

Bogotá, DC Octubre 30 de 2018

Rafael Forero Contreras, varón mayor de edad, de profesión abogado, cedulaado bajo el número 79.143.157, con tarjeta profesional número 32.415 del Consejo Superior de la Judicatura, como ciudadano colombiano y en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, por delegación de la Comisión de la Mesa y de su Presidente Dr. Fernando Sarmiento Cifuentes, presento al Honorable Magistrado sustanciador LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ y a la H. Sala PONENCIA con relación al expediente radicado bajo el número D-12890 -Ley 1607 de 2012 ARTICULO 36 (parcial) - Acción de Constitucionalidad instaurada por YENNY ANDREA RANGEL RODRÍGUEZ ciudadana colombiana cedulada bajo el número 37.901.312 de San Gil, Santander. El expediente fue remitido mediante oficio N°3007 a la Academia el 18 de Octubre de 2018 a las 3:00 pm. La presente es la posición que la Academia Colombiana de Jurisprudencia tiene a bien presentar por delegación, en este caso, a uno de sus académicos de número, para pronunciarse con relación a lo consultado:

Considera la Demandante que la norma acusada: “... sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas” (negrilla y subraya fuera del texto) vulnera el Estatuto Superior en sus Artículos 1°, 13, 25, 53, 93; así como los Convenios 100, 11 y 156 de la OIT.

No podemos dejar de mencionar que la extensa demanda ataca una parte de una norma que, con posterioridad a su promulgación, ya fue declarada exequible mediante sentencia C 465 de 2014, del 9 de julio de 2014, siendo su Magistrado Ponente el Dr. ALBERTO ROJAS RIOS, cuyo acápite en lo pertinente de transcribe a continuación:

“...Al respecto, es importante, precisar que contrario a lo expuesto en la demanda, el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, no regula temas de régimen salarial del servidor público, el cual corresponde a las comisiones séptimas del congreso, pues la disposición acusada señala de manera expresa que las madres comunitarias no son ni serán catalogadas como servidoras públicas.

En tanto, la materia tributaria es un aspecto transversal del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, la Sala concluye que la competencia recaía sobre las Comisiones Terceras del congreso, pues aunque en la norma demandada inevitablemente se afecten temas de seguridad social, es indiscutible que esto sucede con ocasión a la expedición de la reforma tributaria. Así las cosas, se declarará la exequibilidad del precepto demandado...

#### RESUELVE

**Primero.-** Declarar EXEQUIBLE la ley 1607 de 2012 por el cargo relativo a la falta de publicación del proyecto presentado al Congreso de la República.

**Segundo.-** Declarar EXEQUIBLES por los demás cargos analizados los artículos 20 – párrafos 1°, 2° y 3°-, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, **36**, 69, 71, 72, 122, 123, 124, 142, 167 -párrafos 3° y 4°-, 172, 178, 179, 180, 185, 190 y 196 de la ley 1607 de 2012” (negrilla fuera del texto)

(<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-465-14.htm>)

Por lo anterior, es menester recalcar que la cuestionada norma, ha estado bajo examen por esta Alta Corporación en anterior ocasión, y por ello aplicar la llamada “cosa juzgada constitucional”.

Igualmente, frente al particular debe tenerse en cuenta la Ley 1815 de 2016 en sus artículos 116 y 117. Rezan las mencionadas normas:

**ARTÍCULO 116.** MADRES COMUNITARIAS, FAMIS Y SUSTITUTAS. Las Madres Comunitarias, Famis y Sustitutas que ostentaban esta condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008 y no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, durante este periodo podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo, conforme lo establece el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011.

**ARTÍCULO 117.** AFILIACIÓN DE MADRES SUSTITUTAS AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Las madres sustitutas, que forman parte de la Modalidad Hogares Sustitutos 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 sistema de salud.

Las madres sustitutas cotizarán mensualmente como aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de trabajadores independientes, un valor equivalente al cuatro por ciento (4%) de la suma que reciben mensualmente por concepto de beca del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Dicho aporte se recaudará a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA).

**PARÁGRAFO 1o.** La base de cotización para la liquidación de aportes con destino a la seguridad social en salud por parte de las madres sustitutas así como las prestaciones económicas, se hará teniendo en cuenta la beca que efectivamente reciban por concepto de bonificación de conformidad con lo dispuesto en la ley.

**PARÁGRAFO 2o.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a las Empresas Administradoras de Planes de Beneficio (EAPB) escogidas por las beneficiarias, los valores correspondientes a 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.

