



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C, siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022)

Radicación núm.: 11001 03 24 000 **2014 00386** 00.

Actor: Virgilio Alfonso Sequeda Martínez.

Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio del Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Tesis: Es cierto que la regulación previa a la expedición de las normas que se censuran permitía reglamentar la bonificación reconocida a las Madres Comunitarias de acuerdo a las modalidades allí previstas y al número de niños y niñas atendidos.

No son nulos los actos administrativos que establecen escalas de remuneración para las madres comunitarias atendiendo el tiempo de su servicio y el número de niños atendidos

NULIDAD – ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a decidir el medio de control de nulidad de la referencia promovido por Virgilio Alfonso Sequeda Martínez contra el Decreto Reglamentario número 1490 del 6 de mayo de 2008, “*Por el cual se reglamenta el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008, “por la cual se adiciona un párrafo 2 al artículo 2 de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones”*, proferido por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social (hoy Ministerio de Trabajo¹), y el artículo 2 de la Resolución número 1773 de 8 de mayo de 2008, “*Por*

¹ Ley 1444 de 2011 “*Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.*” - “**Artículo 7o. Reorganización del Ministerio de la Protección Social.** *Reorganícese el Ministerio de la Protección Social, el cual se denominará Ministerio del Trabajo y continuará cumpliendo los objetivos y funciones señalados por las normas vigentes, salvo en lo concerniente a la escisión de que trata el artículo 6o de la presente ley. Esta entidad será responsable del fomento y de las estrategias para la creación permanente de empleo estable y con las garantías prestacionales, salariales y de jornada laboral aceptada y suscrita en la Organización Internacional del Trabajo (OIT).*”



la cual se modifica parcialmente la Resolución 000010 de Enero 2 de 2008 mediante la cual se aprueban los Lineamientos de Programación y Ejecución, de Metas Sociales y Financieras del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, proferida por el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF).

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

El mencionado ciudadano presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), en la cual solicitó lo siguiente:

“III. PRETENSIONES

1. Señores Magistrados del Consejo de Estado, solicito se declare la **NULIDAD** del Decreto Reglamentario número: mil cuatrocientos noventa (1490) del seis (6) de mayo de dos mil ocho (2008). Con efectos *ex-tunc*.
2. Señores Magistrados del Consejo de Estado, solicito se declare la **NULIDAD** del artículo segundo (2º) de la Resolución número: mil setecientos setenta y tres (1773) del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008) con efectos **ex – tunc**.² (Negrillas del texto)

1.2. Los actos cuestionados

1.2.1. El Decreto Reglamentario número 1490 del 6 de mayo de 2008, es del siguiente tenor:

“**DECRETO 1490 DE 2008**

(mayo 6)

Diario Oficial No. 46.981 de 6 de mayo de 2008

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Por el cual se reglamenta el artículo 4o de la Ley 1187 de 2008, “por la cual se adiciona un párrafo 2o al artículo 2o de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y

² Visible a folio 10 (reverso) del Cuaderno Principal.



CONSIDERANDO:

Que el artículo 44 de la Constitución Política dispone que la familia, la sociedad y el Estado, tienen la obligación de asistir y proteger a los niños y niñas para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos;

Que el artículo 4o de la Ley 1187 de 2008, establece que la bonificación mensual de las madres comunitarias se incrementará al setenta por ciento (70%) del salario mínimo legal mensual vigente a partir del primero (1o) de enero de 2008, sin perjuicio de los posteriores incrementos que se realicen;

Que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desarrolla el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar a través de distintas modalidades, según el tiempo de atención, número de niños y familias atendidas;

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

ARTÍCULO 1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar incrementará la bonificación de las Madres Comunitarias hasta el setenta por ciento (70%) del salario mínimo legal mensual vigente de acuerdo con la modalidad de atención y el número de niños atendidos.

ARTÍCULO 2. El incremento de que trata el artículo anterior se reconocerá en forma proporcional de la siguiente manera:

Modalidad	Bonificación 2008
Tiempo Completo con 14	\$323,400
Tiempo Completo con 13	\$300,300
Tiempo Completo con 12	\$277,200
Medio Tiempo con 14	\$230,580
Medio Tiempo con 13	\$214,110
Medio Tiempo con 12	\$197,640
FAMI con 15	\$230,745
FAMI con 14	\$215,362
FAMI con 13	\$199,979
FAMI con 12	\$184,596

PARÁGRAFO 1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Director General, podrá incrementar el valor de la bonificación anualmente, y establecer las cuotas de participación que deben pagar los padres de familia en las modalidades de atención de la primera infancia y demás programas.

ARTÍCULO 3. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 6 de mayo de 2008.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ



El Ministro de Hacienda y Crédito Público,
OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR.

El Ministro de la Protección Social,
DIEGO PALACIO BETANCOURT.³

1.2.2. El artículo 2 de la Resolución número 1773 de 8 de mayo de 2008, es el que sigue a continuación:

“RESOLUCIÓN 1773 DE 2008

(8 mayo)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

“Por la cual se modifica parcialmente la Resolución 000010 de Enero 2 de 2008 mediante la cual se aprueban los Lineamientos de Programación y Ejecución, de Metas Sociales y Financieras del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”

LA DIRECTORA GENERAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

En uso de sus facultades legales y en especial las que le confiere el numeral 4° del artículo veintiuno de la ley 7ª de 1979.

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución 000010 de Enero 2 de 2008, se aprobaron los “Lineamientos de Programación y Ejecución de Metas Sociales y Financieras - Vigencia 2008”, los cuales precisan los objetivos, criterios y parámetros para la programación y ejecución de las distintas modalidades de atención del Servicio Público de Bienestar Familiar financiados con recursos apropiados en el presupuesto de la entidad en el Decreto de Liquidación del Presupuesto General de la Nación.

Que para facilitar la ejecución de los servicios se hace necesario realizar algunas modificaciones a los Lineamientos aprobados.

Que es necesario complementar en los Lineamientos de Programación y Ejecución del Proyecto “CONSTRUCCION, REMODELACION, MANTENIMIENTO, DOTACION DE SEDES ADMINISTRATIVAS, REGIONALES, CENTROS ZONALES Y UNIDADES DE SERVICIO”, Subproyecto “Administración y dotación de planta física, Modalidad Dotación de inmuebles, con el objeto de ampliar los clasificadores del gasto que permitan la ejecución de los recursos.

Que el pasado 14 de Abril fue sancionada la Ley 1187 de 2008 “Por medio de la cual se adiciona un parágrafo 2° al artículo segundo de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones” que en su artículo 4° establece que “(...) La bonificación mensual de las madres comunitarias se incrementará al 70% del salario mínimo legal mensual vigente a partir del 1° de enero de 2008, sin perjuicio de posteriores incrementos que se realicen (...)”. En ese orden de ideas y teniendo en cuenta lo dispuesto en los Lineamientos de Programación y

³ Visto a folios *** del cuaderno principal.



Ejecución de Metas Sociales y Financieras, este incremento de la bonificación se cancelará conforme con las diferentes modalidades, cobertura y jornadas de atención de los Hogares Comunitarios de Bienestar.

Que el pasado 6 de Mayo se expidió el Decreto 1490 de 2008 "Por el cual se reglamenta el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008 -por la cual se adiciona un párrafo 28 al artículo 28 de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones" Parágrafo 1° que establece "(...) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Director General podrá incrementar el valor de la bonificación anualmente, y establecer las cuotas de participación que deben pagar los padres de familia en las modalidades de atención de la primera infancia y demás programas. (...)"

Que las modificaciones y la adición a los Lineamientos de Programación y Ejecución, cuentan con el análisis de viabilidad técnica y presupuestal emitido por la Dirección Técnica y de la Dirección de Planeación,

RESUELVE

(...)

ARTÍCULO 2o. La Bonificación que recibirán las Madres Comunitarias a partir del 1° de Enero del 2008 en cada una de las Modalidades del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, será la siguiente:

PARÁGRAFO 1: Para la Modalidad Tradicional Tiempo Completo: La bonificación será de \$770 niño/día, que corresponde al 70% del salario mínimo legal vigente.

PARÁGRAFO 2: Para la Modalidad Tradicional Medio Tiempo: La bonificación será de \$549 niño/día, que corresponde al 50% del salario mínimo legal vigente.

PARÁGRAFO 3: Para la Modalidad FAMI: La bonificación será de \$15.383 por Familia/mes, que corresponde al 50% del salario mínimo legal vigente.

PARÁGRAFO 4: Pago de la bonificación: Los recursos correspondientes al mayor valor por el ajuste del 17.2% al nuevo valor que le corresponde a cada madre comunitaria por el incremento de la bonificación establecido en la Ley 1187 de 2008, se hará de acuerdo con los datos registrados en la Tabla No. 1 El pago del ajuste se reconocerá a más tardar con el pago de la bonificación del mes de Mayo de acuerdo con los valores correspondientes a la Tabla No. 2 que contiene los valores definidos para la liquidación:

Tabla No. 1

Modalidad Tradicional	Niño/día	Madre/mes14	Madre/mes13	Madre/mes12	
Tiempo completo	770	\$ 323.400	\$ 300.300	\$ 277.200	
Medio Tiempo	549	\$ 230.580	\$ 214.110	\$ 197.640	
Modalidad	Flia/mes	Flia/mes15	Flia/mes14	Flia/mes/13	Flia/mes12
FAMI	15.383	\$ 230.745	\$ 215.362	\$ 199.979	\$ 184.596

Fuente: Dirección de Planeación- Abril 18 de 2008



Los valores para la adición en cada una de la Modalidades de atención, serán los que se describen en el siguiente cuadro:

Modalidad Tradicional	Niño/día	Madre/mes 14	Madre/mes 13	Madre/mes 12	
Tiempo completo	169	\$ 70.980	\$ 65.910	\$ 60.840	
Medio Tiempo	50	\$ 21.000	\$ 19.500	\$ 18.000	
Modalidad	Flia/mes	Flia/mes15	Flia/mes14	Flia/mes/13	Flia/mes 12
FAMI	427	\$ 6.405	\$ 5.978	\$ 5.551	\$ 5.124

Fuente: Dirección de Planeación- Abril 18 de 2008
(...)

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D. C. a los 8 MAYO 2008.

ELVIRA FORERO HERNÁNDEZ

Directora General”

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora sostuvo que el acto acusado desconoce los artículos 4, 6, 53, numeral 11 del artículo 189 y artículo 230 de la Constitución Política.

A continuación, se realiza una síntesis del concepto de violación esgrimido:

1.3.1.1. El demandante manifestó que el Gobierno Nacional y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), violaron la Constitución y la ley, pues no respetaron el orden jerárquico del sistema normativo colombiano. Para el efecto mencionó el artículo 4, el numeral 11, del artículo 189 y el artículo 230 Superiores, y lo dispuesto en las sentencias C – 634 de 2011 y la fechada de 10 de octubre de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, con base en lo cual concluyó que las entidades demandadas, al expedir las normas enjuiciadas, incurrieron en infracción de la norma en que debían fundarse.

Igualmente, aseguró que se extralimitaron en el ejercicio de sus funciones al reglamentar y omitir la ley sin que ello fuera necesario y que, aun siéndolo, debieron proteger su sentido original y no transgredirlo.

Para soportar sus juicios, expuso que el Decreto Reglamentario 1490 de 2008 había cambiado sustancialmente el sentido original de la ley, incorporándole una palabra que impone un rango variable al momento de la interpretación y agregándole un condicionamiento para su aplicabilidad, lo cual ilustró a través del siguiente cuadro:

“

Ley 1187 de 2008 del 14 de abril.	Decreto Reglamentario 1490 de 2008 del 06 de mayo.
Artículo 4º. La bonificación mensual de las madres comunitarias se incrementará al 70% del salario mínimo legal mensual vigente a partir del 1º de enero de 2008, sin perjuicio de los posteriores incrementos que se realicen. (Énfasis añadido).	Artículo 1º. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar incrementará la bonificación de las Madres Comunitarias hasta el setenta por ciento (70%) del salario mínimo legal mensual vigente de acuerdo con la modalidad de atención y el número de niños atendidos. (Énfasis añadido).

”⁴ (Negrillas y Subrayas del texto)

E indicando lo siguiente:

“7. Reitero que es incuestionable la violación del art. 4 de la ley 1187/08 por el Decreto Reglamentario 1490/08, que además también este omitió la palabra **mensual**, pero además, el legislador no implemento (Sic) para el caso de las bonificaciones a las Madres Comunitarias, que debía ser de acuerdo a alguna modalidad o número de niños atendidos, es decir fue cambiada materialmente la ley pues su sentido tomó otro rumbo, como se colige del resultado de la aplicación de dicha normatividad, al quedar sin sentido alguno la promulgación de dicha norma, pues las Madres Comunitarias antes de la expedición de la ley y su aplicación del Decreto Reglamentario 1490/08, percibían como contraprestación una bonificación mensual de \$151.200 y con la aplicación del artículo 4 de la ley 1187 /08, el aumento para el año 2008 debió ser al 70% teniéndose como resultado la suma de: \$323.500, y solo la aumentaron a la suma de \$197.640 que representa el 42,82% de un SMLMV, es decir le aumentaron \$46.440, cuando debieron haberles aumentado \$172.300 para que alcanzara **el** 70% del SMLLV.

8. En realidad **al** es una Contracción de la preposición **a** y el artículo masculino **él**. Es decir, que la norma quiso decir que la bonificación mensual de las Madres Comunitarias se incrementa **a el** 70%

Lo que significa que la palabra **el**: Artículo determinado en género masculino y número singular. Se usa entre otras para:

4- ante un nombre **contable** que establece generalizaciones⁵: ejemplo, la bonificación mensual se incrementa **a el** 70%.

⁴ Visto a folio 6 del cuaderno principal.

⁵ Diccionario de la Real Lengua Española.



Mientras que la palabra **hasta** significa: Indica el término o el límite en cuanto al tiempo, el espacio **o la cantidad**, se usa entre otras para:

1- Se usa para expresar el **límite** de acciones, lugares o **cantidades**, por ejemplo: la bonificación de las madres comunitarias se incrementará **hasta** el 70%

9. En suma, si la ley dejó la posibilidad de una reglamentación por parte del ejecutivo, entonces dicha reglamentación debía partir de un mínimo común establecido en la ley, o sea, el incremento la bonificación **al** 70% del SMMLV, a **todas las madres Comunitarias del país.**

Dicho mínimo común, se compone de todas las Madres Comunitarias del país, o sea, explicado de otra manera así:

1. Madres Comunitarias Tradicionales con atención de 12 niños, Que laboran desde las 8:00 AM hasta las 12:00 M.
2. Madres Comunitarias Tradicionales con atención de 13 niños. Que laboran desde las 8:00 AM hasta las 12:00 M.
3. Madres Comunitarias Tradicionales con atención de 14 niños. Que laboran desde las 8:00 AM hasta las 12:00 M.
4. Madres Comunitarias Tradicionales con atención de 12 niños, Que laboran desde las 8:00 AM hasta las 4:00 P.M.
5. Madres Comunitarias Tradicionales con atención de 13 niños. Que laboran desde las 8:00 AM hasta las 4:00 P.M.
6. Madres Comunitarias Tradicionales con atención de 14 niños. Que laboran desde las 8:00 AM hasta las 4:00 P.M.
7. Madres Comunitarias Fami con atención de 12 familias.
8. Madres Comunitarias Fami con atención de 13 familias.
9. Madres Comunitarias Fami con atención de 14 familias.

Téngase en consideración que todas las antes descritas, **son Madres Comunitarias**, por lo tanto a todas las cubre el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008, sin tener en cuenta si son Tradicionales o Fami o de atención de 12, 13 y 14 niños o si trabajan hasta las 12:00 M o 4:00 PM, en concordancia con lo anterior, este es el **mínimo común** que establece la ley en su mandato, (...)” (Negrilla y subrayas del texto)

1.3.1.2. Dicho esto, afirmó que el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008 cubre a todas las Madres Comunitarias, sin tener en cuenta para su aplicación si son tradicionales o fami, el rango de edad de los niños que atienden y los horarios en que laboran y que, por el contrario, el Gobierno Nacional estaría considerando que el noventa y cinco por ciento (95%) de ellas no lo son.

