

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00034-00(1821)

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: Madres comunitarias. Afiliación de su núcleo familiar al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud. Financiación. Leyes 509 de 1999 y 1023 del 2006.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Óscar Iván Zuluaga Escobar, solicita el pronunciamiento de esta Sala sobre la financiación de los derechos y prestaciones derivados de la afiliación del grupo familiar de las madres comunitarias al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud.

En los antecedentes, la consulta transcribe los artículos 1º y 2º de la ley 509 de 1999 en los cuales se consagraban para las madres comunitarias, *a título personal*, las prestaciones sociales y económicas del régimen contributivo previsto en la ley 100 de 1993, debiendo aportar mensualmente el 8% liquidado bien sobre la bonificación que les reconoce el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o bien sobre la mitad del valor del salario mínimo legal mensual vigente si aquella fuere inferior; y ordenando que los miembros de su grupo familiar tendrían “derecho a la prestación del servicio de salud como afiliados prioritarios del régimen subsidiado”.

En materia de financiación, según los artículos 3º y 4º de la misma ley 509 de 1999, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconoce, a las EPS escogidas por las madres comunitarias, las unidades de pago por capitación del régimen contributivo, “transfiriendo los recursos necesarios de la subcuenta de solidaridad a la subcuenta de compensación en los valores correspondientes a las unidades de pago por capitación subsidiada”; la diferencia entre esos recursos y el aporte de las madres comunitarias “será satisfecha con el porcentaje que sea necesario, de los rendimientos producidos por el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, subcuenta de compensación”; y se garantiza la sostenibilidad de este “régimen especial”, “en todo caso con recursos provenientes de los asignados en el Plan Nacional de Desarrollo para el régimen subsidiado”; también las madres comunitarias tienen la posibilidad de “completar por su cuenta el valor total de la cotización” para obtener la cobertura familiar del régimen contributivo.

La consulta enuncia los regímenes contributivo y subsidiado en el sistema general de seguridad social en salud, a partir de la ley 100 de 1993, para indicar que “la ley 509 de 1999 introdujo una excepción” al permitir la afiliación de las madres comunitarias al régimen contributivo, justificada en su carencia de capacidad económica, en la función social que desarrollan y en la cobertura de atención a cargo del ISS antes de la ley 100 de 1993; destaca que los artículos 1º y 2º de la ley 509 de 1999, fueron modificados por los artículos 1º y 2º de la ley 1023 del

2006, para ampliar a su grupo familiar la afiliación de las madres comunitarias al régimen contributivo del sistema de salud de la ley 100 de 1993, reduciendo del 8 al 4 el porcentaje de su aporte mensual, que se liquidará solamente sobre las sumas efectivamente recibidas por concepto de la bonificación que les reconoce el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Manifiesta el Sr. Ministro que la materia de la consulta hace referencia a que la Ley 1023 del 2006 no introdujo modificación alguna a los artículos 3º y 4º de la ley 509 de 1999 y tampoco “fijó regla adicional referente al financiamiento de la afiliación de los grupos familiares de las madres comunitarias”, situación que ha generado disparidad de criterios entre su despacho y el Ministerio de la Protección Social, al emitir los conceptos aprobatorios de las decisiones con incidencia fiscal que corresponde tomar al Consejo Nacional de Seguridad Social, al adoptarse el presupuesto del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, para la vigencia fiscal del 2007.

