Función Pública

Sentencia 185 de 2019 Corte Constitucional

REPÚBLICA DE COLOMBIA

SENTENCIA C-185 DE 2019

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Concepto y alcance/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Restricción negativa

COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL-Distinción

COSA JUZGADA ABSOLUTA Y COSA JUZGADA RELATIVA-Distinción

COSA JUZGADA RELATIVA-Configuración

RELACION ENTRE EL ICBF Y LAS MADRES COMUNITARIAS-Jurisprudencia constitucional

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Régimen jurídico

DERECHO AL TRABAJO-Consagración constitucional/DERECHO AL TRABAJO-Triple naturaleza constitucional, valor, principio y derecho fundamental

DERECHO AL TRABAJO-Especial protección del Estado

DERECHO AL TRABAJO-Protección en todas sus modalidades/DERECHO AL TRABAJO-Valor y principio orientador del Estado Social de Derecho

La Constitución Política de 1991 se funda precisamente en la existencia de un Estado Social de Derecho, en el que el trabajo se revela como valor fundante, principio rector del ordenamiento jurídico, derecho fundamental y deber social, en virtud del preámbulo y de los artículos 1º, 25 y 53 del Texto Superior. La concurrencia de estos elementos limita el ámbito de libertad de configuración normativa del legislador en la materia, por un lado, por cuanto le impone la obligación de garantizar unas condiciones laborales mínimas, como se enuncia justamente en el citado artículo 53 de la Carta; y, por el otro, porque lo somete al deber de intervención de las autoridades públicas en el contrato de trabajo, tanto en el ámbito administrativo como judicial, a fin de evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de una relación que se debe ejecutar bajo condiciones de justicia y dignidad (CP art. 25)

PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

FUNCION PUBLICA Y SERVICIO PUBLICO-Diferencias

SERVICIOS PUBLICOS-Finalidad social del Estado

SERVICIOS PUBLICOS-Regulación, control y vigilancia por el Estado

FUNCIONARIO PUBLICO-Relación laboral con el Estado

ACCESO A LA FUNCION PUBLICA-Alcance de las condiciones impuestas por la ley

FUNCION PUBLICA-Definición

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Exequibilidad de la expresión "sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas"

Referencia: Expediente D-12890

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 36 (parcial) de la Ley 1607 de 2012, *"por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones"*

Demandante:

Yenny Andrea Rangel Rodríguez

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, la ciudadana Yenny Andrea Rangel Rodríguez instauró demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 36 (parcial) de la Ley 1607 de 2012, *"por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones".*

En Auto del 5 de octubre de 2018, el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, ordenó su fijación en lista y, simultáneamente, corrió

traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. De igual manera dispuso comunicar la iniciación del presente proceso de constitucionalidad al Ministerio de Justicia y del Derecho; al Ministerio de la Protección Social; al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; al Departamento Administrativo de la Función Pública; al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Externado, Libre, Sinú, Cooperativa de Bogotá, Eafit de Medellín y Nariño, para que, si lo consideraban conveniente, intervinieran con el propósito de impugnar o defender la disposición acusada.

De acuerdo con el artículo 244 de la Constitución y el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, en el mismo Auto del 5 de octubre de 2018, se decidió comunicar la demanda al Presidente del Congreso de la República. Al tiempo que, en virtud de lo previsto en el Decreto 1069 de 2015, se ordenó notificar esta actuación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Una vez recibido el concepto del Procurador General de la Nación y cumplido el resto de los trámites previstos en el artículo 242 del Texto Superior y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto del precepto demandado, conforme con su publicación en el Diario Oficial No. 48.655 de 26 de diciembre de 2012, resaltando los apartes cuestionados por la accionante:

"LEY 1607 DE 2012

(diciembre 26)

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

"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."

III. DEMANDA

En criterio de la accionante, la expresión legal cuestionada es contraria a los artículos 1º, 13, 25, 53 y 93 de la Constitución, así como al Convenio 156 de 1981 de la OIT[1]. El argumento central de la demanda se enfoca en señalar que se vulnera el derecho al trabajo de las madres comunitarias en condiciones de justicia y dignidad, en la medida en que se impide por parte del legislador la posibilidad de otorgarles la calidad de funcionarias públicas. Ello se traduce en la infracción del conjunto de garantías constitucionales que a continuación se exponen:

- En primer lugar, en cuanto a la *dignidad humana y al mínimo vital y móvil*, la accionante argumenta que las madres comunitarias vienen desempeñando su labor desde hace más 60 años, en defensa de un grupo vulnerable como lo son los niños. Sin embargo, pese a la importancia del rol que cumplen, asegura que han estado sometidas a un régimen jurídico que desconoce sus derechos laborales y que omite de manera arbitraria las obligaciones que el Estado tiene con ellas, entre las cuales se encuentran la garantía del mínimo vital y móvil, referente a la protección de las condiciones materiales necesarias para asegurar una existencia digna, concepto que involucra la salvaguarda de los derechos a la seguridad social y a un empleo estable y duradero[2].

En este sentido, afirma que la no aceptación de las madres comunitarias como empleadas públicas, *"repercute (…) en sus derechos laborales tales como el reajuste a su salario, la adquisición de prestaciones sociales, la afiliación al sistema general de seguridad social, la estabilidad laboral, la asociación sindical, entre otros derechos que gozan los empleados públicos y que, en este momento, (…) les está vedado o se encuentran en una condición de desventaja"*[3].

- En segundo lugar, en lo que atañe al *derecho a la igualdad*, resalta que el objetivo de esta garantía es la de *"(…) eliminar todo acto o manifestación de discriminación en contra de la mujer por razones de sexo, al igual que proteger los derechos laborales de las mujeres trabajadoras"*[4], especialmente de aquellas que están en una situación económica precaria, pertenecen a un sector socialmente deprimido, hacen parte de un grupo tradicionalmente marginado, tienen el estatus de la tercera edad y/o afrontan un mal estado de salud, tal como lo reseñó la Corte en la Sentencia T-480 de 2016[5], al describir la condición de las madres comunitarias.

Para la actora, en atención al mandato del artículo 13 del Texto Superior[6] y dada la situación de las mujeres como población históricamente marginada, el legislador debió *"proteger a las madres comunitarias que realizan una labor excelsa en la protección de un grupo vulnerable, como lo son los niños"*, otorgando los beneficios propios que se derivan de un contrato de trabajo como empleadas públicas, *"(…) tales como un salario estable, un tiempo de trabajo estable, prestaciones y seguridad social que les permitan no solo brindar esta atención a los niños (…) sino también"*[7] amparar y defender a su propia familia.

A partir de lo expuesto, la demandante presenta un cuadro comparativo entre las madres comunitarias y los empleados públicos, en el que afirma que, por un lado, las primeras, pese a cumplir con determinadas funciones y satisfacer necesidades de educación y cuidado de los menores de edad, (i) no cuentan aún con la formalización de su trabajo, (ii) no se les reconoce la condición de servidoras en materia de remuneración y (iii) se sujetan al régimen de los independientes para el pago de la seguridad social; mientras que, por el otro lado, los segundos, cumpliendo igualmente con responsabilidades a su cargo, sí son (a) funcionarios al servicio del Estado, (b) cuentan con garantías de estabilidad y (c) tienen beneficios salariales y prestacionales, como se deriva de la Ley 909 de 2004[8].

Para la actora, en la actualidad, *"la única forma acogida por el ordenamiento jurídico para establecer una relación de dependencia es la de orden laboral, es decir, mediante un contrato de trabajo que supone una subordinación jurídica y que en el caso de las madres comunitarias no poseen; vulnerando con ello (…) el espíritu de la Constitución Política de 1991"*[9].

- En tercer lugar, en lo que refiere al *derecho al trabajo* previsto en el artículo 25 de la Carta[10], la demandante transcribe algunos apartes de la Sentencia T-480 de 2016[11], luego de lo cual parece entender que ante la imposibilidad de otorgarles a las madres comunitarias la calidad de funcionarias públicas, se les impide el acceso a las siguientes garantías mínimas a las cuales deben tener derecho, en virtud de lo estipulado en el artículo 53 del Texto Superior, a saber: la proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad y calidad de trabajo; el pago completo y oportuno de salarios; la libertad de escoger el sistema prestacional; la asignación de funciones e implementos de trabajo; la no reducción del salario, la aplicación del principio según el cual *"a trabajo igual, salario igual"*; la ausencia de persecución laboral, y el ofrecimiento de un ambiente adecuado para el desempeño de las tareas.

A continuación, aporta un cuadro con un listado de sentencias del año 2000, en las que se resalta como derecho estudiado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a las madres comunitarias, luego de lo cual, con base en la Sentencia T-480 de 2016, afirma que no es posible alegar la falta de presupuesto para negar sus derechos laborales.

En línea con lo anterior, refiere al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, para aclarar que su aplicación no solo se da en el ámbito de las relaciones privadas sino también en las de carácter público.

- Finalmente, en cuanto al artículo 93 de la Constitución, la accionante cita jurisprudencia y doctrina sobre el *bloque de constitucionalidad*, con miras a señalar que las disposiciones del Convenio 156 de 1981 de la OIT[12] y la Resolución de dicha organización relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad, resultan aplicables para garantizar la protección de las madres comunitarias.

Con sujeción a lo expuesto, como pretensiones de la demanda, se formulan las siguientes: *"Primero.- Declarar INEXEQUIBLE el artículo 36 (parcial) de la Ley 1607 de 2012, 'por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones'. Segundo.- En subsidio (…) que se expida una sentencia modulada integradora con el fin de contemplar dentro de la normatividad (…) que 'las madres comunitarias son servidoras públicas'. (…)"*[13].

IV. INTERVENCIONES

4.1. Intervención conjunta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República[14]

4.1.1. Los representantes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitan declarar la exequibilidad de la disposición parcialmente acusada, con fundamento en los siguientes argumentos:

Inicialmente, afirman que el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y la vinculación a estos por las madres comunitarias se efectúa actualmente mediante un contrato laboral con las entidades administradoras del servicio, y resulta inviable predicar la existencia de una relación laboral con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lo cual *"ha sido descartado de manera expresa y directa tanto por el legislador, como por la jurisprudencia que de manera constante y unívoca ha emitido la Corte Constitucional y que fue reiterada en la Sentencia SU-079 de 2018"*[15].

Con sujeción a dicha premisa, los intervinientes sostienen que los regímenes de vinculación de las madres comunitarias y de los funcionarios públicos tienen diferencias sustanciales que impiden su equiparación, pero que tutelan en igual medida los derechos laborales de las personas a quienes se aplica cada uno de ellos. A su juicio, *"el legislador está habilitado para otorgar a las madres comunitarias un tratamiento legal distinto al que concede a los servidores públicos, derivado de las actividades sociales y de formación que aquellas deben cumplir en sus comunidades, que distan mucho de las funciones que ejercen los servidores públicos al interior de sus respectivas entidades".*[16]

En desarrollo de lo anterior, se presenta en la intervención un resumen sobre: (i) la evolución del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar[17]; (ii) el régimen jurídico del contrato de aporte que celebra el ICBF con asociaciones de padres de familia u otras organizaciones comunitarias, para la prestación del servicio público de Bienestar Familiar que se brinda en dichos hogares[18]; y (iii) la línea jurisprudencial de esta Corporación en torno a la contratación de las madres comunitarias[19].

4.1.2. Sobre el primer punto, los intervinientes consideran que es necesario precisar que el ICBF en su estructura funcional no contempla programas de madres comunitarias. Existe la modalidad de atención a la primera infancia denominada Hogares Comunitarios de Bienestar, de creación legal, que en su organización involucra a las asociaciones de padres de familia en calidad de administradoras de los recursos, incluyendo a un agente educativo de carácter comunitario denominado *madre* o *padre comunitario*, como prestador de los servicios[20]

En cuanto a lo segundo, los intervinientes afirman que el régimen jurídico del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar se somete a un sistema normativo de carácter exceptivo, por *"(…) las especiales condiciones de los servicios de prevención y protección a los que está obligado el Estado, en su condición de corresponsable con la sociedad y las familias, y con los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes"*[21]. En este orden de ideas, su prestación no se encuentra a cargo de ninguna autoridad estatal, sino que *"es ejecutado directamente por la comunidad por intermedio de Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias, para lo cual el ICBF suscribe contratos de aporte con dichas asociaciones u organizaciones comunitarias"*.

Por virtud de este contrato, las asociaciones prestan sus servicios con base en los recursos que aporta el ICBF, los cuales se utilizan *"para sufragar los siguientes conceptos: madre comunitaria, dotación, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños, y apoyo para servicios públicos, además incluye capacitación, supervisión y seguimiento"*[22].

Frente al tercer punto, que, como ya se dijo, refiere a la contratación de las madres comunitarias, los intervinientes afirman que *"la línea (…) fijada por este Tribunal en la materia ha sido unívoca al reconocer un régimen jurídico especial aplicable a las madres comunitarias respecto de la relación surgida entre ellas y la entidad sin ánimo de lucro de beneficio social a la cual prestan sus servicios. Esta relación es de carácter civil, conmutativo, remunerado, y por efecto de la modificación ordenada en (sic) Ley 1607 de 2012, ahora es de carácter laboral, sin que, en evento alguno, el ICBF haya sido reconocido como parte de tal relación"*[23].

Sobre el particular, se citan numerosas sentencias –desde el año 1998 hasta el 2015– que reiteran la inexistencia de cualquier clase de vínculo laboral entre las madres comunitarias y el ICBF[24]. Luego de lo cual se pone de presente la declaratoria de nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016[25] –que se apartó de dicho precedente al declarar la existencia de un contrato laboral entre 106 madres comunitarias y el ICBF–, decisión que se plasmó en el Auto 186 de 2017[26], que retomó el precedente sobre la inexistencia de dicho vínculo. Por último, se alude a la Sentencia SU-079 de 2018[27], en donde, aseguran, se argumentó que *"existe una imposibilidad de que se estructure una relación laboral entre la entidad ya mencionada y las madres comunitarias y sustitutas, de conformidad con el marco legal y jurisprudencial del Programa de Hogares Comunitarios. En consecuencia, la Corte concluyó que el ICBF no tiene obligación alguna de reconocer acreencias de naturaleza laboral o relacionadas con aportes parafiscales a favor de las madres comunitarias"*[28].

4.1.3. Por otra parte, se expone por los intervinientes las diferencias que existen entre, por un lado, los contratos –inicialmente civiles, hoy laborales– celebrados para la vinculación de las madres comunitarias y, por el otro, el régimen de vinculación legal y reglamentario de los funcionarios públicos del ICBF, con el propósito de evidenciar que *"durante la existencia de los Hogares Comunitarios de Bienestar y desde la creación del oficio de madre comunitaria hasta la fecha, ni el legislador, ni la línea jurisprudencial construida por la Corte Constitucional en esta materia, han reconocido la existencia de un relación legal y reglamentaria entre la madre comunitaria y el ICBF"*[29], siendo, por el contrario, descartada expresamente.

En este sentido, explican que, bajo el régimen jurídico actual, previsto en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 (precepto legal demandado) y su Decreto Reglamentario 289 de 2014[30], las madres comunitarias son vinculadas a las Entidades Administradoras del Servicio (EAS) mediante contrato laboral de carácter privado, en los términos del Código Sustantivo del Trabajo. Ello implica que se les reconoce a su favor, como a todo trabajador, el pago de un salario mínimo, el auxilio de transporte, las prestaciones sociales (cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, dotación de vestido y calzado), los descansos remunerados y su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral en la modalidad contributiva, siendo titulares de los beneficios que se otorgan en salud, pensión –por invalidez, vejez y sobreviviente–, auxilio funerario, riesgos profesionales, protección al cesante, sistema de subsidio familiar y otros servicios sociales complementarios. En este sentido, a juicio de los intervinientes, es claro que *"(…) el régimen jurídico laboral aplicable a las madres comunitarias garantiza por completo sus derechos fundamentales y laborales desapareciendo con ello el supuesto de hecho sobre el cual se fundan los cargos propuestos por la demandante"*[31].

Para resaltar las diferencias existentes entre las madres comunitarias y los servidores públicos presentan el siguiente cuadro[32]:

CONCEPTO	SERVIDORES PÚBLICOS	MADRES COMUNITARIAS
Empleador o contratante	ICBF	Entidad Administradora del Servicio (EAS)
Naturaleza jurídica del empleador o contratante	Establecimiento público que se encuentra actualmente adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social	Entidades sin ánimo de lucro, representadas por distintos tipos de organizaciones de naturaleza privada
Acto de vinculación	Acto administrativo (resolución de nombramiento)	Contrato de trabajo, a término fijo o indefinido
Naturaleza de la vinculación	Legal y reglamentaria	Laboral
Categoría del personal	Empleados públicos	Trabajadores dependientes

	Concurso público de méritos en el caso del personal de carrera.	
Presupuesto para el ingreso o vinculación	Por su parte, en la designación de los empleados de libre nombramiento y remoción son tenidos en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia Calificación satisfactoria en el servicio para el personal de carrera.	Sin concurso y sin requisitos para su ingreso de estudios, experiencia y comportamiento
Requisitos de permanencia	No designación del funcionario que no superó el proceso meritocrático para el personal nombrado en provisionalidad	Sujeta la vigencia del contrato
Causales de retiro	Ley 909 de 2004, arts. 41 y 44	CST, art. 62
Rango total del personal vinculado	En el ICBF son 6.000 cargos	Las madres comunitarias ascienden a 69.000, incluyendo dentro de ese total a los padres comunitarios
Régimen legal	Normas de derecho público	Código Sustantivo del Trabajo
Régimen prestacional	Normas de derecho público	Código Sustantivo del Trabajo
Régimen de administración de personal	Normas de derecho público	Código Sustantivo del Trabajo
Requisitos que deben acreditar para ser servidores públicos o para trabajar como madres comunitarias	Títulos académicos y certificados de experiencia laboral exigidos por la ley para el ejercicio del empleo	Para que una persona de la comunidad pueda cumplir con el oficio de madre comunitaria, debe presentar una solicitud acompañada por los certificados y documentos señalados a continuación: (i) Escolaridad; (ii) Condiciones óptimas de salud; (iii) Disponibilidad de tiempo; (iv) Aceptación familiar de facilitar de manera solidaria los espacios requeridos para prestar el servicio; (v) Antecedentes judiciales; (vi) Haber residido en el sector donde funcione el Hogar Comunitario de Bienestar, por lo menos durante un año; (vii) Tener entre 20 y 45 años al momento de su ingreso; (viii) Ser reconocido en la comunidad por su solidaridad, convivencia y valores cívicos
Requisitos para la vinculación	Que exista un cargo público en la planta de personal del ICBF, que se cuenten con los recursos para la provisión del empleo, que exista un nombramiento, que se posesione la persona y que presente su declaración de bienes y rentas	Que se tengan las condiciones presupuestales para la contratación de las AES
Régimen de responsabilidades del personal	De tipo fiscal, penal, disciplinaria y patrimonial (acción de repetición)	Código Sustantivo del Trabajo, arts. 58, 60, 62, 191, 464 y 483.
Régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables al personal	Normas de derecho público	No existe

A partir de la presentación de este cuadro, los intervinientes afirman que las diferencias existentes impiden equiparar las vinculaciones y el tratamiento legal de las madres comunitarias con las de los servidores públicos y obligan a *"concluir que, en este caso, el principio constitucional de igualdad autoriza un trato diferenciado entre uno y otro grupo, en virtud de la máxima de tratamiento diferente a situaciones de hecho diferentes"*[33]. En particular, se destaca que el Congreso no puede darles a las madres comunitarias el carácter de servidoras públicas, pues este régimen solo es aplicable *"(...) cuando el empleador es alguna de las entidades que conforman la administración pública, categoría a la que no pertenecen las asociaciones de padres y madres comunitarias que las contratan".*

Los intervinientes también plantean el impacto fiscal que conllevaría la eventual declaratoria de inconstitucionalidad de la norma demandada, en el sentido de aclarar que el sobrecosto que generaría vincular directamente a las madres comunitarias dentro de la planta de personal del ICBF, *"afectaría la estabilidad de las finanzas públicas, el equilibrio macroeconómico y el principio constitucional de sostenibilidad fiscal"*[34]. Además, el aumento en la citada planta vulneraría el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, que prohíbe el crecimiento en términos reales de los gastos de personal de las entidades del orden nacional[35]

4.1.4. Con base en lo expuesto, se procede por los intervinientes a realizar un pronunciamiento expreso sobre los cargos de la demanda, descartando la procedencia de cada uno de ellos, a partir de los siguientes argumentos:

- Sobre la presunta violación del artículo 1º, en cuanto a la *dignidad humana y al mínimo vital y móvil*, los intervinientes aseguran que el legislador no está obligado a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el Congreso tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa. En este caso, como se infiere el precepto legal demandado, se decidió garantizar los derechos laborales de las madres comunitarias a través de su formalización vía contrato de trabajo con las EAS, *"ordenando expresamente que su remuneración equivalga por lo menos a un salario mínimo"*[36]. De lo que resulta que, hoy en día, ya no existe la negación de garantías que la demandante enlista, pues se les asegura *"una remuneración equitativa, acceso al sistema de seguridad social, una jornada máxima regulada por la ley y el goce de todas las prestaciones sociales"*[37].

En concreto, los intervinientes resaltan que la evolución del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y la jurisprudencia que ha sido proferida por la Corte sobre la materia, imponen la conclusión de que actualmente las madres comunitarias cuentan con un régimen jurídico que protege su dignidad y salvaguarda completamente su derecho al mínimo vital y móvil, situación que no depende, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, de que se les reconozca la calidad de servidoras públicas.

- Sobre la presunta violación del artículo 13, en lo atañe al *derecho a la igualdad*, afirman que, *"si bien es cierto en el escrito de demanda se analizan los tres elementos del juicio de igualdad a través de un cuadro comparativo, este estudio se limita a resaltar el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional frente al tratamiento laboral y de protección social que deben recibir las madres comunitarias y la situación primaria de un servidor público, sin analizar cuáles son las condiciones que hacen que los dos grupos comparados sean iguales, en qué consiste el trato discriminatorio y si el mismo se encuentra ajustado o no a la Carta Política"*[38].

- Sobre la presunta violación de los artículos 25 y 53, en lo que refiere al *derecho al trabajo y sus principios fundamentales*, los intervinientes afirman que teniendo en cuenta la libertad de configuración del legislador en el acceso a las fuentes de empleo, no cabe reparo alguno a su decisión de garantizar los derechos laborales de las madres comunitarias a través de su formalización vía contrato de trabajo. Textualmente, expresan que:

"El hecho de que la expresión del artículo demandado impida otorgar a las madres comunitarias la calidad de funcionarias públicas, contrario a lo que interpreta la censora, no les impide acceder a su formalización laboral a través de una relación laboral de naturaleza privada mediante la suscripción de un contrato de trabajo. En este punto, debe precisarse que la principal diferencia entre la calidad de funcionario o empleado público y el trabajador de derecho privado está relacionada con la forma de vinculación, habida cuenta que mientras los primeros tienen una relación con el Estado de carácter legal, reglamentaria y unilateral que no se rige por el Código Sustantivo del Trabajo, el segundo grupo se vincula por contrato laboral privado y bilateral regido por esta normatividad.

En las dos vinculaciones existe una relación laboral porque tanto los empleados públicos como los empleados privados en el desarrollo de su relación laboral prestan personalmente el servicio contratado, bajo la continuada subordinación o dependencia, recibiendo como contraprestación una remuneración. De manera que los derechos laborales no son exclusivos de los empleados públicos porque en las dos relaciones existe el reajuste de los salarios, la adquisición de prestaciones sociales, la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, la estabilidad laboral, la asociación sindical, entre otros derechos.

En estas condiciones, no puede afirmarse que las madres comunitarias regidas hoy por el contrato de trabajo regulado por el Código Sustantivo del Trabajo tengan condiciones menos favorables que las que de los empleados públicos y menos aún que la actual relación laboral contractual de las madres comunitarias sea contraria a la Constitución Política por no tener la calidad de servidoras públicas"[39]

- Finalmente, sobre la presunta violación del *bloque de constitucionalidad* que se deriva del artículo 93 del Texto Superior, los intervinientes enfatizan que *"la vinculación (...) que reclama la actora como constitucionalmente necesaria para las madres comunitarias, ya fue diseñada y adoptada por norma positiva, en desarrollo precisamente del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, por lo cual hoy esta población goza de todos los derechos y garantías consagradas en la Constitución y los convenios internacionales de trabajo integrados al citado bloque de constitucionalidad"*[40].

4.2. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

El representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicita a la Corte, como pretensión principal, declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda y, en subsidio, declarar exequible la disposición acusada. En todo caso, antes de exponer las razones que justifican las solicitudes formuladas, el interviniente aclara que el precepto legal demandado ya había sido declarado ajustado a la Constitución por medio de la Sentencia C-465 de 2014[41], en lo que atañe a una supuesta violación del principio de unidad de materia. En seguida, agrupa las explicaciones frente a cada cargo planteado, señalando que:

- En cuanto al primer cargo, referente a la presunta infracción del principio de la *dignidad humana*, el interviniente sostiene que la accionante realiza una interpretación subjetiva de la norma, sin que se haya especificado realmente en qué consistía la violación a la dignidad humana. Más allá de lo anterior, explica que es competencia del legislador *"establecer diferentes categorías de regímenes, es decir, empleados públicos o privados"*[42] y *"(…) al leer el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 (…), claramente se observa que se les otorga a las madres comunitarias una beca equivalente a un salario mínimo de manera progresiva y se dice que se diseñarán y adoptarán modalidades de vinculación, en procura de garantizarles a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas"*[43].

En línea con lo anterior, la Agencia resalta que *"(…) la calidad de funcionario público no se obtiene per se, sino dentro de la estructura de la administración pública conforme a la Constitución y a la Ley, pues según lo dispuesto en el artículo 123 de la Carta: son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"*[44]. Además, *"todo empleo público por ministerio de la Constitución tiene las funciones detalladas en la Ley o reglamento"*, y *"para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta"*[45]. Ninguno de estos requisitos se cumple en el caso de las madres comunitarias, pues ellas no están vinculadas al ICBF por un acto legal y reglamentario, toda vez que su formalización laboral se realiza, según los términos del Decreto 289 de 2014, a través de una entidad administradora del Programa de Hogares Comunitarios mediante contrato laboral de carácter privado, tal como se constató en la Sentencia SU-079 de 2018[46]

- En lo concerniente al segundo cargo, sobre la presunta violación del *derecho a la igualdad* consagrado en el artículo 13 superior, la interviniente estima que adolece de *especificidad* debido a que *"la argumentación contenida en (…) la demanda se limita a efectuar una comparación entre sentencias de tutela proferidas por la Corte (…) y la necesidad imperiosa de otorgarles la categoría de funcionarias públicas"*[47] a las madres comunitarias. Por lo demás, tampoco satisface la carga de *pertinencia,* toda vez que se basa en una consideración puramente subjetiva de la actora, para quien de proceder al reconocimiento solicitado *"se mejoraría los supuestos derechos que en su apreciación son desconocidos a dicha población por el legislador"*[48].

- Frente al tercer cargo, relativo a la vulneración del *derecho al trabajo y sus principios fundamentales,* el interviniente sostiene que el mismo carece de *certeza*, *especificidad* y *pertinencia*, ya que se funda en la Sentencia T-480 de 2016 que fue declarada nula mediante los Autos 186 de 2017 y 217 de 2018, circunstancia que se traduce en la imposibilidad de efectuar un debate constitucional sobre la disposición impugnada.

- Por último, en lo que atañe al cuarto cargo por desconocimiento del *bloque de constitucionalidad*, asegura que no se cumple con el requisito de *certeza*, pues pese al esfuerzo que hace la actora citando *"una serie de normas de la OIT, pretendiendo mostrar una supuesta laguna legislativa"*, *"parte de una conjetura puramente subjetiva según la cual es imperioso que para garantizar los derechos de las madres comunitarias se les reconozca la calidad de funcionarias públicas"*.[49]

4.3. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia Colombiana de Jurisprudencia, a través de su representante, afirma inicialmente que la norma demandada ya fue declarada exequible en la Sentencia C-465 de 2014[50], por lo que considera que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. A pesar de ello, y en caso de abordar el examen de fondo de la demanda, solicita declarar exequible la expresión acusada, básicamente por las siguientes razones: (i) la accionante omite tener en cuenta los artículos 116 y 117 de la Ley 1815 de 2016[51] y el artículo 112 de la Ley 1769 de 2015[52], que reglamentan la afiliación de las madres comunitarias y sustitutas al sistema de seguridad social en salud y pensiones, por lo que no es cierto que se encuentren en un estado de desprotección; y, además, (ii) tampoco advierte que en la acción se haya cuestionado el artículo 3 del Decreto 289 de 2014[53], cuyo mandato aclara que dichas madres no tendrán la calidad de servidoras públicas, sino de personas vinculadas a través de un

contrato laboral de trabajo.

4.4. Intervención ciudadana

El ciudadano Ramiro Cubillos Velandia Cárdenas remitió a la Corte un escrito en el que solicita que el aparte de la norma demandada sea declarado exequible. A su juicio, muy a pesar de reconocer *"la importancia de la labor que las Madres Comunitarias desempeñan (…) salvaguardando a nuestros niños"*[54], no pueden ostentar la calidad de servidoras públicas, porque no fueron vinculadas mediante una relación contractual estatal.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

5.1. El Procurador General de la Nación solicita a esta Corporación declarar inexequible el aparte demandado del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, al considerar que le asiste razón a la demandante, por cuanto el no otorgamiento de la calidad de funcionarias públicas a las madres comunitarias contraría la dignidad humana, la igualdad, el trabajo y el mínimo vital. A su juicio, con fundamento en la Sentencia T-480 de 2016[55], al interpretar sistemáticamente las reglas contenidas en los artículos 122 y 123 de la Constitución, es posible concluir que el ICBF estableció un contrato laboral realidad con ellas, convirtiéndolas en trabajadoras del Estado[56]

5.2. Inicialmente, luego de hacer un recuento normativo sobre la creación y el desarrollo del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB) y de explicar la forma como han sido vinculadas las madres comunitarias[57], la Vista Fiscal afirma que:

"(…) se evidencia que, normativamente, la relación de las madres comunitarias con el Estado ha evolucionado de la siguiente manera: en un primer momento eran vistas prácticamente como voluntarias en virtud del principio de la corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado en la protección de la infancia; posteriormente el legislador pretendió hacer un tránsito hacia la formalización laboral de esta población estableciendo a su favor becas, primas y bonificaciones e instaurando la obligación de cotizar de manera independiente al Sistema de Seguridad Social; en un tercer estadio, se estableció que ellas son trabajadoras directas de asociaciones privadas con quienes el ICBF celebra contratos de aporte, sin que exista solidaridad patronal respecto de esta entidad, aun cuando inspecciona y vigila dichas asociaciones, por lo cual se prevé la solución a las posibles fallas en las prestaciones sociales a través de pólizas de cumplimiento; y recientemente, a través de un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado –pues se encuentran en curso unas objeciones gubernamentales–, el legislador está propugnando el fortalecimiento del lazo laboral entre las madres comunitarias y dichas asociaciones, abre la posibilidad de que sean contratadas directamente por el ICBF, y busca establecer un subsidio a la vejez para las mujeres que desempeñaron dicha actividad en el pasado.

Así las cosas (…) se concluye que el tipo de vinculación de las madres comunitarias ha variado con el tiempo y que en ningún momento han sido calificadas como servidoras públicas; sin embargo, ellas vienen realizando la misma labor a través del tiempo, y la norma bajo estudio, que explícitamente dice no reconocerles esta calidad, se ubica dentro de la etapa de transición hacia la formalización"[58]

5.3. A continuación, el Ministerio Público expone las razones por las que estima que las madres comunitarias son servidoras públicas. Para ello, como ya se dijo, alude a las consideraciones de la referida Sentencia T-480 de 2016[59], que declaró la existencia de un contrato realidad entre 106 mujeres que desempeñaron dicha labor y el ICBF[60], entre 1988 y 2014, estimando que cabe su extensión al resto de personas que se hallan en la misma situación fáctica.

Expresamente, la Vista Fiscal señala que: *"aun cuando la decisión judicial reseñada únicamente surte efectos respecto de las ciento seis personas que acudieron a la acción de tutela para la protección de sus derechos (…), las consideraciones sobre la existencia de un contrato realidad son aplicables a la totalidad de las madres comunitarias"*[61].

En línea con lo anterior, se procede a analizar la configuración de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo respecto del ICBF, a saber: la actividad personal del trabajador, un salario como retribución del servicio y la subordinación o dependencia respecto del empleador. El examen que se lleva a cabo se exterioriza en reproducir las consideraciones expuestas de la citada Sentencia T-480 de 2016[62], como a continuación se constata:

"- En cuanto al primer punto, la verificación de la actividad personal de las madres, la Corte señaló que el Acuerdo 21 de 1989 del ICBF, *'por el cual se dictan procedimientos para el desarrollo del Programa hogares comunitarios de bienestar (HCB)'* indicó que el funcionamiento de cada HCB está a cargo de una madre comunitaria, a partir de lo cual *'resulta válido afirmar que toda persona que se haya vinculado como madre o padre comunitario del programa (…) se obligó a prestar sus servicios mediante la ejecución personal de actividades de cuidado y atención de las niñas y niños beneficiarios de dicho programa'*[63]. (…) Por lo demás, todas las madres coincidieron en describir su servicio personal señalando que las labores que desempeñan *'son, entre otras, las siguientes: (i) cuidar a los 15 o más niños asignados al hogar comunitario; (ii) alimentarlos; (iii) organizar y realizar actividades pedagógicas con ellos; y (iv) estar al tanto de su salud e higiene personal'*[64].

- Respecto de la acreditación del segundo elemento, esto es, la verificación de un salario como retribución por el servicio prestado, con independencia de la denominación que se le haya dado a dicho reconocimiento económico, la Corte concluyó que: *'efectivamente las (…) madres (…) sí recibían del ICBF el pago mensual de una suma de dinero como retribución del servicio prestado por ellas en desarrollo del programa HCB. Prestación económica que, desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al referido programa y hasta el 21 de enero de 2014 (fecha en la cual fue expedido el Decreto 289 de 2014 que estableció su vinculación con contrato de trabajo o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mismo, siempre fue interior a un salario mínimo mensual legal vigente'*[65]. (…)

- Finalmente, la continuada subordinación o dependencia al ICBF fue acreditada argumentando que efectivamente esa entidad tenía poder de dirección sobre el servicio personal prestado por las madres comunitarias y contaba con facultades para imponer sanciones por el incumplimiento de dichas directrices regulatorias del programa."

5.4. Sobre la base del examen realizado, el Ministerio Público entiende que del artículo 123 de la Constitución, se desprende que las madres comunitarias son servidoras públicas, porque están comprendidas dentro de la expresión *'trabajadoras de una entidad descentralizada por servicios del Estado'*, contenida en dicha norma, ya que ellas están vinculadas al ICBF mediante contrato de trabajo, en virtud del principio de primacía de la realidad. A ello se agrega que las madres están al servicio del Estado y de la comunidad y que ejercen sus funciones en la forma prevista en la ley y el reglamento.

5.5. Finalmente, en relación con la supuesta vulneración de la dignidad humana, el trabajo, el mínimo vital y la igualdad, el Ministerio Público señala que no es constitucionalmente admisible que el Estado siga desconociendo los derechos laborales de un grupo considerable de mujeres en la prestación de un servicio público –por él direccionado–, evitando ampliar la planta de la entidad a la que deberían estar vinculadas las madres comunitarias. En su criterio, ellas –al igual que todos los trabajadores– tienen derecho a un empleo en condiciones dignas y justas, que incluya su protección por el sistema de seguridad social. Para terminar, resalta que *"la urgencia en la satisfacción de una necesidad social de gran relevancia, como lo es la política de protección a la primera infancia, implica que las limitaciones presupuestales y de recursos de todo tipo, y la falta de planeación, no son razones constitucionalmente suficientes para instrumentalizar a los trabajadores del Estado, pues ello contraría la dignidad humana y el derecho al trabajo"*[66].

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

En virtud de lo previsto en el numeral 4 del artículo 241 del Texto Superior, la Corte es competente para conocer sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, toda vez que se trata de un precepto de *carácter legal* expedido con fundamento en las atribuciones consagradas en el numeral 1º del artículo 150 de la Constitución.

6.2. Estructura de la presente sentencia

Antes de proceder con la formulación del problema jurídico y en cuanto hace a la posibilidad de este Tribunal de emitir una decisión de fondo, siguiendo el escrito de intervención radicado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es preciso, en primer lugar, que se examine si la demanda se ajusta a los mínimos argumentativos de los cuales depende la prosperidad del juicio abstracto de constitucionalidad respecto de normas de naturaleza legal[67], en virtud de su carácter predominantemente rogado y no oficioso[68].

A continuación, en segundo lugar, de existir acusaciones que permitan llevar a cabo un juicio de fondo, se verificará si frente a ellas se está en presencia de una cosa juzgada constitucional, pues, como se advierte por dos de los intervinientes[69], la disposición legal parcialmente impugnada ya fue objeto de un control previo de constitucionalidad con ocasión del trámite del expediente D-9768, que dio lugar a la expedición de la Sentencia C-465 de 2014[70].

Tan solo en el caso de que existan acusaciones que cumplan con las cargas mínimas del juicio de constitucionalidad y que, además, no estén amparadas bajo la figura de la cosa juzgada, se procederá, en tercer lugar, con su examen de fondo, previo planteamiento del problema jurídico y de la fijación de las materias susceptibles de pronunciamiento.

6.3. Cuestión Previa. Examen sobre la aptitud de la demanda

6.3.1. La Corte ha establecido de manera reiterada que aun cuando la acción de inconstitucionalidad es pública e informal, los demandantes tienen unas cargas mínimas que deben satisfacer para que se pueda promover el juicio dirigido a confrontar el texto de un precepto legal con la Constitución. Precisamente, el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 establece los siguientes requisitos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad: (i) el señalamiento de las normas acusadas, bien sea a través de su transcripción literal o de la inclusión de un ejemplar de una publicación oficial de las mismas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideran infringidas; (iii) la exposición de las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando ello resultare aplicable, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual esta Corporación es competente para conocer de la demanda.

En lo referente a las razones de inconstitucionalidad, este Tribunal ha insistido en que el demandante tiene la carga de formular un cargo concreto de naturaleza constitucional contra la disposición acusada[71]. En este contexto, en la Sentencia C-1052 de 2001[72], la Corte señaló que las razones presentadas deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

Son *claras* cuando existe un hilo conductor en la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se soporta. Son *ciertas* cuando la acusación recae sobre una proposición jurídica real y existente, y no sobre una deducida por el actor o implícita. Son *específicas* cuando el actor expone las razones por las cuales el precepto legal demandado vulnera la Carta Fundamental. Son *pertinentes* cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia. Y son *suficientes* cuando la acusación no solo es formulada de manera completa, sino que, además, es capaz de suscitar en el juzgador una duda razonable sobre la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

Así las cosas, antes de pronunciarse de fondo, la Corte debe verificar si los accionantes han formulado materialmente un cargo, pues de no ser así existiría una ineptitud sustantiva de la demanda que, conforme con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impediría un pronunciamiento de fondo y conduciría a una decisión inhibitoria, ya que este Tribunal carece de competencia para adelantar de oficio el juicio de constitucionalidad. Sobre este punto, en la Sentencia C-447 de 1997[73], se sostuvo que:

“Si un ciudadano demanda una norma, debe cumplir no sólo formalmente sino también materialmente estos requisitos, pues si no lo hace hay una ineptitud sustancial de la demanda que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impide que la Corte se pronuncie de fondo. En efecto, el artículo 241 de la Constitución consagra de manera expresa las funciones de la Corte, y señala que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo. Según esa norma, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal”.

Si bien por regla general el examen sobre la aptitud de la demanda se debe realizar en la etapa de admisibilidad, el ordenamiento jurídico permite que este tipo de decisiones se adopten en la sentencia[74], teniendo en cuenta que en algunas ocasiones no es evidente el incumplimiento de las exigencias mínimas que permiten adelantar el juicio de constitucionalidad, lo que motiva un análisis con mayor detenimiento y profundidad por parte de la Sala Plena[75].

6.3.2. Como se advierte del contenido de la demanda, se estiman vulnerados los artículos 1º, 13, 25, 53 y 93 de la Constitución Política con el aparte legal impugnado del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, por virtud del cual se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación para garantizar el salario mínimo legal mensual vigente a todas las madres comunitarias, *"sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas".*

6.3.3. Antes de pronunciarse sobre la aptitud de los cargos formulados, la Sala Plena estima necesario referirse al contenido del precepto legal acusado. Según se advierte en el acápite de antecedentes, se trata de un mandato que se ubica en el capítulo II de la Ley 1607 de 2012 *"por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones",* referente al *"Impuesto sobre la renta para la equidad (CREE)"*.

El sentido y alcance de esta disposición fue estudiado en la Sentencia C-465 de 2014[76], en la que se señaló que el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 diseñó una política pública que autoriza al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para cubrir una beca de sostenimiento dirigida a las madres comunitarias y sustitutas, con fundamento en los recursos que dicha entidad debía obtener de la respectiva partida presupuestal proveniente del Impuesto sobre Renta para la Equidad (CREE), desde el 1º de julio de 2013[77].

Con la creación del citado impuesto y durante su vigencia[78], se produjo una modificación en el mecanismo para captar los recursos necesarios para la financiación de los programas de Bienestar Familiar del ICBF, pasando de un esquema de parafiscalidad a un régimen económico soportado en el impuesto sobre la renta. Al respecto, en la exposición de motivos del proyecto que dio origen a la norma actualmente demandada, se advierte lo siguiente:

"3.3. IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LA EQUIDAD - CREE

El Gobierno Nacional con el fin de incentivar la creación de empleo y combatir las consecuencias negativas que representa tener altos niveles de informalidad, considera necesario disminuir los gravámenes sobre la nómina, aliviando sustancialmente la carga de los aportes parafiscales y las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud en cabeza de las personas jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, actores fundamentales para cumplir los objetivos mencionados. Así, se propone eliminar los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondientes a los trabajadores cuyos salarios no superen diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como requisito esencial para lograr la eliminación mencionada, es fundamental sustituir las fuentes de la financiación que representaban para las entidades mencionadas y para el Sistema de Seguridad Social en Salud, los aportes y cotizaciones que se eliminan en el presente proyecto de ley. Lo anterior, toda vez que se reconoce el gran impacto social que generan los programas a cargo del SENA y del ICBF, y la importancia del sostenimiento del sistema de salud en Colombia.

Así las cosas, se crea un nuevo impuesto (impuesto sobre la renta para la equidad - CREE), el cual se calculará tomando en consideración, ya no las nóminas de las empresas, sino las utilidades obtenidas en un período gravable, lo cual contribuye a que el sistema tributario sea más eficaz y equitativo, respetando los principios constitucionales de progresividad, justicia y legalidad.

El CREE tendrá como destinación específica, la atención de los gastos del ICBF y SENA, garantizar los programas a su cargo y financiar parcialmente el Sistema de Seguridad Social en Salud. (…) Lo anterior constituye una garantía de que la eliminación de los aportes parafiscales y las cotizaciones por concepto de salud a cargo de los empleadores, no generará ningún traumatismo en los servicios y prestaciones a su cargo. (…)

Estos recursos se constituirán como un Fondo Especial, en los términos del artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, de tal manera que en virtud de su destinación no harán unidad de caja con los demás ingresos de la Nación, garantizándose así su apropiación en las leyes anuales de presupuesto para los fines por los cuales se constituye la mencionada renta. Adicionalmente, en caso de que el recaudo de estos recursos sea insuficiente para atender el desarrollo de los programas a cargo de estas entidades, se podrán destinar recursos adicionales provenientes del Presupuesto General de la Nación. De esta manera, para cada vigencia fiscal se aseguran los recursos para dar continuidad a los programas a cargo del ICBF y SENA, así como para financiar parcialmente el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Se realizan las modificaciones necesarias en las leyes que crearon y que regulan la parafiscalidad en Colombia y las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, en la medida de incluir la exoneración del pago de dichos aportes, a los empleadores personas jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, por los trabajadores cuyo salario no supere 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así las cosas, se modificaron los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993, 7ª de la Ley 21 de 1982, 2° y 3° de la Ley 27 de 1974 y 1º de la Ley 89 de 1988.

Dichas modificaciones se hacen necesarias en el marco de este proyecto de ley, toda vez que son esenciales para hacer efectiva la disminución de los impuestos a la nómina y la promoción de la formalidad laboral.”[79]

En este sentido, para el momento de expedición de la Ley 1607 de 2012, el legislador consideró indispensable no solo establecer los sujetos beneficiarios del impuesto CREE, como en este caso el ICBF, sino, además, prescribir la forma en que esa entidad debía ejecutar y gestionar los recursos que se le otorgaban en virtud de dicho tributo, lo que ocurrió, precisamente, con el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, en el que se dispuso conceder a las madres comunitarias y sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, en el transcurso del año 2013, implementando a la vez y de manera progresiva diferentes modalidades de vinculación laboral de las madres comunitarias, *“sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas”*.

Por lo demás, también se señaló que durante la vigencia del año 2014 debía formalizarse el trabajo de las madres comunitarias reconociéndoles un salario mínimo mensual legal vigente, mientras a las madres sustitutas se les confería una bonificación equivalente al salario mínimo de dicho año, proporcional al número de días activos y al nivel de ocupación del hogar a su cargo.

Si bien el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 contiene mandatos cuyo marco regulatorio ya se cumplió y no siguen produciendo efectos jurídicos, como se advierte con el encabezado del inciso primero y con el inciso segundo, pues en ellos se disponía el otorgamiento de becas o bonificaciones para los años 2013 y 2014[80], lo cierto es que otros preceptos del mismo artículo tienen plena vigencia, en la medida en que dispusieron reglas para ser ejecutadas de manera progresiva, acompañadas de los límites que sujetarían al Gobierno en su desarrollo.

Tal circunstancia es la que se predica del aparte del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, en el que se señala que: *“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.”*

En efecto, en virtud de la disposición previamente transcrita, se advierte lo siguiente: En primer lugar, se consagra un mandato de aplicación progresiva, por virtud del cual a partir del año 2013 y para las anualidades subsiguientes, el Gobierno debía diseñar y adoptar alguna modalidad de vinculación laboral de las madres comunitarias. Incluso, por lo previsto en el inciso segundo del precepto en examen, dicha formalización tenía que iniciar desde el año 2014. En segundo lugar, tal proceso conduciría, forzosamente, al otorgamiento a su favor de un salario mínimo legal mensual vigente, que, en la práctica, supondría el reemplazo de la beca equivalente a dicho valor otorgada durante el transcurso del año 2013. En tercer lugar, cualquiera que sea la modalidad que se adopte para formalizar laboralmente a las madres comunitarias, bajo ninguna circunstancia podrá otorgárseles la calidad de funcionarias públicas. Ello, en la práctica, significa que se excluye expresamente su vinculación a la función pública, en cualquiera de las modalidades previstas en los artículos 123 y 125 del Texto Superior[81].

De esta manera, es claro que la norma bajo examen incluye un precepto con vocación indefinida en el tiempo, que le impone al Gobierno Nacional la obligación de mantener un esquema de vinculación laboral de las madres comunitarias, sujeto a la carga de salvaguardar una retribución por lo menos equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, y en el que se prohíbe su ingreso al servicio del Estado en calidad de funcionarias públicas, lo que indirectamente supone su formalización mediante un contrato laboral de carácter privado. Esta restricción es la que se cuestiona por la accionante y respecto de la cual se invoca la vulneración de los artículos 1°, 13, 25, 53 y 93 de la Constitución, tal como se desarrollará más adelante.

6.3.4. Ahora bien, cabe señalar que esta atribución que se otorgó al Gobierno Nacional fue desarrollada a través del Decreto 289 de 2014 *“Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones”-8245981488505224177__ftnref1">*[82]. Allí se reglamentó de forma expresa la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar mediante *contrato de trabajo*, con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo[83],

dependiendo exclusivamente de dicho empleador la selección de las personas encargadas de la prestación del servicio[84].

Por lo demás, el decreto reitera que las madres comunitarias no tendrán la calidad de funcionarias públicas[85], toda vez que sus servicios los prestarán directamente a las entidades administradoras del programa, *"las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF"*[86]. Dichas entidades deberán garantizar el pago de los derechos laborales y de seguridad social mediante la suscripción de pólizas, las cuales se harán efectivas por dicho instituto en caso de incumplimiento[87].

6.3.5. Precisado el sentido y alcance de la disposición demandada, y visto el rigor normativo del Decreto 289 de 2014, procede la Sala a examinar la aptitud de los cargos formulados. Como primera medida, se advierte que la demandante divide su argumentación en cuatro cargos, a partir de un ejercicio en el que enfoca la acusación respecto de las normas constitucionales que, en su opinión, son vulneradas. Así, en primer lugar, se alega el desconocimiento del artículo 1º, por vulnerar la disposición acusada la *dignidad humana y el mínimo vital y móvil*, pues la no aceptación de las madres comunitarias como empleadas públicas *"repercute (…) en sus derechos laborales tales como el reajuste a su salario, la adquisición de prestaciones sociales, la afiliación al sistema general de seguridad social, la estabilidad laboral, la asociación sindical, entre otros derechos que gozan los empleados públicos y que, en este momento, (…) les está vedado o se encuentran en una condición de desventaja"*[88].

En segundo lugar, se invoca la vulneración del *derecho a la igualdad* previsto en el artículo 13 de la Carta, al considerar que dada la situación de las mujeres como población históricamente marginada, el legislador debió *"proteger a las madres comunitarias que realizan una labor excelsa en la protección de un grupo vulnerable, como lo son los niños"*, otorgando los beneficios propios que se derivan de un contrato de trabajo como empleadas públicas, *"tales como un salario estable, un tiempo de trabajo estable, prestaciones y seguridad social que les permitan no solo brindar esta atención a los niños (...) sino también"*[89] amparar y defender a su propia familia.

En tercer lugar, se señala una supuesta infracción del *derecho al trabajo* en los términos previstos en los artículos 25 y 53 del Texto Superior, pues se les impide a las madres comunitarias tener acceso a las garantías mínimas que protegen a los trabajadores públicos, en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Finalmente, se alude a la violación del *bloque de constitucionalidad* derivado del artículo 93 de la Carta, para lo cual se afirma que la prohibición que incluye el precepto legal demandado contraria las disposiciones del Convenio 156 de 1981 de la OIT[90] y la Resolución de dicho organismo relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad.

Con base en el resumen realizado, se estudiará si los cargos propuestos cumplen con los mínimos argumentativos del juicio de constitucionalidad en los términos del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, y según el desarrollo que sobre el particular ha efectuado este Tribunal desde la Sentencia C-1052 de 2001[91], conforme se explicó en el acápite 6.3.1 de esta providencia.

6.3.5.1. Para la Sala Plena, en lo que respecta a la supuesta vulneración del *derecho a la igualdad*, como lo ha reseñado la jurisprudencia de la Corte, cabe recordar que el citado mandato tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho[92]. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines o propósitos, cuya realización es exigible a todas las autoridades públicas y en especial al legislador, en el desarrollo de su labor de concreción de los textos constitucionales. En su rol de principio, se ha considerado que dicha garantía opera como un mandato de optimización que dispone un deber ser específico, que admite su incorporación en reglas concretas derivadas del ejercicio de la función legislativa o que habilita su uso como herramienta general en la resolución de controversias sometidas a la decisión de los jueces. Finalmente, en tanto derecho, se manifiesta en una facultad subjetiva que impone deberes de abstención –como la prohibición de discriminación–, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de tratos favorables para grupos puestos en situación de debilidad manifiesta.

Ahora bien, como ha sido resaltado por este Tribunal, la igualdad carece de un contenido material específico, esto significa que "a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado"[93]. De ahí surge uno de los principales atributos que la identifica como lo es su *carácter relacional*.

En todo caso, vista la igualdad como principio, su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no solo a uno o alguno

de ellos. Esta circunstancia, en lo que corresponde a la igualdad de trato, comporta el surgimiento de dos mandatos específicos cuyo origen responde al deber ser que le es inherente, esto es, (i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho distintos.

Los antedichos mandatos, conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar en cuatro reglas: (a) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (b) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (c) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (d) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras[94].

En todo caso, en atención a su carácter relacional, el análisis que surge de la invocación del derecho a la igualdad origina un juicio tripartito, ya que involucra el examen del precepto demandado, la revisión del supuesto o régimen jurídico respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado, y la consideración del principio de igualdad. Por ello, ante la dificultad de este examen, la Corte suele emplear herramientas metodológicas como el juicio integrado de igualdad[95]. Este se compone de dos etapas de análisis. En la primera, se establece el criterio de comparación o *tertium comparationis,* es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin[96].

Con todo, la jurisprudencia ha sostenido que la admisión o viabilidad de un cargo por violación del citado derecho, no se limita a la simple manifestación de considerar que las disposiciones objeto de controversia establecen una discriminación y que, por ello, son contrarias al artículo 13 Superior[97]. En efecto, para poder establecer –en un marco relacional– si existe una diferencia de trato carente de justificación, es preciso que el actor manifieste (i) cuáles son los sujetos que se comparan y por qué ellos deberían recibir el mismo trato; (ii) en qué sentido se presenta una diferenciación y (iii) con base en qué criterios es que ella se produce[98].

La falta de cumplimiento de estas exigencias conduce a un desconocimiento de las cargas de *pertinencia*, *especificidad* y *suficiencia*. En cuanto a la *carga de pertinencia*, porque no se verificaría el juicio de contradicción normativa entre una norma de rango legal y una de rango constitucional, al limitarse el alcance de la acusación a una valoración de conveniencia sobre la distinción de trato consagrada en la ley. En relación con la *carga de especificidad*, porque no se exhibiría cuál es el problema de legitimidad constitucional que surge de la norma demandada, como consecuencia de la posibilidad que tiene el legislador de prever consecuencias normativas distintas frente a supuestos de hecho no asimilables. Y, en cuanto a la *carga de suficiencia*, porque no existiría el mínimo razonamiento jurídico para poner en entredicho la presunción de constitucionalidad que ampara a todas las normas legales, como consecuencia de la aplicación del principio democrático.

En el asunto bajo examen, esta Corporación encuentra que no cabe realizar un pronunciamiento de fondo respecto del cargo relacionado con la aparente vulneración del *derecho a la igualdad*, toda vez que el mismo no satisface los mínimos argumentativos que se requieren para provocar este juicio, en los términos expuestos con anterioridad. Ello es así, en primer lugar, porque no se identifican en realidad cuáles son los sujetos que deben compararse, al limitarse la accionante a invocar en general a los empleados públicos, sin detallar dentro de ese universo a cuáles se refiere (los empleados de carrera, los empleados de libre nombramiento y remoción, etc.[99]) y por qué ellos estarían en una situación equivalente o análoga a las madres comunitarias.

En efecto, la demandante tan solo reclama el reconocimiento de la calidad de funcionarias públicas, con base en (i) la invocación de un supuesto trato históricamente discriminatorio y (ii) con la presentación de un cuadro que refiere a los empleados públicos (desde una perspectiva general) frente a una realidad que se expone de las madres comunitarias, que no concuerda con lo que actualmente se prevé en el Decreto 289 de 2014 (pues se alega que no cuentan con formalización laboral y que se someten al régimen de los independientes para el pago de la seguridad social)[100]. De esta manera, a juicio de la Corte, no se cumple con la primera exigencia del juicio de igualdad, conforme a la cual se impone que el ciudadano precise cuáles son los sujetos que se comparan y por qué ellos, a partir de la situación real en la que se encuentran, deberían recibir el mismo trato, desconociendo, por dicha vía, como ya se expuso, las cargas de *especificidad, pertinencia* y *suficiencia*.

A lo anterior cabe agregar que, en segundo lugar, tampoco es procedente el juicio que se propone, pues, siguiendo lo expuesto, la demanda solo invoca la existencia de un aparente trato discriminatorio, sin plantear en qué consiste y cuál es su fundamento, por cuanto más allá de señalar que se trata de mujeres históricamente marginadas, no se propone ni se desarrolla argumento alguno que permita constatar dicha realidad. Precisamente, en este punto, el escrito ciudadano se limita a invocar la supuesta falta de un salario estable y la inexistencia de prestaciones laborales y de seguridad social, alegatos que, lejos de constituir el soporte de una distinción de trato que involucre un acto de discriminación o de segregación por razones de género o del oficio que prestan, lo que exterioriza es una aparente vulneración de los *derechos al trabajo, a la dignidad humana* y *al mínimo vital*, como transgresiones que también se formulan en la demanda. De ahí que, esta acusación no constituye un cargo autónomo e independiente, sino que reproduce una misma violación ya formulada, en contravía de la carga de *suficiencia*.

En este contexto y por las razones expuestas, en la medida en que no se cumplen con las cargas de *especificidad, pertinencia* y *suficiencia*, la Sala Plena se inhibirá de adoptar una decisión de fondo en relación con la acusación realizada frente al *derecho a la igualdad*.

6.3.5.2. De igual manera, tampoco cabe realizar pronunciamiento alguno en lo que atañe al supuesto desconocimiento del *bloque de constitucionalidad* previsto en el artículo 93 de la Carta*,* por las razones que a continuación se exponen: Primero, porque la accionante no realiza ninguna explicación que permita entender en qué medida se vulneran las disposiciones del Convenio 156 de 1981 de la OIT[101] y de la Resolución de ese mismo organismo que promueve la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad. Precisamente, al verificar el contenido de la demanda, lo único que se advierte es una invocación genérica a dichos textos, sin que se cumpla con la obligación de realizar una explicación que sustente la aparente contradicción de sus mandatos, como lo exige el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, en el que se establece como requisito indispensable en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el cumplimiento del deber ciudadano de exponer las razones por las cuales los textos invocados se estiman vulnerados[102]. Y, segundo, porque los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del mencionado artículo 93 del Texto Superior, requieren –como *conditio sine qua non*– haber sido ratificados por el Congreso de la República[103], exigencia que no se cumple por ninguno de los instrumentos invocados en la demanda, conforme se constata en el sitio oficial dispuesto para el efecto por la OIT[104].

6.3.5.3. Con excepción de los dos cargos previamente señalados, la Corte advierte que las acusaciones referentes al desconocimiento de la dignidad humana, el mínimo vital y móvil y el derecho al trabajo (CP arts. 1, 25 y 53), en virtud del *principio pro actione*[105], admiten un pronunciamiento de fondo, pues lo que se cuestiona por la accionante es que la prohibición de otorgarle a las madres comunitarias la calidad de funcionarias públicas, en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, lo que finalmente origina es la posibilidad de negar el reconocimiento a su favor de las garantías mínimas que emanan de la prestación de un trabajo subordinado que se efectúa en beneficio del Estado, y respecto del cual tendría que operar el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Como garantías mínimas se enuncian la estabilidad laboral, el reajuste del salario, la adquisición de prestaciones sociales, la remuneración oportuna, la entrega de implementos de trabajo y demás elementos básicos que se señalan en el artículo 53 del Texto Superior.

Para la Sala Plena, el cargo propuesto satisface las cargas de *claridad, certeza, especificidad, pertinencia* y *suficiencia*, como se advierte por la mayoría de los intervinientes[106] y el concepto de la Vista Fiscal. Ello es así, porque a pesar de la naturalidad con la que se exponen los argumentos, la acusación realizada permite entender el objeto de la demanda y las razones que la explican, como lo exige la carga de *claridad*. Además, su alcance se justifica en una proposición jurídica real y existente, como se evidenció en el acápite 6.3.3 de esta providencia, al explicar el contenido normativo de la disposición demandada, tal como lo reclama la carga de *certeza*. Finalmente, la oposición que se plantea surge del empleo de premisas de naturaleza constitucional, que suscitan una duda razonable sobre la exequibilidad de la norma demandada, siguiendo las orientaciones que emanan de las cargas de *especificidad, pertinencia* y *suficiencia*.

En virtud de lo anterior, la Corte considera que la demanda cumple con los requisitos sustantivos y procederá a adelantar el examen de la misma respecto de los cargos planteados por la presunta violación de los artículos 1º, 25 y 53 del Texto Superior.

6.4. De la cosa juzgada constitucional y del precepto legal demandado

6.4.1. La Agencia de Defensa Jurídica del Estado y la Academia Colombiana de Jurisprudencia hacen referencia a la posible existencia de una cosa juzgada constitucional en el presente asunto, por lo que la Corte procederá a examinar la procedencia o no de dicha declaratoria.

6.4.2. Como lo ha manifestado este Tribunal en otras oportunidades, la cosa juzgada constitucional es una institución jurídica procesal, que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución[107], la cual parte de la base de otorgarle a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. De ella surge una restricción negativa consistente en la imposibilidad de que el juez vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto. Esta figura ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación en los que se ha destacado su finalidad, sus funciones y consecuencias, así como las distintas modalidades que puede presentar[108]. Para efectos de esta providencia, cabe hacer alusión a las distinciones que existen entre la *cosa juzgada formal* y la *cosa juzgada material*, y la *cosa juzgada absoluta* respecto de la *cosa juzgada relativa*.

6.4.3. Frente a la primera de las clasificaciones en mención, la jurisprudencia de este Tribunal ha dicho que la *cosa juzgada formal* tiene ocurrencia cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con el mismo texto legal que es llevado posteriormente a su estudio[109]; mientras que, por su parte, la *cosa juzgada material* se presenta cuando existen dos disposiciones distintas que tienen identidad de contenido normativo y en relación con una de ellas ya se ha realizado por esta Corporación previamente un juicio de constitucionalidad[110]. Sobre este punto, en la Sentencia C-310 de 2002[111], se dijo que:

"La Corte ha entendido que hay lugar a declarar la existencia de la *cosa juzgada formal*, en aquellos eventos en los que existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior escrutinio constitucional. Así mismo, la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que se presenta el fenómeno de la *cosa juzgada material* cuando a pesar de haberse demandado una norma formalmente distinta, su materia o contenido normativo resulta ser idéntico al de otra u otras disposiciones que ya fueron objeto del juicio de constitucionalidad, sin que el entorno en el cual se apliquen comporte un cambio sustancial en su alcance y significación."

Por su parte, en lo que atañe a la segunda clasificación, la jurisprudencia ha señalado que existe *cosa juzgada absoluta*, cuando el pronunciamiento que se realiza por este Tribunal no se limita en su alcance, por lo que se entiende que la norma fue examinada en su totalidad y frente a todo el texto constitucional; a diferencia de lo que ocurre con la *cosa juzgada relativa,* en el que el escrutinio realizado por la Corte se circunscribe dentro de la propia sentencia, ya sea a un determinado cargo o a un preciso problema jurídico, de forma explícita o implícita[112]. En todo caso, mientras esta Corporación no señale que los efectos de una providencia son relativos, como regla que se deriva del artículo 46 de la Ley 270 de 1996[113], se entenderá que los fallos que ella profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta[114].

En virtud de esta última categorización, la Corte ha aclarado que, mientras un fallo absoluto precluye por completo la posibilidad de interponer una nueva demanda de inconstitucionalidad con posterioridad a la sentencia, siempre que subsistan las disposiciones constitucionales que sustentaron la decisión[115] y se esté ante el mismo contexto fáctico y normativo[116]; en el caso en el que este Tribunal adopte un fallo relativo, por oposición a lo expuesto, se admite que, en el futuro, se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, con la única condición de que ellos sean distintos a los que ya fueron analizados.

Por tal razón, para que exista cosa juzgada frente a una decisión de alcance relativo se impone acreditar, de un lado, si el mandato acusado fue objeto de juzgamiento en una oportunidad anterior y, de otro, si la acusación formulada en dicha ocasión coincide con la nueva censura sometida al estudio de la Sala Plena[117].

6.4.4. En el asunto bajo examen, cabe señalar que en el proceso que concluyó con la expedición de la Sentencia C-465 de 2014[118], invocada tanto por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado como por la Academia Colombiana de Jurisprudencia, este Tribunal examinó la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, que ahora se impugna parcialmente, procediendo a declarar su exequibilidad con efectos de carácter relativo, en la medida en que la decisión se limitó a los cargos que fueron analizados en dicha oportunidad. En concreto, en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia en cita, se dispuso que:

"Segundo. Declarar EXEQUIBLES por los demás cargos analizados los artículos 20 -parágrafos 1º, 2º y 3º-, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 69, 71, 72, 122, 123, 124, 142, 167 -parágrafos 3º y 4º-, 172, 178, 179, 180, 185, 190 y 196 de la Ley 1607 de 2012." [119]

En aquella oportunidad, al revisar los cargos que fueron objeto de análisis, se advierte que el accionante solicitó declarar la inexequibilidad del contenido completo del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, con ocasión de dos vicios de procedimiento. El primero, por no surtir el primer debate en las comisiones séptimas permanentes de ambas cámaras, como instancia competente para iniciar el tránsito legislativo de dicho

artículo, por incluir en su regulación temas relacionados con la seguridad social, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, y los asuntos de la mujer y de la familia. Y, el segundo, por desconocer el principio de unidad de materia, al incluir dentro de una reforma tributaria, contenidos propios del sistema laboral.

Para este Tribunal, ninguno de los cargos propuestos estaba llamado a prosperar, al entender que, más allá de los efectos que el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 produce en temas laborales y de la seguridad social, la *materia tributaria* es un asunto transversal a dicha disposición, pues a través de ella –en ese momento– se disponía parte de la destinación específica de los recursos del CREE, por lo que, a juicio de Corte, su trámite no solo se realizó de forma correcta por las Comisiones Terceras del Congreso, sino que, además, ello demostraba su relación sistemática y teleológica con los asuntos nucleares de la ley en mención. Finalmente, esta Corporación aclaró que la norma acusada no regula aspectos del régimen salarial del servidor público, pues de manera expresa señala que las madres comunitarias no son ni serán catalogadas como funcionarias públicas[120].

6.4.5. Por consiguiente, en la medida en que la expresión legal acusada fue analizada por la Corte en la citada Sentencia C-465 de 2014[121], pero lo fue como parte del contenido del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y con respecto a dos cargos diferentes a los que ahora se proponen, es claro que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, circunstancia por la cual puede este alto Tribunal entrar a proferir un nuevo pronunciamiento de fondo sobre la materia.

6.5. Problema jurídico y esquema de resolución

6.5.1. Como se advirtió con anterioridad, la accionante señala que se vulneran la dignidad humana, el mínimo vital y móvil y el derecho al trabajo (CP arts. 1, 25 y 53), con la prohibición de otorgarle a las madres comunitarias la calidad de funcionarias públicas, en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, pues con ello se les niega el reconocimiento a su favor de las garantías mínimas que emanan de la prestación de un trabajo subordinado que se efectúa en beneficio del Estado, y respecto del cual tendría que operar el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Como garantías mínimas que se enuncian en la demanda, como ya se dijo, se invocan la estabilidad laboral, el reajuste del salario, el acceso a prestaciones sociales, la remuneración oportuna, la entrega de implementos de trabajo y demás elementos básicos que se señalan en el artículo 53 del Texto Superior. En el fondo, se trata de un cargo único referente a la afectación del derecho al trabajo de las madres comunitarias en condiciones dignas y justas, como realidad de la que sí gozan los empleados públicos.

6.5.2. De esta manera, siguiendo los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a la Corte establecer si es contrario a los artículos 1º, 25 y 53 de la Constitución, que refieren a la dignidad humana y al trabajo en condiciones dignas y justicia, que el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 disponga que, en virtud del proceso de formalización laboral de las madres comunitarias, esté prohibido otorgarles la calidad de funcionarias públicas.

Para resolver este problema jurídico, la Corte analizará el origen, naturaleza y desarrollo de la vinculación laboral de las madres comunitarias que prestan sus servicios en los Programas de Hogares Comunitarios de Bienestar; luego de lo cual se detendrá en la explicación de la libertad de configuración normativa que tiene el legislador para definir las modalidades de protección del derecho al trabajo. A continuación, hará una breve referencia al principio de primacía de la realidad sobre las formas y a la distinción que existe entre el servicio público y la función pública. Con sujeción a lo anterior, procederá a examinar la constitucionalidad de la norma demandada.