Aseguró que el Gobierno Nacional y el ICBF tenían pleno conocimiento de la finalidad de dicha norma, consistente en otorgar un incremento significativo en las bonificaciones “*exiguas*”⁶ que reciben por su labor. Para el efecto transcribió algunos apartes de las manifestaciones que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público realizó ante el congreso en los debates de aprobación de la mencionada disposición, así:

*“...el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** no tuvo la oportunidad de rendir concepto acerca de la consistencia **del incremento en la bonificación con lo señalado por el Marco Fiscal de Mediano Plazo**, salvo lo expresado por la Viceministra General de dicho ministerio en la sesión en la que se incluyó la proposición en el sentido de que ese monto no era financiable y por tanto Ministerio no podía aceptarlo.”*(Énfasis Añadido).

Y expresa la viceministra, doctora; GLORIA CORTES:

“Con la venia de la Presidencia hace uso de la palabra la señora Viceministra de Hacienda y Crédito Público, doctora Gloria Cortés:”

“Muchas gracias señor Presidente, yo quisiera aclarar acá que este artículo no cuento con el aval del Ministerio de Hacienda, tiene costo fiscal y por lo tanto no consideramos que es inconstitucional el máximo porcentaje que podríamos nosotros avalar sería hasta del 60% el 70% no porque desfinancia todos los programas aprobados en el Plan de Desarrollo del Bienestar Familiar” (Énfasis Añadido).⁷ (Negritas y subrayas del texto original)⁸

Conforme a lo transcrito, reiteró que el Gobierno tenía pleno conocimiento del sentido original de la ley, consistente en el pago del setenta por ciento (70%) del SMLMV a las Madres Comunitarias que para la fecha oscilaba en setenta mil pesos (\$70.000), tanto así que manifestaron solo poder avalar el 60% del incremento.

En esta misma línea argumentativa, trajo a colación la exposición de motivos de la Ley 1187 e hizo énfasis en una frase que indica que su finalidad era mejorar la calidad de vida de las Madres Comunitarias y sus familias:

*“El presente proyecto de ley plantea una propuesta integral, cuyo fin es disminuir la vulnerabilidad **y mejorar la calidad de vida de las madres comunitarias y su grupo familiar**, lo que redundará también en la calidad del servicio que prestan a los Hogares Comunitarios, cuyo éxito depende del bienestar que estas tengan en su núcleo familiar, ...”*⁹ (Negritas del original)

⁶ Visto a folio 8 ibídem.

⁷ Folios 6 vuelto a 8 ibídem.

⁸ Visible a folio 8 vuelto ibídem.

⁹ Folio 9 ibídem.

1.3.1.3. Por otro lado, resaltó que el Decreto Reglamentario viola el artículo 53 de la Constitución Política, pues las Madres Comunitarias durante el año 2012 y anteriores, recibían por sus servicios la suma de doscientos cuarenta y seis mil quinientos pesos (\$246.500), es decir el cuarenta y tres punto cuarenta y nueve por ciento (43.49%) del salario mínimo de la época, lo que vulnera el mínimo vital y móvil, la dignidad humana y la protección especial a la mujer; circunstancia que no hubiere acontecido de aplicar de manera correcta el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008.

Manifestó que la norma demandada no puede escapar del mandato constitucional que indica que la ley no puede menoscabar la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, máxime cuando se trata de una mujer vulnerable.

1.3.1.4. Indicó que, ante la dicotomía de aplicar la disposición legal contenida en el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008 o el Decreto Reglamentario 1490 de 2008, en lo que refiere a la bonificación que deben recibir las Madres Comunitarias, se debe, sin lugar a dudas, acoger el porcentaje determinado por el Legislador y acudir al principio constitucional de favorabilidad, pues, pese a que el artículo 5 de la mencionada Ley derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias, hoy coexiste con el Decreto Reglamentario 1490 de 2008 y el artículo 2 de la Resolución 1773 de 2008.

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

2.1. El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, mediante escrito calendado el 19 de febrero de 2015¹⁰, se opuso totalmente a las pretensiones de la demanda.

2.1.1. Propuso la excepción "*INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA*"¹¹, manifestando que, con base en la facultad constitucional otorgada al Gobierno Nacional y dispuesta en el numeral 11 del artículo 189, y en lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008, se determinaron las condiciones en las cuales se concreta la bonificación que estableció la ley en favor de las Madres Comunitarias, reglamentación que tuvo en cuenta las modalidades de atención

¹⁰ Visible a folios 41 a 43 del Cuaderno Principal.

¹¹ Visto a folio 42 del Cuaderno Principal.

contempladas en razón a la variación en el tiempo de cuidado y el número de niños a cargo.

2.1.2. Aseguró que el actor interpreta de manera aislada y sin ningún contexto normativo las disposiciones que censura y para ese efecto propuso lo que denominó la excepción de “*CONTEXTO DE LOS HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR DA ORIGEN A LA BONIFICACION DE LAS MADRES COMUNITARIAS EN PROPORCIÓN A LA ATENCIÓN*”¹². Sostuvo que la parte actora no tuvo en cuenta toda la regulación que existe sobre la materia, especialmente lo dispuesto en la Ley 89 de 1988 (artículo 1 párrafo), así como lo que prevé el artículo 44 de la Constitución Política, el Decreto 1340 de 1995 y el Acuerdo 21 de 1996 expedido por el ICBF (artículos 1, 4 y 5). Indicó que tampoco se consideró lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-628 de 2012, que precisó el régimen jurídico del programa, con base en lo cual concluyó que existen varias modalidades de atención y que la proporción de la bonificación se sujeta a ello.

Conforme a todo lo expuesto, solicitó desestimar las pretensiones del accionante.

2.2. Por su parte, el **Ministerio de Trabajo**, a través de memorial radicado el 20 de febrero de 2015, se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, en los siguientes términos¹³:

Realizó una descripción cronológica aproximada de la normativa y jurisprudencia que constituye el régimen jurídico de las Madres Comunitarias y el Programa de Hogares Comunitarios, refiriéndose a la Ley 89 de 1988, al Decreto 1340 de 1995, a la Ley 1023 de 2006, a la Ley 1187 de 2008, al Decreto 1490 de 2008, a la Ley 1607 de 2012 y al Decreto 289 de 2014, con base en lo cual concluyó que, a la fecha de presentación del escrito de contestación (año 2015), las Madres Comunitarias se vinculaban laboralmente mediante un contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del programa y contaban con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, devengando el salario mínimo mensual legal vigente.

¹² Visto a folio 42 (reverso) del Cuaderno Principal.

¹³ Visible a folios 45 a 49 del Cuaderno Principal.



En ese mismo orden, adujo que las disposiciones acusadas habían perdido fuerza ejecutoria dada la derogatoria tácita del artículo 4 de la Ley 1187 de 2008 por parte del artículo 36 de la anotada Ley 1607 de 2012.

Como medios exceptivos transcribió los planteados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, argumentando que la norma demandada contó con la participación de las dos carteras ministeriales.

2.3. El **ICBF** hizo lo propio y, mediante memorial radicado el 20 de febrero de 2015, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones y proponiendo las excepciones que se resumen a continuación¹⁴:

2.3.1. “*FALTA DE APLICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS E INTERPRETACIÓN ERRADA*”¹⁵. Advirtió que el demandante incurre en error al efectuar su justificación solo desde la aplicación del artículo 4 de la Ley 1187 de 2008, ya que no tiene en cuenta el contexto normativo en el cual se enmarca dicho mandato, pues, si bien las bonificaciones son una retribución, ésta forma parte del cumplimiento o prestación de un servicio que desde su misma naturaleza implica el principio de corresponsabilidad.

Explicó lo anterior asegurando que el servicio de Bienestar Familiar es público y tiene como finalidad la protección de la niñez y de la familia colombiana, dentro de criterios de políticas públicas sociales y progresividad en su cobertura, tal como lo indica la Ley 7 de 1979; y que, para el efecto, usa diferentes herramientas jurídicas, de las que destaca el denominado contrato de aporte, por medio del cual el aportado u operador, en este caso las Asociaciones de Padres de Familia, vinculan a las Madres Comunitarias para que ellas procuren el cuidado de los niños que les son confiados.

Puso de presente que el régimen legal del servicio de bienestar familiar se encuentra consagrado en el numeral 9 del artículo 21 de la Ley 7 de 1979 y en los artículos 123 a 128 del Decreto 2388 de 1979, e indicó que la demanda adolece de una “*Laguna de reconocimiento*”¹⁶, pues el demandante no reconoce las normas

¹⁴ Visible a folios 45 a 49 del Cuaderno Principal.

¹⁵ Visible a folio 59 del Cuaderno Principal.

¹⁶ Visible a folio 60 del Cuaderno Principal.



que aplican al caso y las sesga, haciendo imposible la interpretación sistemática de la disposición demandada.

Así las cosas, afirmó que no existe la contradicción que pretende hacer ver el actor, por cuanto el Decreto enjuiciado corresponde a un desarrollo por vía de reglamentación de las citadas disposiciones que regulan el anotado servicio público en las cuales se hallan normativas orientadas a definir las modalidades en las que se ejecuta la actividad, que atienden al número de niños y la intensidad horaria correspondiente, así como al contrato de aporte al que se refirió como aparece a renglón seguido, lo que implica que esta complejidad técnica se reglamente, tal como se llevó a cabo con el Decreto impugnado, en desarrollo del principio constitucional de igualdad material.

En esta línea, manifestó que, revisadas las normas controvertidas, se tiene que el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008 establece la obligación de incrementar al setenta por ciento (70%) del salario legal mensual vigente a partir de enero de 2008, fijando un rango, mientras que el Decreto 1490 de 2008, en su artículo 1, dispone que el incremento de la bonificación será hasta el setenta por ciento (70%) del salario mínimo legal mensual vigente de acuerdo con la modalidad de atención y el número de niños atendidos, lo cual consideró atiende a que no todas las modalidades de atención son iguales y por ende, no puede dárseles el mismo tratamiento.

Manifestó que del sistema de bienestar familiar hacen parte todas las entidades territoriales en los niveles local, departamental y nacional, los entes de control, el Ministerio Público y la sociedad, como lo dispone el artículo 214 de la Ley 1098 de 2006, por lo que no es el ICBF el que se lucra de la actividad desplegada por las Madres Comunitarias sino la sociedad entera, tratándose de una forma solidaria de operación.

Conforme con lo anterior, concluyó que la exposición del actor se encuentra equivocada y carece de fundamento, pues no integró en debida forma las normas jurídicas aplicables; desconoció la realidad del servicio de bienestar familiar y su forma de operación; presentó una contradicción entre dos disposiciones sin haber advertido que la relación entre ellas era precisamente el uso de la potestad reglamentaria; afirmó sin el debido sustento y motivación que el artículo 4 de la Ley

la Ley 1187 de 2008 no era susceptible de ser reglamentado y omitió el contenido del artículo 1 del Decreto 1490 de 2008.

2.3.2. “DESCONOCIMIENTO DE LA POTESTAD REGULADORA, PROPORCIONALIDAD ENTRE LA LABOR REALIZADA Y LA BECA OTORGADA. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD”¹⁷.

Aseguró que el actor desconoce el alcance de la potestad reguladora establecida en cabeza del Gobierno Nacional y sus Establecimientos Públicos.

Indicó que, tal como lo determina el Decreto 1490 de 2008 y la Resolución 1773 de 2008, la beca a las Madres Comunitarias tiene como criterio determinante la jornada y el número de niños y niñas atendidos, criterios que obedecen al desarrollo de los principios de igualdad material, justicia y equidad, por lo que, entre más niños se atiendan y más extensa sea la jornada, se le reconocerá una beca mayor. Para sustentar lo dicho transcribió apartes de las sentencias C-250 de 28 de marzo de 2012 y C-964 de 21 de octubre de 2013.

Con base en lo dicho, concluyó lo siguiente:

“En consecuencia, la reglamentación de la ley para ajustarla a la realidad del Servicio de Bienestar Familiar, es decir, a las características de la actividad desarrollada por las diferentes Madres Comunitarias se ajusta a los principios de igualdad material, justicia y equidad y no resulta violatorio ni de la Constitución Política, ni de la Ley.

El tema que concita la atención de la Corporación no puede analizarse desconociendo la naturaleza y características del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, en que se explican los Antecedentes, Justificación, Generalidades del programa, Componentes del programa, Procesos administrativos para la apertura y cierre del servicio y la Financiación, para lo cual aportamos los Lineamientos del Programa.”

Por último, solicitó que, conforme a lo manifestado, no se declare la nulidad de las normas demandadas.

2.3.3. Mediante memorial allegado el 23 de febrero de 2015, el **ICBF** adicionó el escrito anterior, describiendo la historia, naturaleza y características del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, en los siguientes términos:

¹⁷ Visto a folio 63 del Cuaderno Principal.



“3.1. Fueron creados como una estrategia de un Plan de Lucha contra la Pobreza Absoluta y la Generación de Empleo, regulados por la Ley 89 de 1988, el Decreto 2019 de 6 de septiembre de 1989 “por el cual se reglamenta el parágrafo 20 del artículo primero de la Ley número 89 del 29 de diciembre de 1988” y el Acuerdo 21 de 1989 de la Junta Directiva “Por el cual se dictan procedimientos para el desarrollo del programa hogares comunitarios de Bienestar”

El art. 1° del Decreto 2019 de 1989 clarifica que los Hogares Comunitarios de Bienestar previstos en el parágrafo 2° del art. 1° de la Ley 89 de 1988 “se constituyen **mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales, para que las familias en acción mancomunada atiendan las necesidades básicas** de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país” (énfasis agregado al original)

Es claro que el Programa fue concebido como un referente comunitario, en virtud de la corresponsabilidad de toda la sociedad y del Estado en la protección de su núcleo fundamental la familia.

2.2. Posteriormente, el programa fue reglamentado mediante las siguientes disposiciones:

Acuerdo 5 de 8 de marzo de 1991, adoptado por la Junta Directiva del ICBF, “Por el cual se adiciona el acuerdo 21 del 14 de noviembre de 1989”.

Acuerdo 21 de 23 de abril de 1996, adoptado por la Junta Directiva del ICBF, “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”.

Acuerdo 27 de 23 de junio de 1993, adoptado por la Junta Directiva del ICBF “Por el cual se modifican los artículos tercero y cuarto del Acuerdo No 005 del 8 de marzo de 1991”.

Decreto 1340 de 1995, “Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”.

Acuerdo 38 de 22 de agosto de 1996, adoptado por la Junta Directiva del ICBF, “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento de los hogares Comunitarios de Bienestar Múltiples Empresariales”

Acuerdo 39 de 22 de agosto de 1996, adoptado por la Junta Directiva del ICBF, “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar FAMI”.

Con posterioridad a la norma demandada, los Lineamientos del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar se adoptaron mediante Resolución 776 de 7 de marzo de 2011, expedida por la Directora General del ICBF, “Por la cual se aprueba el Lineamiento Técnico-Administrativo, Modalidad Hogares Comunitarios de Bienestar en todas sus formas (FAMI Familiares, Grupales, Múltiples, Múltiples Empresariales y Jardines Sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad” y su documento anexo, publicados en el Diario Oficial No. 48188 de 10 de septiembre de 2011.



De acuerdo con lo anterior se tiene que el tema que ocupa la atención de la Corporación no puede analizarse desconociendo la naturaleza y características del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, en que se explican los Antecedentes, Justificación, Sistema de Atención, Financiación Personas encargadas de la Atención y Componentes del programa.

Adicionalmente, y tomando en cuenta lo indicado en el escrito radicado el pasado 20 de febrero de 2015, puede plantearse que mientras la interpretación efectuada por el actor en la demanda es estrictamente en el plano legal, la lectura del Gobierno Nacional sobre el porqué de las normas demandadas es constitucionalmente plausible, es decir, acorde a los principios y mandatos constitucionales”

Finalizó reiterando la solicitud consistente en que no se declare la nulidad de las normas demandadas.

III. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES

En primera medida el demandante abordó la consideración que hizo el ICBF en la contestación de la demanda, consistente en que dicha institución desarrolla su función a través del contrato de aporte, conforme a lo cual indicó que el mencionado acuerdo es ley para las partes, tal como lo estipula el artículo 1602 del Código Civil, y puede ser invalidado por controvertir disposiciones superiores.

También se pronunció respecto al fundamento teórico denominado “*lagunas de reconocimiento*”, afirmando que dicha teoría se refiere a la existencia de penumbra o vaguedad en la norma objeto de reglamentación y que representa dificultad al Juez al momento de su aplicación a un caso. Para ilustrar mejor su argumento propuso un ejemplo y concluyó que dicha figura no acontece en estas diligencias, en razón a que la Ley 1187 del 2008 es clara, no presenta dificultades de interpretación y aplicación y va dirigida a todas las Madres Comunitarias del país.