Explica entonces que el Ministerio de la Protección Social entiende que, en los términos de la ley 1023 del 2006, “sólo la madre comunitaria accede a las prestaciones económicas que reconoce el Sistema a sus afiliados cotizantes”; que no hay lugar al reconocimiento de ninguna de dichas prestaciones respecto del grupo familiar; que se encuentran vigentes el artículo 3º y el inciso primero del artículo 4º de la ley 509 de 1999, los cuales contienen previsiones “dispuestas exclusivamente para la financiación de la UPC-C de cada madre comunitaria, por lo que en cuanto a la financiación de la UPC-C de su núcleo familiar no puede hacerse extensivo su contenido ...”.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera que “para la financiación de la afiliación de los grupos familiares de las madres resulta aplicable el mismo tratamiento y esquema que sigue la afiliación de las propias madres comunitarias”, de conformidad con los artículos 3º y 4º de la ley 509 de 1999, porque la ley 1023 del 2006 no se refirió a ellos y sí “SUSTITUYÓ en su integridad” los artículos 1º y 2º de la misma ley 509, entonces “la interpretación y alcance de las nuevas disposiciones debe realizarse de manera conjunta con las que existían en la norma a la cual se integra...”; argumento que complementa explicando que los artículos 3º y 4º de la ley 509 de 1999 no contrarían el contenido de los nuevos artículos 1º y 2º, ni limitan el alcance de la financiación a la afiliación de las madres comunitarias; ellas son beneficiarias de “un tratamiento excepcional”, con la posibilidad de elegir la EPS para ellas y su grupo familiar; su aporte habilita a sus grupos familiares para ser afiliados del régimen contributivo; y, finalmente, no existe norma legal que permita completar los aportes con cargo a la subcuenta de compensación y, por el contrario, ha de tenerse especial cuidado de no arriesgar el equilibrio y sostenibilidad del régimen contributivo, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia SU-819 de 1999, de la cual la consulta incluye unos apartes.

Así las cosas, se solicita a la Sala resolver los siguientes interrogantes:

“1. De conformidad con el artículo 1 y 2 de la Ley 509 modificados por el artículo 1 o 2 de la Ley 1023 de 2006, el esquema de financiación previsto en los artículos 3 y 4 de la ley 509 de 1999 resulta aplicable a los grupos familiares de las madres comunitarias?”

“2. En caso contrario, esto es, si la financiación de los grupos familiares no puede regirse por el esquema previsto para las madres comunitarias, se pregunta si sin que exista norma expresa (con rango de ley) y con

fundamento en el régimen general, puede la Subcuenta de Compensación del Fosyga con cargo a sus propios recursos girar con destino a las EPS el valor correspondiente a las UPC del Régimen Contributivo de los grupos familiares de las madres comunitarias?”

Para responder la Sala CONSIDERA:

El tema consultado hace referencia a las fuentes de financiación para atender los derechos y prestaciones que adquiere *el grupo familiar* de las madres comunitarias, respecto del cual la ley 1023 del 2006, modificando el artículo 1º de la ley 509 de 1999, dispuso que será afiliado al sistema general de seguridad social en salud mediante el régimen contributivo regulado por la ley 100 de 1993.

Revisará entonces la Sala los antecedentes de las leyes 509 de 1999 y 1023 del 2006, para determinar si las modificaciones expresas que ésta introdujo a aquélla implican variación alguna en el esquema de financiación establecido en los artículos 3º y 4º de la ley 509 de 1999.¹

1. Consideraciones generales:

1.1. El régimen de las madres comunitarias:

Se detiene brevemente la Sala en la normatividad de las madres comunitarias², para precisar que se trata de las personas bajo cuyo cuidado se dejan los menores entre 0 y 7 años de edad, de los estratos sociales más pobres del país, para que sean atendidos en sus necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual. Estas madres pertenecen a los mismos grupos sociales de los niños, y son vinculadas al programa Hogares Comunitarios de Bienestar³, a través de las asociaciones de padres de familia usuarias del programa u otras organizaciones comunitarias, que son las encargadas de administrar los recursos apropiados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁴, con los que se cubren las adecuaciones físicas de la vivienda receptora de los niños, los muebles, materiales didácticos y de juegos, la alimentación y la bonificación que se reconoce a cada madre por la labor que realiza.⁵

El programa de atención a los infantes en las condiciones descritas inició en la década de los 80 y fue incorporado en la legislación del Sistema Nacional de

¹ C. Civil, Art. 27: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. / Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.”

² Ley 89 de 1988, (diciembre 29) “Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”, D. O. No. 38.635, diciembre 29/88. D. R. 2919 de 1989 (septiembre 6), “Por el cual se reglamenta el parágrafo 2º del artículo primero de la Ley número 89 de 29 de diciembre de 1988”. Este decreto fue derogado expresamente por el decreto 1340 de 1995.

³ Ley 89 de 1988, Art. 1º, Parágrafo 2º: “... 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.” Definición reiterada en el artículo 1º del D. R. 1340 de 1995, vigente.

⁴ Decreto 1340 de 1995, Art. 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.”

⁵ Cfr. ICBF, Junta Directiva, Acuerdos Nos. 21 de 1989 y 21 de 1996.

Bienestar Familiar⁶ cuando la ley 89 de 1988 dispuso incrementar en el uno por ciento (1%) los aportes que sobre sus nóminas deben hacer los empleadores públicos y privados al ICBF, ordenando que tal aumento estaría dedicado “exclusivamente a darle continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país.”⁷

A partir de allí se inicia la adopción de normas encaminadas a brindar seguridad social a las madres comunitarias; así, el Decreto 1791 de 1990 que aprobó el Acuerdo 052 del mismo año, expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, ordenó “extender la cobertura del Seguro Social Obligatorio de Enfermedad en General y Maternidad a las madres comunitarias de que trata la Ley 089 de 1988 y el Decreto 2019 de 1989”, mediante afiliación facultativa al Instituto de Seguros Sociales hecha por las asociaciones de padres de familia usuarias del programa.

También las leyes 6^a de 1992⁸ y 223 de 1995⁹ incorporan la destinación de parte del recaudo del IVA al sostenimiento del programa de los Hogares Comunitarios y expresamente a la seguridad social de las madres comunitarias.

⁶ Ley 7^a de 1979, “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.”

⁷ Ley 89 de 1988, Art. 1^o: “A partir del 1^o de enero de 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- ordenados por las leyes 27 de 1974 y 7^a de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios. / ... / Parágrafo 2^o 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. ...”. La ley 27 de 1974 había establecido el 2% de la nómina mensual de los empleadores públicos y privados.

⁸ Ley 6 de 1992 (junio 30) “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones.” Art. 19. “Tarifa general del impuesto a las ventas... El artículo 485 del Estatuto Tributario, quedará así: ... Parágrafo Tercero. IVA Social. Con el objetivo de comunicarle mayor progresividad al aumento del IVA, el Gobierno Central destinará durante los años 1993 a 1997, inclusive, por lo menos quince mil millones (\$ 15.000.000.000) anuales del mayor recaudo de IVA a los siguientes propósitos: aumentar los aportes estatales a fin de mejorar la beca que se entrega por parte del Estado a las madres comunitarias del Instituto de Bienestar Familiar; lograr el cubrimiento de los riesgos por enfermedad general, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional como aporte a la seguridad social de las madres comunitarias o trabajadoras solidarias de los hogares comunitarios; ...”

⁹ Ley 223 de 1995 (diciembre 20) “Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”. Art.14: “El artículo 468 del Estatuto Tributario quedará así: / “Art. 468. Tarifa general del impuesto sobre las ventas. La tarifa general del impuesto sobre las ventas es el dieciséis por ciento (16%), para los años de 1996, 1997, 1998 y en adelante. /... / Del dieciséis por ciento (16%), que aquí se fija, dos y medio por ciento (2.5%) puntos porcentuales, descontadas las transferencias a las entidades territoriales a que hacen referencia los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, se asignarán exclusivamente para gastos de inversión social, según lo previsto en el numeral 2^o del artículo 359 de la misma Constitución, atendiendo los siguientes destinos y proporciones: / 1. Al menos el treinta por ciento (30%) para gastos del régimen subsidiado de salud, establecido por la Ley 100 de 1993, **hogares comunitarios** y para educación preescolar, primaria, secundaria y media, preferencialmente de aquellos departamentos o distritos cuyo situado fiscal por habitante pobre esté por debajo del promedio nacional y para los gastos de los hogares de bienestar y otros programas dirigidos a la infancia, **madres comunitarias para completar el valor de la UPC del régimen subsidiado de que trata la Ley 100 de 1993 con el fin de que las madres y padres comunitarios, trabajadoras y trabajadores solidarios de los hogares comunitarios del Instituto de Bienestar Familiar puedan afiliarse al Instituto de Seguros Sociales o empresa promotora de salud que éstas escojan de manera tal que les permita recibir los beneficios que establece el régimen contributivo contemplado en dicha ley**, para incrementar el valor de la beca de las madres y padres comunitarios trabajadoras y trabajadores solidarios de los hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Dado que la ley 100 de 1993 las incluyó como afiliadas del sistema general de seguridad social en salud, en el régimen subsidiado, como *medida de transición*, el Consejo Nacional de Seguridad Social, expidió el Acuerdo 17 de 1995¹⁰, autorizando al ISS a continuar ofreciéndoles el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo.