6.6. Origen, naturaleza y desarrollo de la vinculación laboral de las madres comunitarias

En 1986, el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES– aprobó el Proyecto de Hogares Comunitarios de Bienestar, con el propósito de ampliar la cobertura de atención y promover una mayor participación de las familias y la comunidad en el cuidado de la población infantil más pobre de las zonas urbanas y rurales del país[122]. En desarrollo de lo anterior, la Ley 89 de 1988[123] estableció la dedicación exclusiva del aumento de los aportes parafiscales que en ese momento recibía el ICBF, para permitir el desarrollo y auge del citado programa, que se definió como aquél que a través de becas del referido instituto, les permitía a las familias, *"en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atender las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo (...) de los niños de los*

estratos sociales pobres del país"[124]

El Decreto 2019 de 1989[125], reglamentario de la ley en cita, dispuso que *"el funcionamiento y desarrollo del Programa de Hogares de Bienestar sería ejecutado directamente por la comunidad, a través de Asociaciones de Padres de Familia, las cuales administrarían los recursos asignados por el Gobierno y los aportes provenientes de la comunidad"*[126]. Por lo demás, para esa época, se señaló que*"la vinculación de las madres comunitarias así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participaran en el Programa de ´Hogares de Bienestar´, mediante su trabajo solidario, constituía una contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo del programa y por consiguiente, dicha vinculación no implicaba relación laboral con las asociaciones, (…) ni con las entidades públicas que participaban en el mismo"*[127].

Luego, el Decreto 1340 de 1995 *"Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar"*, que derogó el referido Decreto 2019 de 1989, mantuvo –en esencia– el mismo esquema normativo, al señalar que:

"Artículo 3. 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 4. 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".

Con base en la anterior normativa, el ICBF expidió el Acuerdo 21 de 1996[128] mediante el cual se introdujo el *contrato de aporte*[129] entre el ICBF y las asociaciones conformadas por los padres de familia de los niños beneficiados con el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, para administrar los recursos asignados por el Gobierno y los provenientes de la comunidad[130]. A lo anterior se agregó que las partidas gubernamentales se destinarían a financiar la dotación inicial, la capacitación, la beca (que incluía los recursos asignados a las madres comunitarias), la supervisión y la evaluación de los hogares comunitarios. De manera específica, se dispuso la competencia de la Junta Directiva del ICBF para fijar, en cada vigencia fiscal, los costos de cada componente de la beca[131] Y se reiteró que era la asociación de padres la responsable de designar a las madres comunitarias, las cuales participaban del programa mediante una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria. Expresamente, el artículo quinto disponía que:

"Artículo quinto. De la organización y operación. (…) 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."[132]

Con posterioridad, la Ley 1187 de 2008 *"Por la cual se adiciona un parágrafo 2o al artículo 2o de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones"*, previó un incremento en el porcentaje de la beca para las madres comunitarias, a partir del 1º de enero de dicho año, al establecer que:

"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."

En el año 2012, como ya se explicó con anterioridad, se expidió la Ley 1607 que creó el *"Impuesto sobre la renta para la equidad (CREE)"* y fijó su destinación específica para *"la financiación de los programas de inversión social orientada prioritariamente a beneficiar a la población usuaria más necesitada, y que estén a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)"*[133], modificando el mecanismo de financiación de los programas de Bienestar Familiar del ICBF, al pasar de un régimen de parafiscalidad a un

régimen económico soportado en el impuesto sobre la renta.

Por lo demás, en el artículo 36 de dicha ley, que incluye el aparte normativo que es objeto de control, se ordenó que durante los años 2013 y 2014 se debía otorgar a las madres comunitarias una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, medida transitoria que permanecería mientras se fijaba una modalidad de vinculación que permitiese su formalización laboral, con la obligación de garantizar un ingreso correspondiente al salario mínimo y con la prohibición de otorgarles la calidad de funcionarias públicas, lo que supone indirectamente que su vinculación debe operar mediante un contrato laboral de carácter privado. Tal como ya se ha transcrito, el precepto legal en cita señala que:

"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."

Con fundamento en la citada ley, como se mencionó con anterioridad, fue que se expidió el Decreto 289 de 2014. Allí se reglamentó expresamente la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades encargadas de la administración del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar mediante *contrato de trabajo,* con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, dependiendo exclusivamente de dicho empleador la selección de las personas encargadas de la prestación del servicio[134].

Por lo demás, el decreto igualmente consagra que las madres comunitarias no tendrán la calidad de funcionarias públicas[135], como lo ordenó la ley, toda vez que sus servicios los prestarán directamente a las entidades administradoras del programa, *"las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF"*[136]. Dichas entidades deberán garantizar el pago de los derechos laborales y de seguridad social mediante la suscripción de pólizas, las cuales se harán efectivas por dicho instituto en caso de incumplimiento[137].

Sumado a lo anterior, cabe agregar que, a lo largo de estos años, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la vinculación de las madres comunitarias con los Hogares Comunitarios de Bienestar es de naturaleza contractual, antes regido bajo las normas civiles, y hoy, en virtud de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, por el Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, en una primera etapa, las Sentencias T-269 de 1995, SU-224 de 1998, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001, aludieron a las particularidades del vínculo entre las madres comunitarias y el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, señalando que se trataba de una relación contractual regida por el derecho civil. Específicamente, en la última de las providencias en cita se dijo que: "La doctrina de esta Corporación ha precisado que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de bienestar no es de naturaleza laboral sino contractual de origen civil y ante ello no concurren los presupuestos requeridos para afirmar la vulneración del derecho al trabajo"[138].

Posteriormente, las Sentencias T-628 de 2012 y T-478 de 2013 se refirieron a la existencia de un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado y la relación independiente[139]. No obstante, recientemente y con sujeción a los cambios descritos en el ordenamiento jurídico, las Sentencias T-130 de 2015, T-508 de 2015 y SU-079 de 2018 reconocieron que el vínculo que se forma entre las madres comunitarias y el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar es de carácter laboral, sujeto al cumplimiento de todos los derechos y garantías previstas en el Código Sustantivo del Trabajo. En todo caso, cabe aclarar que en este interregno se expidió la Sentencia T-480 de 2016, que declaró la existencia de un contrato realidad entre 106 madres comunitarias y el ICBF, siendo en este punto anulada mediante el Auto 186 del 17 de abril de 2017, por desconocer la jurisprudencia en vigor, conforme a la cual, según se expuso, se entendía que el régimen legal vigente no reconocía la existencia de un contrato de trabajo, ni de una relación legal y reglamentaria, entre las madres comunitarias y el citado instituto.

Para finalizar, en uno de los últimos fallos sobre esta materia, esto es, en la Sentencia SU-079 de 2018, al reiterar los precedentes recientes sobre el régimen de vinculación de las madres comunitarias, la Corte expuso que: *"(…) con la expedición del Decreto 289 (…) fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías (…) de una relación laboral."*[140]

En suma, tanto la legislación como la jurisprudencia reiterada de la Corte han descartado expresamente, desde sus orígenes hasta el régimen actual, que exista una relación laboral de carácter público entre las madres comunitarias y el ICBF, en la medida en que el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar siempre se ha fundado, más allá de prestar un servicio, en una labor solidaria de carácter social. Sin embargo, tal situación no impidió que el legislador les haya otorgado beneficios sociales y prestacionales como reconocimiento a su importante labor, de manera progresiva y durante el tiempo en que todavía no se había formalizado el vinculo laboral de dichas madres con las entidades administradores del programa[141], proceso que finalizó con la expedición del Decreto 289 de 2014, sustentado en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, en el que se dispuso que la relación entre ellos se sujetaría de forma obligatoria a la suscripción de un contrato de trabajo de carácter particular, en los términos dispuestos en el Código Sustantivo del Trabajo.

6.7. La libertad de configuración del legislador en la definición de las modalidades de protección del derecho al trabajo

Sin lugar a dudas, la relación laboral –tanto con los particulares como con el Estado– es la modalidad de trabajo con mayor protección constitucional, la cual se explica por el tránsito de un Estado gendarme, caracterizado por el sometimiento a obligaciones de abstención, por el respeto a la autonomía de la voluntad entre los particulares y por la protección de la igualdad formal; a un Estado Social de Derecho, identificado por su capacidad de promoción, intervención y control a las actividades que se desarrollan en la sociedad y a la búsqueda de la realización de la igualdad material entre los asociados.

La Constitución Política de 1991 se funda precisamente en la existencia de un Estado Social de Derecho, en el que el trabajo se revela como valor fundante, principio rector del ordenamiento jurídico, derecho fundamental y deber social, en virtud del preámbulo y de los artículos 1º, 25 y 53 del Texto Superior. La concurrencia de estos elementos limita el ámbito de libertad de configuración normativa del legislador en la materia, por un lado, por cuanto le impone la obligación de garantizar unas condiciones laborales mínimas, como se enuncia justamente en el citado artículo 53 de la Carta[142]; y, por el otro, porque lo somete al deber de intervención de las autoridades públicas en el contrato de trabajo, tanto en el ámbito administrativo como judicial, a fin de evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de una relación que se debe ejecutar bajo condiciones de justicia y dignidad (CP art. 25)[143]. Sobre el particular, en la Sentencia C-171 de 2012[144], esta Corporación sostuvo lo siguiente:

"El derecho al trabajo como valor fundamente del Estado Social de Derecho en la Constitución Política de 1991, se encuentra consagrado en el Preámbulo y el artículo 1º Superior, e igualmente se encuentra estipulado como principio rector del ordenamiento jurídico y derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, los cuales determinan que el trabajo es un derecho y un deber social, de carácter fundamental, progresivo, que es esencial al Estado Social de Derecho, y que en su calidad de tal limita el ámbito de libertad configurativa del legislador en la materia.

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corte ha protegido en innumerables oportunidades el derecho al trabajo en sus distintas modalidades, reiterando la amplia garantía y el reconocimiento que le ofrece el marco de la Carta Política de 1991. En este sentido, ha reconocido que (i) este derecho implica no solo la defensa de los trabajadores dependientes sino de los independientes; (ii) que es un mecanismo no solo para asegurar el mínimo vital, la calidad de vida digna de los trabajadores, sino que constituye un requisito esencial para la concreción de la libertad, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad; (iii) que se dirige a proteger tanto los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores particulares –arts. 53 y 54 C.P.–, los trabajadores al servicio del Estado –arts. 122 a 125 C.P.–, como también a la empresa y al empresario –art.333–; (iv) que la Constitución protege todas las modalidades de empleo lícito; y (v) que la regulación de las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacerlos efectivos le corresponde al legislador, quien goza de un amplio margen para ello, dentro del marco y parámetros fijados por la Constitución Política, de manera que en todo caso debe respetar las garantías mínimas y los derechos irrenunciables de los trabajadores.

Al proteger las distintas modalidades de trabajo la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una mayor protección constitucional de carácter general al empleo derivado del vínculo laboral tanto con los particulares como con el Estado, protección que se evidencia en numerosas disposiciones superiores, como los artículos 25, 26, 39, 40 num.7, 48 y 49, 53 y 54, 55 y 56, 60, 64, los artículos 122 y 125, y los artículos 215, 334 y 336 de la Carta Política, protección que genera un menor margen de libertad configurativa para el legislador, en cuanto debe respetar condiciones laborales mínimas, así como la garantía de unas condiciones mínimas del contrato de trabajo con el fin de evitar los posibles abusos

de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y de la justicia."

Ahora bien, como se advierte de la sentencia previamente transcrita, así como el legislador tiene un menor margen de potestad de configuración, respecto de otras materias, con ocasión de los limites que se imponen para proteger el derecho al trabajo, no es menos cierto que también goza de un criterio amplio de evaluación para adoptar autónomamente las distintas modalidades, formas o vínculos a través de los cuales se canaliza la citada garantía, con la carga de respetar las garantías mínimas y los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores.

Por tal razón, este Tribunal ha admitido que no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual, ya que la Constitución Política habilitó al legislador para configurar diferentes tipos de vinculación que respondan a las necesidades de cada sector, a los servicios que se prestan, al desarrollo de la libre iniciativa privada, a la intervención del Estado en la economía o a las actividades que implican el desenvolvimiento de una función pública, con sujeción al respeto de las garantías mínimas que prevé el Texto Superior, en especial, en lo que refiere a la salvaguarda del derecho a la seguridad social.

Precisamente, en la Sentencia C-614 de 2009[145], la Corte concluyó que: "La protección de las distintas modalidades del trabajo que la Constitución consagra muestra que el legislador tiene dos campos distintos de regulación. De un lado, es claro que la ley no está obligada a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa. Y, de otro lado, desde el punto de vista de protección del derecho subjetivo al trabajo, la ley está limitada por las reglas previstas directamente en la Constitución porque existen garantías mínimas de especial protección a la relación laboral."

6.8. Del principio de primacía de la realidad sobre las formas

Al consagrar los principios mínimos fundamentales de las relaciones de trabajo, el artículo 53 de la Constitución dispone que uno de ellos concierne a la *"primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales".* Este principio indica que al momento de determinar la naturaleza del vínculo que relaciona a una persona que presta sus servicios con aquella que se beneficia de ellos, debe dar prioridad a la verdad que se deriva de la labor empírica que se desempeña, cuando a través de ella se exterioriza una relación laboral, más que a la nominación que las partes le pretendan dar al contrato que las une.

Así las cosas, por encima de las formalidades, impera la realidad objetiva y empírica que consolida una relación, sin importar la modalidad contractual adoptada y la denominación empleada para el contrato. En la práctica, este principio busca privilegiar el reconocimiento por parte de los jueces de los hechos vinculados sustantivamente con un contrato de naturaleza laboral, impidiendo que a través de actos formales se oculte o disfrute una relación de trabajo, con el único propósito de evadir las obligaciones que se derivan de esta categoría de negocio jurídico.

Sobre el particular, en la Sentencia C-665 de 1998[146], este Tribunal manifestó que: "conforme lo establece el artículo 53 de la Carta (…), el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades."

Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho que "el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad (…) implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral"[147], siempre que por parte del interesado se acredite, de forma incontrovertible, los elementos que identifican dicha relación, esto es, la prestación de una actividad personal, el reconocimiento de un salario o retribución por dicho servicio, y la continuada subordinación o dependencia.

La naturaleza jurídica de este principio se identifica entonces a partir de dos finalidades que le son propias, por una parte, se convierte en un mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico laboral, pues impide que derechos de orden público y de naturaleza cierta e indiscutible sean desconocidos por las partes a través de actos simulados que pretenden ocultar la realidad de una relación de trabajo; y por la otra, impide el fraude a las garantías mínimas de los trabajadores, a través de convenios que buscan prescindir de la existencia de las normas protectoras y de tutela que brinda el derecho laboral.

En este contexto, el principio de primacía de la realidad sobre las formas tiene una aplicación de naturaleza *concreta, subjetiva* y *especifica* frente a los casos en los que se oculta la presencia de una relación laboral. Ello implica, por un lado, que le corresponde al interesado en desentrañar la naturaleza real del vínculo, probar y acreditar los elementos esenciales que lo identifican; y por el otro, que –a partir de dicha exigencia probatoria– no cabe su uso de manera general o universal frente a categorías jurídicas abstractas definidas por el legislador.

Así lo ha sostenido el Consejo de Estado, al señalar que "para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la *parte demandante pruebe* los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo."[148]

En el mismo sentido, la Corte ha expresado que, en cada caso "que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación (…) de trabajo deben proceder a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho."[149]

En conclusión, el principio de primacía de la realidad se aplica en los casos donde se aprecie una disconformidad entre la práctica (hechos) y el contrato (formalidad) suscrito. No obstante, su reconocimiento no opera de forma general o universal frente a las distintas categorías jurídicas de naturaleza contractual definidas por el legislador, toda vez que su operancia depende de cada caso concreto, en donde se debe acreditar por el interesado que se presentan los tres elementos esenciales que identifican la relación laboral.

6.9. Distinción entre servicio público y función pública

6.9.1. Tanto el Constituyente como el legislador han consagrado que los servicios públicos no constituyen, en principio, un ejercicio de la función pública. En efecto, la Constitución reguló lo relacionado con los servicios públicos en el título XII que refiere al régimen económico y la hacienda pública, mientras que lo relativo a la función pública se encuentra en el capítulo II del título V, denominado de la *"organización del Estado".* Lo anterior, desde en una perspectiva eminentemente formal, permite afirmar que la Carta entiende a ambos fenómenos como materias diferentes y, por ello, dispuso que debían ser reguladas en apartes distintos del Texto Superior.

Precisamente, la separación entre ambos conceptos se advierte con claridad en los artículos 122 y 365 de la Constitución Política, que constituyen el soporte normativo del régimen de la función pública y de la prestación de los servicios públicos. De forma puntual, las normas en cita disponen que:

"Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

<Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni

celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño. (…)".

"Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita."