Posteriormente, reiteró que debía tenerse en cuenta que el espíritu de la norma es otorgarle un derecho a todas las Madres Comunitarias sin dejar por fuera ninguna y sin considerar a qué modalidad pertenecen, tal y como se expresa en la exposición de motivos del proyecto de Ley número 110 del 2006; pero que el Ejecutivo, a través de las normas demandadas, modificó el sentido y alcance original de la ley dejando sin ese beneficio a la mayoría de las Madres Comunitarias del país.



Relató y relacionó algunos de los hallazgos de la investigación que aseguró haber realizado acerca de las “lagunas de reconocimiento”, transcribiendo apartes doctrinales sobre el alcance de dicha figura.

Por otro lado, en cuanto a lo alegado por el ICBF respecto de la omisión de las normas que integran el Sistema de Bienestar Familiar, señaló que el artículo 5 de la Ley 1187 derogó todas las normas que le fuesen contrarias y que no existe justa razón para integrar disposiciones que contradigan el artículo 4 de la mencionada disposición. Reiteró que la norma en comento no contempla ningún rango de aplicación ni aumentos que no correspondan al 70% del SMLMV.

A continuación, trajo a colación los argumentos expuestos por el Ministerio de Trabajo en la contestación de la demanda relativos a la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos que se cuestionan, asegurando que los mismos están produciendo efectos en la actualidad y son el argumento de defensa del ICBF ante las reclamaciones de incremento de la bonificación. Así las cosas, precisó que la Ley 1607 de 2012 no es retroactiva y que por ende es viable acometer el análisis judicial que se propone en el asunto de la referencia.

Por último, aclaró que en la demanda no se ha discutido que exista la posibilidad de reglamentación de la Ley 1187 de 2008 sino que la misma excedió su alcance, pues en caso de existir varias modalidades de madres comunitarias, el Legislador no lo distinguió, lo que sí hizo el Ejecutivo mediante el Decreto reglamentario demandado, siendo que tal atribución debe estar orientada a aplicar favorablemente las normas a las Madres Comunitarias.

IV. AUDIENCIA INICIAL

El día 18 de septiembre de 2015, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que se fijó el litigio de la siguiente manera:

“Como la controversia planteada es de puro derecho, el Despacho considera que el problema jurídico se limita a establecer si el acto acusado es violatorio de normas superiores, esto es, de los artículos 4, 6, 53, 189 numeral 11 y 230 de la Constitución Política, así como del artículo 137 del CPACA y del artículo 4 de la Ley 1187 2008, lo anterior porque presuntamente:



- (i) *Los actos acusados desconocen el orden jerárquico establecido en el ordenamiento jurídico a través de la consagración del artículo 4 de la Constitución.*
- (ii) *Las entidades demandadas incurrieron en extralimitación de funciones como quiera que la reglamentación de la ley era innecesaria y desborda su contenido.*
- (iii) *Se desconocieron las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional en lo atinente a la obligatoria de los precedentes judiciales.*
- (iv) *Se vulnera el artículo 189 numeral 11 de la Carta Política porque el acto de reglamentación es contrario a lo dispuesto por la disposición legal que se pretendía reglamentar.*
- (v) *Los actos acusados son contrarios a las normas en que debían fundarse.*
- (vi) *Los actos demandados violan el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008 dado que ordenan incrementar la bonificación de las madres comunitarias hasta el 70% a pesar de que la disposición legal ordena que el incremento se haga al 70% sin que tal incremento estuviera sujeto a ningún condicionamiento.*
- (vii) *Se desconoce el artículo 53 de la Constitución toda vez que los actos demandados vulneran el mínimo vital móvil en la protección reforzada que la Carta Política ofrece a la mujer”¹⁸*

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Mediante escrito calendado el 25 de septiembre de 2015, el **Ministerio de Trabajo** solicitó que el fallo se profiera negando las pretensiones del demandante y manteniendo incólume el Decreto Reglamentario 1490 de 2008 y la Resolución 1773 de 2008 expedida por el ICBF, arguyendo lo siguiente:

5.1.1. “**PRIMER ALEGATO: La Potestad Reglamentaria en la Carta Fundamental de 1991.**”¹⁹. Argumentó que, de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, el Presidente de la República tiene asignada una potestad exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes con sujeción a la Constitución y al contenido de éstas. Lo anterior con la finalidad de lograr su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitar su desarrollo en términos técnicos y hacer posible su aplicación práctica.

¹⁸ Visto a folio 104 y 105 del Cuaderno Principal

¹⁹ Visto a folios 112 (reverso), 113 y 114 del Cuaderno Principal.



Aseguró que el Decreto acusado es reglamentario y fue proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades constitucionales a que se refiere la norma anteriormente indicada, pues el Decreto 1490 de 2008 reglamenta el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008.

Bajo esa línea argumentativa trajo de colación y transcribió apartes de la sentencia C-805 de 2001, que abordó el tema de la potestad reglamentaria, sus características, el término legal para la expedición y la participación de los Ministerios y entidades administrativas. Con base en esto, aseguró que el Decreto Reglamentario y la Resolución demandada son el resultado del ejercicio de dicha potestad encaminada a regular aspectos relativos a los ingresos de quienes prestan el vital servicio de hogares comunitarios, pues se trata de un sector de especial atención.

Con base en lo expuesto concluyó que el contenido de las disposiciones enjuiciadas no implica de ninguna manera exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria ni vulneración a las garantías constitucionales de las Madres Comunitarias. Para sustentar lo dicho se refirió a la sentencia proferida por esta Corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, el 21 de agosto del 2008, dentro de los procesos número 11001 03 25 000 2004 00024 01 (0294-04) y 11001 03 25 000 2004 00025 01 (0295-04).

5.1.2. *“SEGUNDO ALEGATO: Evolución normativa respecto de las madres comunitarias y el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF.”*²⁰
Realizó una breve reseña del concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 10 de mayo del 2007 en el proceso identificado con el número 11001 03 06000 2007 00034 00, en el que esta Corporación se refirió al régimen jurídico de las Madres Comunitarias.

Aseveró que el Estado Colombiano, con la intervención de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y los gobiernos locales, ha demostrado un interés respecto de sus deberes frente a las Madres Comunitarias, especialmente en lo que refiere a una contraprestación por sus servicios, no como funcionarias públicas sino como

²⁰ Visto a folio 114 del Cuaderno Principal.

miembros de una comunidad que ayuda a sus coterráneos de bajos ingresos, particularmente a los niños menores de siete (7) años.

Para sustentar lo dicho referenció el conjunto de normas que se han ocupado de regular lo atinente al ingreso para las Madres Comunitarias desde el año 1988 hasta el año 2014, (Ley 89 de 1988, Decreto 1340 de 1995, Ley 1187 de 2008, Decreto 1490 el 2008, Ley 1607 de 2012 y Decreto 289 del 2014), conforme a las cuales aseveró que, aplicando una técnica de interpretación sistemática, se observa que la evolución legal y reglamentaria ha sido progresiva y acorde no sólo con la realidad del servicio desarrollado por esas mujeres sino de los ingresos por ellas percibidos y las garantías establecidas conforme a las disposiciones que en materia tributaria incumben al tema.

5.1.3. *“TERCER ALEGATO: AUTO DE 19/12/14 POR EL CUAL SE SUSPENDEN LOS ARTÍCULOS DEMANDADOS”*²¹. Manifestó su disenso frente a la decisión tomada en el auto de 19 de diciembre de 2014, por medio del cual se suspendió la vigencia de los artículos demandados, pues consideró que no existían razones para ello, en la medida en que las normas enjuiciadas son conformes a lo dispuesto en la Constitución Política y no se configura ninguna causal de nulidad. De conformidad con lo dicho transcribió apartes de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2012, por la Sección Tercera de esta Corporación, en la que se pronuncia respecto de los requisitos de la suspensión provisional.

5.1.4. *“CUARTO ALEGATO: LO CONTEMPLADO EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA”*²². Reafirmó lo manifestado en la contestación de la demanda y se unió a lo expresado tanto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como por el ICBF.

Finalizó solicitando se nieguen las pretensiones de nulidad frente a los actos demandados.

5.2. El 1 de octubre de 2016, el **ICBF** allegó memorial en el que indicó que, debido a que no se practicaron pruebas ni se anunciaron nuevos elementos de

²¹ Visto a folio 115 del Cuaderno Principal.

²² *Ibíd.*



controversia, reiteraba los argumentos presentados en la contestación de la demanda²³.

5.3. Por su parte, el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, el 2 de octubre de 2015, presentó escrito de alegatos en el que manifestó ratificarse y reiterar todos los argumentos y razones de defensa expuestos en la contestación de la demanda, con base en los cuales, concluyó que la expedición de las disposiciones demandadas se realizó en uso de la atribución constitucional otorgada al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189 y que, por tanto, se configura un desarrollo válido de dichas disposiciones sin que representen una violación a la ley.

Con fundamento en lo anotado solicitó desestimar las pretensiones del accionante²⁴.

5.4. Por su parte, el señor **Virgilio Alfonso Sequeda Martínez** allegó al plenario alegatos de conclusión el 5 de octubre de 2015, reiterando la exposición vista en el traslado a las excepciones.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La **Agencia del Ministerio Público Delegada para la Conciliación Administrativa** rindió concepto mediante memorial radicado en la Secretaría de esta Sección el 30 de septiembre de 2015²⁵, en el que expuso los siguientes fundamentos:

Indicó que, para abordar el problema jurídico en relación con los cargos formulados por el actor, era necesario consultar el espíritu de la Ley 1187 de 2008. Para el efecto examinó los antecedentes y debates de la norma, conforme a lo cual advirtió que el artículo 4 no se encontraba contemplado en las deliberaciones iniciales al interior de la célula legislativa y que dicha disposición fue incorporada hasta el cuarto debate en la plenaria del Senado, mediante una proposición de la autora del proyecto de ley, el cual fue aprobado unánimemente y acogido en su totalidad en los informes de conciliación presentados por cada cámara.

²³ Visible a folios 116 a 123 del Cuaderno Principal

²⁴ Visible a folio 131 del Cuaderno Principal.

²⁵ Visible a folios 124 a 130



Luego se refirió a las objeciones presidenciales y conforme a ello coligió que el Legislador Ordinario, consciente de las precarias condiciones laborales de las Madres Comunitarias, optó por elevar a un porcentaje la bonificación que percibían a partir de enero de 2008, implementando una medida de discriminación positiva y garantista, reconociendo el papel trascendental que desempeñan en el Estado Social de Derecho.

Enfatizó en que el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008 dispuso, con carácter general, que la bonificación mensual de las Madres Comunitarias se incrementara sobre la base del 70% del SMMLV, sin que se haya introducido que este incremento se haría de forma escalonada hasta alcanzar dicho porcentaje, en atención a ciertos criterios como la modalidad de atención y el número de niños. Conforme a lo anterior, consideró que: *“En criterio de esta Delegada, como la norma no incorporó criterio de diferenciación alguna, mal hizo el ejecutivo (sic) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en crear una escala de bonificación, pues ello contraría el espíritu general de la Ley 1187 de 2008, la cual propendía por materializar el principio de igualdad y reconocer el pago de una bonificación a las madres comunitarias, sujetos que gozan de una especial protección constitucional por la loable e importante labor que desempeñan en el desarrollo de la niñez”*.

En consecuencia, manifestó que comparte plenamente los argumentos esgrimidos en el auto que ordenó la medida cautelar de suspensión provisional, en el entendido que los actos demandados se oponen a las normas superiores que le sirvieron de fundamento, resultando desbordado el ejercicio de la potestad reglamentaria y el principio de jerarquía normativa.

Concluyó que el demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del Decreto 1490 de 2008 y del artículo 2 de la Resolución 1773 de 2008, y en ese sentido solicitó a la Sala de Decisión declarar la nulidad de los actos acusados.

VI. DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes



VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

7.2. Planteamiento

De acuerdo con el contenido y alcance de la demanda y sus respectivas contestaciones, se observa que las partes coinciden en que el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008 creó una bonificación mensual para las madres comunitarias y que dicha disposición fue objeto de reglamentación por el Decreto 1490 del 6 de mayo de 2008 emitido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el entonces Ministro de la Protección Social; y que tal acto, a su vez, fue reglamentado por el ICBF a través de la Resolución 1773 del 8 de mayo de ese mismo año.

Ahora, discrepan sobre el alcance de la mencionada potestad reglamentaria ejercida por el Presidente de la República y el ICBF, pues para el accionante, al expedirse el Decreto 1490 de 2008 y el artículo 2 de la Resolución 1773 de ese mismo año, existió extralimitación de dicha atribución, lo que redundaba en su nulidad, por lo siguientes dos aspectos: (i) por cuanto desconocieron el designio del Legislador (contenido en el trámite legislativo) quien, al expedir la norma en cita, lo que pretendió fue reconocer a todas las madres comunitarias, sin excepción, una bonificación mensual del setenta por ciento (70%) del SMLMV a partir del 1 de enero de 2008, sin que tal aspecto se encontrara ligado a la modalidad en que ejercieran esa actividad o el número de niños y niñas atendidos, y (ii) dado que, de acuerdo con el análisis semántico efectuado de la preposición “al” dispuesto en la norma legal, lo que se quiso decir fue que la bonificación mensual de las madres

comunitarias debía incrementarse “a el” setenta por ciento (70%), enunciado que, a la luz de lo que prevé el Diccionario de la real Academia de la Lengua Española, dista del contenido de la norma reglamentaria, según el cual tal bonificación se incrementará “hasta” en un setenta por ciento (70%) del SMLMV estableciendo un límite que no es consonante con la norma superior. Lo dicho, para el actor, es demostrativo de que existió una clara violación de lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 Superior y de lo establecido en el artículo 53 ibídem, en tanto que lo reconocido a las madres comunitarias antes de la expedición de la Ley 1187 de 2008 era una cifra paupérrima que daba al traste con los principios de dignidad humana y que imponían una interpretación premiando el principio de favorabilidad.

Por su parte, los entes demandados defienden el correcto ejercicio de la potestad cuestionada arguyendo que la interpretación de las disposiciones que se enjuician debe atender al contexto normativo en que fueron expedidas, pues sólo de esa manera puede entenderse en su real dimensión que la actividad desplegada por las madres comunitarias se enmarca en el escenario de un servicio público que debe ser prestado de acuerdo a las condiciones consagradas en las normas que antecedieron a la Ley 1187 de 2008, estas son, la Ley 7 de 1979, el Decreto 2388 de esa misma anualidad, la Ley 89 de 1988, el Decreto 1340 de 1995 y la Ley 1023 de 2006, todo lo cual justifica que se hayan previsto modalidades de Hogares Comunitarios de Bienestar y parámetros de trato de acuerdo con el número de niños y niñas atendidos y el tiempo que permanezcan en los respectivos hogares. Sostienen que tal consideración responde a la aplicación del principio de igualdad material contenido en la Constitución Política. Frente a este particular, el demandante refiere que no existe razón que justifique llevar a cabo la integración normativa a que se ha aludido, máxime cuando el artículo 5 de la Ley 1187 de 2008 derogó tácitamente todas las normas que le fuesen contrarias.

7.3. Cuestión previa

Como quedó referido en el auto por medio del cual fue desatado el recurso ordinario de súplica²⁶ contra el proveído que había decretado la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos cuestionados en el asunto de la

²⁶ Auto del 1 de marzo de 2018.

referencia²⁷, la Ley 1607 de 2012 (artículo 36), derogó tácitamente la disposición contenida en el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008, lo que condujo a que los actos que reglamentaron esta última ley perdieran fuerza ejecutoria.

La norma expedida en el 2012 era del siguiente tenor:

“Artículo 36. Durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas.

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

Visto lo anterior, es diáfano que, frente al Decreto y la Resolución aquí censurados, operó el denominado decaimiento al haber desaparecido el fundamento legal que les dio origen, todo lo cual nos ubica en el contexto del numeral 2 del artículo 91 del CPACA:

“Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia”. (Subrayas de la Sala).

²⁷ Auto del 19 de diciembre de 2014.

Ahora, la ocurrencia de tal fenómeno se relaciona con uno de los atributos del acto administrativo, es decir, la ejecutoriedad u obligatoriedad de las decisiones unilaterales de la Administración, lo cual supone el nacimiento a la vida jurídica de tal decisión, sólo que, por alguna de las circunstancias anunciadas en la normativa transcrita, deja de producir efectos.

Lo expuesto permite concluir que, ante supuestos como el descrito, el control de legalidad es procedente, pues este último se relaciona con la validez del acto administrativo, que no es otra cosa que la concordancia del acto con el orden jurídico superior al momento en que fue expedido en atención a elementos tales como la competencia, la motivación, su forma de expedición, el respeto al debido proceso y al derecho de audiencia y defensa y la atención a los fines para los cuales se erigió.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme, pacífica y reiterada en este sentido²⁸:

*“Pese a que de acuerdo con lo expuesto la norma legal en la que se fundamentó la Circular acusada, que se dirigió a todas las entidades públicas, fue declarada inexecutable, **la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo** cuando han desaparecido sus fundamentos de derecho, no impide la revisión de su legalidad, dado que el decaimiento del acto no tiene que ver con la validez del mismo, como lo ha sostenido la Corporación en varias oportunidades²⁹. En efecto la validez del acto está referida a la concordancia de éste, para el momento de su nacimiento con el ordenamiento jurídico superior, si éste infringió las normas en las que debía fundarse, si fue expedido con falta de competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencias o defensa o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien lo expidió (art. 84 C. C. A); en tanto que la fuerza ejecutoria del mismo se relaciona con una de sus características, como es el de la obligatoriedad, cuando a pesar de que el acto cobró firmeza, hay cesación de sus efectos jurídicos ante la ocurrencia de algunos de las causas enlistadas en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, consistentes en que el acto fue suspendido provisionalmente, desaparecieron sus fundamentos de hecho o de derecho, al cabo de cinco años de estar en*

²⁸ Los siguientes apartes han sido acogidos en diversos pronunciamientos entre los cuales vale la pena resaltar: Sección Quinta, Sentencia del 23 de agosto de 2018. Proceso número 52001 23 31 000 2011 00002 01. M.p: Alberto Yepes Barreiro; Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2012. Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00353-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso; Sección Primera. Sentencia del 26 de julio de 2018. Expediente número 11001 03 24 000 2010 00199 00. M.P. María Elizabeth García González. Sección Primera. Fallo del 15 de noviembre de 2019. Proceso número 11001 03 24 000 00163 01. C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencias de 3 de agosto de 2000, M. P. Olga Inés Navarrete Rodríguez, exp. No. 5722, actor: Luis Fernando Velandia Rodríguez; 9 de diciembre de 2004, M. P. María Inés Ortiz Barbosa, exp. No. 14152, actor: Exportamérica de Colombia S. A; sentencia de 4 de noviembre de 2004, M.P. María Inés Ortiz Barbosa, exp. No. 13822, actor: Pedro Enrique Sarmiento Pérez.

firme, la administración no realizó los actos correspondientes para su ejecución, no se cumplió la condición resolutoria a que se encontraba sometido. La Sala en sentencia de 3 de julio de 2003 al respecto dijo:

*“(…) en primer lugar, que la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento del acto administrativo por desaparicimiento de los fundamentos de hecho o de derecho **no es causal de nulidad de los actos administrativos** pues tal pérdida de ejecutoria hace que el acto no esté llamado a producir efectos, y por ende impide que la Administración les dé cumplimiento porque se torna inoponible; la situación de pérdida de fuerza ejecutoria alegada () no es circunstancia que ataque la validez del acto como tampoco lo es el desaparicimiento del fundamento jurídico toda vez que esta es causal de dicha pérdida de ejecutoria. Recuérdese que el C. C. A en sus artículos 84 y 85 C. C. A. - y la reiterada jurisprudencia dictada con base en dicho principio de legalidad - señalan que las causales de nulidad de los actos administrativos son taxativas y destacan que la pérdida de fuerza ejecutoria o el decaimiento del acto no son causales de nulidad; que la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos puede provenir de la anulación por la jurisdicción contencioso administrativa, entre otros (art. 66)*

***En segundo lugar**, es necesario aclarar que el decaimiento del acto se predica de actos en firme porque es la característica de firmeza la que puede en principio ocasionar la ejecutoriedad y ejecutividad de la decisión, según el caso, y la pérdida de fuerza ejecutoria en caso de ocurrir algunas de las causales previstas en la ley”.³⁰*

Por consiguiente, el decaimiento del acto administrativo por algunas de las situaciones enunciadas, se produce a partir de su acaecimiento y hacia el futuro y no comprende los efectos producidos por él mientras estuvo vigente, situación que además le da una razón más al pronunciamiento en sede jurisdiccional de nulidad, sobre la validez del acto, cuando ha perdido fuerza ejecutoria por desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, sumado a que no existe en esta Jurisdicción una acción autónoma a través de la cual se pueda solicitar la declaratoria de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto”³¹.

En fallo del 26 de agosto de 2010, la Subsección “B” de la Sección Segunda también se manifestó en el sentido expuesto:

“El decaimiento es una figura que opera en sede administrativa al haber perdido el acto administrativo unos de sus caracteres principales, el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir. En este orden, el decaimiento no es procedente de ser declarado judicialmente, porque este decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria no esta previsto como causal de nulidad de los actos administrativos, y, porque no existe dentro del ordenamiento contencioso administrativo una acción encaminada a tal fin.

La no aplicación de esta figura en sede judicial, no impide que el juez administrativo emita un juicio de legalidad frente a estos actos respecto de los

³⁰ Sección Tercera. Radicación número: 11001 03 26 000 1995 1215 01. Actor: Sociedad Minera ‘Las Peñas’ Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Referencia: No. Interno 11.215.

³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2005. Proceso número 1001 03 26 000 2000 08345 01 (18345). M.P. María Elena Giraldo López.

cuales se ha producido el fenómeno del decaimiento por haber desaparecido los fundamentos de derecho, si contra ellos se ha ejercitado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida en que el acto con efectos particulares continúa vigente dada la presunción de legalidad que lo ampara y que puede ser controvertida a través del proceso ordinario en el que se aduzca la existencia de una cualquiera de las causales que dan lugar a la anulación de los actos administrativos y que se describen en el artículo 84 del C.C.A.

El anterior razonamiento es válido si en cuenta se tiene que en el proceso ordinario de nulidad se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa como en el procedimiento que se siguió para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica. Así lo concluyó esta Corporación en sentencia del 11 de marzo de 2004³²:

“...En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del decaimiento, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

No hay, por tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del decaimiento, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad. (...) pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos. (...)”³³.

Bajo tal perspectiva, y visto que procede el control de legalidad a través del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA., pasará la Sala a adentrarse en el estudio de fondo del cargo de nulidad propuesto por el accionante de acuerdo a lo esgrimido en el planteamiento del caso, comenzando por el estudio que invocan los demandados, según el cual el contexto normativo previo a la expedición de la Ley 1187 de 2008 permite comprender el debido ejercicio reglamentario de los actos que se censuran.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade. No. de Referencia 1998-0035.

³³ Dictado en proceso número 68001 23 15 000 2000 01275 01 (2333-08). M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

7.4. Contexto normativo invocado

Lo dicho por las autoridades accionadas conduce a la Sala a preguntarse si es cierto que la regulación previa a la expedición de las normas que se censuran permitía reglamentar la bonificación reconocida a las Madres Comunitarias de acuerdo a las modalidades allí previstas y al número de niños y niñas atendidos.

7.4.1. El momento en el que comienza a gestarse la idea de implementar un sistema solidario que permita la atención de la misma comunidad a niños de especiales condiciones económicas se dio en 1972 cuando se crearon cien (100) Centros Comunitarios para la Infancia, denominados CCI, en todo el país, para atender a los niños y niñas menores de 7 años con servicios educativos, preventivos y promocionales³⁴.

Con posterioridad, y ante la expedición de la Ley 27 del 20 de diciembre de 1974, se crean los Centros de Atención al Preescolar - CAIP, y con apoyo de la UNICEF, se organiza el proyecto “*Unidad de Estudio y Análisis de Nuevas Modalidades de Atención al Niño*”, para sistematizar las experiencias existentes en el país, de cuidado y educación a niños pequeños con participación de la comunidad. Como resultado del estudio, se implementó la modalidad “Casas Vecinales”, con participación de los padres de familia³⁵.

En 1979, mediante la Resolución 1822, se estableció que padres y vecinos debían asumir la administración de los Hogares Infantiles y se les reconoció su papel educativo.

En ese mismo año, el Congreso expidió La Ley 7 de 1979³⁶, contemplando el bienestar familiar como un servicio público a cargo del Estado que se presta a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y los demás organismos y particulares que se autoricen para el efecto. Veamos el contenido de lo artículo 12:

³⁴ Diario Oficial No. 48.188 de 10 de septiembre de 2011.

³⁵ *Ibídem*.

³⁶ “*Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones*”.



“Artículo 12. *El Bienestar Familiar es un servicio público a cargo del Estado y se prestará a través del "Sistema Nacional de Bienestar Familiar" que se establece en esta norma y por los organismos oficiales y particulares legalmente autorizados.*

Corresponde al gobierno proyectar, ejecutar y coordinar la política en materia de Bienestar Familiar.”

Tal disposición fue reglamentada por el artículo 1 del Decreto 1137 de 1999³⁷, quedando el siguiente texto:

“Artículo 1. Sistema nacional de bienestar familiar. *El bienestar familiar es un servicio público a cargo del Estado, el cual se prestará a través del 'Sistema Nacional de Bienestar Familiar', por las entidades u organismos oficiales y por particulares legalmente autorizados.*

Además de los establecidos en otras disposiciones, son objetivos del bienestar familiar los de fortalecer los lazos familiares, asegurar y apoyar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de sus miembros, tutelar los derechos y brindar protección a los menores. Los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás.

Corresponde al Gobierno Nacional proyectar, ejecutar y coordinar la política en materia de bienestar familiar.”

Ahora, conforme con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 7 de 1979 y con las reglamentaciones del Decreto 1471 de 1990³⁸ (artículo 123), en el Decreto 1137 de 1999 (artículo 3), y en el Decreto 4156 de 2011³⁹ (artículo 3), el Sistema Nacional de Bienestar Familiar está integrado por el Ministerio de Salud, el ICBF, los Departamentos, los Distritos, los Municipios, las comunidades organizadas, los particulares, las Cajas de Compensación Familiar, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y las demás instituciones o entidades públicas o privadas que contribuyen o estén llamadas a contribuir, de acuerdo con su objeto de constitución o a mandato de ley o reglamento, a garantizar, directa o indirectamente, la prestación del servicio de bienestar familiar.

Con posterioridad, los artículos 61 y siguientes del Decreto 2388 de 1979 se refirieron a los “Hogares Infantiles” para la atención integral al preescolar

³⁷ *“Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.*

³⁸ *“Por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Salud y se dictan las funciones de sus dependencias”.*

³⁹ *“Por el cual se determina la adscripción del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.*

haciéndolos parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (artículo 64), definiendo su concepto y el servicio prestado (artículo 61), las normas que los gobiernan (artículos 62 y 63), el régimen de administración (artículos 65 y 66) y las facultades del ICBF en relación con los mismos (artículos 67 a 69). Las siguientes son las disposiciones en cita:

“Artículo 61. *La atención al preescolar que corresponde dar al Instituto, es la que se brinda, de preferencia, al menor de siete años, con el fin de suplir y complementar transitoriamente la protección familiar, y obtener su desarrollo integral. Esta atención al preescolar no implica actividades de escolaridad, sino de preparación para ellas”.*

“Artículo 62. *Todo Hogar Infantil para la atención integral al preescolar, cualquiera que sea su naturaleza jurídica u organización, se rige por las normas técnicas y administrativas expedidas por el ICBF”.*

“Artículo 63. *Quienes presten sus servicios en los Hogares Infantiles, cualquiera que sea su modalidad, deben reunir los requisitos físicos, mentales y morales adecuados, definidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con tal fin”.*

“Artículo 64. *Los Hogares Infantiles hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, conforme al artículo 12 de la Ley 7ª de 1979”.*

“Artículo 65. *La administración de los Hogares Infantiles podrá encomendarse a instituciones sin ánimo de lucro. Para este efecto, el ICBF, celebrará el contrato respectivo de acuerdo con lo previsto en la Ley 7ª de 1979, en este decreto y en los Estatutos.*

Parágrafo. *Cuando no se pueda celebrar contratos con instituciones sin ánimo de lucro se suscribirán contratos con personas naturales de reconocida solvencia moral”.*

“Artículo 66. *Los bienes de cualquier naturaleza, transferidas (sic) en virtud del contrato previsto en el artículo anterior, deberán ser restituidos al Instituto al término del mismo, sin compensación alguna a su cargo. También deberán restituirse los dineros no gastados o gastados indebidamente”.*

“Artículo 67. *Corresponde a la Junta Directiva del Instituto en relación con los Hogares Infantiles para la Atención Integral al Preescolar:*

a) *Estudiar y aprobar el Programa Nacional de Inversiones y Proyectos para la creación y funcionamiento de los Hogares Infantiles, y dictar las normas necesarias para su ejecución;*

b) *Determinar con base en los recursos contemplados en el numeral 4º del artículo 39 de la Ley 7ª de 1979, la proporción y monto de las partidas destinadas a los programas de protección preventiva;*

c) *Supervisar y vigilar los programas y la inversión de los fondos por concepto de los aportes del 2% que la Ley ordena hacer al instituto;*

d) *determinar, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 61, la extensión progresiva de la actividad de los Hogares Infantiles, para la atención integral al preescolar, señalando niveles económicos y, de acuerdo con estos niveles, establecer las tasas a pagar por la utilización de servicio, sin perjuicio de la prestación gratuita que la Ley o los estatutos ordenen.*

e) *Adoptar las medidas tendientes a reservar las partidas necesarias para cubrir los eventuales riesgos de los menores asistidos en los Hogares Infantiles; las cuotas de afiliación al Instituto de Seguros Sociales y las prestaciones sociales que éste no cubra, del personal al servicio de los mismos hogares.*

Parágrafo. *La Junta Directiva al determinar la participación ordenada por el artículo 39 de la Ley 7ª de 1979, tendrá en cuenta que primordialmente debe fijar el porcentaje y monto de las partidas necesarias para el funcionamiento y construcción de Hogares Infantiles para la atención integral al preescolar”.*

“Artículo 68. *En la prestación de la atención integral al preescolar, el Instituto dará preferencia a las zonas marginadas de las ciudades, a las áreas rurales más necesitadas de ella y a los barrios obreros. Los programas deben vincularse al complemento alimenticio para la seguridad del menor”.*

“Artículo 69. *En la fijación de la tasa compensatoria por la atención integral al preescolar, la Junta Directiva tomará como base el ingreso familiar y el salario vigente en la región donde ella se preste.*

Parágrafo 1º. *En ningún caso se exigirá el pago de tasa por los hijos de los trabajadores incapacitados, desempleados o que devenguen el salario mínimo.*

Parágrafo 2º. *La incapacidad para el trabajo se comprobará con certificaciones médica, (sic) cuando se trata de incapacidad física o mental y con certificado del establecimiento penal, cuando resultare de detención o pena. Quien invoque su condición de desempleado debe presentar copia de su última declaración de renta, y si no fuere contribuyente, declaración jurada sobre su situación actual de desempleo. Si se comprobare inexactitud acerca de la incapacidad o de la falta de ocupación, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, se perderá el derecho al servicio.*

Parágrafo 3º. *El trabajador asalariado demostrará el monto de sus ingresos, mediante su declaración de renta, acompañada de certificación expedida por el empleador. El trabajador independiente o por cuenta propia, lo hará mediante copia de su declaración de renta”.*

En 1988, con la expedición de la Ley 89 (del 29 de diciembre)⁴⁰, se dispuso un incremento en los recursos para dar continuidad, desarrollo y cobertura a lo que se denominó ahora “Hogares Comunitarios de Bienestar” (en adelante HCB) de sectores más vulnerables del país, a través de becas otorgadas por el ICBF a familias que estén interesadas en atender necesidades básicas de nutrición,

⁴⁰ “Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

protección y desarrollo individual y social de niños⁴¹. El párrafo segundo dispuso expresamente:

Artículo 1o. *A partir del 1o de enero de 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7a de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios.*

Parágrafo 1o. *Estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y se recaudarán en forma conjunta con los aportes al Instituto de Seguros Sociales -ISS- o los del subsidio familiar hechos a las Cajas de Compensación Familiar o a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Estas entidades quedan obligadas a aceptar la afiliación de todo empleador que lo solicite. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, -ICBF-, también podrá recaudar los aportes. Los recibos expedidos por las entidades recaudadoras constituirán prueba del pago de los aportes para fines tributarios.*

Parágrafo 2o. *El incremento de los recursos que establece esta Ley se dedicará exclusivamente a dar continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país. Se entiende por Hogares Comunitarios de Bienestar, aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país.*

Parágrafo 3o. *Las entidades del sector público liquidarán y pagarán el aporte correspondiente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- o al Instituto de Seguros Sociales -ISS- en la misma oportunidad en que liquidan y pagan el subsidio familiar los respectivos organismos, sin que medie cuenta de cobro.*

Incurrirán en el causal de mala conducta los funcionarios que retarden u obstaculicen las transferencias o el pago y serán objeto de las sanciones disciplinarias correspondientes, como la destitución, sin perjuicio de las demás sanciones previstas en la ley.” (Subrayas de la Sala).

Con la expedición del Decreto 2019 de 1989 se reglamentó la anotada disposición legal, concibiendo por primera vez la figura de las Madres Comunitarias de la forma que sigue a continuación:

“Artículo 1º. *Los Hogares Comunitarios de Bienestar a que se refiere el parágrafo número 2 del artículo primero de la Ley 89 de 1988, se constituyen*

⁴¹ La disposición legal en cita fue producto de un proceso de investigación y evaluación llevado a cabo a finales de 1986, que buscaban la democratización de los programas para la infancia, el aumento de las coberturas, y la participación de las familias y la comunidad, que fue aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) cuyo título era “Proyecto Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB)”, entendido como una estrategia de desarrollo humano y una nueva concepción de atención, para cubrir la población infantil más pobre de zonas urbanas y núcleos rurales. (Diario Oficial No. 48.188 de 10 de septiembre de 2011.)

mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y los recursos locales, para que las familias en acción mancomunada atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país”.

“Artículo 2º. El funcionamiento y desarrollo del programa Hogares de Bienestar será ejecutado directamente por la comunidad, a través de Asociaciones de Padres de Familia, las cuales administrarán los recursos asignados por el Gobierno y los aportes provenientes de la comunidad, mediante su vinculación a los programas de autogestión comunitaria para el cuidado de los niños y demás actividades propias del programa”.

“Artículo 3º. La organización de los Hogares Comunitarios de Bienestar será proporcionada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con la participación de los padres de los niños beneficiarios del programa o en su defecto, con las personas que los tengan bajo su responsabilidad, y tendrá las siguientes características:

a) El ICBF como entidad promotora, orientadora asesora y evaluadora, selecciona el área geográfica donde se organizan los Hogares Comunitarios de Bienestar; orienta el auto-diagnóstico comunitario y asesora a la comunidad en la conformación de las Asociaciones de Padres. Le compete además determinar las normas técnicas y procedimientos para la agrupación y funcionamiento del programa;

b) Las Asociaciones de Padres se integran por los padres o personas bajo cuya responsabilidad se encuentren los niños beneficiarios del programa y por quienes solidariamente quieran participar como madres comunitarias. Las asociaciones en asamblea eligen las Juntas Directivas, encargadas de la administración y control de los recursos, mediante el trabajo solidario de quienes las integren y pueden conformar los comités que consideren necesarios para la buena marcha de los hogares;

c) Con base en el auto-diagnóstico la asociación determina el número de hogares, de acuerdo con los recursos disponibles, a razón de uno por cada quince (15) niños, y seleccionan las madres que se encargarán del cuidado de los menores, dentro de las personas que estén dispuestas a aportar su trabajo solidario para este fin y que hayan recibido y aprobado la capacitación correspondiente. Así mismo examina las condiciones físicas y ambientales de las viviendas para su mejoramiento cuando sea necesario;

d) Cada "Hogar de Bienestar", funciona bajo el cuidado de una madre comunitaria, escogida por la Asociación de Padres del programa, y cada día una madre o un familiar de los niños que asisten al hogar, debe ayudar a la madre comunitaria en el cuidado de los niños;

e) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje, en coordinación con las demás entidades vinculadas al programa capacitará a los miembros de la comunidad;

f) En cada Hogar Comunitario de Bienestar se organiza una junta compuesta por la respectiva madre comunitaria, los padres de los niños que asisten al hogar o las personas que los tengan bajo su responsabilidad, quienes aportan su trabajo solidario para la buena marcha del hogar y vigilan que cada padre o acudiente aporte la correspondiente tasa compensatoria;

g) Las Juntas de Padres de los Hogares, las Juntas Directivas de las Asociaciones y los Comités, además de las obligaciones y responsabilidades

que se establezcan en las asambleas o en los correspondientes estatutos, deben cumplir y hacer cumplir las políticas y objetivos del programa, así como las obligaciones de los usuarios y participantes del mismo". (Subrayas de la Sala).

"Artículo 4º La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de "Hogares de Bienestar", mediante su trabajo solidario, constituye la contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones que para el efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo." (Subrayas de la Sala).

En desarrollo de dicha norma el ICBF profirió el Acuerdo 21 de 1989⁴² en el cual se definieron fines, los órganos de dirección y la forma en que funcionan, y, en lo pertinente a los recursos, se estableció lo que se transcribe a continuación:

"Artículo tercero. El Programa Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, se ejecuta con los siguientes recursos.

1) Recursos provenientes del Gobierno Nacional, entendiéndose por tales las becas que se asignan a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2) Recursos locales y comunitarios:

- a. Las cuotas de participación de los padres de familia.
- b. El trabajo solidario de la comunidad.
- c. Los aportes de personas y entidades privadas.

3) Aportes de entidades públicas vinculadas o no al programa.

Parágrafo. Estos recursos a excepción de los previstos en el numeral 3, son administrados directamente por la comunidad, a través de las Asociaciones de Padres de Familia".

"Artículo cuarto. Se entiende por beca los recursos que, de acuerdo con su disponibilidad presupuestal el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asigna como apoyo a las familias de los estratos sociales pobres del país, organizadas en Asociaciones de Padres de Familia de Hogares Comunitarios de Bienestar y que con los demás recursos citados en el artículo anterior concurren al desarrollo del programa.

La beca se destina para lo siguiente. Madre comunitaria, aseo y combustible, raciones, material didáctico y servicios públicos".

A través del Acuerdo 5 de 1991⁴³, que adicionó el número 21 de 1989, se incluyó la modalidad de Hogar Comunitario de Bienestar para mujeres gestantes, madres lactantes y niños menores de 2 años en reconocimiento a un sector de la población

⁴² "Por el cual se dictan procedimientos para el desarrollo del programa hogares comunitarios de bienestar".

⁴³ "Por el cual se adiciona el acuerdo 21 del 14 de noviembre de 1989".

que requería otro tipo de atención⁴⁴. La regulación, en lo pertinente fue del siguiente tenor:

“Artículo primero. Adicionar el Acuerdo 021 del 14 de noviembre de 1989 con la modalidad “Hogares Comunitarios de Bienestar Modalidad Atención a Mujeres Gestantes, Madres Lactantes y Niños Menores de 2 años”.

“Artículo segundo. Mediante la modalidad de que trata el artículo anterior, se brindará atención a los menores de 2 años desde su gestación con el fin de propiciar su desarrollo como seres humanos y mejorar su calidad de vida, siendo por lo tanto partícipes y usuarios de la misma las mujeres gestantes, las madres lactantes, los padres o personas responsables de los menores y las personas encargadas de su cuidado diario.

Parágrafo 1. Entiéndese por Madre Lactante la que tiene un hijo menor de 6 meses.

Parágrafo 2. Esta modalidad funcionará únicamente en aquellos sectores donde estén operando los Hogares Comunitarios de Bienestar y funcionen servicios u organismos de salud, con la finalidad de facilitar a los usuarios su acudencia al programa Materno infantil y a los demás programas de fortalecimiento de la atención primaria”.

“Artículo tercero. La modalidad de Hogares Comunitarios de Bienestar a que se refiere el presente Acuerdo, funcionará bajo la responsabilidad de una Madre Comunitaria, en su vivienda o en un local comunitario y se conformará hasta por treinta (30) usuarios entre niños y adultos, con quienes se integrarán dos grupos educativos comunitarios”.

“Artículo octavo. Fijar como cuota ordinaria mensual de participación para los Hogares Comunitarios de Bienestar Modalidad Atención a Mujeres Gestantes, Madres Lactantes y Niños Menores de 2 años, una suma equivalente a un 15% de un día de salario mínimo legal, la cual será cancelada en efectivo por los usuarios objeto de la complementación nutricional, a la Junta Directiva de la Asociación de Padres a que pertenezca el respectivo hogar, dentro de los primeros diez (10) días calendario de cada mes.

Parágrafo. El incumplimiento en el pago de la cuota ordinaria mensual de participación será causal de suspensión de los servicios”.

Posteriormente, en cumplimiento del mandato previsto en el artículo 44 de la Carta Política, el Presidente de la República expidió el Decreto 1340 de 1995, derogando expresamente el Decreto 2019 de 1989, fundándose en la necesidad de

⁴⁴ En la parte considerativa de dicho acto se dejó la siguiente constancia: “Que se hace necesario promover la participación activa de la familia y demás miembros de la comunidad en el desarrollo de actividades que posibiliten la atención a los menores de 2 años desde su gestación, con el fin de propiciar su desarrollo integral como seres humanos y mejorar su calidad de vida, buscando además disminuir los actuales niveles de desnutrición y de morbimortalidad materno infantil. Que para el desarrollo integral y el mejoramiento de la calidad de vida de los niños menores de 2 años, se requiere una atención integral que involucre los procesos de cuidado en la gestación, lactancia y crecimiento y desarrollo, fomentando el autocuidado, la educación a la familia y el impulso al apoyo o modificación de comportamientos individuales y familiares, bajo un enfoque de tipo preventivo en un marco de integralidad, apoyado en la autogestión familiar y comunitaria”.

materializar los principios de responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, la participación de la comunidad y determinación de la población prioritaria que accediera al servicio de bienestar. El acto en mención es del siguiente tenor:

“Artículo 1o. Los Hogares Comunitarios de Bienestar a que se refiere el parágrafo 2o del artículo 1o de la Ley 89 de 1988, se constituyen mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales, para que las familias, en acción mancomunada, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país”.

“Artículo 2o. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de su Junta Directiva, establecerá los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, dando cumplimiento a la obligación del Estado, en concurrencia con la familia y la sociedad de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Para la ejecución del Programa, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, coordinará sus acciones con las Entidades Territoriales, otras entidades públicas y privadas y organizaciones no gubernamentales.

Parágrafo. La organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar que determine la Junta Directiva del ICBF, se implementará en forma gradual, atendiendo las condiciones sociales, económicas, geográficas y de participación comunitaria de cada región, de forma tal, que se garantice continuidad en la prestación del servicio”.

“Artículo 3o. El funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, será ejecutado directamente por la comunidad a través de Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias”.

“Artículo 4o. La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de "Hogares de Bienestar", mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen.” (Subrayas de la Sala).

De lo expuesto se colige que la creación de los HCB respondió a una forma de materialización del principio de solidaridad de la comunidad en términos de vecindad, de modo que quien voluntariamente pretenda hacer parte del programa puede integrarlo bajo las condiciones que se establezcan para el efecto.

La reglamentación de este Decreto se produjo en varios actos expedidos por el ICBF, entre los cuales encontramos los siguientes más relevantes para el asunto



que nos convoca: el Acuerdo 21 de 1996⁴⁵, que contiene las pautas generales de funcionamiento de los citados Hogares y, en cuanto a los recursos con los que se financia, estableció lo que sigue:

"Artículo primero. Del programa. Se entiende por Hogares Comunitarios de Bienestar, aquellos que se constituyen a través del otorgamiento de becas del ICBF, a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país.

Parágrafo. El Programa Hogares Comunitarios de Bienestar esta dirigido a fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, la participación comunitaria en la autogestión y solución de sus problemas, orientando sus recursos y trabajo solidario en beneficio de los niños.

(...)

Artículo cuarto. De la financiación. El Programa Hogares Comunitarios de Bienestar se ejecutará con los siguientes recursos:

Los recursos que asigne el Gobierno Nacional al programa a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Los recursos que asignen las entidades territoriales para el desarrollo del Programa.

Las cuotas de participación de los padres de familia y el trabajo solidario de la comunidad.

Los aportes de las personas naturales y jurídicas publicas y privadas y los Organismos Internacionales.

Los demás que la comunidad destine al mismo.

Los recursos que asigne el Gobierno Nacional se destinarán para financiar la dotación inicial, la capacitación, la beca, la supervisión y la evaluación.

Por beca se entiende los recursos, que se asignen a las familias para atender a los niños y por lo tanto se destinarán a. madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos.

Para la ejecución de estos recursos las asociaciones de padres o las Organizaciones Comunitarias deberán observar estrictamente los lineamientos del ICBF.

Parágrafo. Será competencia de la Junta Directiva, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal del ICBF fijar en cada vigencia fiscal los costos de cada componente de la beca".

⁴⁵ "Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar".

A efectos de definir la organización de los HCB en aspectos tales como los espacios para la atención, el papel de las Madres Comunitarias como aquellas encargadas de la prestación del servicio, el carácter solidario y voluntario de esa actividad, el tipo o modalidad de Hogar Comunitario de acuerdo a las características y perfiles de los niños y niñas atendidos, el porcentaje que deberá cancelar cada padre de familia y el monto que se destinará a complementar la “beca” que administra la Madre Comunitaria y su régimen de seguridad social, el acto administrativo dispuso:

“Artículo quinto. De la organización y operación. *La Dirección General del ICBF, establecerá los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos que garanticen el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo, así como los manuales para el manejo de cuentas y su rendición conforme a las normas vigentes.*

Para la ejecución y coordinación del programa, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en calidad de promotor del mismo deberá tener en cuenta la política social del Gobierno, el proceso de concertación con las entidades Territoriales y la empresa privada para lograr el apoyo a los Hogares Comunitarios de Bienestar. Igualmente, debe convocar a la comunidad para que realice su autodiagnóstico y se organice en función del Programa. A través de sus Regionales, Agencias y Centros Zonales, propenderá porque el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar quede incluido en los Planes de Desarrollo Departamentales y Municipales. La organización del programa tendrá las siguientes características:

- a) *Los Hogares Comunitarios de Bienestar podrán funcionar en la casa de la Madre Comunitaria, en espacio Comunitario o en espacio cedido por persona pública o privada. De acuerdo a las necesidades de los niños y sus familias y a la disponibilidad de recursos, se podrán organizar Hogares Comunitarios de Bienestar. Familiares, Múltiples y Empresariales. En la vivienda de la madre Comunitaria, no podrá funcionar mas de un Hogar Comunitario de Bienestar Familiar.*
- b) *Los espacios para la atención de los niños en los Hogares Comunitarios de Bienestar, deben garantizar mínimas condiciones físicas, ambientales y de seguridad que permitan realizar actividades con los niños para proporcionar su normal crecimiento y desarrollo y evitar posibles riesgos.*
- c) *Los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionarán bajo el cuidado de una madre comunitaria si es Hogar Comunitario Familiar o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria quienes deben tener el siguiente perfil: hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños.*

- d) Los Hogares Comunitarios de Bienestar atenderán niños menores de siete años organizados en grupos con diferentes edades que aseguren el proceso de socialización e interacción familiar, se podrán organizar Hogares de Bienestar según las siguientes modalidades. 1) Para atender niños de cero a siete años, pudiéndose incluir dentro de ellos niños discapacitados, 2) Para atender niños menores de dos años y 3) Para atender mujeres gestantes, madres lactantes y niños menores de dos años.
- e) El tipo de Hogar Comunitario de Bienestar, será definido teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad y especialmente de los niños y las familias, las condiciones físicas de los espacios donde funcionarán los Hogares y el apoyo de las entidades públicas y privadas.
- f) En los Hogares Comunitarios de Bienestar donde se atiendan niños de cero a siete años y que funcionen en la casa de una madre comunitaria se recibirán máximo dos menores de 6 a 24 meses. Sólo se podrá atender un niño discapacitado por Hogar y en este caso sólo se recibirá un niño de 6 a 24 meses.
- g) Los Hogares Comunitarios de Bienestar atenderán a los niños menores en horarios definidos con la comunidad de acuerdo con las necesidades de los niños y los padres de familia o personas responsables del cuidado de estos, en jornadas no inferiores a cuatro horas y de hasta ocho horas diarias.
- h) Los padres de familia o los responsables del cuidado de los niños que asisten a los Hogares Comunitarios, deben pagar una cuota mensual de participación por cada niño equivalente al 37.5% del salario diario mínimo legal vigente para Hogares de 0 a 7 años o menores de dos años, cualquiera sea su forma de atención y del 25.5% del salario diario mínimo legal vigente para Hogares FAMI. Esta cuota deberá ser cancelada en los primeros 10 días de cada mes, a la Asociación de Padres de Familia o a la Organización Comunitaria a la que pertenezca el respectivo Hogar. No se podrán fijar o establecer cuotas extraordinarias por la atención de los niños
- i) Del 100% de la cuota de participación recaudada en cualquier modalidad, se destinará el 66% para complementar la beca de la Madre Comunitaria y el 34% para actividades específicas con los niños.
- j) Las madres Comunitarias como titulares del derecho a la Seguridad Social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado por la Ley 100 de 1993 sus Decretos Reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia. La junta Directiva de las Asociaciones de Padres de Familia velarán porque las Madres Comunitarias se vinculen al Régimen de Seguridad Social en Salud y pensiones.
- k) Los asuntos relacionados con el Programa deben tramitarse ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por conducto de las Juntas Directivas de las Asociaciones de Padres de Familia o de las Organizaciones Comunitarias que los administren, sin perjuicio del derecho que le asiste a cualquier miembro de la comunidad de acudir ante los respectivos Centros Zonales de las Regionales para informar, denunciar o poner a su consideración los hechos o los temas que estime pertinente". (Subrayas de la Sala).

Adicionalmente, se encuentran los Acuerdos 38 de 1996⁴⁶ y Acuerdo 39 de 1996⁴⁷, por medio de los cuales, respectivamente, se hizo referencia a los Hogares Comunitarios de Bienestar Múltiples Empresariales como los orientados a la atención de niños menores de 7 años, hijos de trabajadores de escasos recursos con el apoyo de las empresas donde éstos laboran, y a los Hogares Comunitarios de Bienestar FAMI cuya finalidad es brindar atención a las familias en desarrollo con niños y niñas desde su gestación hasta los 2 años, con el fin de mejorar la función socializadora de la familia y propiciar el desarrollo integral de sus miembros para fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos. Con este acto se derogó lo dispuesto en el Acuerdo 5 de 1991.

7.4.2. En atención al estudio normativo expuesto, lo que halla la Sala es que desde 1979 el Legislador concibió el bienestar familiar como un servicio público y estructuró el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, del cual hacen parte los llamados entonces Hogares Infantiles, y que el Congreso de la República en 1988 se ocupó de definir el alcance de lo que en adelante denominó Hogares Comunitarios de Bienestar.

También es viable concluir que fue por vía de reglamentación que el Presidente de la República refirió la existencia de las Madres Comunitarias como partícipes en el proceso solidario de atención a niños y niñas en condiciones especiales, y que, por esa misma línea, el ICBF precisó el alcance de las modalidades de Hogares de acuerdo a las distintas calidades y condiciones de los sujetos a quienes se presta ese servicio.

Igualmente se evidencia que, si bien en principio, hasta el Decreto 2019 de 1989, la labor de las Madres Comunitarias constituía un aporte solidario a la comunidad y, por ende, éstas no recibían ninguna contraprestación económica producto de dicha actividad, lo cierto es que esa concepción fue replanteada y el Ejecutivo, a lo largo de los años, expidió diferentes reglamentaciones tendientes a formalizar dicho servicio, reconociendo a las Madres Comunitarias una suma de dinero por esa labor y disponiendo su afiliación al Sistema de Seguridad Social.

⁴⁶ "Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar Múltiples Empresariales".

⁴⁷ "Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar FAMI".

En efecto, como se señaló en el anterior recuento normativo, el ICBF, en el artículo 4º del Acuerdo 21 de 1989, determinó que las “becas” eran los recursos que otorgaba esa entidad a las familias de los estratos sociales más pobres del país, organizadas en Asociaciones de Padres de Familia de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, y los cuales debían ser destinados a las Madres Comunitarias y a la reposición de la dotación, aseo, combustible, material didáctico y servicios públicos.

A su vez, el inciso sexto del artículo 4º del Acuerdo 21 de 1996 reiteró que los recursos de las “becas” se destinarían en parte a las Madres Comunitarias, y el literal i) del artículo 5 ibidem estableció que del cien por ciento (100%) de la cuota de participación recaudada se destinaría, el sesenta y seis por ciento (66 %), para complementar la “beca” de la Madre Comunitaria, y el treinta y cuatro por ciento (34 %), para actividades específicas de los niños.

De ahí que, a juicio de la Sala, si bien los recursos de las “becas” estaban administrados por las Asociaciones de Padres de Familia, lo cierto es que una parte de ellos debía bonificar la labor solidaria prestada por las Madres Comunitarias y, en consecuencia, dichas asociaciones estaban obligadas fijar el monto que debía ser pagado a las mismas, conforme con los parámetros señalados en los mencionados actos administrativos.

Ahora, posteriormente, con la expedición de la Ley 1187 de 2008, el Legislador determinó que la bonificación de las Madres Comunitarias se incrementaría al setenta por ciento (70 %) del SMLMV a partir del 1º de enero de 2008; veamos:

“Artículo 4º. La bonificación mensual de las madres comunitarias se incrementara al 70% del salario mínimo legal mensual vigente a partir del 1º de enero de 2008, sin perjuicio de los posteriores incrementos que se realicen”.

Siendo ello así, encuentra la Sala de la revisión del citado contexto normativo, que el ordenamiento jurídico preexistente sí contemplaba un reconocimiento económico a favor de las Madres Comunitarias, por lo que no es cierto que ello fuera apenas creado con la Ley 1187 de 2008, como alega la parte demandante..

7.5. Interpretación de la norma a luz de los antecedentes legislativos

Cuestiona el actor que, ni el Decreto, ni la Resolución que se impugnan, se compadecen de la intención que tuvo el Congreso de la República al expedir la Ley 1187 de 2008, que les sirve de fundamento, lo que paralelamente conduce a preguntarse si son nulos los actos administrativos que establecen escalas de remuneración para las madres comunitarias atendiendo el tiempo de su servicio y el número de niños atendidos.

Para responder tal cuestionamiento, es menester aludir a los debates que tuvieron lugar en el seno de la anotada Corporación; veamos:

Según consta en la Gaceta 02/06 – Cámara de representantes, el proyecto inicial tenía previsto la afiliación de las madres comunitarias al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS); que un porcentaje de cotización sería subsidiado en lo que corresponde a la diferencia entre lo aportado efectivamente por la Madre Comunitaria y lo que faltara para alcanzar el SMLMV; que las tasas de compensación que sufragaban los padres usuarios del servicio serían de su propiedad, y el acceso al Régimen General de Pensiones, sin importar la edad de la Madre Comunitaria, pero con la obligación de garantizar un año como mínimo en ejercicio de la actividad.

Artículo 1º. *El artículo 1º de la Ley 509 de 1999 quedará así: “Artículo 1º. Afiliación. Las Madres Comunitarias del Programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se afiliarán con su grupo familiar al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se harán acreedoras de todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del mismo.*

Parágrafo 1º. *El ingreso base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de las madres comunitarias así como el ingreso base de liquidación para las prestaciones económicas será el correspondiente a las sumas que efectivamente reciban las madres comunitarias por concepto de la bonificación prevista por los reglamentos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.*

Artículo 2º. *El artículo 2º de la Ley 509 de 1999, quedará así:*

“Artículo 2º. Cotización. *Las madres comunitarias cotizarán mensualmente como aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud, un valor equivalente al doce por ciento (12%) de la suma que reciban por concepto de la bonificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.*



El Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Subcuenta de Solidaridad, subsidiará la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y la cotización sobre un (1) salario mínimo legal vigente para garantizar su afiliación al régimen contributivo del Sistema.

Parágrafo. *Las tasas de compensación que las madres comunitarias cobran a los padres usuarios serán de su propiedad exclusiva”.*

Artículo 3º. Acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. *De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, cualquiera sea su edad y siempre que hayan cumplido por lo menos un (1) año de servicio como tales.*

El Gobierno Nacional priorizará el acceso de las madres comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional-Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

Artículo 4º. Vigencia. *La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.*

Diego Palacio Betancourt, Ministro de la Protección Social.

La motivación que se expuso en esa oportunidad iba dirigida a buscar que las Madres comunitarias accedieran al sistema pensional y de salud, de modo que se garantizara un desarrollo bidireccional, esto es, condiciones de bienestar de dicho grupo poblacional, pero también, y como consecuencia de lo anterior, la prestación óptima del servicio que ellas desplegaban. Las siguientes fueron las consideraciones que se manifestaron en primer debate:

“El artículo 48 de la Constitución Política establece que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

De igual forma el artículo 49 de la Carta, define que la atención de la salud y saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

La Ley 509 de 1999, logró que las madres comunitarias de los Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar pudieran acceder al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud; Sin embargo, se contempló que su núcleo familiar accedería como afiliados prioritarios al régimen subsidiado en salud.

El presente proyecto de ley plantea una propuesta integral, cuyo fin es disminuir la vulnerabilidad y mejorar la calidad de vida de las madres comunitarias y su

grupo familiar, lo que redundará también en la calidad del servicio que prestan a los Hogares Comunitarios, cuyo éxito depende del bienestar que estas tengan en su núcleo familiar, mitigando el riesgo en salud a través del aseguramiento y permanencia en el Sistema de una parte, y de otra contribuyendo a que puedan obtener un ingreso aceptable durante su vejez mediante la pensión o en su defecto un subsidio económico que se le brinda al Adulto Mayor.

Para incorporar estos objetivos a la legislación, se proponen las siguientes modificaciones y adiciones:

1. Afiliación al régimen contributivo en salud del grupo familiar de las madres comunitarias; para tal efecto, se plantea, propone un incremento en el ingreso base de cotización del 8% al 12% de la suma que reciben las madres comunitarias por concepto de bonificación y un subsidio a la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y la cotización sobre un (1) salario mínimo legal vigente.

2. Acceso al subsidio a la cotización en pensiones que se otorga a través del Fondo de Solidaridad Pensional, eliminando el requisito de edad y en consecuencia permitiendo que estas puedan llegar a disfrutar de una pensión y de los beneficios del Sistema de Seguridad Social Integral.

3. Priorización en la asignación del subsidio establecido en el Programa de Protección Social al Adulto Mayor, que se financia con recursos de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, para aquellas madres que no se puedan beneficiar del subsidio a la cotización en pensiones.

4. Ampliación de cobertura en el régimen contributivo en salud, estimada en 94.340 personas que conforman el núcleo familiar de las madres comunitarias que actualmente y según información del ICBF ascienden a 78.617 (corte a septiembre de 2005).

5. Ampliación de cobertura en el Fondo de Solidaridad Pensional, como consecuencia de la flexibilización en los requisitos para acceder a los beneficios del mismo. Se estima que unas 40.000 madres podrán obtener el subsidio a la cotización en pensiones”.

A su turno, en la Gaceta 156/06 Cámara de Representantes, se dejó la siguiente constancia:

“Pliego de Modificaciones.

Estudiado el texto del Proyecto de ley número 254 de 2005 Cámara, observamos que la redacción del artículo 1º inclusive el párrafo 1º es similar, por no decir igual, al texto del artículo 1º de la Ley 1023 de 3 de mayo de 2006, “por la cual se vincula el núcleo familiar de las madres comunitarias al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, por tal motivo, consideramos los ponentes que no es necesario legislar sobre un asunto que ya está consagrado en la Ley 1023 de 2006. Por lo tanto, proponemos suprimir el artículo 1º del proyecto objeto de esta ponencia.

En cuanto al texto del inciso 1º del artículo 2º del Proyecto de ley número 254 de 2005, es similar en su redacción al inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1023 de 2006, con la observación que en la Ley (1023) se habla de un 4% como base de cotización, y en el proyecto (254) se señala un 15%, que consideramos



puede ser muy alto para los pocos recursos que perciben las madres comunitarias. Y en lo que tiene que ver con el inciso 2º del artículo 2º del Proyecto de ley número 254 de 2005, creemos los ponentes que es importante que quede consignado en el proyecto que proponemos para primer debate como parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 509 de 1999, modificado por el artículo 2º de la Ley 1023 de 2006, ya que esta disposición, de una u otra manera, tiene directa relación con lo previsto en la Ley 1023 de 2006.

Con respecto al título del proyecto se aclara su redacción para dar mayor precisión a la ley.

Proposición.

Con base en todo lo expuesto, solicitamos a la Comisión Séptima de la honorable Cámara de Representantes aprobar en primer debate, lo mismo que el Pliego de Modificaciones adjunto, el texto propuesto para primer debate al Proyecto de ley número 254 de 2005 Cámara, por la cual se adiciona un parágrafo en el artículo 2º de la Ley 509 de 1999 y se dictan otras disposiciones.

Ponentes, Manuel Enríquez Rosero, Representante a la Cámara por el departamento de Nariño; Venus Albeiro Silva, Representante a la Cámara, por Bogotá, Distrito Capital.

PLIEGO DE MODIFICACIONES AL PROYECTO DE LEY NUMERO 254 DE 2005 CAMARA por la cual se modifica la Ley 509 de 1999 y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1º. Del texto original se suprime este artículo, por ser igual al texto previsto en el artículo 1º de la Ley 1023 de 2006 Artículo 2º. Se traslada como artículo 1º en el texto de ponencia, y se le agrega la expresión: El artículo 2º de la Ley 509 de 1999 modificado por el artículo 2º de la Ley 1023 de 2006, quedará así:

“Artículo 2º. Cotización. Las madres comunitarias cotizarán mensualmente como aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud, un valor equivalente al doce por ciento (12%) de la suma que reciban por concepto de la bonificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Subcuenta de Solidaridad, subsidiará la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y la cotización sobre un (1) salario mínimo legal vigente para garantizar su afiliación al régimen contributivo del Sistema.

Parágrafo. Se suprime del texto original por tener la misma redacción y objetivo de lo previsto en el artículo 3º de la Ley 1023 de marzo de 2006.

Artículo 3º. Se traslada como artículo 2º en el texto de ponencia.

Acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, cualquiera sea su edad y siempre que hayan cumplido por lo menos un (1) año de servicio como tales.



El Gobierno Nacional priorizará el acceso de las madres comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional-Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

Artículo 4º. *Se traslada como artículo 3º en el texto de ponencia. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.*

Manuel Enríquez Rosero, Representante a la Cámara por el departamento de Nariño; Venus Albeiro Silva, Representante a la Cámara, por Bogotá, Distrito Capital.”

Posteriormente, en el texto conciliado (Gaceta 192/06), se dio cuenta de la importancia del proyecto en tanto lo que buscaba era el amparo de un sector pobre y vulnerable de la sociedad, cuales son, las Madres Comunitarias, a través del subsidio en los aportes a seguridad social de las mismas⁴⁸, modificando el proyecto de la forma que sigue:

“Pliego de modificaciones al proyecto de ley

En ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 254 de 2005 Cámara en la Comisión Séptima de la honorable Cámara de Representantes, propusimos como artículo 1º la adición de un segundo párrafo al artículo 2º de la Ley 1023 de 2006 en favor de las madres comunitarias. Pero la Comisión Séptima aprobó la proposición supresiva de dicho artículo.

Sin embargo, al revisar la decisión de la Comisión y entender la importancia y la coherencia que este artículo suprimido tiene en el Proyecto de ley 2254 de 2006 Cámara, que es buscar como objetivo primordial una garantía a las madres comunitarias para su afiliación al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, subsidiándoseles la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y la cotización sobre un (1) salario mínimo legal vigente, los ponentes consideramos fundamental para este propósito en beneficio de las madres comunitarias proponerlo nuevamente en el texto para segundo debate de la Plenaria de la Cámara de Representantes. Hay que resaltar que esta

48 “Justificación del Proyecto

En primera instancia, no podemos desconocer la importancia de este proyecto de ley sometido a estudio del legislador que busca proteger de alguna manera a las madres comunitarias, permitiendo a este sector pobre y vulnerable de la población llegar a disfrutar de una pensión y de los beneficios del Sistema de Seguridad Social Integral. El Proyecto 254 de 2006 Cámara pretende ampliar la cobertura en el régimen contributivo en salud para el núcleo familiar de las madres comunitarias estimado en 94.340 personas. Para tal efecto, se plantea un subsidio a la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y la cotización sobre un (1) salario mínimo legal vigente.

Asimismo, el proyecto busca financiar con recursos de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional a aquellas madres comunitarias que no se puedan beneficiar del subsidio a la cotización en pensiones. Se estima que unas 40.000 madres comunitarias podrán obtener el subsidio a la cotización en pensiones”.



propuesta fue recogida del texto original del proyecto de ley de iniciativa del Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de la Protección Social.