1.2. La ley 100 de 1993¹¹

Recuérdese que con fundamento en los artículos constitucionales 48¹² y 49¹³, que tratan de los derechos a la seguridad social y a la atención de la salud, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como las consiguientes responsabilidades del Estado en su organización, dirección y regulación, el legislador expidió la ley 100 de 1993, y mediante ella creó y reguló el *sistema general de seguridad social integral*, incluyendo los temas de salud y de pensiones, y estableciendo como objetivos del Sistema en materia de salud, los de regularlo como servicio público esencial, y “crear las condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.”(Art. 152)

Definidos sus objetivos y sus reglas rectoras, la ley en comento establece las características básicas del sistema, entre las que se destacan las siguientes:

Ley 100 de 1993:

“Artículo 156. Características básicas del sistema general de seguridad social en salud: ...

b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales.

(...)

j) Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al Sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía¹⁴ y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad.”

¹⁰ CNSS, Acuerdo 17 de 1995, “Por el cual se recomiendan algunas medidas de transición”. Atención a desmovilizados, madres comunitarias y trabajadores independientes. Autoriza al ISS para continuar ofreciendo el POS-C a madres comunitarias, desmovilizados y trabajadores independientes.

¹¹ Ley 100 de 1993 (diciembre 23), “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. D. O. No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993. Libro II. El Sistema General de Seguridad Social en Salud. / Título I. Disposiciones Generales. / Capítulo I. Objeto, Fundamentos y Características del Sistema.

¹² Constitución Política, Art. 48: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. / Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. / El Estado con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social...”

¹³ Constitución Política, Art. 49: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. / Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad ...”

¹⁴ Ley 100 de 1993, Art. 156: “Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. ... l) Existirá un Fondo de Solidaridad y Garantía que tendrá por objeto, de acuerdo con las

Precisamente tomando en consideración “la medida de su capacidad”, la ley 100 de 1993, artículo 157, regula los “tipos de participantes del Sistema” diferenciando los afiliados y los vinculados; y dentro de los primeros distingue el tipo afiliación en relación con los regímenes contributivo y subsidiado.¹⁵ En éste último agrupa a “las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización”, y enuncia como parte de los grupos de *particular importancia* el de las madres comunitarias.¹⁶ En su definición legal, este “régimen subsidiado” está referido a la vinculación a través del pago de una cotización “subsidiada total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad”, su creación tiene como propósito “financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar”¹⁷, y su cobertura deberá alcanzar gradualmente los servicios que conforman el plan obligatorio de salud del régimen contributivo (art. 162).

Es decir, que en el régimen general de la seguridad social en salud, la ley 100 de 1993 destaca al grupo de las madres comunitarias, lo ubica como afiliado y, teniendo en cuenta su capacidad de pago, lo incluye en el régimen subsidiado. Como se verá a continuación, el legislador asumió que estas disposiciones implicaban una desmejora en los servicios que les ofrecía el ISS, y que era necesario regular de manera especial su relación con el sistema integral de seguridad social.

2. Las leyes 509 de 1999 y 1023 del 2006.

El estudio de las leyes 509 de 1999 y 1023 del 2006 y de su trámite, muestra la continuidad en el mejoramiento de las garantías para las madres comunitarias, en materia de seguridad social, de modo que conforman un régimen especial respecto del general de la ley 100 de 1993 tanto en salud como en pensiones.

Ambas leyes son de iniciativa legislativa y de acuerdo con las exposiciones de motivos, las ponencias y los debates en los que se documenta su trámite en el Congreso de la República, su objetivo es el de permitir a las madres comunitarias

disposiciones de esta ley, garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en esta ley.”

¹⁵ Ley 100 de 1993, Art. 157: “Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados....”

¹⁶ Ley 100 de 1993, Art. 157: “... A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social. Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud: / 1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo.../ 2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia dentro de este grupo, personas tales como... las madres comunitarias...”

¹⁷ Ley 100 de 1993, Art. 211: “Definición. El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley.” Art. 212: “Creación del régimen. Créase el régimen subsidiado que tendrá como propósito financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Este régimen de subsidios será complementario del sistema de salud definido por la Ley 10 de 1990.”

del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y a su grupo familiar, el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud, como afiliados del régimen contributivo, sin atender a su capacidad de pago.

a) Los antecedentes de la ley 509 de 1999¹⁸

Bajo las consideraciones de que la afiliación al régimen subsidiado de la ley 100 de 1993 implicaba para las madres comunitarias la pérdida de los servicios médico asistenciales y de las prestaciones económicas de que venían gozando, que las disposiciones del Acuerdo 17 de 1995 del Consejo Nacional de Seguridad Social eran un régimen transitorio, y que la labor por ellas desarrollada es muy importante en los procesos de formación de los niños menores de siete años, se sustenta el proyecto de ley 037 de 1997 Cámara, “Por el cual se disponen unos beneficios a favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social y se otorga un subsidio pensional”.¹⁹

El proyecto contiene tres temas: (i) hacer a las madres comunitarias “acreedoras a las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los beneficiarios del régimen contributivo previsto por la ley 100 de 1993”, indicando su base de liquidación (artículo 1º); (ii) *prever la financiación de esa afiliación* (artículos 2º, 3º y 4º); (iii) establecer un subsidio al aporte para pensión (artículos 5º a 8º).

Se destaca que el texto del artículo primero del proyecto original no incluía al grupo familiar de las madres comunitarias, pero en la exposición de motivos sí se menciona expresamente para que también sea afiliado del régimen contributivo; las ponencias y los debates se centran en las condiciones de las madres comunitarias y su labor²⁰; los ponentes en el Senado solicitaron la conformación de una comisión para conciliar los proyectos aprobados en Cámara y Senado, en razón de los “estudios y análisis realizados últimamente con el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Salud y el ICBF, en el cual nos indica que debido al gran déficit fiscal que se afronta y a la labor que se ha adelantado para reglamentar el cubrimiento de este servicio como régimen especial, se buscaron las opciones que no implicaran mayores compromisos fiscales y que su aplicación no generará desigualdades y (sic) dentro del sistema de seguridad social en salud para así evitar una eventual objeción de la ley por inconstitucionalidad...”²¹

Concluido el trámite, el texto definitivo del artículo 1º hizo énfasis en la afiliación de las madres comunitarias “a título personal”, adicionó la disposición de que “los miembros de este grupo familiar tendrán derecho a la prestación del servicio de salud, como afiliados prioritarios del régimen subsidiado”; y excluyó expresamente a las madres comunitarias que estuvieran ya afiliadas al régimen contributivo, para evitar una doble afiliación al sistema general de seguridad social.

En cuanto a la financiación, el proyecto original propuso:

¹⁸ Proyecto de ley No. 037 de 1997 Cámara y No. 198 de 1998 Senado.

¹⁹ Gaceta del Congreso Cámara, No. 329 del martes 19 de agosto de 1997, págs. 5 a 7.

²⁰ Gacetas del Congreso Cámara Nos. 424 del 9 de octubre de 1997, 12 del 18 de marzo de 1998, 30 del 15 de abril de 1998; Senado Nos. 322 del 7 de diciembre de 1998, 147 del 8 de junio de 1999.

²¹ Gaceta del Congreso Senado, No. 147, martes 8 de junio de 1998, ponencia para segundo debate.

a) el aporte mensual de la madre comunitaria, equivalente al 4% de la suma que recibiera por concepto de la bonificación que se les reconoce a través del programa; y en caso de que el monto de la bonificación fuera inferior a la mitad del salario mínimo legal vigente, entonces, ese porcentaje se liquidaría sobre la mitad de este salario;

b) los recursos correspondientes a las unidades de pago por capitación del régimen contributivo, transferidos de la subcuenta de solidaridad a la subcuenta de compensación, que serían homologables a los aportes patronales;

c) los rendimientos que produzca el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, en la cuantía que sea necesaria para cubrir la diferencia que quede entre el valor de la unidad de pago por capitación del régimen contributivo y la suma de los montos del aporte de las madres comunitarias y de los recursos transferidos de la subcuenta de compensación.

Observa la Sala que este esquema de financiación se conservó como fue presentado y las modificaciones fueron para adicionar las fuentes de los recursos. En efecto: fue discutido el impacto de la afiliación al régimen contributivo y la afectación de los recursos del Sistema, pero no las fuentes de la fórmula propuesta; las variaciones a esa propuesta inicial se circunscribieron a incrementar en 4 puntos el porcentaje del aporte de las madres, a excluir expresamente de la base de liquidación del aporte, las “tasas de compensación” que las madres pueden cobrar a los padres usuarios del programa, y a *garantizar la sostenibilidad de este régimen especial con recursos provenientes del plan nacional de desarrollo para el régimen subsidiado.*

b) Los antecedentes de la ley 1023 del 2006²²

El proyecto original fue presentado con la finalidad expresa de “facilitar al grupo familiar de las 82.000 madres comunitarias del país el disfrute de los beneficios de la seguridad social en salud...” para lo cual propone como modificación que “las madres comunitarias se afiliarán con su grupo familiar a la Entidad Promotora de Salud que escojan... En la actualidad es necesario que las madres comunitarias paguen por su cuenta el valor de la cotización para obtener la cobertura familiar del régimen contributivo, lo que en la práctica significa desembolsar una suma superior a la mitad de la bonificación que reciben del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”²³ Este objetivo se mantuvo a lo largo del trámite legislativo sin modificación alguna.²⁴

El artículo 2º del proyecto buscaba dejar como base de liquidación del aporte de las madres comunitarias solamente la bonificación que les reconoce el ICBF, suprimiendo la referencia al salario mínimo legal de que trataba el artículo 2º de la ley 509 de 1999, explicando que éste último las estaba poniendo a cotizar *sobre una bonificación que no reciben*. En el trámite legislativo, esta parte del articulado sólo fue modificada en cuanto al porcentaje pues del 8 bajó al 4%, que es el mismo porcentaje que aportan los trabajadores dependientes, sin perjuicio de que, en el caso de las madres, ellas carezcan de empleador.

²² Proyecto de ley Nos. 165 de 2003 Cámara y 239 de 2005 Senado.

²³ Gaceta del congreso Cámara No. 601 del 19 de noviembre del 2003, págs. 1 y 2.

²⁴ Gaceta del Congreso Cámara Nos. 165 del 4 de mayo del 2004, 405 del 5 de agosto del 2004; Senado Nos. 309 del 31 de mayo del 2005, 315 del 3 de junio del 2005

Ni el proyecto ni la exposición de motivos tocaron los artículos 3º y 4º de la ley 509 de 1999, de lo cual infiere la Sala que la intención del legislador se circunscribió a ampliar al grupo familiar de las madres comunitarias el acceso al régimen contributivo con las mismas fuentes de financiación establecidas para ellas;²⁵ en las ponencias y debates se planteó el tema aceptándose que esa afiliación estaba cubierta con los recursos ya destinados por la ley; particularmente, la ponencia para primer debate en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, incluyó el tema de la “viabilidad financiera”, que desarrolla con “las cifras que reporta el Fosyga en cuanto al régimen contributivo tomando como referencia el número total de cotizantes y beneficiarios compensados pertenecientes a este régimen con el objetivo de analizar la solidaridad del sistema”.²⁶

Al serle enviado a sanción presidencial, el gobierno nacional objetó²⁷ el proyecto de ley por inconstitucional pues expresó que no habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7º de la ley 819 de 2003²⁸, se incurría en violación del artículo 151 de la Carta, y al respecto citó apartes de la Sentencia C-1113-04, en la cual se señala que la ley 819 del 2003 “debe servir de referente para el análisis del impacto fiscal a efectuar en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas de los proyectos que ordenen gasto...”.

