensional".

[104] Publicado en la Gaceta del Congreso 952 del 2 de noviembre de 2016.

[105] Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía.

[106] Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda.

[107] Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

[109] La Agencia Nacional de Defensa del Estado en su intervención ante la Corte, advierte que “cuando hay protección actual de derechos, pero se pretende establecer un nuevo régimen de protección que resulta objetivamente excesivo en el quantum, ello solo puede evaluarse mediante la aplicación técnica del criterio y del marco de sostenibilidad fiscal”.

[110] Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda.

[111] Así lo indica la intervención del Departamento de derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

[112] Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

[113] Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía.

[114] En esa precisa dirección la sentencia C-651 de 2015 estableció que la “sostenibilidad se proyectó como un presupuesto material para la garantía de la equidad entre los distintos integrantes del universo del sistema de seguridad social, y entre los actuales y potenciales beneficiarios de las reglas pensionales”. Advirtió además que “(e)ntre los medios para asegurar esta sostenibilidad, el Acto Legislativo previó por ejemplo los siguientes: dijo que para la liquidación de pensiones “solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones” (inc 12); estableció que a partir del “31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con arreglo a recursos de naturaleza pública” (par 1º); contempló un procedimiento breve para la revisión de pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos legales o convencionales o arbitrales válidos (inc 15); prohibió los regímenes especiales y

exceptuados, con determinadas excepciones (incisos 11 y 13, y par. Trans. 2)". En ese mismo sentido y con apoyo en los debates parlamentarios que precedieron la adopción del Acto Legislativo 01 de 2005 señaló la Corte que dicha reforma constitucional "presuponía acabar con los regímenes (que) introducían "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente".

[115] Sentencias C-111 de 2006 y C-543 de 2007.

[116] La exposición de motivos del proyecto de ley que termino convirtiéndose en la Ley 819 indicaba: "La sostenibilidad fiscal se refiere a la consistencia de los planes de gasto e impuestos de largo plazo con los objetivos de la política monetaria y de la acumulación de capital en la economía. Una situación fiscal es sostenible cuando garantiza de manera continua la capacidad de pago de las obligaciones contraídas por el Gobierno. Más específicamente, para establecer la sostenibilidad de la posición fiscal debemos responder al interrogante sobre si los ingresos del sector público son suficientes para financiar los programas de gasto o para sostener una determinada dinámica del gasto público, sin comprometer otras metas importantes de la política económica, principalmente la estabilidad de precios y la acumulación de capital". Gaceta del Congreso 86 de 2002.

[117] Según el artículo 1º de la Ley 819 de 2003 dicho Marco debe contener, al menos lo siguiente: a) El Plan Financiero contenido en el artículo 4o de la Ley 38 de 1989, modificado por el inciso 5 del artículo 55 de la Ley 179 de 1994; b) Un programa macroeconómico plurianual; c) Las metas de superávit primario a que hace referencia el artículo 2o de la presente ley, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad; d) Un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior. Este informe debe incluir, en caso de incumplimiento de las metas fijadas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo del año anterior, una explicación de cualquier desviación respecto a las metas y las medidas necesarias para corregirlas. Si se ha incumplido la meta de superávit primario del año anterior, el nuevo Marco Fiscal de Mediano Plazo tiene que reflejar un ajuste tal que garantice la sostenibilidad de la deuda pública; e) Una evaluación de las principales actividades cuasifiscales realizadas por el sector público; f) Una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes; g) El costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior; h) Una relación de los pasivos

contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación; i) En todo presupuesto se deben incluir indicadores de gestión presupuestal y de resultado de los objetivos, planes y programas desagregados para mayor control del presupuesto.

[118] Según el párrafo de esa disposición se entiende por superávit primario aquel valor positivo que resulta de la diferencia entre la suma de los ingresos corrientes y los recursos de capital, diferentes a desembolsos de crédito, privatizaciones, capitalizaciones, utilidades del Banco de la República (para el caso de la Nación), y la suma de los gastos de funcionamiento, inversión y gastos de operación comercial.