Con respecto al título del texto aprobado en Comisión Séptima, es necesario aclarar su redacción para dar mayor precisión de la norma objeto de modificación. Esto se hace porque a la postre el título del proyecto original no es suficientemente preciso, ya que las normas a que hace referencia el proyecto fueron modificadas por la Ley 1023 de mayo 3 de 2006. En virtud de ello, resulta pertinente cambiar la redacción para que quede acorde con el articulado.

(...)

TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 254 DE 2005 CAMARA por la cual se adiciona un parágrafo 2º al artículo 2º de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones

EL Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Adiciónase un parágrafo 2º al artículo 2º de la Ley 1023 de 2006, el cual quedará así:

Artículo 2º. Parágrafo 2º. El sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Subcuenta de Solidaridad, subsidiará la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y la cotización sobre un (1) salario mínimo legal vigente para garantizar su afiliación al régimen contributivo del Sistema.

Artículo 2º. Acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, cualquiera sea su edad y siempre que hayan cumplido por lo menos un (1) año de servicio como tales.

El Gobierno Nacional priorizará el acceso de las madres comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

Artículo 3º. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Ponentes, Manuel Enríquez Rosero, Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño. Venus Albeiro Silva, Representante a la Cámara por Bogotá, D. C.

TEXTO AL PROYECTO DE LEY NUMERO 254 DE 2005 CAMARA

Aprobado en primer debate por la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la honorable Cámara de Representantes en sesión del día 7 de junio de 2006,

por la cual se adiciona un parágrafo en el artículo 2º de la Ley 509 de 1999 y se dictan otras disposiciones.



EL Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, cualquiera sea su edad y siempre que hayan cumplido por lo menos un (1) año de servicio como tales.

El Gobierno Nacional priorizará el acceso de las madres comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido. Artículo 2º. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

En el trámite en el Senado se observa la misma intención de desplegar el espectro de protección⁴⁹; veamos:

“Informe de ponencia para tercer debate en Comisión Séptima de Senado de la República al Proyecto de ley número 254 de 2005 Cámara, 110 de 2007 Senado, por la cual se adiciona un parágrafo 2º al artículo 2º de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

Señor Presidente: Respondiendo a la muy honrosa designación hecha por la Comisión Séptima Constitucional Permanente, como ponente, me permito rendir ante usted y la Comisión Séptima Constitucional del honorable Senado de la República, informe de ponencia para tercer debate al proyecto de ley arriba referenciado, el cual con arreglo a lo preceptuado en el artículo 175 de la Ley 5ª de 1992, presentamos de la manera siguiente:

1. Objeto del proyecto y antecedentes:

Objeto

El objeto del Proyecto de ley número 254 de 2005 de Cámara, 110 de 2007 de Senado, es proteger las madres comunitarias con el disfrute de una pensión y de los beneficios del Sistema de Seguridad Social Integral. Para tal efecto se ofrece un subsidio a la cotización, que cubra la diferencia entre los aportes de las madres comunitarias y la cotización mínima, establecida en Colombia en un (1) salario mínimo legal vigente. Este beneficio, que ha sido establecido previamente en la ley, resultó limitado por la aplicación a las madres comunitarias de estrategias de focalización dirigidas a la población general. Por lo tanto es propósito del proyecto de ley, excepcionar a las madres comunitarias de los requisitos de edad que impuso la Ley 797 de 2003. Asimismo se establece un proceso de habilitación para las madres que por diversas razones perdieron el subsidio, luego de retirarse voluntariamente o por haberlo perdido luego de incurrir en mora. Adicionalmente y de forma complementaria, el proyecto busca la protección de aquellas madres comunitarias que no se puedan beneficiar del subsidio a la cotización en pensiones, con recursos de la

⁴⁹ Gaceta 104/07 – Senado, primer informe de ponencia.



Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, ordenando que sean priorizadas.

Situación actual

Luego de varias reformas legales y reglamentarias, y del desarrollo mismo del subsidio pensional, se aprecia reducción del número de madres comunitarias afiliadas de 42.576 en 1996 a 6.067 en 2006, según se aprecia en los cuadros siguientes

	Rural	Acumulado
Total acumulado 1996	14.086	42.576
Total acumulado 1997	20.603	59.986
Total acumulado 1998	21.388	62.818
Total acumulado 1999	8.671	29.345
Total acumulado 2000	8.800	30.632
Total acumulado 2001	5.776	23.498
Total acumulado 2002		4.184
Total acumulado 2003		7.265
Total acumulado 2004		7.642
Total acumulado 2005		6.752
Total acumulado 2006	889	6.067

Fuente: informes de Gestión Consorcio Prosperar Hoy.

Del Registro Nacional de Madres Comunitarias de 77.695 a 2004 sólo un 5% estaban afiliadas al Fondo de Solidaridad Pensional.

Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad Informe a diciembre de 2006 por regionales.

Madres Comunitarias

REGIONAL	Rural	Total
Centro	135	1.660
Costa Norte	147	927
De la Paz	20	292
Eje Cafetero	37	437
Noroccidente	146	794
Nororienté	51	747
Suroccidente	353	1.210
Totales	889	6.067

La razón de esta reducción se explica en función de tres factores.

*a) La imposición de requisitos de edad mínima mediante **la Ley 797 de 2003, artículo 13**, cuando señala “**La edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el Sistema General de Pensiones para los Afiliados**”;*

b) Muchas madres por diversas razones perdieron el derecho al subsidio por mora en el pago o retiro voluntario, quedando imposibilitadas posteriormente para reingresar por la condición de edad;



c) *La falta de recursos económicos y de conciencia sobre la importancia del subsidio.*

Tal como se aprecia en el cuadro de afiliación, la reducción de la cobertura más importante ocurrió justamente en 1999 cuando el país atravesaba una crisis económica. Luego cuando la Ley 797 fijó condiciones más estrictas para la afiliación de las madres comunitarias en 2003. Por estas razones es necesario eliminar para las madres comunitarias los requisitos de edad mínima y por otra parte facilitar una amnistía para todas aquellas que previamente perdieron el subsidio.

(...)

Respecto a las madres comunitarias el documento Conpes estableció lo siguiente:

“Madres comunitarias de cualquier edad afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que hayan cumplido por lo menos un año de servicio como tales”.

En consecuencia, serían requisitos para afiliar a las madres comunitarias:

- Cualquier edad, sin importar si la madre comunitaria hace es parte de la población urbana o rural.*
- Encontrarse afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
- Haber cumplido un año de servicio como madre comunitaria.*
- No se exigía un número mínimo de semanas cotizadas.*
- No se exigía un nivel de ingreso máximo. (No obstante lo anterior, es de anotar que el estipendio que el instituto Colombiano de Bienestar Familiar reconoce mensualmente a las madres comunitarias es inferior a un salario mínimo).*

Los requisitos establecidos por el Conpes para las madres comunitarias se mantuvieron sin modificación alguna y fueron reproducidos en la Ley 509 de 1999, como se verá más adelante.

(...)

El texto definitivo aprobado en Plenaria de la honorable Cámara de Representantes, se presenta a continuación:

ii. Pliego de modificaciones

Luego de estudiar el Proyecto de ley número 254 de 2005 Cámara, 110 Senado, sus antecedentes y su trámite, considero que se trata de un proyecto de suma importancia. Sin embargo, deben hacerse dos modificaciones, Así:

Artículo 1° del texto aprobado en Cámara de Representantes. El párrafo que se propuso adicionar a la Ley 1023 de 2006 como un párrafo 2° al artículo 2°, quedaría mejor si en lugar de incluirlo en esta ley fuera modificadorio de la Ley 509 de 1999. Es decir sería preferible sustituir el artículo 3° de la Ley 509 de 1999, que es la que trata específicamente de este tema, sin que hasta ahora



este sea un texto derogado ni modificado por la Ley 1023 o cualquiera otra. Una vez hecho ese cambio el primer artículo de la ley quedaría así: Artículo 1°. Sustitúyase el artículo 3° de la Ley 509 de 1999, que quedará así:

Artículo 3°. El Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Subcuenta de Solidaridad, subsidiará la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y la cotización sobre un (1) salario mínimo mensual legal vigente para garantizar su afiliación al régimen contributivo del sistema.

Por otra parte, en el cuarto artículo de vigencia debe hacerse explícita la derogatoria del artículo 4° de la Ley 509 de 1999, porque este texto restringe las fuentes de financiación de las madres comunitarias; y quedará así:

*Artículo 4°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, **en especial el artículo 4° de la Ley 509 de 1999.***

*Finalmente, puesto que las modificaciones que deben hacerse se proponen en la Ley 509 de 1999 y no en la 1023 de 2006, en donde se consideran más apropiados, el título también debe modificarse, quedando así: **“Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 509 de 1999 y se dictan otras disposiciones”.***

Estos cambios son indispensables porque logran el propósito del proyecto de ley que es favorecer y apoyar a las madres comunitarias, pero rectificando en la Ley 509 de 1999 y en la reglamentación vigente los puntos que deben ser modificados.

IV. Proposición

*Con base en las anteriores consideraciones, solicitamos a los miembros del Senado de la República, **aprobar** el presente informe de ponencia y **dar tercer debate al Proyecto de ley número 254 de 2005 Cámara, 110 de 2007 Senado**, lo mismo que el pliego de modificaciones adjunto, que se adjunta, el cual hace parte integral del informe de ponencia que se presenta a consideración.*

TEXTO DEFINITIVO AL PROYECTO DE LEY NUMERO 110 DE 2006 SENADO, 254 DE 2005 CAMARA

Aprobado en segundo debate en Sesión Plenaria de la honorable Cámara de Representantes el día 15 de agosto de 2006, según consta en el Acta número 005,

por la cual se adiciona un párrafo 2° al artículo 2° de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Adiciónase un párrafo 2° al artículo 2° de la Ley 1023 de 2006 el cual quedará así:*

Parágrafo 2°. *El Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Subcuenta de Solidaridad, subsidiará la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y*



la cotización sobre un (1) salario mínimo legal vigente para garantizar su afiliación al Régimen Contributivo del Sistema.

Artículo 2°. Acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y servicio como tales.

El Gobierno Nacional garantizará el acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

Parágrafo 1°. Las Madres Comunitarias para ser beneficiarias de los subsidios de la subcuenta de Solidaridad, deben acreditar la calidad de Madres Comunitarias que ostenta, por parte del instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces.

Parágrafo 2°. Las madres sustitutas, los agentes educativos FAMi (Familia, Mujer e infancia), tendrán acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

Parágrafo 3°. Habilitación de la condición de beneficiario. Quienes hayan perdido la condición de Beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional, por haber incurrido en mora y por haberse retirado en cualquier tiempo de manera voluntaria con anterioridad a la vigencia de la presente ley, podrán reactivar su condición manifestando su voluntad de ingresar nuevamente al Fondo y cancelando dos cuotas mensuales, una para estar al día en sus aportes y la otra para abonar a las cuotas que estén en mora.

Artículo 3°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

ARTICULADO PROPUESTO PARA TERCER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 254 DE 2005 CAMARA, 110 SENADO

por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 509 de 1999 y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 3° de la Ley 509 de 1999 quedará así:

Artículo 3°. El Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Subcuenta de Solidaridad, subsidiará la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y la cotización sobre un (1) salario mínimo mensual legal vigente para garantizar su afiliación al régimen contributivo del sistema

Artículo 2°. Acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y servicio como tales.



El Gobierno Nacional garantizará el acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

Parágrafo 1°. Las Madres Comunitarias para ser beneficiarias de los subsidios de la subcuenta de Solidaridad, deben acreditar la calidad de Madres Comunitarias que ostenta, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces.

Parágrafo 2°. Las madres sustitutas, los agentes educativos FAMi (Familia, Mujer e infancia), tendrán acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

Parágrafo 3°. Habilitación de la condición de beneficiario. Quienes hayan perdido la condición de Beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional, por haber incurrido en mora y por haberse retirado en cualquier tiempo de manera voluntaria con anterioridad a la vigencia de la presente ley, podrán reactivar su condición manifestando su voluntad de ingresar nuevamente al Fondo y cancelando dos cuotas mensuales, una para estar al día en sus aportes y la otra para abonar a las cuotas que estén en mora.

*Artículo 4°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, **en especial el artículo 4° de la Ley 509 de 1999.***

*Dilian Francisca Toro Torres,
Senadora de la República,
Ponente.”*

Nuevamente en cuarto debate se aludió a la necesidad mencionada⁵⁰, quedando aprobado el siguiente texto:

“6. Texto propuesto para cuarto debate en Plenaria de Senado

Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 509 de 1999 y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia

⁵⁰ “**Objeto**

El objeto del Proyecto de ley número 254 de 2005 de Cámara, 110 de 2007 de Senado, es proteger las madres comunitarias con el disfrute de una pensión y de los beneficios del Sistema de Seguridad Social Integral. Para tal efecto se ofrece un subsidio a la cotización, que cubra la diferencia entre los aportes de las madres comunitarias y la cotización mínima, establecida en Colombia en un (1) salario mínimo legal vigente. Este beneficio, que ha sido establecido previamente en la ley, resultó limitado por la aplicación a las madres comunitarias de estrategias de focalización dirigidas a la población general. Por lo tanto es propósito del proyecto de ley, excepcionar a las madres comunitarias de los requisitos de edad que impuso la Ley 797 de 2003. Asimismo se establece un proceso de habilitación para las madres que por diversas razones perdieron el subsidio, luego de retirarse voluntariamente o por haberlo perdido luego de incurrir en mora. Adicionalmente y de forma complementaria, el proyecto busca la protección de aquellas madres comunitarias que no se puedan beneficiar del subsidio a la cotización en pensiones, con recursos de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, ordenando que sean priorizadas.”



DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 3° de la Ley 509 de 1999 quedará así: Artículo 3°. El Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la Subcuenta de Solidaridad, subsidiará la cotización en lo correspondiente al faltante que se genera entre la cotización efectuada por la madre comunitaria y la cotización sobre un (1) salario mínimo mensual legal vigente para garantizar su afiliación al régimen contributivo del sistema.

Artículo 2°. Acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales.

El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

Parágrafo 1°. Las Madres Comunitarias para ser beneficiarias de los subsidios de la subcuenta de Solidaridad, deben acreditar la calidad de Madres Comunitarias que ostenta, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces

Parágrafo 2°. Los agentes educativos FAMI (Familia, Mujer e Infancia), tendrán acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

Artículo 3°. Habilitación de la condición de beneficio. Quienes hayan perdido la condición de Beneficiarios del Fondo De Solidaridad Pensional, por haber incurrido en mora y por haberse retirado en cualquier tiempo de manera voluntaria con anterioridad a la vigencia de la presente ley, podrán reactivar su condición manifestando su voluntad de ingresar nuevamente al Fondo

Artículo 4°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 4° de la Ley 509 de 1999.

Finalmente, la Gaceta 303/07 definió el siguiente texto aprobado en plenaria:

“TEXTO APROBADO EN PLENARIA DE SENADO DEL DIA 14 DE JUNIO DE 2007 AL PROYECTO DE LEY NUMERO 254 DE 2005 CAMARA, 110 DE 2006 SENADO

Por la cual se adiciona un parágrafo 2° al artículo 2° de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese un parágrafo 2° al artículo 2° de la Ley 1023 de 2006, el cual quedará así:

Parágrafo 2º. Para el financiamiento de la afiliación al Régimen contributivo del grupo familiar de las madres comunitarias se aplicará lo previsto en los artículos 3º. Y 4º de la Ley 509 de 1999, sin perjuicio de la progresión de la cobertura universal, establecida en el artículo 9º de la Ley 112 de 2007.

Artículo 2º. Acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. *De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales.*

El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

Parágrafo 1º. *Las Madres Comunitarias para ser beneficiarias de los subsidios de la subcuenta de Solidaridad, deben acreditar la calidad de Madres Comunitarias que ostenta, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces*

Parágrafo 2º. *Las Madres sustitutas, los agentes educativos FAMI (Familia, Mujer e Infancia), tendrán acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.*

Artículo 3º. *Habilitación de la condición de beneficio. Quienes hayan perdido la condición de Beneficiarios del Fondo De Solidaridad Pensional, por haber incurrido en mora y por haberse retirado en cualquier tiempo de manera voluntaria con anterioridad a la vigencia de la presente ley, podrán reactivar su condición manifestando su voluntad de ingresar nuevamente al Fondo.*

Artículo 4º. *La bonificación mensual para las madres comunitarias se incrementará al 70 % del salario mínimo legal mensual vigente a partir del 1º de enero de 2008, sin perjuicio de los posteriores incrementos que se realicen.*

Artículo 5º. *Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

Con el propósito de dar cumplimiento a lo establecido al artículo 182 de la Ley 5º de 1992, nos permitimos presentar el texto definitivo y aprobado en sesión Plenaria del Senado de la República el día 14 de junio de 2007 al 254 de 2005 Cámara, 110 de 2006 Senado, Por la cual se adiciona un parágrafo 2º al artículo 2º de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones y de esta manera continúe su trámite legal y reglamentario en la Cámara de Representantes.” (Subrayas de la Sala).

Según se desprende de lo anotado, lo concerniente a la bonificación mensual que sería reconocida a las Madres Comunitarias no fue puesto en discusión en el órgano Legislativo, pues se incorporó apenas en el último debate de la Plenaria Senado, por lo que resulta imposible verificar desde ese contexto si la intención del Legislador era la de definir de manera uniforme el reconocimiento de la citada bonificación al margen de la clasificación de los hogares comunitarios.



Lo que sí se logra advertir de las mencionadas intervenciones es que el fin perseguido al expedir la norma era garantizar la afiliación al Sistema de Seguridad Social de las Madres Comunitarias, dada la evidente vulnerabilidad en la que se encontraban, pues, a pesar de prestar un servicio tan relevante para la sociedad, no tenían acceso a servicios como el de salud o pensiones.

Colorario lo expuesto es que, de la revisión de los antecedentes que dieron lugar a la expedición de la Ley 1187 de 2008, no es posible extraer cuál fue el significado y sentido que el Congreso de la República quiso darle al porcentaje del salario mínimo que sería entregado a las Madres Comunitarias a título de bonificación por su actividad, pues, como quedó en evidencia, lo incorporado sobre la remuneración en la Gaceta 303/07 coincide literalmente con el texto del artículo 4º de la anotada Ley.

Así las cosas, no encuentra la Sala asidero en el argumento del accionante cuando indicó que, vía revisión de los antecedentes legislativos, o lo que es lo mismo, una interpretación histórica, pudiera extraerse el designio del Congreso de la República al proferir el citado artículo 4 *ibidem*, de modo que se concluyera que al expedirlo pretendió reconocer a todas las madres comunitarias, sin excepción, una bonificación mensual del setenta por ciento (70%) del SMLMV a partir del 1 de enero de 2008, sin que tal aspecto se encontrara ligado a la modalidad en que ejercieran esa actividad o el número de niños y niñas atendidos.

5.7. El desarrollo reglamentario

Resta entonces por definir cuál fue el alcance que dio el Ejecutivo al expedir las disposiciones que se censuran, para lo cual resulta altamente pertinente recordar la ilustración vista en el acápite del contexto normativo.

Se deriva de lo explicado que las Madres Comunitarias, por décadas, han desarrollado actividades dirigidas a democratizar los programas para la infancia; es decir, que vinculan activamente a las familias y a la misma comunidad, para el logro de objetivos que responden al Estado Social de Derecho en el que se enmarca Colombia, tales como la atención y apoyo a los problemas rurales y urbanos de desnutrición, abandono, escolaridad mínima, pobreza extrema, etc.



Ahora, para retribuir dicha labor solidaria, como se vio en el punto 7.4. de esta providencia, el Legislador y Gobierno Nacional han adoptado distintas medidas dirigidas a la formalización de ese sector, al reconocer, por ejemplo, que la actividad ejecutada por dicha las Madres Comunitarias constituye un aporte a la sociedad pero que debe ser objeto de contraprestación en dinero, y que su afiliación al Sistema de Seguridad Social y la entrega de subsidios es fundamental, con miras a dignificar una labor que implica la prestación de un servicio público de especial connotación, pues se orienta a la atención de grupos poblacionales vulnerables, como niños y madres gestantes, entre otros.

De ahí que lo previsto en artículo 4º la Ley 1187 de 2008, no sea otra cosa que una medida dirigida garantizar un mínimo de estabilidad desde lo social a las Madres Comunitarias, a través del pago de una bonificación que resulte proporcional con la labor solidaria que es prestada por las mismas a la comunidad.

En ese orden, para Sala es posible inferir que las normas acusadas son un desarrollo de la citada Ley, dado que, en aquéllas, las entidades enjuiciadas reglamentaron la forma en que debía ser pagado el porcentaje fijado por el Legislador como retribución a su servicio, ello en función del esfuerzo y compromiso dedicado por el número de niños asignados y el tiempo invertido para su cuidado.

Lo anterior, se avizora al leer el Decreto 1490 de y el artículo 2º de la Resolución 1773 del ICBF, las dos de 2008. Vale la pena traer a colación nuevamente su contenido en el orden que se anuncia:

“Artículo 1º. *El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar incrementará la bonificación de las Madres Comunitarias hasta el setenta por ciento (70%) del salario mínimo legal mensual vigente de acuerdo con la modalidad de atención y el número de niños atendidos.*

Artículo 2º. *El incremento de que trata el artículo anterior se reconocerá en forma proporcional de la siguiente manera:*

Modalidad	Bonificación 2008
<i>Tiempo Completo con 14</i>	<i>\$323,400</i>
<i>Tiempo Completo con 13</i>	<i>\$300,300</i>



Tiempo Completo con 12	\$277,200
Medio Tiempo con 14	\$230,580
Medio Tiempo con 13	\$214,110
Medio Tiempo con 12	\$197,640
<u>FAMI con 15</u>	\$230,745
<u>FAMI con 14</u>	\$215,362
<u>FAMI con 13</u>	\$199,979
<u>FAMI con 12</u>	\$184,596

Parágrafo 1°. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Director General, podrá incrementar el valor de la bonificación anualmente, y establecer las cuotas de participación que deben pagar los padres de familia en las modalidades de atención de la primera infancia y demás programas”.

El artículo 2 de la Resolución 1773 de 2008 es el que sigue:

"ARTÍCULO 2o. La Bonificación que recibirán las Madres Comunitarias a partir del 1° de Enero del 2008 en cada una de las Modalidades del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, será la siguiente:

PARÁGRAFO 1: Para la Modalidad Tradicional Tiempo Completo: La bonificación será de \$770 niño/día, que corresponde al 70% del salario mínimo legal vigente.

PARÁGRAFO 2: Para la Modalidad Tradicional Medio Tiempo: La bonificación será de \$549 niño/día, que corresponde al 50% del salario mínimo legal vigente.

PARÁGRAFO 3: Para la Modalidad FAMI: La bonificación será de \$15.383 por Familia/mes, que corresponde al 50% del salario mínimo legal vigente.

PARÁGRAFO 4: Pago de la bonificación: Los recursos correspondientes al mayor valor por el ajuste del 17.2% al nuevo valor que le corresponde a cada madre comunitaria por el incremento de la bonificación establecido en la Ley 1187 de 2008, se hará de acuerdo con los datos registrados en la Tabla No. 1 El pago del ajuste se reconocerá a más tardar con el pago de la bonificación del mes de Mayo de acuerdo con los valores correspondientes a la Tabla No. 2 que contiene los valores definidos para la liquidación:

Tabla No. 1

Modalidad Tradicional	Niño/día	Madre/mes14	Madre/mes13	Madre/mes12	



Tiempo completo	770	\$ 323.400	\$ 300.300	\$ 277.200	
Medio Tiempo	549	\$ 230.580	\$ 214.110	\$ 197.640	
Modalidad	Flia/mes	Flia/mes15	Flia/mes14	Flia/mes/13	Flia/mes 12
FAMI	15.383	\$ 230.745	\$ 215.362	\$ 199.979	\$ 184.596

Fuente: Dirección de Planeación- Abril 18 de 2008

Los valores para la adición en cada una de la Modalidades de atención, serán los que se describen en el siguiente cuadro:

Modalidad Tradicional	Niño/día	Madre/mes 14	Madre/mes 13	Madre/mes 12	
Tiempo completo	169	\$ 70.980	\$ 65.910	\$ 60.840	
Medio Tiempo	50	\$ 21.000	\$ 19.500	\$ 18.000	
Modalidad	Flia/mes	Flia/mes15	Flia/mes14	Flia/mes/13	Flia/mes 12
FAMI	427	\$ 6.405	\$ 5.978	\$ 5.551	\$ 5.124

Fuente: Dirección de Planeación- Abril 18 de 2008".

Siendo ello así, es claro para la Sala que las entidades enjuiciadas no desbordaron el alcance de la Ley 1187 de 2008; por el contrario, buscaron hacer efectivos los mandatos allí previstos por el Legislador y darles un desarrollo lógico en términos de suficiencia y adecuación con la realidad, estableciendo dentro de los parámetros fijados, el porcentaje que debía ser pagado a las Madres Comunitarias de manera proporcional y equitativa por el servicio que prestan a la comunidad.

En este punto, resulta relevante indicar que, acerca de la potestad reglamentaria, la Sala en reiteradas ocasiones ha planteado los siguientes criterios:

"La potestad reglamentaria solo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley; pero el gobierno, so pretexto de su ejercicio, no puede ni ampliar ni restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley, porque ello no sería reglamentar sino legislar." (Sentencias del Consejo de Estado de agosto 22 de 1944 y 16 de junio de 1948, Anales del Consejo, Tomos LVI y LVH, números 341-346 y 362-366, págs. 66 y 225, respectivamente).

"La potestad reglamentaria del jefe de Estado, es limitada. El reglamento completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva.

El reglamento tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la ley que él completa; pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas" (Sentencia del Consejo de Estado de octubre 18 de 1946. Anales del Consejo, Tomo LVI, números 357-361, Pág. 406).

"Llenar los vacíos y detalles que no previo la ley que sea necesario dictar a fin de que el estatuto tenga eficacia en la práctica, es la razón de ser de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pues sin ella se expondrían las leyes a tornarse en inoperantes, o a no tener cumplida ejecución, ya que el legislador no expide sino las normas generales, quedándole al ejecutor de aquella, el gobierno, la tarea de poner en función de actuar los mandatos legales, ateniéndose al espíritu de estos, pero dictando cuantas disposiciones sean precisas para darle a la ley desarrollo cumplido" (Sentencia de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado de octubre 17 de 1950, Anales del Consejo, Tomo LVIII, números 367-371, pág. 453).

"Hay extralimitación de facultades cuando el gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria, que sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley, excede a la letra y al espíritu de la norma legal" (Sentencia del Consejo de Estado de junio 3 de 1947, Anales del Consejo, Tomo LVI, números 357-361, Pág. 428).

"El decreto reglamentario no puede ser otra cosa que el desarrollo lógico de las disposiciones de la ley que trata de reglamentar y que no puede, sin incurrir en extralimitación, establecer nada que implícitamente no se halle contenido en aquella. Por lo mismo, tampoco puede cercenar nada de lo expresamente establecido en la ley. En uno y otro caso excedería la potestad reglamentaria". (Sentencia del Consejo de Estado de noviembre 14 de 1949, Anales del Consejo Tomo LVIII, números 367-371, Pág. 289).

"Para fijar los límites del poder reglamentario, la Constitución Nacional establece dos criterios a seguir: el de la necesidad del reglamento y el de la competencia. Según el primero, que emana directamente del ord. 3° del art. 120 de la Carta - hoy art. 189-11 de la C. P. de 1991, anoto -, el órgano administrativo únicamente puede reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como normas de derecho." (auto de febrero 17 de 1962 de la Sala Contenciosa del Consejo, Ponente Carlos Gustavo Arrieta A., Anales del Consejo, Tomo LXIV, números 397-398, Pág. 189).

"[...] el poder reglamentario como facultad propia de la administración de los servicios públicos está siempre subordinado a la ley y por ella limitado. En otras palabras, el reglamento nunca puede ser sustitutivo de la ley aunque en algunos casos puede ser supletorio. Esta clara situación se deriva de la garantía constitucional de la separación de las ramas del poder público sin la cual el Estado de Derecho que también se denomina como imperio de la ley sería imposible de concebir y, sin él, naufragaría la libertad individual. El reglamento es, como lo ha reiterado la jurisprudencia, el instrumento natural de la administración para que los servicios públicos funcionen, para que la ley se cumpla, pero no para que la sustituya; es su complemento indispensable pero sólo en la medida en que actualice la ley y la acomode a las necesidades de cada tiempo..." (Sentencia del Consejo de mayo 24 de 1973, Sección Cuarta de la Sala Contenciosa, consejero ponente Miguel Lleras Pizarro, Anales del Consejo, Tomo LXXXIV, números 437y 438, págs. 187yss.).

"[...] el Gobierno no puede sin caer en la tacha de ilegalidad, contrariar preceptos constitucionales o legales, ni ampliar, restringir o modificar la ley para

cuya aplicación se dicta el reglamento [...]” (Sentencia de junio 12 de 1974 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, consejero Gustavo Salazar T., Anales del Consejo, Tomo LXXXVI, núms. 439 y 440, Pag. 91).⁵¹

Bajo tal perspectiva, la Sala halla conforme a los anotados parámetros la expedición de las disposiciones que se impugnan, en tanto que hacen consonante desde un enfoque de facticidad el reconocimiento en dinero por la prestación de un servicio, definiendo un trato diferencial que se ajusta a las condiciones en que se ejecuta.

Aceptar una interpretación contraria, esto es, una que admita que el porcentaje señalado en el artículo 4º de la Ley 1187 de 2008 debe ser reconocido de forma uniforme a todas las Madres Comunitarias sin tener condiciones propias de la prestación del servicio que define los grados o criterios de clasificación de los Hogares Comunitarios de Bienestar, implicaría que quien emplee menos tiempo y esfuerzo para la atención de dicho servicio público y tenga una menor carga de niños, merecería el mismo reconocimiento económico respecto de quien dedique más horas y tenga un mayor número de niños a su cuidado, lo que devendría en un trato injusto e inequitativo y consecuentemente, redundaría en una violación al mandato Superior de garantizar el derecho a la igualdad material previsto en el artículo 13 de la Carta.

En efecto, sobre tal aspecto la Corte Constitucional, en sentencia C-862 de 2008, manifestó que su observancia implica que se adopten medidas diferenciales cuando existen situaciones fácticas que son disímiles; veamos:

“Como en múltiples oportunidades lo ha indicado esta Corporación⁵², la Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como principio, consagrado en el preámbulo y el artículo 1 superior, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado. Y, de acuerdo con el artículo 13 de la Carta, la igualdad es también un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para grupos que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. De esta manera, es evidente que la correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad

⁵¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 11 de junio de 2009, proferida en el proceso identificado con el número 11001-03-25-000-2005-00348-00. M.P. Rafael E Ostau De Lafont Pianeta.

⁵² La Corte Constitucional Colombiana ha expedido más de 700 sentencias que interpretan el concepto constitucional de igualdad, por lo que a continuación se presenta un breve y sencillo resumen de ellas.

de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles.

5. En esa línea, ha dicho la Corte que la interpretación de este principio y derecho no se limita al entendimiento de la igualdad desde un punto de vista de equiparación matemática o formal que exigiría absoluta homogeneidad, sino que debe verse desde una perspectiva material que establezca tratos iguales entre iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficios de grupos que aunque desde una perspectiva son iguales desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado.

Es claro, entonces, de una parte, que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos y, de otra parte, que el trato discriminatorio es aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la justificación de la diferencia consiste en definir la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.⁵³ (Subrayas de la Sala)

De conformidad con lo dicho, se observa en consecuencia que los actos administrativos demandados simplemente reconocen y desarrollan el precepto constitucional que exige que, en condiciones desiguales, es necesario reglamentar reconociendo las diferencias, para atender la igualdad material que nuestra Constitución Política consagra; dándole por tanto efecto útil a una norma legal que, entendida como lo propone el demandante, sería claramente inconstitucional.

En tales condiciones, se negarán las pretensiones de nulidad del Decreto 1490 de 2008 y del artículo 2 de la Resolución 1773 de esa anualidad, al no haberse acreditado el vicio de nulidad por exceso en la potestad reglamentaria en la forma en que quedó explicado anteriormente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

NEGAR las pretensiones de nulidad del Decreto 1490 del 6 de mayo de 2008 proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el entonces Ministro de Protección Social y de la Resolución 1773 del 8

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-862 del 3 de septiembre de 2008. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.



de mayo de 2008 proferida por la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 7 de abril de 2022.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente
Consejero de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.