Lo anterior se ratifica en el artículo 150, numeral 23, de la Carta, en el que se establece que el Congreso debe *"expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos"*, lo cual evidencia, sin duda alguna, que se trata de dos actividades diferentes, al margen de que ambas deban ser regulas por el legislador.

En línea con lo anterior, se encuentra el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, en el que se dispone lo siguiente:

"Artículo 3. Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. (…)"[150].

Nótese como la disposición en mención alude a los principios que rigen a la función administrativa, como especie de la función pública, señalando que ellos se aplican a la prestación de los servicios públicos, con la condición de que sean compatibles con su naturaleza y régimen, lo que implica que esta última figura no es asimilable a la primera y que, en cada caso concreto, se deberá entrar a determinar si los citados principios le son o no aplicables.

En este contexto, y según lo expuesto, se puede concluir que la Constitución y el legislador han definido que la prestación de los servicios públicos no conlleva, en principio, el ejercicio de una función pública. Esta distinción se soporta no solo en la separación formal que sobre su régimen se realiza en los textos ya señalados, sino también en el hecho de que la prestación de los servicios públicos se modificó con la Carta de 1991, con un esquema de liberalización, en el que su ejecución puede quedar a cargo del Estado, de comunidades organizadas o de particulares, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad, en los términos en que se defina por el legislador. Así lo ha señalado el Consejo de Estado al explicar que:

"El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción francesa de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación"[151].

Por lo demás, el hecho que la Constitución señale que los servicios públicos son inherentes a las finalidades sociales del Estado (CP art. 365) no es razón suficiente para considerar que envuelven una función pública, pues tal alusión lo que significa es que, por vía de la intervención o de la

regulación, se debe asegurar su prestación eficiente, general y de acceso para todas las personas. En tal sentido, se pronunció la Corte en la Sentencia C-037 de 2003[152], al afirmar que:

"La Corte ha señalado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; ello comporta que si bien los particulares concurren a dicha prestación, sea parcial o totalmente, como expresión de la libertad económica (art. 333 C.P.), el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados por el Constituyente para los servicios públicos en general (art 365 C.P.), como los que éste haya definido para determinados servicios (seguridad social, salud, por ejemplo), por lo que puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas las relativas por ejemplo a la aplicación de 'instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado', o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para 'el logro de sus fines competenciales' y 'el respeto de los principios que rigen la función administrativa, fijando en todo caso límites a dicha intervención.

(…) Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público. // El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189.22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123.2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público.

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, –que en sí mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas–, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica *per se* dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para si la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso de que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como, por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública."[153]

Como se advierte de la sentencia en cita, si bien el *servicio público* implica la existencia de una actividad que, prestada en forma regular y continua, entraña un interés público o social, en el que su prestación puede quedar a cargo de entidades públicas, comunidades organizadas o particulares, lo que habilita que esté sometida a la regulación, control y vigilancia del Estado, esta última circunstancia no la convierte en una *función pública*, pues ella se manifiesta esencialmente a través de mecanismos que envuelven y requieren el ejercicio de potestades públicas, lo que significa, en general, el desenvolvimiento de la autoridad o *ius imperium* que le es inherente al Estado.

6.9.2. Ahora bien, como lo ha admitido la jurisprudencia de esta Corporación, la función pública también describe la relación que se establece entre el Estado y las personas que le prestan sus servicios y que, por tal consideración, adquieren la condición de funcionarios públicos o, como lo dispone la Carta de 1991, de servidores públicos (CP arts. 123 y 125). Sobre el particular, en la Sentencia C-681 de 2003[154], este Tribunal manifestó que:

"La función pública es la reglamentación que se hace de la manera como debe desenvolverse la relación laboral entre el empleado y el Estado en todos los elementos que necesariamente enmarcan la situación de cada una de las partes, precisando las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio, los deberes y derechos de unos y otros así como las responsabilidades, sistemas de control, régimen disciplinario y prestacional y demás aspectos que se desprenden de la naturaleza de esa relación o que por definición legal hacen parte de ella."[155]

La evolución en el tipo de vínculo que se genera con el Estado fue descrita en el mismo fallo en mención, al sostener que:

"Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos. Desde el punto de vista general, la definición es simple. Sin embargo, existen diversas formas de relación y por consiguiente diferentes categorías de funcionarios públicos. La clasificación tradicional comprende los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Esta clasificación se remonta a la ley 4a de 1913 la cual siguiendo el criterio finalista definió a los empleados públicos como los que tienen funciones administrativas y los trabajadores oficiales aquéllos que realizan las obras públicas y actividades industriales y comerciales del Estado. El Decreto 3135 de 1968 siguió el criterio organicista para definir los empleados públicos, quienes están vinculados a los Ministerios, departamentos administrativos y demás entidades que ejercen la función pública.

Los empleados públicos a su vez fueron clasificados por la misma Ley 4a de 1913 entre magistrados que son los que ejercen jurisdicción o autoridad, los simples funcionarios públicos que cumplen funciones en calidad de empleados sin autoridad o jurisdicción y los meros oficiales públicos que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar aún sin tener la calidad de empleado.

El tema problemático era la consideración de los miembros del Congreso quienes no se ajustaban a las definiciones convencionales porque escapan a los criterios utilizados para la clasificación tradicional. Justamente la Ley 41 de 1892 le dio un carácter particular a los miembros del Congreso cuando afirmó en el artículo 1° que 'la representación nacional que ejercen los senadores y representantes no es un empleo sino un derecho' que se rige por las disposiciones especiales que a él expresamente se refieren y que no se extingue sino por la muerte, la pérdida de los derechos políticos o la renuncia expresa.

La progresiva comprensión de la unidad del Estado a través de la interrelación de los tres poderes públicos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial ha permitido establecer la categoría común de servidores públicos para incorporar en ella a todas las personas que ejercen la función pública. Así, el artículo 123 de la Carta Política vigente establece: *'Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. // Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. // La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.'*

Esta disposición es la pauta para el tratamiento y la regulación de la naturaleza de la relación laboral de los servidores del Estado, para la fijación del régimen salarial y prestacional, el régimen disciplinario y de control de la gestión pública de acuerdo con los postulados generales de la Constitución (…)"[156].

Ahora bien, para el ingreso a la función pública, más allá de si el empleo es o no de carrera[157], este Tribunal ha dicho que se debe cumplir, por lo menos, con los siguientes requisitos[158], a saber: (i) el Estado debe disponer de un cargo a proveer; (ii) la persona tiene que ser nombrada y entrar en posesión del mismo; (iii) en virtud del régimen legal o reglamentario el empleo debe estar vacante en la planta de personal; y (iv) se tiene contar con la respectiva disponibilidad presupuestal, con el fin de asumir los costos que demanda la relación laboral[159]; con la única excepción de los funcionarios de hecho[160].

En conclusión, el concepto de función pública admite su asimilación, en ciertos casos, con el desenvolvimiento de potestades públicas, y en otros, con el ingreso de manera formal a un cargo creado por el Estado, de acuerdo con los requisitos previstos en la Constitución y la ley, a través de una vinculación legal o reglamentaria, con el fin de atender y satisfacer los intereses generales de la comunidad.

6.10. Examen de constitucionalidad de la norma demandada

6.10.1. Como se advirtió previamente, la accionante señala que se vulneran la dignidad humana, el mínimo vital y móvil y el derecho al trabajo (CP arts. 1, 25 y 53), con la prohibición de otorgarle a las madres comunitarias la calidad de funcionarias públicas, en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, pues con ello se les niega el reconocimiento a su favor de las garantías mínimas que emanan de la prestación de un trabajo subordinado que se efectúa en beneficio del Estado, y respecto del cual tendría que operar el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Como garantías mínimas que se enuncian en la demanda, como ya se dijo, se invocan la estabilidad laboral, el reajuste del salario, el acceso a prestaciones sociales, la remuneración oportuna, la entrega de implementos de trabajo y demás elementos básicos que se señalan en el artículo 53 del Texto Superior. En el fondo, se trata de un cargo único referente a la afectación del derecho al trabajo de las madres comunitarias en condiciones dignas y justas, como realidad de la que sí gozan los empleados públicos.

6.10.2. Todos los intervinientes que se pronunciaron sobre el fondo de la controversia[161] solicitan a la Corte declarar la exequibilidad de la disposición demandada, esto es, de la expresión: *"sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas",* al considerar que el legislador está habilitado para otorgar a las madres comunitarias un tratamiento legal distinto a la relación legal y reglamentaria que se forja con los servidores públicos, siempre que se les garanticen, en igual medida, sus derechos laborales. Ello en respuesta al tipo de actividades sociales y de formación que llevan a cabo con los niños dentro sus comunidades, las cuales son, en esencia, distintas a las funciones que se cumplen por los empleados que prestan sus servicios al ICBF.

Por lo demás, un grupo de intervinientes afirma que[162]: (i) tanto la legislación como la jurisprudencia constitucional han descartado, de manera expresa, constante y unívoca, la existencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; (ii) decisión que se sustenta en que el funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar es ejecutado directamente por asociaciones de padres de familia que suscriben *contratos de aporte* con el ICBF, por lo que dicha entidad se compromete tan solo al giro de los recursos para la marcha idónea de un programa de bienestar familiar, cuya ejecución le corresponde de forma exclusiva a las asociaciones, quienes con los ingresos públicos que perciben y los aportes de la comunidad, siempre han tenido a su cargo el reconocimiento de la labor que cumplen las madres comunitarias, más allá de que su papel inicialmente se previó con un contenido solidario sujeto a las reglas del derecho civil. No obstante, en la actualidad, (iii) el régimen de vinculación de las madres comunitarias con las entidades administradoras del programa es mediante contrato laboral de carácter particular, en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, con plena garantía de todos los derechos laborales, prestacionales y de seguridad social, tal y como ocurre con los funcionarios públicos. En este sentido, a su juicio, *"(…) el régimen laboral aplicable a las madres comunitarias garantiza por completo sus derechos fundamentales y laborales desapareciendo con ello el supuesto de hecho sobre el cual se fundan los cargos propuestos por la demandante"*[163].

Finalmente, el Procurador General de la Nación señala que le asiste razón a la demandante y solicita declarar inexequible el aparte demandado, al estimar que el no otorgamiento de la calidad de funcionarias públicas a las madres comunitarias contraría sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo y al mínimo vital. En su criterio, al interpretar de forma sistemática las reglas contenidas en el artículo 122 del Texto Superior (relativas al empleo público) en concordancia con los fines y propósitos del Estado, y de acuerdo con las categorías de servidores públicos establecidas en el artículo 123 de la Carta, es posible concluir que el ICBF estableció un contrato laboral realidad con las madres comunitarias, convirtiéndolas en trabajadoras del Estado, de acuerdo con los parámetros establecidos en la Sentencia T-480 de 2016[164]

6.10.3. Para empezar, tal como se explicó en las consideraciones generales de esta providencia, el legislador goza de un criterio amplio de evaluación para adoptar autónomamente las distintas modalidades, sistemas o formas a través de los cuales se canaliza el derecho al trabajo, con la carga de respetar las garantías mínimas y los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores. Por tal razón, este Tribunal ha admitido que no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual, ya que la Constitución Política habilitó al legislador para configurar diferentes tipos de vínculos que respondan a las necesidades de cada sector, a los servicios que se prestan, al desarrollo de la libre iniciativa privada, a la intervención del Estado en la economía o a las actividades que implican el desenvolvimiento de una función pública.

En desarrollo de dicho principio básico de autonomía legislativa se expidió el precepto demandado, en el que, con ocasión del proceso de formalización de los servicios que se prestan por las madres comunitarias, trámite que se venía surtiendo desde la adopción de medidas de protección en el campo de la seguridad social[165], se decidió autorizar al Gobierno para implementar políticas de carácter progresivo dirigidas a garantizar su vinculación laboral a partir del año 2014, con la carga de fijar un ingreso por lo menos equivalente al salario mínimo legal mensual vigente[166] y con la prohibición de otorgarles la calidad de funcionarias públicas[167]. Lo que en la práctica significa que se excluye expresamente su vinculación en calidad de servidoras públicas, en cualquiera de las modalidades previstas en los artículos 123 y 125 del Texto Superior[168] y que,

además, ello supone indirectamente que su formalización laboral tendría que realizarse a través de un contrato de carácter privado.

Precisamente, tal decisión del legislador se concretó con la expedición del Decreto 289 de 2014 *"Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones"*[169], en donde de forma expresa se señala que la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar se debe efectuar a través de un *contrato de trabajo*, con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo[170]. Por lo demás, como ya se ha dicho varias veces, en el decreto se reitera que las madres comunitarias no tendrán la calidad de funcionarias públicas[171], ya que sus servicios los prestarán directamente a las entidades administradoras del programa, *"las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF"*[172]

Esto implica que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, ordenó al ejecutivo formalizar *laboralmente* a las madres comunitarias, descartando al efecto una vinculación directa, legal y reglamentaria de estas con el Estado, pero habilitándolo para regularizar su situación a través de un contrato laboral de carácter privado, siguiendo para el efecto lo previsto en el Código Sustantivo de Trabajo, dentro del marco y parámetros fijados por el Texto Superior.

Así las cosas, a diferencia de lo señalado por la accionante y la Vista Fiscal, para quienes las madres comunitarias no cuentan con una modalidad de protección de su empleo avalada por la Constitución, este Tribunal considera que la celebración de un contrato de trabajo, en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, es una medida de amparo válida, idónea y suficiente frente a los derechos laborales que se invocan como desconocidos, la cual se estableció, justamente, como ya se expuso, a raíz de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012.

Por lo tanto, en la actualidad, las madres comunitarias son destinatarias de todos los derechos, beneficios y garantías consagradas en la Constitución y los convenios internacionales de trabajo para cualquier empleado del sector privado, sin ninguna distinción. Todos estos derechos, beneficios y garantías implican que a ellas se les reconozca el pago de un salario mínimo, el auxilio de transporte, las prestaciones sociales (cesantías, prima de servicios, etc.), la existencia de jornadas laborales no superiores al término establecido por la ley, los descansos remunerados (vacaciones y dominicales) y su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión, auxilio funerario, riesgos laborales, etc.)

Pretender que la única forma de acceso a un trabajo digno, justo y en las condiciones mínimas que exige la Constitución, debe ser a través de una vinculación directa con el Estado, mediante una relación de naturaleza legal y reglamentaria, descartaría la existencia de cualquier otro empleador diferente y de una modalidad de empleo distinta, limitando con ello el principio básico de autonomía legislativa que autoriza al Congreso para evaluar las diversas alternativas, sistemas y formas que permiten canalizar el derecho al trabajo, para escoger dentro de ellas la que responde en mejor medida al asunto objeto de regulación.

Desde esta perspectiva, la Corte entiende que la norma demandada se ajusta a la Carta, porque precisamente es un desarrollo de la libertad de configuración del legislador en la definición de las modalidades de protección del derecho al trabajo, en donde cabe tanto la opción del régimen laboral del sector público como del sector privado, pues ambas respetan las garantías mínimas y los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores.

En todo caso, a juicio de la Sala Plena, cabe aclarar que, si bien la fórmula adoptada no tiene reparo constitucional, el margen de configuración en esta materia por parte del legislador le permite en el futuro, si así lo estima pertinente, adoptar una decisión en sentido contrario, por virtud de la cual se les otorgue a las madres comunitarias la condición de funcionarias públicas, teniendo en cuenta los requisitos dispuestos por este Tribunal en la Sentencia C-110 de 2019[173], en especial, en lo que corresponde al cumplimiento del requisito de iniciativa exclusiva del Gobierno Nacional (CP art. 150.7)[174].

6.10.4. Por lo demás, respecto de los argumentos expuestos por el Procurador General de la Nación para coadyuvar la demanda en busca de la declaratoria de inexequibilidad de la disposición acusada, conforme a los cuales (a) de no otorgarles la calidad de funcionarias públicas se desconocería el artículo 53 de la Constitución, que garantiza la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral, al negar la existencia del vínculo real que existe entre ellas y el Estado (a través del ICBF); aunado a que (b) se entendería que son servidoras públicas porque están comprendidas dentro de la expresión *"trabajadoras de una entidad descentralizada por servicios del Estado"*, ya que ejecutan una labor en favor de la comunidad, como lo dispone el artículo 123 del Texto Superior[175] la Corte considera que no

están llamados a prosperar, por las razones que a continuación se exponen:

(i) En primer lugar, el concepto de la Vista Fiscal se apoya íntegramente en la Sentencia T-480 de 2016[176], como se deriva de la afirmación realizada al inicio del examen de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, al sostener que, *"aun cuando la decisión judicial reseñada únicamente surte efectos respecto de las ciento seis personas que acudieron a la acción de tutela para la protección de sus derechos (...), las consideraciones sobre las existencia de un contrato realidad son aplicables a la totalidad de las madres comunitarias"*[177]; desconociendo con ello, que en ese exacto y preciso punto, se declaró su nulidad mediante el Auto 186 del 17 de abril de 2017[178], por apartarse de la jurisprudencia en vigor, conforme a la cual, según se expuso con anterioridad, se entendía que el régimen legal vigente no reconocía la existencia de un contrato de trabajo, ni de una relación legal y reglamentaria, entre las madres comunitarias y el ICBF.

(ii) En segundo lugar, siguiendo las consideraciones expuestas en el acápite 6.8 de esta providencia, si bien es claro que el principio de primacía de la realidad sobre las formas se aplica, tanto frente a los particulares como al Estado, en aquellos casos en los cuales se encubren relaciones laborales con otro tipo de vínculo, lo cierto es que la valoración sobre dicha disconformidad entre los hechos y la formalidad, no aplica de forma general y abstracta frente a las distintas categorías jurídicas de naturaleza contractual o legal previstas en el ordenamiento jurídico, pues su operancia depende de cada caso concreto, en donde se debe acreditar por el interesado que se presentan los tres elementos que identifican, precisamente, a una relación laboral.

La demostración sobre la prestación de una actividad personal, sujeta a remuneración y sometida a la continua subordinación o dependencia, son asuntos que escapan a la órbita del control de constitucionalidad de las leyes mediante el juicio abstracto que se convoca, pues su finalidad es confrontar la norma demandada con la Carta Política para determinar si aquella se adecúa o no a sus preceptos, y no resolver controversias particulares, de naturaleza probatoria, sobre declaraciones que tienen un contenido claramente litigioso.

En este sentido, el argumento propuesto por la Vista Fiscal no es de recibo, ya la aparente demostración de la calidad de empleadas públicas de las madres comunitarias a la luz de los artículos 122 y 123 Superiores no es propia del control abstracto, ni desvirtúa la presunción de constitucionalidad que ampara la norma demandada. Además, en caso de proceder en el sentido requerido por el Ministerio Público, se desconocerían los principios que rigen la función pública, en la medida en que ninguna persona puede adquirir la calidad de servidor público sin que, como se aclaró en el acápite 6.9.2 de esta sentencia, (a) medie un nombramiento y se formalice la posesión en el cargo; (b) exista un determinado régimen legal y reglamentario, y una vacante en la planta de personal; y (c) se cuente con la respectiva disponibilidad presupuestal; con la única excepción de los funcionarios de hecho[179].

Por lo anterior, cabe aclarar que, si bien no es procedente el examen general que se propone, enfocado en el principio de primacía de realidad sobre las formas, ello no excluye que, en eventos particulares y concretos, en los que se pueda demostrar que se configuró un vínculo o nexo con el Estado, ello sea declarado por las autoridades judiciales respectivas.

(iii) En tercer lugar, la actividad que desarrollan las madres comunitarias con ocasión del contrato de trabajo que suscriben con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, se deriva de la contratación que realizan previamente estas entidades con el ICFB, mediante el contrato de aporte, con el fin de que se cumpla una labor de salvaguarda y protección respecto de los niños, actividad que se incluye dentro del concepto de Bienestar Familiar, el cual se define en la ley *"como un servicio público a cargo del Estado"*[180], que se prestará a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar o *"por los organismos oficiales y particulares legalmente autorizados"*[181].

Al tratarse de un servicio público no cabe su asimilación con el concepto de función pública, pues no solo formalmente la Constitución los distingue y los somete a un régimen jurídico distinto, como se explicó en el acápite 6.9.1 de esta sentencia, sino que, materialmente, cuando se trata de un servicio público, como ocurre con los servicios de Bienestar Familiar, el propio Texto Superior permite su prestación directa por particulares (CP art. 365), sin que por ello se entienda que las personas que concurren a su ejecución adquieren la condición de funcionarios públicos o se les otorga autoridad alguna para ejercer potestades públicas.

El hecho de que efectivamente las madres comunitarias estén al servicio de la comunidad no trasmuta el servicio público que prestan a una función pública, pues para ello, como se advirtió en la Sentencia C-037 de 2003[182], se requiere que se otorguen potestades públicas, lo que significa, en general, la capacidad de obrar como autoridad a través del desenvolvimiento del *ius imperium* del Estado; o que, como previamente se explicó, se ingrese de manera formal a un cargo creado por el Estado, de acuerdo con los requisitos previstos en la Constitución y la ley, a

través de una vinculación legal o reglamentaria, para la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

(iv) Por último, el concepto del Procurador omite referir a la condición actual de las madres comunitarias, cuya vinculación laboral mediante contrato de trabajo con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, excluye que no tengan las garantías propias de un trabajador, como lo sugiere al afirmar que se vulneran sus derechos a la dignidad, al mínimo vital y al trabajo. Por lo demás, el régimen vigente no impide que las discusiones que puedan existir sobre hipótesis particulares de subordinación ocurridas con anterioridad al esquema adoptado en el año 2014, incluso, si se alega frente al ICBF, sean resueltas por las vías ordinarias, pues al tratarse de un asunto litigioso, como ya se dijo, es claro que su formulación desborda el alcance del control abstracto de constitucionalidad.

6.10.5. Por consiguiente, y con fundamento en las razones expuestas, la Corte concluye que la expresión *"sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas"* contenida en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, no contradice los artículos 1º, 25 y 53 del Texto Superior

6.11. Síntesis

En esta oportunidad, la Corte se pronunció sobre una demanda interpuesta contra la expresión *"sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas"* contenida en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, por virtud de la cual el legislador prohibió reconocer dicha condición a las madres comunitarias, con ocasión del proceso de formalización laboral que se dispone en el precepto en cita. Una vez examinada la aptitud de los cargos, se advirtió que respecto de las acusaciones formuladas por la presunta infracción del derecho a la igualdad y al bloque de constitucionalidad no se cumplieron con las cargas mínimas dispuestas en el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, en especial, en lo que refiere a la satisfacción de los requisitos de especificidad, pertinencia y suficiencia.

Así las cosas, el cargo que motivó un pronunciamiento de fondo, se concretó en la aparente vulneración de la dignidad humana, el mínimo vital y móvil y el derecho al trabajo previstos en los artículos 1, 25 y 53 de la Constitución, pues con la prohibición de otorgarle a las madres comunitarias la calidad de funcionarias públicas, en palabras de la demandante, se niega a su favor el reconocimiento de las garantías mínimas que emanan de la prestación de un trabajo subordinado que se efectúa en beneficio del Estado, y frente al cual tendría que operar el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Para la Corte, respecto de esta acusación, no se está en presencia de una cosa juzgada constitucional, ya que el examen que se efectuó sobre la misma norma en la Sentencia C-465 de 2014 tuvo un alcance relativo a los cargos examinados, los cuales difieren del que ahora se propone. En esencia, en dicha oportunidad, se invocó la infracción del principio de unidad de materia y el desconocimiento del trámite en primer debate por parte de la comisión constitucional competente.

Luego de examinar el contenido de la norma acusada, este Tribunal señaló que su expedición se sustenta en el principio básico de autonomía legislativa, el cual le permite al Congreso de República decidir autónomamente sobre las distintas modalidades, sistemas o formas a través de las cuales se canaliza el derecho al trabajo, con la carga de respetar, como ocurre en este caso, las garantías mínimas y los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores. En efecto, el propio artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, al prohibir de forma expresa su vinculación como funcionarias públicas, indirectamente dispuso su formalización laboral a través de un contrato de carácter privado, como se concretó con la expedición del Decreto 289 de 2014, estableciendo a favor de las madres comunitarias todos los beneficios, derechos y garantías previstos en el Código Sustantivo del Trabajo.

Aunado a lo anterior, esta Corporación precisó que el principio de primacía de la realidad sobre las formas no aplica de manera general y abstracta frente a las distintas categorías jurídicas de naturaleza contractual o legal previstas en el ordenamiento jurídico, pues su operancia depende de cada caso concreto, en donde se debe acreditar por el interesado que se presentan los tres elementos que identifican, precisamente, a una relación laboral. Para este Tribunal, la prueba sobre la prestación de una actividad personal, sujeta a remuneración y sometida a la continua subordinación, son asuntos que escapan a la órbita del control de las leyes mediante el juicio abstracto de constitucionalidad, pues su finalidad es confrontar la disposición demandada para determinar si aquella se adecúa o no a los preceptos del Texto Superior, y no resolver controversias particulares que tienen un contenido claramente litigioso.

Además, se aclaró que la actividad que se presta por las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, y respecto de la cual se contrata a las madres comunitarias, corresponde a un servicio público, que no se asimila al concepto de función pública, no solo

porque formalmente la Constitución los distingue y los somete a un régimen jurídico distinto, sino también, porque, materialmente, cuando se trata del primero, el propio Texto Superior permite su prestación directa por particulares (CP art. 365), sin que por ello se entienda que las personas que concurren a su ejecución adquieren la condición de funcionarios públicos o se les otorga autoridad alguna para ejercer potestades públicas.

Finalmente, la Sala resaltó que el margen de configuración en esta materia por parte del legislador le permite en el futuro, si así lo estima pertinente, adoptar una decisión en sentido contrario, por virtud de la cual se les otorgue a las madres comunitarias la condición de funcionarias públicas, teniendo en cuenta los requisitos dispuestos por la Corte en la Sentencia C-110 de 2019. Por lo demás, se insistió en que esta decisión tampoco excluye que en aquellos casos particulares y concretos en los que se pueda demostrar que se configuró un vínculo laboral con el Estado, ello sea declarado por las autoridades judiciales respectivas.

Por consiguiente, y con fundamento en las razones expuestas, la Corte concluyó que la expresión *"sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas"* contenida en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, no contradice los artículos 1º, 25 y 53 del Texto Superior

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE la expresión *"sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas"* contenida en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, respecto de los cargos relacionados con la vulneración de los artículos 1º, 25 y 53 de la Constitución.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE.

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

PRESIDENTE

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO

MAGISTRADO

DIANA FAJARDO RIVERA

MAGISTRADA

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

MAGISTRADO

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

MAGISTRADA

CON IMPEDIMENTO ACEPTADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS

MAGISTRADO

CON ACLARACIÓN DE VOTO

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

SECRETARIA GENERAL

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, el cual no ha sido ratificado por Colombia.

2 Folio 2 del cuaderno principal.

3 Ibídem.

4 Folio 4 del cuaderno principal.

5 M.P. Alberto Rojas Ríos. En Auto 186 del 17 de abril de 2017, se declaró la nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016 y, en su lugar, se adoptaron una serie de decisiones tendientes a reconocer y pagar a favor de las madres comunitarias los aportes pensionales faltantes al sistema de seguridad social, con el propósito de acceder a la pensión de vejez, de conformidad con los términos de la legislación aplicable. Estas órdenes, a su vez, fueran declaradas nulas a través del Auto 217 de 2018, por falta de notificación del Consorcio Colombia Mayor 2013 y del Ministerio del Trabajo.

6 Particularmente en cuanto señala que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

7 Folio 4 del cuaderno principal.

8 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

9 Folio 5 del cuaderno principal.

10 “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

11 Específicamente los fundamentos 40 a 44.

12 Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares.

13 Folio 17 del cuaderno principal.

14 Se trata de un único documento elaborado en conjunto por las citadas autoridades. Folios 39 y siguientes del cuaderno principal.

15 Ibídem.

16 Ibídem.

17 Para este propósito citan el documento CONPES de 1986 que aprueba el Plan de Lucha contra la Pobreza Absoluta y la Generación de Empleo, la Ley 89 de 1988, el Decreto 1340 de 1995 y el Acuerdo 21 de 1996.

18 Al respecto, se alude, principalmente, a la Ley 7 de 1979 y al Decreto Reglamentario 2388 de 1979.

19 En concreto, en cuanto a la inexistencia de un contrato laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, se alude a la reciente Sentencia SU-079 de 2018 y al Auto 186 de 2017, corregido a través del Auto 217 de 2018.

20 Folio 45 del cuaderno principal.

21 Folio 47 del cuaderno principal.

22 Ibídem.

23 Folios 48 y 49 del cuaderno principal. Énfasis por fuera del texto original.

24 Folio 49 del cuaderno principal. Las sentencias que aparecen reseñadas son las siguientes: SU-224 de 1998, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-1029 de 2001, T-268 de 2012 y T-508 de 2015.

25 M.P. Alberto Rojas Ríos.

26 M.P. Alberto Rojas Ríos.

27 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

28 Folios 52 y 53 del cuaderno principal.

29 Folio 54 del cuaderno principal.

30 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones.”

31 Folio 55 del cuaderno principal.

32 Este cuadro es una réplica del elaborado por los intervinientes, el cual, por razones prácticas, excluye tan solo las referencias puntuales a todas las normas de derecho público y del Código Sustantivo del Trabajo que se invocan.

33 Folio 60 del cuaderno principal.

34 Folio 64 del cuaderno principal. Agregan que “para la vigencia 2018, los costos asociados a los servicios prestados por las madres comunitarias tradicionales ascienden a $716.649 millones. Si se aprobara su vinculación directa al ICBF, como lo pretende la accionante, estos costos ascenderían aproximadamente a $922.381 millones, es decir $205.731 millones adicionales de gasto recurrente no contemplado en el presupuesto de la entidad ni en el Marco Fiscal de Mediano Plazo o el Marco de Gasto de Mediano Plazo de los sectores involucrados”.

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

36 Folio 69 del cuaderno principal.

37 Folio 69 del cuaderno principal.

38 Folio 70 del cuaderno principal.

39 Folio 75 del cuaderno principal.

40 Folio 74 del cuaderno principal.

41 M.P. Alberto Rojas Ríos.

42 Folio 123 del cuaderno principal.

43 Ibídem. Énfasis por fuera del texto original.

44 Folios 123 y 124 del cuaderno principal.

45 Ibídem.

46 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

47 Folio 124 del cuaderno principal.

48 Ibídem.

49 Ibídem.

50 M.P. Alberto Rojas Ríos.

51 “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)."

52 "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 2o 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 1o. 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 2o 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. // Parágrafo 2o. Las Asociaciones de Padres o en su defecto las Direcciones Territoriales del ICBF deberán adelantar una campaña dirigida a las madres comunitarias, para informarles sobre la posibilidad de traslado de que trata el presente artículo."

53 "Artículo 3o. Calidad de las madres comunitarias. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.3 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015> 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."

54 Folio 38 del cuaderno principal.

55 M.P. Alberto Rojas Ríos.

56 Las normas constitucionales en cita disponen que: "Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. // Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. // Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. // Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público. // Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. // Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño. (…)" "Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. // Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. // La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio."

57 Siguiendo la Sentencia T-480 de 2016 señalan las siguientes normas: el documento CONPES de 1986 que aprueba el Plan de Lucha contra la Pobreza Absoluta y la Generación de Empleo, el Decreto 289 de 2014, el Decreto 1072 de 2015 y el proyecto de ley 277 de 2016, Cámara, 127 de 2017 Senado, "por medio de la cual se establecen lineamientos para el trabajo desarrollado por las personas que prestan sus servicios en los

Programas de Atención Integral a la Primera Infancia y Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), sus derechos laborales, se establecen garantías en materia de seguridad alimentaria y se dictan otras disposiciones.”.

58 Folios 107 y 108 del cuaderno principal.

59 M.P. Alberto Rojas Ríos.

60 Al considerar que se configuraron los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber: (i) actividad personal del trabajador, (ii) salario como retribución del servicio y (iii) continuada subordinación o dependencia del trabajador con respecto al empleador.

61 Folio 112 del cuaderno principal.

62 M.P. Alberto Rojas Ríos.

63 Sentencia T-480 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

64 Ibídem.

65 Ibídem.

66 Folio 115 del cuaderno principal.

67 Decreto 2067 de 1991, arts. 2 y 6.

68 En la Sentencia C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se manifestó que: “el control de constitucionalidad de las leyes es una función jurisdiccional que se activa, por regla general, a través del ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos, para lo cual se exige la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, sin perjuicio de los casos en los que la propia Constitución impone controles automáticos, como ocurre con las leyes aprobatorias de tratados internacionales o las leyes estatutarias.”

69 Intervenciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

70 M.P. Alberto Rojas Ríos.

71 Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-447 de 1997, C-509 de 1996 y C-236 de 1997.

72 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

73 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

74 Decreto 2067 de 1991, art. 6.

75 Sobre el particular, la Corte ha dicho que: “Si bien el momento procesal ideal para pronunciarse sobre la inexistencia de cargos de inconstitucionalidad es la etapa en la que se decide sobre la admisibilidad de la demanda, por resultar más acorde con la garantía de la expectativa que tienen los ciudadanos de recibir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas por ellos, esta decisión también puede adoptarse al momento de proferir un fallo, pues es en esta etapa procesal en la que la Corte analiza con mayor detenimiento y profundidad las acusaciones presentadas por los ciudadanos en las demandas de inconstitucionalidad”. Sentencia C-874 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias C-954 de 2007, C-623 de 2008, C-894 de 2009, C-055 de 2013 y C-281 de 2013. En esta última expresamente se expuso que: “Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del magistrado ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley (CP art. 241-4-5).” M.P. Mauricio González Cuervo.

76 M.P. Alberto Rojas Ríos.

77 Para mayor claridad se transcribe nuevamente el precepto legal demandado, subrayando el aparte objeto de cuestionamiento: “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.”

78 El CREE fue derogado a través del artículo 376 de la Ley 1819 de 2016.

79 Gaceta del Congreso No. 666 de 2012, correspondiente al Proyecto de Ley No. 166 de 2012 Cámara “por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”.

80 En particular, los mandatos específicos que ya debieron ser ejecutados son los siguientes: “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. (…) // 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.” Énfasis por fuera del texto original.

81 Las normas en mención, en el aparte pertinente, dispone que: “Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. // Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (…)” “Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (…)”.

82 Artículos compilados en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”.

83 El artículo 2 del Decreto en cita dispone que: “Artículo 2. Modalidad de vinculación. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015> Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el

Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social".

84 El artículo 7, en el parágrafo único, establece que: "Artículo 7. Calidad del servicio. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.7 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015> (...) Parágrafo. Para los fines indicados en el presente artículo, la selección de las Madres Comunitarias estará a cargo de su respectivo empleador."

85 El artículo 3 del Decreto 289 de 2014 señala que: "Artículo 3. Calidad de las Madres Comunitarias. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.3 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015> 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."

86 Decreto 289 de 2014, art. 3.

87 Artículo 5. Garantía y control sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de protección social por parte de los empleadores. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.5 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015> Las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar constituirán las garantías requeridas para el cumplimiento de las acreencias laborales a favor de las madres comunitarias, las cuales deberán mantener su vigencia en los términos legales, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2923 de 1994. // Parágrafo. En caso que las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar incumplan con sus obligaciones laborales o de seguridad social respecto de las Madres Comunitarias, el ICBF podrá dar por finalizado el respectivo contrato de aporte y hacer efectivas las pólizas, para garantizar las prestaciones laborales de las Madres Comunitarias."

88 Ibídem.

89 Folio 4 del cuaderno principal.

90 Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares.

91 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

92 Sentencias T-406 de 1992, T-881 de 2002, C-818 de 2010 y C-250 de 2012.

93 Sentencia C-818 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Esta providencia ha sido reiterada en varias oportunidades, como se destaca en las Sentencias C-250 de 2012 y C-743 de 2015.

94 Sentencias C-862 de 2008, C-818 de 2010, C-250 de 2012, C-015 de 2014, C-239 de 2014, C-240 de 2014, C-811 de 2014 y C-329 de 2015.

95 Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

96 Cabe aclarar que la jurisprudencia ha desarrollado este juicio a partir de tres niveles de intensidad: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios. Como se advirtió en la Sentencia C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, la regla consiste en reconocer que al momento de ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Este test ha sido aplicado en casos en que se

estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia prima facie una amenaza frente al derecho sometido a controversia. La aplicación de un test estricto, como la más significativa excepción a la regla, tiene aplicación cuando está de por medio el uso de un criterio sospechoso, a los cuales alude el artículo 13 de la Constitución, o cuando la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenecen a grupos marginados o discriminados. También se ha utilizado cuando la diferenciación afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental. Este test ha sido categorizado como el más exigente, ya que busca establecer si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado, conducente y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto aspecto de análisis, referente a si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. Entre los extremos del test leve y del test estricto, se ha identificado el test intermedio, que se aplica por este Tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental, cuando existe un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia económica o en aquellos casos en que la medida podría resultar potencialmente discriminatoria en relación con alguno de los sujetos comparados, lo que incluye el uso de las acciones afirmativas. Este test examina que el fin sea legítimo e importante, porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

97 Sentencia C-715 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

98 Así, por ejemplo, en la Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se expuso que: “Se debe señalar con claridad los grupos involucrados, el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas, toda vez que la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales”. Este precedente ha sido reiterado recientemente en las Sentencias C-104 y 179 de 2016.

99 CP. arts. 123 y 125.

100 Como se expuso en el acápite de antecedentes, la accionante realiza un cuadro comparativo entre las madres comunitarias y los empleados públicos, en el que afirma que, por un lado, las primeras, pese a cumplir con determinadas funciones y satisfacer necesidades de educación y cuidado de los menores de edad, (i) no cuentan aún con la formalización de su trabajo, (ii) no se les reconoce la condición de servidoras en materia de remuneración y (iii) se sujetan al régimen de los independientes para el pago de la seguridad social; mientras que, por el otro lado, los segundos, cumpliendo igualmente con responsabilidades a su cargo, sí son (a) funcionarios al servicio del Estado, (b) cuentan con garantías de estabilidad y (c) tienen beneficios salariales y prestacionales, como se deriva de la Ley 909 de 2004.

101 Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares.

102 “Artículo 2. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: (…) 3. Las razones por las cuales dicho textos se estiman violados. (…)”.

103 “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Énfasis por fuera del texto original.

104 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11210:0::NO:11210:P11210_COUNTRY_ID:102595

105 “Con base en el principio pro actione (…) el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y (…) debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte. Este principio tiene en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado; en tal medida, ‘el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan

estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo' (…)". Sentencia C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

106 Intervenciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del ciudadano Ramiro Cubillos Velandia Cárdenas.

107 Dispone la norma en cita: "Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. (…)".

108 Sobre la materia se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-774 de 2001, C-310 de 2002, C-004 de 2003, C-039 de 2003, C-1122 de 2004, C-469 de 2008, C-600 de 2010, C-283 de 2011, C-254A de 2012 y C-1017 de 2012.

109 Sentencia C-489 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

110 Sentencia C-427 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

111 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

112 En la Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte distinguió la cosa juzgada relativa explícita de la cosa juzgada relativa implícita, en los siguientes términos: "Es explícita, cuando 'la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro', es decir, es la propia Corte quien en la parte resolutiva de la sentencia limita el alcance de la cosa juzgada. Por el contrario, es implícita (…) cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutiva no se indique dicha limitación, 'en tal evento, no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutiva y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido que sólo se ha analizado determinados cargos'.

113 La norma en cita dispone que: "Artículo 46. Control integral y cosa juzgada constitucional. En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución". En idénticos términos, el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 establece que: "La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del título II (…) // La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso".

114 Sentencia C-478 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

115 En este punto, es preciso resaltar lo dispuesto en la parte final del artículo 243 de la Constitución, según el cual: "Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución". Énfasis por fuera del texto original.

116 Como en reiteradas ocasiones lo ha señalado este Tribunal, en virtud de la teoría de la constitución viviente, el juez constitucional tiene la obligación de tener cuenta los cambios que se presentan en la sociedad, pues puede ocurrir que un nuevo análisis sobre normas que en un tiempo fueron consideradas exequibles, a la luz de una nueva realidad, ya no lo sean.

117 Así se destacó en la Sentencia C-112 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

118 M.P. Alberto Rojas Ríos.

119 Énfasis por fuera del texto original.

120 Textualmente se dijo que: "(…) 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."

121 M.P. Alberto Rojas Ríos.

122 Un antecedente relevante fueron los Centros Comunitarios para la Infancia -CCI-, creados entre los años 1979 y 1981, los cuales fueron coordinados por el ICBF y atribuían cierta responsabilidad en el cuidado de los menores a los padres y vecinos.

123 "Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones".

124 Ley 89 de 1988, art. 1, parágrafo 2.

125 "Por el cual se reglamenta el parágrafo 2º del artículo primero de la Ley número 89 del 29 de diciembre de 1988".

126 Decreto 2019 de 1989, artículo 2o. Decreto derogado por el artículo 5 del Decreto 1340 de 1995.

127 Decreto 2019 de 1989, artículo 4o. Decreto derogado por el artículo 5 del Decreto 1340 de 1995.

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

129 Según lo establecido en el artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, por la naturaleza del servicio de Bienestar Familiar, el ICBF puede celebrar contratos de aporte, en virtud de los cuales provee a una institución de utilidad pública o social, los bienes y recursos indispensables para la prestación total o parcial de uno de los servicios a su cargo. El desarrollo de esta actividad se debe cumplir bajo la responsabilidad de la institución contratante, observando los lineamientos que establezca para tal fin el ICBF.

130 "Acuerdo 21 de 1996, artículo segundo. El funcionamiento. El funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del Programa, que se constituirán en Asociaciones de Padres u otra forma de organización Comunitaria y quienes una vez tramitada su personería jurídica ante el IBCF, celebrarán contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad."

131 "Acuerdo 21 de 1996, 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 públicas 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 la 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."

132 Énfasis por fuera del texto original.

133 Ley 1607 de 2012, artículo 24.

134 El artículo 2 del Decreto en cita dispone que: "Artículo 2. Modalidad de vinculación. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015> Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social".

135 El artículo 3 del Decreto 289 de 2014 señala que: "Artículo 3. Calidad de las Madres Comunitarias. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.3 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015> 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."

136 Decreto 289 de 2014, art. 3.

137 Artículo 5. Garantía y control sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de protección social por parte de los empleadores. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.5 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015> Las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar constituirán las garantías requeridas para el cumplimiento de las acreencias laborales a favor de las madres comunitarias, las cuales deberán mantener su vigencia en los términos legales, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2923 de 1994. // Parágrafo. En caso que las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar incumplan con sus obligaciones laborales o de seguridad social respecto de las Madres Comunitarias, el ICBF podrá dar por finalizado el respectivo contrato de aporte y hacer efectivas las pólizas, para garantizar las prestaciones laborales de las Madres Comunitarias."

138 Sentencia T-1029 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

139 Puntualmente, se dijo que: "El análisis del régimen jurídico actual de las madres comunitarias revela, de un lado, características propias del trabajo subordinado tales como la limitación de la jornada laboral a ocho horas diarias y, de otro, divergencias importantes con los trabajadores independientes en lo que toca con la seguridad social pues no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, lo cual obedece a la lógica misma del Programa, cual es la responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas. De modo tal que, hoy en día, las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente. // No obstante, con la expedición del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, se encuentra que el régimen jurídico de las madres comunitarias actualmente se encuentra en un período de transición, ya que en el año 2014 debe pasar de ser un régimen jurídico especial, a una relación laboral por la que devengarán un salario mínimo legal vigente. Finalmente, debe destacarse que durante este año 2013, la beca o bonificación que reciben las madres comunitarias debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente."

140 M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Cursiva y negrilla por fuera del texto original. Cabe señalar que, con posterioridad, se profirió la Sentencia C-110 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo, en el que la Corte se pronunció sobre las objeciones a una norma incluida en un proyecto de ley que creaba un vínculo contractual directo entre las madres comunitarias y el ICBF. En tal ocasión, el reproche constitucional se enfocó en el desconocimiento de la iniciativa exclusiva del Gobierno Nacional para promover iniciativas dirigidas a impactar en la estructura de la administración nacional (CP art. 150.7), lo cual incluye la definición del régimen laboral para la inserción de nuevo personal. Esta Corporación avaló las objeciones, al concluir que: "(…) la habilitación general para que una entidad del orden nacional establezca vínculos laborales y permanentes con las madres comunitarias y FAMI constituye una modificación sustancial de la estructura de la administración nacional por

varias razones. En primer lugar (i) tendría un impacto significativo en la gestión, organización y administración del ICBF; (ii) atribuye al ICBF, de hecho, una nueva función bajo su responsabilidad directa que no tiene capacidad de atender; (iii) se trata de una reforma del régimen jurídico vigente en materia de vinculación de las madres comunitarias y sustitutas en los programas promovidos por el ICBF. Igualmente, en segundo lugar, (iv) constituye un régimen contractual que, además de ser permanente, implicaría un impacto trascendental en la configuración y desarrollo de los diferentes programas a cargo de esa entidad. La vinculación laboral de las madres comunitarias y las madres FAMI (v) incidiría significativamente en la estructura de la administración nacional teniendo en cuenta que, según información aportada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las primeras se acercan a un número de 44.563 al paso que las segundas corresponden a 9.632. Constituye entonces, de implementarse, (vi) una transformación que se refleja en la parte estática de la administración nacional a través de la modificación del régimen laboral del ICBF mediante la inserción de nuevo personal. (…) El proyecto de ley no fue presentado por el Gobierno Nacional. En adición a ello, no existió aval gubernamental en la intervención de la Ministra de Trabajo ante la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes. (…) De ahí que lo que corresponde es declarar FUNDADA la objeción formulada por el Gobierno Nacional contra el artículo 4º parcial del proyecto de ley bajo examen. En consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la expresión en forma directa con el ICBF (…)".

141 Con anterioridad a la formalización laboral que se dispuso a través de las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, el legislador previó los siguientes mecanismos de protección a la seguridad social integral de las madres comunitarias y sus grupos familiares: (i) En materia de salud, la Ley 509 de 1999 vinculó a las madres comunitarias al régimen subsidiado establecido por la Ley 100 de 1993, situación que posteriormente fue modificada por la Ley 1023 de 2006 que dispuso su afiliación, junto con la del grupo familiar, al régimen contributivo. (ii) En materia de pensiones y protección a la vejez se estableció: (a) la afiliación al Sistema General de Pensiones a través del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional creado por la Ley 100 de 1993, con unas reglas específicas consagradas en la Ley 509 de 1999. Es preciso señalar que, a través de la Ley 1450 de 2011, en el artículo 166, el legislador dispuso que las madres comunitarias "que ostentaron 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 período, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo", pudiendo completar las semanas requeridas para acceder a la pensión. De igual manera, el Congreso previó: (b) la vinculación al servicio complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) previsto en la Ley 1753 de 2015 y (c) el Subsidio de Solidaridad Pensional de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional establecido en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011. (iii) En materia de riesgos laborales, se les reconoció un incremento como trabajadoras independientes para que, en forma voluntaria, se afiliaran a dicho sistema, de acuerdo con el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011. En la práctica y por regla general, estos mecanismos hoy se entienden superados, al estar ahora cubiertas las madres comunitarias por un contrato de trabajo, en donde el empleador deberá cotizar al Sistema Integral de Seguridad Social, brindado todas las coberturas y prestaciones de los regímenes contributivos en materia de salud, pensiones, riesgos laborales, sistema de subsidio familiar y mecanismo de protección al cesante, como lo disponen la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014.

142 "Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: // Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil; proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (…)".

143 "Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas"

144 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

145 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

146 M.P. Hernando Herrera Vergara.

147 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del 4 de marzo de 2010, radicación 85001-23-31-000-2003-00015-01 (1413-08).

148 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P: César Palomino Cortes, Sentencia del 16 de marzo de 2017, radicación 81001-23-33-000-2013-00072-01 (3419-14).

149 Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

150 Énfasis por fuera del texto original.

151 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Enrique Gill Botero, Sentencia 19 de noviembre de 2008, radicación 11001-03-26-000-2007-00029-00 (33964).

152 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

153 Énfasis por fuera del texto original.

154 M.P. Ligia Galvis Ortiz.

155 Énfasis por fuera del texto original.

156 Énfasis por fuera del texto original.

157 En este punto, cabe recordar que el artículo 125 del Texto Superior, es claro en señalar que el ingreso a los empleos en los órganos y entidades del Estado se cumple, por regla general, a través del concurso público de méritos. Expresamente, la norma en cita dispone que: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. // Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. // El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. // El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. // En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (…)”.

158 Véase, por ejemplo, las Sentencias T-903 de 2010 y C-084 de 2018.

159 Estos requisitos se infieren de lo previsto en el artículo 122 de la Carta, conforme al cual: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. // Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. // Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. // Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público. (…)”.

160 Sobre esta figura el Consejo de Estado ha señalado que: “(…) puede suceder que dentro de la función pública exista el denominado funcionario de hecho, que identifica a la persona que, habitualmente, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese un verdadero funcionario. // La anterior situación puede originarse, como en el presente asunto, cuando mediaba título que la habilitara para el ejercicio de la función pública pero, por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos; o puede ocurrir en hipótesis muy variadas, designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en

funciones luego de vencido el término de su mandato, entre otras. // En consecuencia los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP: Bertha Lucia Ramírez de Páez, 9 de junio de 2011, radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01 (1457-08). Énfasis por fuera del texto original.

161 Intervenciones del ICBF, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el ciudadano Ramiro Cubillos Velandia Cárdenas.

162 Intervención conjunta del ICBF, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

163 Folio 55 del cuaderno principal.

164 M.P. Alberto Rojas Ríos.

165 En la nota a pie 141 de esta providencia se destacó la evolución en las protecciones dadas antes de la Ley 1607 de 2012, en las materias de salud, pensiones y riesgos laborales.

166 En los apartes pertinentes, el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 dispone que: "(…) 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 (…) // Durante ese año se refiere la norma al 2014, todas las madres comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al programa. (…)".

167 Expresamente, en el inciso primero del citado artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 se señala lo siguiente: "(…) se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación (…) sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas".

168 Las normas en mención, en el aparte pertinente, dispone que: "Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. // Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (…)" "Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (…)".

169 Artículos compilados en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo".

170 El artículo 2 del Decreto en cita dispone que: "Artículo 2. Modalidad de vinculación. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015> Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social".

171 El artículo 3 del Decreto 289 de 2014 señala que: "Artículo 3. Calidad de las Madres Comunitarias. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.3 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015> 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."

172 Decreto 289 de 2014, art. 3.

173 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

174 Lo anterior, según se advirtió en la nota a pie No. 140 de este proyecto.

175 La norma en cita dispone que: “Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. // Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (…)”.

176 M.P. Alberto Rojas Ríos.

177 Folio 112 del cuaderno principal. Énfasis por fuera del texto original.

178 M.P. Alberto Rojas Ríos.

179 Véase, al respecto, la nota a pie No. 160 de esta providencia.

180 Ley 7 de 1979, art. 12.

181 Ibídem. Énfasis por fuera del texto original.

182 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Fecha y hora de creación: 2025-12-04 02:07:52