En Cámara y Senado se sometió a discusión y fue aprobado por unanimidad el mismo informe sobre las objeciones presidenciales, que sustentó su negativa en razones formales²⁹ y de fondo; de éstas últimas es importante destacar:

“... Con el fin de reafirmar que al proyecto sí se le hicieron por los ponentes los análisis que determinan el impacto fiscal, el cual se cubriría con los excedentes del régimen contributivo, siendo ésta su fuente de

²⁵ Proyecto y exposición de motivos, Gaceta del Congreso Cámara No. 601, miércoles 19 de noviembre del 2003

²⁶ Gaceta del Congreso Cámara, No. 165, martes 4 de mayo del 2004, páginas 3 a 6 / Ponencia para primer debate al proyecto de ley No. 165 de 2003 Cámara, “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.” Analiza Las cifras para concluir que “según el proyecto de ley al vincular el núcleo familiar de la madre comunitaria al régimen contributivo con la cotización del 8% sobre la bonificación el Estado recibiría \$1.133.470.960, y los costos serían de \$5.985.665.425 entonces el Estado debería financiar \$4.762.194.465. ... **Como el régimen contributivo en este momento está generando un superávit de \$93.800.270.258,85, el sistema podría cubrir los costos que generaría el vínculo del núcleo familiar de la madre comunitaria al régimen contributivo y el subsidio total para pensión...**se hace justo y necesario darle nuestro apoyo a unos de los grupos más vulnerables de la población colombiana como son las madres comunitarias a través de una mayor atención y una mejor calidad en la prestación del servicio de salud.” (Las negrillas son de la Sala).

²⁷ Gaceta del congreso Cámara No. 494, viernes 5 de agosto del 2005, pág. 40

²⁸ Ley 819 de 2003 (julio 9) “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.” D. O. No. 45.243, julio 9/03. Art. 7º: “Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. / Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. / El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso...”.

²⁹ En la fecha de presentación del proyecto de ley, noviembre 14 del 2003, no había entrado en vigencia el artículo 7º de la ley 819 del 2003; el primer marco fiscal de mediano plazo fue presentado por el gobierno nacional con el proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal del 2006; la Sentencia C-1113-04 dice que la ley 819 del 2003 no aplica cuando para la fecha de trámite de un proyecto de ley aún no haya sido expedido el marco fiscal.

*financiamiento, debemos anotar que desde su concepción el Sistema de Seguridad Social Integral definido (sic) dentro de sus principios la eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros (artículo 2º, ley 100 de 1993). Lo anterior implica que se haga una adecuada utilización de los recursos disponibles para garantizar la cobertura de todas las personas... / Por su parte el artículo 6º de la ley 100 de 1993, en su numeral 3, fija como uno de los objetivos del sistema general de seguridad social integral ordenar las instituciones y recursos que permitan garantizar la ampliación de la cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema mediante mecanismos que desarrollen el principio de solidaridad, **mencionando expresamente a las madres comunitarias para el otorgamiento de las prestaciones en forma integral...***” (La negrilla es del texto).³⁰

Resta mencionar que mediante la Sentencia C-072 del 2006³¹ la Corte Constitucional declaró igualmente infundadas las objeciones presidenciales y exequible el proyecto de ley, por cuanto “desde el momento en que fue radicado el proyecto de ley y hasta su aprobación en primer debate en la Cámara de Representantes, inclusive, no existía Marco Fiscal de Mediano Plazo, por lo que no requería cumplir con el requisito señalado en el artículo 7º de la ley 819 de 2003.”

Conclusiones de la Sala:

La revisión del marco normativo de las madres comunitarias muestra que en la década de los 90 el legislador adoptó medidas efectivas para garantizar a las madres comunitarias del programa Hogares Comunitarios de Bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el acceso a los servicios de seguridad social, arbitrando recursos de reformas tributarias y facultando al Instituto de Seguros Sociales para su atención.

Se encuentra también que la afiliación de las madres comunitarias al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, ordenado por la ley 100 de 1993, no tuvo efecto en la medida en que con fundamento en la misma ley se dispuso por el Consejo Nacional de Seguridad Social, que el ISS continuaría dándoles la atención que les brindaba con antelación a la entrada en vigencia del sistema general.³²

Esta decisión, adoptada como *medida transitoria* es, según se vio, una de las razones para iniciar el trámite de la que sería la ley 509 de 1999, en la cual se estructura, sin duda, un régimen especial – respecto de la ley 100 de 1993 - para este grupo de personas, tanto en salud y pensiones, como en su financiamiento, aunque sin desconocer la concurrencia de aportes y subsidios sobre la que se construye la financiación del sistema general en la misma ley 100.

La ley 1023 del 2006 reafirma ese régimen especial; y teniendo en cuenta que en su trámite el tema de la financiación se concretó en el análisis de las cifras del FOSYGA para concluir que con ellas estaba cubierta la ampliación de cobertura propuesta, los principios de hermenéutica jurídica permiten concluir que los artículos 3º y 4º de la ley 509 de 1999 forman un solo cuerpo normativo con los artículos 1º y 2º de la ley 1023.

³⁰ Gaceta del Congreso Cámara No. 722 del lunes 24 de octubre del 2005, págs. 9 a 12.; Gaceta del Congreso No. 846 del viernes 2 de diciembre del 2005, págs. 5 a 8

³¹ Sentencia C-072-06 (febrero 8), Expediente OP-087, M.P. Jaime Córdoba Triviño

³² Acuerdo 17 de 1995, ver cita 9

Esta conclusión tiene una salvedad referente a la derogatoria tácita del párrafo segundo del artículo 4º de la ley 509 de 1999, en razón de la modificación del artículo 1º de esta misma ley. Se transcriben los textos correspondientes, así:

Ley 509 de 1999:

“Artículo 1º . En virtud de la presente ley, *las Madres Comunitarias* del Programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *se harán acreedoras a título personal* a las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo previsto por la Ley 100 de 1993. *Los miembros de este grupo familiar tendrán derecho a la prestación del servicio de salud, como afiliados prioritarios del régimen subsidiado.*” (Destaca la Sala).

“Artículo 4º, Párrafo 2º. Las Madres comunitarias tendrán la posibilidad de completar por su cuenta el valor total de la cotización *y obtener de esta manera la cobertura familiar del Régimen Contributivo.*” (Destaca la Sala).

Ley 1023 del 2006:

“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.” (Destaca la Sala).

Comparando los textos transcritos es clara la coherencia entre el párrafo segundo del artículo 4o de la ley 509 de 1999 con el artículo 1º original de la misma ley 509 de 1999, pues en éste la afiliación al régimen contributivo era de la madre comunitaria “a título personal”, y su grupo familiar sólo tenía vocación de afiliación prioritaria al régimen subsidiado; no obstante lo cual la misma ley facultaba expresamente a la madre comunitaria para que, aportando el valor total de la cotización correspondiente, afiliara a su grupo familiar al régimen contributivo.

Pero esa misma disposición, el párrafo 2º del artículo 4º de la ley 509 de 1999, es contradictoria con la modificación introducida por el artículo 1º de la ley 1023 del 2006, que consiste precisamente en afiliar tanto a la madre comunitaria como a su grupo familiar al régimen contributivo. Por ende, debe entenderse que ha operado la derogatoria tácita³³ y, en consecuencia, debe excluirse el párrafo 2º del artículo 4º de la ley 509 de 1999, del régimen actualmente aplicable a las madres comunitarias en materia de seguridad social en salud y pensiones.

Así pues, la afiliación del grupo familiar de las madres comunitarias al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, ordenada en el artículo 1º de la ley 1023 del 2006, está financiada con los mismos recursos previstos en los artículos 3º y 4º de la ley 509 de 1999, y el aporte mensual que debe hacer la madre comunitaria, que en el artículo 2º de la ley 509 era del 8% y el artículo 2º de la ley 1023 redujo al 4% liquidado solamente sobre la suma que recibe del ICBF por concepto de bonificación.

³³ C. Civil, Art. 71: “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. / Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. / Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. / La derogación de una ley puede ser total o parcial.”

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

Preguntas 1 y 2: El esquema de financiación previsto en los artículos 3º y 4º de la ley 509 de 1999 es el aplicable a la afiliación al régimen contributivo de la ley 100 de 1993 del grupo familiar de las madres comunitarias, porque tales son el sentido y el alcance dados por el legislador a la reforma adoptada en la ley 1023 del 2006.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE
Presidente de la Sala

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

LUIS F. ALVAREZ JARAMILLO

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LIDA YANNETTE MANRIQUE
Secretaria de la Sala