[119] El artículo 26 de la Ley 819 de 2003 establece además: “El incumplimiento de la presente ley por parte de los servidores públicos responsables, en el correspondiente nivel de la administración pública, será considerado como falta disciplinaria, conforme a lo dispuesto por la Ley 734 de 2002 para el efecto”.

[120] Sentencia C-315 de 2008.

[121] Sentencia C-315 de 2008.

[122] La Corte indicó que no bastaba que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitiera su concepto resultando necesario hacer un seguimiento adecuado del asunto. Señaló entonces: “Vistas estas circunstancias, la Corte observa que el Gobierno Nacional, pese a haber formulado reparos de carácter general sobre el costo financiero de la implementación de este proyecto, no hizo un seguimiento particularmente activo sobre el recibo de tales observaciones, habiéndose limitado a reiterar, frente a cada paso del proceso legislativo, el sentido de las advertencias primeramente señaladas. Entonces, si bien es del caso reconocer que las cámaras legislativas no hicieron un análisis especialmente profundo de las glosas planteadas por el Ejecutivo, tampoco este último cumplió frente al Congreso la especial carga de argumentación y convicción que conforme a lo explicado le incumbía”.

[123] Esta regla encontró reflejo en la sentencia C-373 de 2009, que declaró que la carga de cumplir la totalidad de exigencias que se prevén en el referido artículo se intensifica cuando el proyecto de ley ha sido presentado por el Gobierno -dada su capacidad para realizar los estudios correspondientes- y, por ello, su incumplimiento da lugar a un vicio insubsanable.

Ello no ocurre en el caso de las iniciativas parlamentarias.

[124] Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones.

[125] Estos términos son definidos en el artículo 3 de la ley. El Ingreso Estructural corresponde al ingreso total del Gobierno Nacional Central, una vez ajustado por el efecto del ciclo económico y los efectos extraordinarios de la actividad minero-energética y otros efectos similares. El Gasto Estructural es definido como el nivel de gasto consistente con el ingreso estructural. Finalmente el Balance Fiscal Estructural es el Balance Fiscal Total ajustado por el efecto del ciclo económico, por los efectos extraordinarios y transitorios de la actividad minero-energética y por otros efectos de naturaleza similar. Equivale a la diferencia entre ingreso estructural y gasto estructural del Gobierno Nacional Central.

[126] Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

[127] En la sentencia C-870 de 2014 la Corte dispuso (i) declarar exequible el inciso 1 del artículo 2 en el entendido de que, por existir reserva de ley estatutaria, la regla de procedencia allí dispuesta respecto del incidente de impacto fiscal regulado en esta ley, no aplica en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela y (ii) declarar exequibles por los cargos analizados, las expresiones “o los autos que se profieran con posterioridad a la misma” en el entendido de que, por existir reserva de ley estatutaria, estas previsiones no se aplican a los autos que se expidan en materia de tutela y que los autos a que se refieren son aquellos a través de los cuales, sin importar su denominación, se ajustan o modifican las órdenes de la sentencia, o se adicionan unas nuevas, con incidencia autónoma en materia fiscal.

[128] Auto 233 de 2016.

[129] Auto 233 de 2016.

[130] Auto 233 de 2016.

[131] Sentencia C-870 de 2014.

[132] Sentencia C-870 de 2014.

[133] Sentencia C-776 de 2010.

[134] Sentencias C-700 de 1999, C-737 de 2001, C-252 de 2010 y C-280 de 2014.

[135] Auto 233 de 2016.

[136] Sentencia C-700 de 2010.

[137] Idem.

[138] Sentencia C-332 de 2017.

[139] Sentencia C-141 de 2010.

[140] Sentencia C-141 de 2010.

[141] Examinado el contenido de tales conceptos la Corte pudo constatar que en ninguno de ellos se hace una referencia específica al denominado subsidio permanente de vejez regulado en los artículos 5 y 6 del proyecto de ley bajo examen.

[142] Igualmente, allí se señala que “[e]l Gobierno de manera informal fue informado por el suscrito Secretario, les envié una nota a la señora Directora del DPS y a la señora Directora del ICBF informándoles que en la sesión de ayer se estaría evacuando esta iniciativa y no se ha recibido concepto ni tampoco hubo presencia ni del DPS, ni del ICBF y ellos tienen enlaces con el Congreso señor Presidente, ellos saben que este proyecto existe y está radicado en la Comisión Séptima del Senado”.

[143] Sobre el particular en el concepto se indica además: “En este sentido, esta cartera encuentra inconveniente e innecesaria la propuesta relacionada con la formalización mediante los hogares comunitarios. De igual forma, como se anunció anteriormente, 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. Por otro lado, la iniciativa en los artículos 5° y 6° consagran un subsidio permanente a la vejez para las madres comunitarias, FAMI sustitutas y tutoras equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente smmlv, si laboró más de 20 años o más, o proporcional al tiempo laborado si la laboró más de 10 años y menos de 20 años; establece también los requisitos de acceso al

mismo, el cual no es concurrente ni con Pensión Vejez ni con Beneficios Económicos Periódicos (BEP). // Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011 estableció que las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a una pensión, ni sean beneficiarias de BEP, tendrán acceso a un subsidio de la subcuenta de subsistencia del FSP, previo cumplimiento de los requisitos establecidos. // Este artículo fue reglamentado mediante el Decreto 605 de 2013 (...), en el que se consagraron las condiciones para la subcuenta de subsistencia del FSP. El monto del subsidio a cargo de esa subcuenta será a los adultos mayores, a través del Programa de Protección Social que en suma asciende entre \$220.000 a \$280.000 pesos, según la persona tenga entre 10 y 20 años de servicio o más. // Es importante resaltar que el artículo 212 de la Ley 1753 de 2015 estipula que las personas beneficiarias (comunitarias, sustitutas y FAMI del programa Subsidio Aporte a la Pensión podrán vincularse al servicio complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEP) y trasladar un porcentaje de dicho subsidio en la proporción y condiciones que reglamente el Gobierno nacional. // El siguiente cuadro asume 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 establecido en el Decreto 605 de 2013. (...) // Respecto de las madres sustitutas, el artículo 111 de la Ley 1769 de 2015²⁷ consagra las condiciones 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 1345 de 2016 (...). // Con un valor presente actuarial de \$194.000 millones, los costos para el caso de las madres sustitutas tienen un comportamiento similar al de la población de madres comunitarias. El siguiente cuadro resume 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 establecido en el Decreto 605 de 2013. // Así las cosas, 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[27][27]. Al respecto, se debe precisar que el otorgamiento de subsidios no puede ser indiscriminado ni focalizarse solamente a un grupo poblacional, por tal motivo en el evento de aprobarse la presente iniciativa se generarían desigualdades frente a otros grupos poblacionales que reciben un subsidio o auxilio. // Ahora bien, el subsidio permanente a la vejez que propone

el proyecto tiene en cuenta requisitos como edad (...), tiempo de servicios y una cuantía de un salario mínimo, por lo tanto se constituye en una pensión con apariencia de subsidio. // Al respecto, es bueno tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció (...)... A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados (...) // Por lo anterior, la prestación económica que se propone y que la iniciativa denomina (...) subsidio permanente de vejez (...) no es un subsidio a la cotización sino una mesada pensional lo que va en contravía de las exigencias constitucionales para adquirir tal derecho[29][29]31, edad y tiempo de cotización, por lo que deviene en inconstitucional. En especial, una mesada de esta naturaleza vulnera el derecho a la seguridad social, el principio de igualdad y atenta contra la sostenibilidad del sistema en razón al trato diferencial que hace en la materia frente a otros grupos poblacionales vulnerables de especial protección, sin justificación objetiva alguna, y al incremento en el gasto público para hacer efectivo dicho subsidio sin que exista una fuente adicional o alternativa de financiación; recursos que en todo caso no se encuentran contemplados en el Presupuesto General de la Nación ni en el Marco Fiscal de Mediano Plazo; escenario que incumple a su vez las exigencias del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, de establecer en todo proyecto de ley la fuente de financiación de los gastos que la propuesta genere. // Adyacente, el subsidio que se pretende crear, por sus características, contraviene las prohibiciones expresamente consagradas al Congreso de la República, contenida en el artículo 136-4 superior, esto es (...) decretar a favor de personas o entidades, donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente (...). // Para realizar el cálculo del costo implícito en la propuesta, se supuso que el pago del subsidio se realiza mensualmente. // Además, se contemplaron dos escenarios para las madres que tienen una permanencia entre 10 y 20”.

[144] Indicó allí lo siguiente: “En qué sentido, en qué mañana por no precisar unos lineamientos y por eso una de las preguntas que yo le hice a los candidatos a la Corte Constitucional tuvo que ver precisamente con el tema del impacto fiscal, porque es que, todas las decisiones que se tomen en este Congreso pasan necesariamente por el racero de la sostenibilidad fiscal, de lo contrario nos veríamos abocados a que el día de mañana una de las entidades más queridas para los colombianos como es el caso del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar se convierta en una entidad inviable, y eso sería muy

grave, porque eso sí sería dar al traste con toda una política social, entonces yo simplemente llamo la atención de la Plenaria que exista claridad, señor Presidente, sobre ese tema y yo sí quisiera que los miembros de la Comisión Séptima del Senado me dieran por lo menos a mí esa claridad para poder omitir mi voto porque me parece una decisión de la mayor responsabilidad para el país”.

[145] Esta conclusión no se opone, naturalmente, a que el Congreso de la República establezca los mecanismos para fortalecer su capacidad de valorar las diferentes incidencias fiscales de las decisiones que le corresponde adoptar. Ello, a juicio de la Corte, podría profundizar la calidad del debate cuando el Congreso cumple sus funciones legislativas y de control político.

[146] Sentencia C-051 de 2018.

[147] Sentencia C-051 de 2018.

[148] Sentencia C-051 de 2018. Indicó también: “Desde otro punto de vista, los cálculos financieros de las decisiones normativas tienen una incidencia favorable en la aplicación efectiva de las leyes, pues su aprobación solamente se producirá después de conocerse su impacto fiscal previsible y las posibilidades de financiarlo”.

[149] Ver supra num. 49.

[150] Según el artículo 27 de la Ley 797 de 2003 los recursos de la cuenta de subsistencia son los siguiente: “a) Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley; // b) El cincuenta (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes; // c) Los aportes del presupuesto nacional. Estos no podrán ser inferiores a los recaudados anualmente por los conceptos enumerados en los literales a) y b) anteriores, y se liquidarán con base en lo reportado por el fondo en la vigencia del año inmediatamente

anterior, actualizados con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE; // d) Los pensionados que devenguen una mesada superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta veinte (20) contribuirán para el Fondo de Solidaridad Pensional para la subcuenta de subsistencia en un 1%, y los que devenguen más de veinte (20) salarios mínimos contribuirán en un 2% para la misma cuenta”.

[151] Decreto 3771 de 2007-

[152] Sentencia C-776 de 2010.

[154] Ver supra num. 26.

[155] Sobre la naturaleza del régimen aplicable puede consultarse, por ejemplo, la sentencia SU079 de 2018.

[156] “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

[157] Creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979. Mediante Decreto No. 4156 de 2011 fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

[158] Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015), Ley 1474 de 2011, Decreto 019 de 2012, entre otras.

[159] Ver supra num. 37.

[160] Ver supra num. 40.1.

[161] Ver supra num. 40.6.

[162] Ver supra num. 61.1.

[163] Ver supra num. 63.

[164] Publicado en la Gaceta del Congreso 952 del 2 de noviembre de 2016

[165] Ver supra num. 85.

[166] Según lo sostenido por representantes del ICBF ante el Congreso, durante el trámite legislativo.

[167] Entre otras, ver las sentencias C-209 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara; y, C-121 de 2003. Clara Inés Vargas Hernández.