**PARÁGRAFO 3o.** La diferencia que resulte entre las Unidades de Pago por Capitación (UPC), subsidiadas, no cubierta con los aportes de las Madres a que hace referencia el parágrafo 1o del presente artículo, y con las transferencias previstas por el mismo, será satisfecha con el porcentaje que sea necesario, de los rendimientos producidos por el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

([http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1815\\_2016\\_pr002.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1815_2016_pr002.html))

De idéntica manera, apreciar el mandato de la ley 1769 de 2015 en su artículo 112, que a la letra dice:

**Artículo 112.** *Garantía de Acceso de las Madres Comunitarias al Fondo de Solidaridad Pensional-Subcuenta de Solidaridad.* Con el fin de garantizar el acceso de las madres comunitarias que al momento de la expedición de esta norma conserven tal calidad, al subsidio al aporte de la Subcuenta de Solidaridad de que trata la Ley 797 de 2003, por una única vez y dentro de los 6 meses siguientes a la vigencia de la presente ley, las madres comunitarias que se encuentren afiliadas al Régimen de Ahorro Individual podrán trasladarse al Régimen de Prima Media.

Para estos efectos, no son aplicables los plazos de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), o quien haga sus veces, deberá acreditar la calidad de las Madres Comunitarias, con el fin de que puedan realizar el traslado de Régimen de que trata este artículo.

**Parágrafo 1°.** Las Madres Comunitarias que se vinculen al programa de hogares comunitarios con posterioridad a la vigencia de esta ley y que se encuentren afiliadas en pensiones al Régimen de Ahorro Individual podrán trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin que le sean aplicables los términos mínimos de traslado de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, con el fin de que sean beneficiarias del Programa de Subsidio al Aporte. Para los efectos de este artículo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), deberá acreditar la calidad de las Madres Comunitarias, con el fin de que puedan realizar el traslado de Régimen.

(<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30021670>)

Finalmente, el Decreto 289 de 2014 “por el cual se reglamenta parcialmente el Artículo 36 de la Ley 1607 de 2012” que obliga:

“DECRETO 289 DE 2014 (febrero 12) Diario Oficial No. 49.062 de 12 de febrero de 2014 MINISTERIO DEL TRABAJO Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, y CONSIDERANDO: Que el artículo 44 de la Constitución Política establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos....

DECRETA:

ARTÍCULO 3o. CALIDAD DE LAS MADRES COMUNITARIAS. De conformidad con el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, **las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas**. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF". (negrilla y subraya fuera del texto)

(<https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Decretos/D0289014.pdf>)

Honorable Magistrado Ponente: Para atender esta demanda y refrendar su exequibilidad, es menester subrayar que los pronunciamientos legales, jurisprudenciales y nuestro aporte doctrinario dejan en claro que una persona –en este caso una mujer- hace las veces de madre de un infante. Esto es lo mismo que afirmar que, por decisión y por voluntad propia, *acepta* en tanto que “sustituta o comunitaria”, por delegación y ausencia o imposibilidad de la madre biológica, con ello contrae todas las obligaciones, responsabilidades y derechos propios de la crianza, mientras dicho menor se encuentre a su cuidado.

Ello acontece, *mutatis mutandi*, con la adopción en donde, y gracias a la voluntad de quien adopta, se generan y establecen similares obligaciones, responsabilidades y derechos propios de crianza y cuidado.

Por su semejanza no cabe, por tanto, pretender que la madre biológica, adoptiva o comunitaria ostente la calidad de trabajadora, aunque es claro que sus obligaciones son veinticuatro horas diarias, los trescientos sesenta y cinco días del año y de por vida, como bien sabemos.

Para el caso acusado más bien cabe encuadrar el actuar de las madres comunitarias dentro de lo contemporáneamente denominan “**relaciones colaborativas**”.

Finalmente, es claro y emana del mandato expreso del artículo 3° del Decreto 289 de 2014 “por el cual se reglamenta parcialmente el Artículo 36 de la Ley 1607 de 2012” que *las madres comunitarias no ostentan la calidad de empleadas públicas* como se cuestiona en esta acción, sin atacar esta o mencionar siquiera a la última norma en mención.

Por todo lo anteriormente expuesto, sugerimos al Ponente, con todo comedimiento estar a lo preceptuado por el artículo 3° del Decreto 289 de 2014, en mérito de lo cual estimamos que la norma acusada -Ley 1607 de 2012 ARTICULO 36 (parcial) - es EXEQUIBLE.

Dentro de los términos y con todo Comedimiento, soy del Honorable Magistrado Sustanciador y de esa Alta Magistratura, su más atento servidor,

**Dr. RAFAEL FORERO CONTRERAS PhD.**

CC. 79. 143.157 de Bogotá y TP. 32.415 C. S. Judicatura.

Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia