

VINCULACIÓN JURÍDICA ENTRE EL ESTADO Y LAS MADRES COMUNITARIAS
QUE HAN EJERCIDO SUS LABORES EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE
HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR FAMILIAR CON ANTERIORIDAD AL
2014 A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
EXPEDIDA ENTRE EL AÑO 1995 Y 2017



Universidad
del Cauca®

Álvaro Figueroa Sacanamboy

Anny Lucía Sánchez Fernández

Roosevelt Bolívar Sotelo Castro

UNIVERSIDAD DEL CAUCA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
POPAYÁN

2019

VINCULACIÓN JURÍDICA ENTRE EL ESTADO Y LAS MADRES COMUNITARIAS
QUE HAN EJERCIDO SUS LABORES EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE
HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR FAMILIAR CON ANTERIORIDAD AL
2014 A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
EXPEDIDA ENTRE EL AÑO 1995 Y 2017

Álvaro Figueroa Sacanamboy

Anny Lucía Sánchez Fernández

Roosevelt Bolívar Sotelo Castro

Trabajo de grado para optar el título de: Magister en Derecho Administrativo

Mg. Jorge William Ordóñez Fernández

Director

UNIVERSIDAD DEL CAUCA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
POPAYÁN

2019

NOTA DE ACEPTACIÓN

Jurado

Jurado

Popayán, Marzo de 2019

AGRADECIMIENTOS

Presentamos nuestros sentidos agradecimientos en la culminación de este proceso, en primer lugar a Dios por darnos el privilegio de ser sus hijos, en segundo lugar a nuestras familias por ser nuestra mayor motivación, seguidamente a la Universidad del Cauca por permitirnos crecer académicamente en cuna del conocimiento del Derecho, finalmente al doctor Jorge William Ordoñez por su guía y acompañamiento.

REALIZACIÓN DE CORRECCIONES TRABAJO DE GRADO

Conforme oficio fechado de 12 de febrero de 2018, por medio del cual la doctora Adriana Paola Arboleda Campo, jurado designada, rindió concepto sobre el trabajo de grado, se procedió en acatamiento a las correcciones de fondo y de forma realizadas al contenido del trabajo, a realizar los ajustes correspondientes, acorde a los cuales se presentó trabajo definitivo de tesis y sobre la cual se presentó sustentación de trabajo de grado la cual fue aprobada el día 10 de diciembre del año 2018 y conforme la cual se presenta de forma definitiva el presente trabajo de grado.

Universitariamente,

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1 METODOLOGÍA	14
1.1 RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MADRES COMUNITARIAS EN COLOMBIA....	15
1.1.1 Los Programas de hogares comunitarios en Colombia y la labor de las madres comunitarias.	16
1.2 MARCO NORMATIVO DE LA RELACIÓN MADRES COMUNITARIAS Y EL ESTADO	18
1.3 SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS MADRES COMUNITARIAS, QUE EJERCIERON SU LABOR ANTES DE LA FORMALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO	21
1.4 ACCIONES DEL ESTADO PARA GARANTIZAR ALGUNOS DERECHOS A LAS MADRES COMUNITARIAS QUE LABORARON PREVIAMENTE A LA FORMALIZACIÓN DE LA RELACIÓN.....	23
1.5 RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS MADRES COMUNITARIAS A LA SEGURIDAD SOCIAL	24
2 LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN laboral ENTRE EL I.C.B.F Y LAS MADRES COMUNITARIAS VINCULADAS ENTRE EL 29 DE DICIEMBRE DE 1988 Y EL 12 DE FEBRERO DE 2014.....	27
2.1 PROBLEMA JURÍDICO.....	27

2.2	POLOS DE RESPUESTA.....	27
2.3	METODOLOGÍA EMPLEADA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	28
2.3.1	Aclaración sobre el núcleo fáctico común.....	28
2.4	EXPLICACIÓN METODOLÓGICA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA....	29
2.4.1	Metodología empleada para la construcción de la línea jurisprudencial.	29
2.4.2	Punto arquimédico de apoyo.....	30
2.5	NICHO CITACIONAL.....	31
2.6	SENTENCIAS IMPORTANTES SELECCIONADAS.....	32
2.7	ANÁLISIS DINÁMICO DE LAS SENTENCIAS SELECCIONADAS	33
2.7.1	Tesis inicial. Soslayamiento de la relación laboral entre las madres comunitarias y el Estado.	34
2.7.2	Sentencias confirmadoras de línea.....	38
2.8	AUTO 186 DEL 2017	51
2.8.1	El reconocimiento de la seguridad integral en el auto 186 de 2017.	53
2.8.2	Implicaciones del auto 186 de 2017.....	54
2.8.3	Salvamento de voto al auto A-186 de 2017	55
2.9	RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO	56
2.10	GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	57
3	CONCLUSIONES.....	60
	REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	62

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. Nicho citacional	31
Tabla 2. Gráfica línea jurisprudencial.....	57

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centra en indagar por la naturaleza jurídica del vínculo laboral existente entre las madres comunitarias, pertenecientes al Programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “I.C.B.F”, y el Estado Colombiano, las cuales ejercieron o ejercen dicha labor desde la institucionalización de dicho programa, a partir de la ley 89 de 1988 hasta la formalización de la relación laboral en el año 2014, mediante la figura de un contrato laboral.

Formalización de dicha vinculación, conforme lo estableció el Decreto 289 de 2014, que reglamento parcialmente el artículo 36 de la ley 1607 de 2012, determinando que: “Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo (...) y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social.” (Decreto 289, 2014).

Es de enfatizar, que desde la creación de los Programas de Hogares Comunitarios, el Estado Colombiano ha reiterado su negativa respecto de la existencia de una relación laboral con las madres comunitarias pertenecientes al mencionado programa, fundando sus argumentos en el principio de solidaridad que establece una relación armónica entre los padres de familia el Estado y la sociedad, con el fin de garantizar entre tantos, los derechos de los niños y niñas a la protección y cuidado, rol dentro del cual, las madres comunitarias se convirtieron en el eje central del desarrollo de tal actividad, correlativamente al no ostentar la calidad de empleada por haberse tercerizado la prestación de dicho servicio a través de la relación surgida entre las

mismas y las entidades administradoras del programa, surgiendo así una relación de carácter civil y bilateral. (Pinzón, 2015, pág. 120).

No obstante, aspectos como, la falta de claridad normativa respecto del vínculo jurídico laboral, en tanto esta situación desconoce derechos fundamentales de las madres comunitarias, como recibir en contraprestación al servicio, un salario mínimo vital y móvil, la garantía del acceso al derecho fundamental de los servicios de salud, y al momento de encontrarse en una situación de vulnerabilidad el derecho a una pensión, y además la postura de las instituciones de los poderes públicos respecto a la negación de la existencia de la relación laboral (Pinzón, 2015), influyeron para que organismos Internacionales como el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adscrita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se pronunciaran en reiteradas ocasiones al respecto, resaltando y recomendando al Estado Colombiano la necesidad de una transformación normativa ante la precaria situación de las mujeres vinculadas al programa, no solo porque la garantía de cuidado de los niñas y niños requería de una atención cualificada, sino también con el fin de acoplarse a las necesidades de protección de esta población, lo cual influyó en el paulatino cambio de postura del gobierno, que conllevó a la formalización de la relación laboral a través de las normas ya mencionadas (León, 2017).

A través de la formalización de la relación laboral de los hombres y mujeres que se ocupan de la tarea del cuidado de los menores de las familias beneficiarias del programa de hogares comunitarios del I.C.B.F., el Estado saldó parte de la deuda histórica con aquellas personas, asumida por el soslayamiento de sus derechos por casi dos décadas; quedando amparadas las mujeres que se desempeñen dentro del mencionado programa solo a partir del 12 de febrero de 2014, fecha en que entró a regir el decreto 289 de 2014.

Pero dejó incólume la situación de aquellas mujeres que se desempeñaron en el programa, desde la fecha de creación del mismo 1987 y la materialización de la formalización de dicha relación, 2014, es decir que muchos de los derechos fundamentales que debieron garantizarse a estas personas por estar prestando un servicio para el Estado, fueron inobservados, especialmente los de índole pensional.

En este sentido, se considera que la normativización del acceso de quienes se desempeñan en la labor de madres comunitarias al Fondo de Solidaridad Pensional¹ para el subsidio de sus aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, es insuficiente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de las madres comunitarias, al evidenciarse dentro de la realidad económica y social de esta relación laboral, los requisitos que podrían configurar un contrato de trabajo o un contrato realidad con el Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

La prestación personal y efectiva del servicio como madre comunitaria, porque la misma no podía ser delegada, requiriendo de dedicación exclusiva en dicha actividad, así la denominación del emolumento que se otorgaba como contraprestación de la labor prestada no tuviera la connotación de salario mínimo vital y móvil, según las condiciones reales, su continuidad y características siempre se trató de un salario, la continua subordinación a las directrices para condicionar la prestación personal del servicio y de la misma manera imponer medidas o sanciones de índole disciplinario ante el incumplimiento de las mismas que el I.C.B.F estableció y desarrollo para el funcionamiento de los hogares comunitarios (Tutela T 480 de 2016).

¹ A través de las leyes 797 de 2003, 1023 de 2006 y 1187 de 2008 se consagró que el Fondo de Solidaridad Pensional “subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales”.

Debido a que dicho análisis, desde el punto de vista del legislador no se ha tenido en cuenta, es el desarrollo doctrinal, el que ha permitido, que, en razón a la garantía de los derechos fundamentales de las madres comunitarias, se aborde el tema en instancias de fallos de Tutela, en las cuales, según el análisis realizado, no se han impetrado en busca de que el Juez Constitucional indague sobre la naturaleza del vínculo jurídico laboral, sino en razón a la protección y garantía eficaz de derechos fundamentales como la igualdad, la seguridad social, la dignidad humana, derecho al trabajo digno y correspondientemente un mínimo vital.

Desde esta perspectiva, en el presente trabajo se aborda el análisis de tal problemática a partir de determinar, si el tratamiento que se le ha dado a la naturaleza del vínculo jurídico laboral entre las madres comunitarias y el Estado Colombiano específicamente el I.C.B.F, se ha tenido en cuenta por el juez Constitucional a efectos de determinar desde el análisis jurisprudencial en fallos de Tutela en diferentes instancias si se ha reconocido la existencia de un contrato realidad al tenor de lo establecido en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo.

En ese sentido, la pregunta problema orientadora de la investigación es: ¿Existió una relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias en el marco de los programas hogares comunitarios de bienestar familiar dentro del periodo comprendido entre los años 1988 y el 12 de febrero de 2014?

Cabe aclarar que, para analizar la problemática planteada, en el presente trabajo dos espacios temporales son importantes; el primero, el periodo comprendido entre la creación de los programas de hogares comunitarios, año 1988, y el doce de febrero de 2014, fecha en que se materializó la formalización laboral, según ya se explicó, ello por cuanto en dicho periodo una gran cantidad de mujeres se desempeñaron como madres comunitarias sin que les fuera reconocidos sus derechos laborales, bajo el argumento de la no existencia de un contrato de

trabajo. Es decir, que la pregunta de investigación se refiere a la existencia o no de un vínculo jurídico laboral entre el Estado y las madres comunitarias que se desempeñaron dentro de tal espacio de tiempo.

En segundo lugar, se menciona el espacio de tiempo, objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, en cuanto a la existencia o no de un vínculo jurídico laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, en otras palabras, el periodo en que tal corporación se ha ocupado del problema jurídico planteado, referente a la definición de la naturaleza del contrato que vincula a las madres comunitarias, teniendo en cuenta que la motivación inicial de dichos accionares, no fue principalmente determinar la vinculación jurídica laboral entre las madres comunitarias y el I.C.B.F., sino que dichos fallos fueron motivados en razón a garantizar derechos fundamentales en personas en situación de inminente vulnerabilidad, lo que llevo, a que a través de los años se pudiera evidenciar un avance, en cuanto al estudio social y económico respecto de las efectos que resultarían del reconocimiento de derechos laborales y prestacionales que se hicieren extensivos o sea que tuvieran un efecto “intercomunis” para todas las madres comunitarias que laboraron durante el periodo comprendido entre el año de 1995, fecha en que se expidió el primer fallo, y el año 2017, de donde data la última y controversial sentencia sobre el particular.

La investigación de la problemática en mención se realizó por el interés de conocer como ha sido abordado el problema jurídico planteado por la Honorable Corte Constitucional, respecto de, si el vínculo creado entre el I.C.B.F. o las comunidades que en su nombre instauran y sostienen los hogares comunitarios, por una parte y por la otra las madres comunitarias, es únicamente de naturaleza civil, de efectos de índole meramente contractual o si por el contrario en aplicación del criterio de prevalencia del derecho sustancial, se trata de una verdadera relación laboral con todas las consecuencias que ello apareja, la existencia o no de un contrato realidad de trabajo.

De tal forma que la utilidad del presente trabajo radica en que, a través del estudio de una fuente formal del derecho, como es la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se busca estudiar si a la luz de la Carta política se ha realizado por parte del corporado, el análisis con criterio sustancial de la situación jurídica y social en que la que se encuentran las mujeres que laboran o laboraron en el Programa de Hogares Comunitarios del I.C.B.F. a partir de su institucionalización.

Muy a pesar de las dificultades presupuestales que puedan acaecer para el ejecutivo, con consideraciones de conveniencia y oportunidad desconociendo que muchas de estas personas, se encuentran en situación de desprotección, con lo cual se ha justificado el soslayamiento de relación laboral existente entre las madres comunitarias y el Estado.

1 METODOLOGÍA

Para establecer la vinculación jurídica entre el estado y las madres comunitarias que han ejercido sus labores en el marco del programa de hogares comunitarios de Bienestar Familiar con anterioridad al 2014 a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional expedida entre los años 1995 y 2017.

La realización de la presente investigación responde a una metodología de tipo documental, donde la principal fuente de información y de investigación de este trabajo para efectos de determinar si acudiendo a un criterio sustancial, existió un vínculo laboral entre el Estado específicamente el I.C.B.F y las madres comunitarias que desempeñaron dicha labor a partir de la institucionalización del programa de los hogares comunitarios, corresponde mayoritariamente a los fallos de Tutela que en sede de revisión acogió la Honorable Corte Constitucional en la

materia objeto de estudio, a partir de lo cual se construye la respuesta al problema de investigación que motivó el presente escrito.

Para el desarrollo de la presente investigación se contemplan dos capítulos: en el primero, se presenta, a grandes rasgos, el tratamiento que se le ha dado por parte de los poderes públicos a la relación contractual existente entre las Madres Comunitarias y el Estado específicamente el I.C.B.F. En ese sentido, se describe la situación jurídica de las mujeres vinculadas dentro de los extremos temporales definidos para la presente investigación, presentando el marco normativo que las cobija.

En segundo lugar, se construye la línea jurisprudencial a fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, a partir del análisis jurisprudencial las sentencias en las cuales la Corte Constitucional ha abordado el tema en su condición de interprete autorizado y respecto del alcance normativo que pueda garantizar la efectividad de la garantía o no de los derechos fundamental de las madres comunitarias respecto de la vinculación laboral o no con el I.C.B.F. un derecho, en ese sentido, siguiendo un hilo conductor se presentará la evolución de la jurisprudencia en lo referente a la definición del asunto que suscita el presente trabajo.

Finalmente, se presentan las conclusiones al trabajo, en las cuales se realiza un análisis crítico desde nuestro punto de vista, sobre la información presentada.

1.1 RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MADRES COMUNITARIAS EN COLOMBIA

En el primer capítulo se describe el régimen jurídico adoptado en cuanto la regulación normativa de la labor desempeñada por las madres comunitarias, respecto a su vinculación por la labor que realizan dentro de los Hogares Comunitarios de Bienestar.

1.1.1 Los Programas de hogares comunitarios en Colombia y la labor de las madres comunitarias.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), en el año 1986 impartió aprobación al Plan de Lucha Contra la Pobreza Absoluta y la generación de Empleo como una herramienta para el logro de un alto Bienestar y Seguridad Social del Hogar, dentro del cual se circunscribió el Proyecto Hogares Comunitarios de Bienestar, enfocado a llevar a cabo una atención integral, con mayor énfasis en la población infantil perteneciente a la capas más pobres de la población urbana y rural (Departamento Nacional de Planeación, 2009).

Subsiguientemente, el programa se fortaleció a través de la expedición de la ley 89 del 29 de diciembre de 1998, norma mediante la cual se amplió el presupuesto para el Programa, estableciendo en su artículo 1°, un aumento de del 1% del valor de la nómina mensual de las entidades públicas y privadas para ser destinado a *“dar continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país”* (Ley 89, 1988, art. 1).

En ese orden de ideas, el establecimiento del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, representó una apuesta por la prestación de un servicio masivo no formal de atención a niños, a través del cual, a la postre, se alcanzaron niveles inusitados de atención de la población infantil, situación que conllevó a que se produjera su expansión y fortalecimiento. Hasta el punto de qué, a más de dos décadas de su origen el programa continúa siendo fundamental en la política de protección de los niños y niñas perteneciente a familia de escasos recursos en Colombia. (Del Castillo, 2009, pág. 113).

En esas condiciones, el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar ha sido de gran importancia para el logro de la protección de los menores, a través del cuidado de los niños y niñas de primera infancia por parte de las madres comunitarias, vinculadas al programa. Así pues, el mismo ha tenido gran impacto dentro de la sociedad colombiana, en materia de protección a los niños y niñas (González y Durán, 2012). Para poner ello en contexto, se estima que el programa para el año 2018 atenderá cerca de 2 millones de niños y niñas de la primera infancia (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2018).

Hay que resaltar que el éxito del programa en gran parte ha sido consecuencia del aporte de las mujeres que desempeñan su labor como sus madres comunitarias, estas mujeres han cumplido una función muy importante en el país, en la garantía y protección de los derechos de los menores que se encuentran bajo su cuidado, a través del cuidado de los niños y niñas de primera infancia del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar del ICBF. Su labor ha tenido gran impacto dentro de la sociedad colombiana, en lo referente a la protección de los menores, hasta el punto de que se han convertido en una figura muy importante en la vida de los niños beneficiarios del programa (Viera y Cruz, 2013).

En el cumplimiento de sus tareas como madres comunitarias, estas mujeres le han aportado a la sociedad, con un impacto muy significativo; sin embargo, como consecuencia de una precaria regulación normativa se ha presentado una vulneración de los derechos al trabajo, a la igualdad, evidenciándose que por tres décadas estas trabajadoras del Estado se vieron privadas de un salario justo como contraprestación a dicha la labor, y todas aquellos derechos que se desprenden de una relación laboral.

En concordancia con ello, a continuación se presenta el marco normativo que regula la vinculación de las madres comunitarias al programa.

1.2 MARCO NORMATIVO DE LA RELACIÓN MADRES COMUNITARIAS Y EL ESTADO

Como punto de partida el programa de hogares comunitarios se constituye a partir del año 1986, fecha en que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, aprobó el Plan de Lucha contra la Pobreza Absoluta y para la Generación de Empleo; dentro del cual se incluyó el proyecto de hogares comunitarios de Bienestar; destinados a atender a la población infantil perteneciente a los sectores sociales más vulnerables, caracterizado por la carencia de servicios básicos (Departamento Nacional de Planeación, 2009).

Dentro de este marco, se vincularon las madres comunitarias aunque en forma precaria; seguidamente, se estableció a través de la ley 89 de 1988 y el decreto 1340 de 1995, su contraprestación a través de la escueta figura de asignaciones denominadas “becas”, a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La remuneración que incluía los recursos locales que pudiesen aportar los entes territoriales y los padres de familia (González & Durán, 2012).

Dentro del mencionado decreto, en su artículo 4º, se excluyó una posible relación laboral entre el Estado y las madres comunitarias, en los siguientes términos:

“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.” (Decreto 1340, 1995).

Como puede verse, para soslayar la relación laboral, se señaló que la labor de las madres comunitarias era realizada dentro de un esquema colaborativo, pues su trabajo se constituye como una manifestación de la solidaridad, por tanto una contribución voluntaria, ya que según dicha idea prestaban su labor dentro del marco del cumplimiento del deber de protección que tiene la sociedad y la familia con respecto al amparo de las niñas y niños (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 1989).

La normatividad anteriormente mencionada, ha sido evaluada de manera negativa, por parte de organismos internacionales. En ese sentido, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (PIDESC), específicamente señaló:

“(...) la existencia de un gran número de niños abandonados, o niños de la calle, privados de todos sus derechos (ambiente familiar, educación, sanidad, vivienda, (...))” Preocupa al Comité el hecho de que el Programa de madres comunitarias destinado a ayudar a los niños no cuente con fondos suficientes, habida cuenta de la importante labor social que llevan a cabo esas mujeres sin la formación adecuada y en malas condiciones de trabajo. (...) Por tal razón recomienda mejorar la formación de las madres comunitarias y regularizar su situación laboral, tratándolas a todos los fines como trabajadores empleados por una tercera persona (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1995).

Igualmente, desde la doctrina también se aludió a la inconstitucionalidad de la normatividad que elude la relación laboral existente entre el Estado y las madres comunitarias. En ese sentido, por ejemplo, Herreño (1999) considera que la normatividad que excluía la relación laboral, era eminentemente de carácter inconstitucional; ello porque cuanto el Estado como regente y

administrador del servicio público de los servicios que prestan los hogares comunitarios, le corresponde responder jurídica y económicamente por la seguridad de las mujeres que laboran bajo su dependencia.

Frente a estos cuestionamientos el Estado colombiano, luego de un proceso paulatino, formalizó la relación laboral; primeramente, en el artículo 36 ley 1607 del 2012 estableciendo que las madres comunitarias recibirían un bonificación equivalente al salario mínimo durante el año 2013 y estableció un protocolo para la formalización de las madres comunitarias, poniendo como fecha límite el año 2014 para la regularización de la relación laboral, lo que efectivamente se cumplió a través del decreto reglamentario 289 del 2014; norma en la cual se estableció:

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 de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social. De manera progresiva (A partir de la recomendación realizada, durante el año 2013, se diseñaron 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 tanto que la segunda, señaló que 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 de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social” (Decreto 289 de 2014).

En esas condiciones, se produjo el tal anhelado proceso de formalización laboral de las madres comunitarias, con lo que se empezó a garantizar, mínimamente, con el cumplimiento derechos laborales determinados en el ordenamiento jurídico nacional; estableciendo la existencia de una relación laboral entre dichas mujeres y las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

No obstante la gran importancia de regular normativamente la relación laboral de las madres comunitarias, para efectos de efectivizar la garantía de sus derechos, pues tal medida no satisfizo en su totalidad la garantía de los mismos. Por lo tanto, no se subsanó del todo el grado de vulneración generado por el accionar del Estado. Pues como se viene remarcando la misma parte de la idea no del reconocimiento de una situación real como es la existencia de los elementos que definen un contrato realidad de trabajo, sino como una concesión otorgada por el legislativo.

1.3 SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS MADRES COMUNITARIAS, QUE EJERCIERON SU LABOR ANTES DE LA FORMALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO

Según ya se mencionó, el gobierno regularizó la relación laboral de las madres comunitarias, al establecer que las mismas deben ser vinculadas mediante contrato de trabajo por las entidades administradoras de los Hogares Comunitarios del ICBF.

En esas condiciones, las mujeres que se encontraban vinculadas al programa para el 12 de febrero de 2014 o que sean contratadas a partir de tal fecha gozan de todos los derechos laborales inherentes al contrato laboral (Pinzón, 2015).

Sin embargo, de las normas que materializan la formalización laboral, también puede colegirse que las mujeres que laboraron entre el año 1988, fecha de creación del programa,

hasta el 12 de febrero de 2014, continúan en situación de desprotección; es decir, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y de desigualdad sin que exista un fundamento superior para que dicha discriminación permanezca en el régimen jurídico; muchas de ellas en estado de avanzada edad se encuentran desamparadas, a pesar de contribuir a la sociedad y la familia durante muchos años de su vida, *“con la expedición del Decreto 289 de 2014, comenzó en firme la formalización de los contratos de las madres comunitarias; sin embargo el proceso de regularización laboral de estas madres, ha presentados obstáculos, irregularidades, incumplimientos y términos desigualdades que no garantizan el trabajo decente, ni sus derechos laborales”* (Cardozo, Ortiz, 2015, pág. 13).

Así pues, el Estado mantiene su postura de inexistencia de una relación laboral de hecho durante el tiempo previo a la formalización de las madres comunitarias, descartando cualquier obligación de responder por los derechos laborales que se desprenderían de reconocerse la existencia de un contrato realidad, lo que sin lugar a dudas está muy ligado al impacto fiscal que tal que se generaría de reconocer la existencia del mismo. (Cardozo, Ortiz, 2015, pág. 14).

En esa dirección, cabe señalar, que gracias a la postura asumida por el gobierno nacional *“más de 200.000 mujeres que le brindaron muchos años de su vida, al servicio de la sociedad, la familia y el Estado, garantizando la protección de los derechos de las niñas y niños, se encuentran en situación de desprotección por el paso de los años y sin derecho a gozar de los beneficios del sistema de seguridad social”*. (Cardozo, Ortiz, 2015, pág. 15).

1.4 ACCIONES DEL ESTADO PARA GARANTIZAR ALGUNOS DERECHOS A LAS MADRES COMUNITARIAS QUE LABORARON PREVIAMENTE A LA FORMALIZACIÓN DE LA RELACIÓN

No obstante, la reafirmación por parte del Gobierno Nacional de la inexistencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, con anterioridad al 12 de febrero de 2014, dentro del ordenamiento jurídico colombiano se han establecido una mecanismos tendientes a garantizar de forma progresiva los derechos a la seguridad social de las mujeres que estuvieron vinculadas con el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

En ese sentido, con fundamento en el principio de solidaridad se subsidiaron los aportes a la seguridad social en pensiones, con el fin de proteger derechos de personas que se encontraban en estado de vulnerabilidad inminente por haber llegado a cierta edad y no contar con cotizaciones para acceder a una pensión que asegurara un mínimo vital (Del Castillo, 2009).

Así pues, se tomaron acciones para garantizar el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones de aquellas madres comunitarias en situación de desprotección cuyos aportes no alcanzaban a consolidar la configuración de una pensión mínima; como por ejemplo:

Ley 100 de 1993 artículo 25, por medio de la cual se creó el fondo de solidaridad social, el cual entre otras funciones, está orientado a subsidiar a las personas que carezcan de recursos para aportar al sistema de seguridad social en pensiones, dentro de lo que se incluye a las madres comunitarias.

La ley 509 de 1999, estableció que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias, cualquiera sea su edad y siempre que hayan cumplido por lo menos un (1) año de servicio como tales; y (...) (ii) El monto del subsidio

será equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la madre comunitaria ejerza esta actividad.

La Ley 1450 del 2011, estableció en sus artículos 164 y 166 que: (i) las personas que dejen de ser madres comunitarias y no cumplan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos del régimen subsidiado en pensiones y por tanto reúnan las condiciones para acceder a la misma, tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional; (ii) el ICBF efectuará la identificación de las posibles beneficiarias a este subsidio; y (iii) las madres comunitarias que tuvieron esta condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008 y no accedieron al fondo de solidaridad pensional durante este período, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado período.

1.5 RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS MADRES COMUNITARIAS A LA SEGURIDAD SOCIAL

Frente al particular, en un primer momento la Corte Constitucional indicó que en la vinculación de una madre comunitaria y el Estado no existe un contrato de trabajo, ello porque no se observan los requisitos que exige la ley; por el contrario, se señaló que lo que existe es un vínculo contractual de carácter civil (T- 269 de 1995).

Más adelante, la Corte optó por una postura diferente; ello en la sentencia T-628 del 2012, frente al caso de una mujer que había fungido como madre comunitaria por más de 20 años; la cual se encontraba en un alto grado de vulnerabilidad, al ser una mujer de avanzada edad, además de ser portadora del VIH. En un caso, en que la mujer alegaba en sede de acción de tutela que le habían sido infringidos los derechos a igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a

la seguridad social, al debido proceso y a la intimidad, los cuales consideró vulnerados por el ICBF, al ser desvinculada del programa Hogares Comunitarios de Bienestar.

En aquella oportunidad, la Corte se decidió por conceder a la relación jurídica entre el Estado y la accionante un carácter de contrato laboral; en tal efecto indicó: “el 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” (Corte Constitucional, T-628 de 2012).

Luego, la Corte basándose en la negación de relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF y en las normas de derechos laboral contenidas en el ordenamiento jurídico preexistente, sostuvo: una aportación voluntaria y solidaria de las participantes en el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, y en el principio de responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad, en la asistencia y protección de los niños y niñas; “Tal situación, no es suficiente para descartar la existencia de la relación laboral, toda vez que la voluntad, solidaria y responsabilidad en la protección de los niños y niñas son aspectos que también pueden predicarse de la actividad desarrollada por los servidores públicos del ICBF, sin que por esta razón se niegue el carácter laboral de su vinculación con la entidad” (Corte Constitucional, T-018 de 2016).

Igualmente sostuvo la Corporación en la sentencia citada en precedencia que, pese a que el decreto 1340 de 1995 en su artículo 4 señala que no existe una relación laboral entre el Estado y las madres comunitarias, la corporación sostiene que dicha normatividad restringe la eficacia del principio de realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 Constitucional y concretado en el Código Sustantivo del Trabajo a través de la figura del contrato en realidad.

Además, en esas condiciones determinar si entre las madres comunitarias y el ICBF existe una relación laboral es necesario a través del análisis de las particularidades del caso, como se indica: en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución, la naturaleza laboral de una relación no depende de lo que estipulen las normas o los contratos sino de, sí en la realidad se presentan las características de tal relación, especialmente la subordinación. Con base en dicho principio constitucional, toda persona, incluida cualquier madre comunitaria, puede solicitar ante los jueces competentes el reconocimiento de una relación laboral, acreditando los requisitos necesarios, según el ordenamiento jurídico vigente (Corte Constitucional, T-018 de 2016).

Así la cosas, en la sentencia precitada la Corte admitió la posibilidad de que entre las madres comunitarias vinculadas con anterioridad al reconocimiento de derechos y el ICBF puede configurarse un contrato de trabajo mediante la figura del contrato realidad, cuando quiera que se logren demostrar los elementos que conforman un acuerdo. De tal manera, deja el tribunal constitucional los derechos de las madres comunitarias, sujetos al régimen probatorio; vale decir, las mismas deben acreditar la existencia del contrato laboral, a través de los medios probatorios aceptados para tal efecto.

Ulteriormente, en la sentencia T-480 del 2016 la Corte determinó que en la relación entre el Estado y las madres comunitarias se observan tres elementos que conforman el contrato de trabajo

y por lo tanto, las mismas tienen derecho a las contraprestaciones que se desprenden de tal relación; así: reciben una contraprestación por su labor, denominadas por la ley 89 de 1988, como “becas”; igualmente, realizan una actividad personal, la cual es el cuidado de los niños y finalmente, cumplen una jornada laboral diaria, con subordinación ante el ICBF.

Como corolario, la postura prolijada por la Corte, se ajusta mejor a nuestro modelo axiológico, es decir, el esquema de Estado adoptado por el constituyente en la Constitución de 1991, corresponde a un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran. Con posterioridad, la Corte Constitucional, a través del auto 186 de 2017, reverbó el reconocimiento realizado en Sentencia T-480 de 2016.

2 LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN laboral ENTRE EL I.C.B.F Y LAS MADRES COMUNITARIAS VINCULADAS ENTRE EL 29 DE DICIEMBRE DE 1988 Y EL 12 DE FEBRERO DE 2014

2.1 PROBLEMA JURÍDICO

¿Existió una relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias en el marco de los programas Hogares Comunitarios De Bienestar Familiar en el periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014?

2.2 POLOS DE RESPUESTA

Analizadas las sentencias que fueron seleccionadas se determinó que la Corte Constitucional ha brindado dos posibles soluciones al problema jurídico planteado, a saber:

Polo de respuesta I

Entre las madres comunitarias y el ICBF (como director y coordinador de los programas de hogares comunitarios) no existió una relación laboral, sino un vínculo contractual de naturaleza civil.

Polo de respuesta II

Entre las madres comunitarias y la entidad encargada de administrar los programas de hogares comunitarios existió una relación laboral, en virtud del principio de supremacía de la realidad sobre las formas; por lo tanto, son titulares de los derechos y prestaciones que se desprenden de la existencia de la relación laboral. Razón por la cual resulta aplicable el contrato realidad.

2.3 METODOLOGÍA EMPLEADA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

El problema que se abordará se ciñe al problema jurídico propuesto. Para la elaboración escrita del trabajo, se tomó como guía, la estructura de los análisis jurisprudenciales, consignados en la obra Interpretación Constitucional de Diego López Medina, editada por Consejo Superior de la Judicatura, impresa en el 2006, ofrece herramientas y técnicas de interpretación constitucional e investigación jurisprudencial.

2.3.1 Aclaración sobre el núcleo fáctico común

En primer lugar, debe señalarse que las sentencias analizadas no presentan un núcleo fáctico común equivalente, pues cada caso en particular ha sido estudiado en sede de tutela por diferentes motivos, en unos casos se trata acerca de la solicitud de reintegro cuando han sido desvinculadas; en otros, mujeres que desarrollando tal labor, dan a luz un hijo, y por ello

solicitan el reconocimiento de la licencia de maternidad; otras que se han desempeñado en labores como madre comunitaria y solicitan el pago de los aportes a seguridad social, entre otras situaciones.

Sin embargo, el problema jurídico de todos los fallos gira en torno a derechos y prestaciones que tienen génesis en una relación laboral, razón por la cual dentro de la solución del mismo, necesariamente, la Corte Constitucional en cada caso ha entrado a referirse a la naturaleza del vínculo entre las accionantes y el Estado, en cabeza del ICBF. En ese sentido, la línea jurisprudencial se estructura con base en la identificación de las reglas establecidas sobre el particular.

Bajo tales consideraciones, se plantea un esquema fáctico común para efectos de sustentar la solución al problema jurídico planteado:

Se trata de situaciones en que mujeres que se desempeñaron como madres comunitarias en el marco del Programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014), solicitaron por medio de la acción de tutela le fueran protegidos los derechos que se desprenden de la relación laboral y que estaban siendo desconocidos por la entidad estatal mencionada.

2.4 EXPLICACIÓN METODOLÓGICA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA

2.4.1 Metodología empleada para la construcción de la línea jurisprudencial.

Como se mencionó antes, el núcleo fáctico en que se fundamentan las sentencias seleccionadas difiere entre la gran mayoría de ellas, igualmente, en lo atinente a la generación de la vulneración de derechos fundamentales, así como en las pretensiones. En tal virtud, en la presente línea, se realiza un análisis dinámico del tratamiento jurisprudencial que la Corte

Constitucional le ha otorgado al vínculo celebrado entre el Estado y las madres comunitarias. En ese sentido, a la luz del problema jurídico planteado, se identifican las reglas jurídicas decantadas por el Alto Tribunal Constitucional, esto incluye la mención tangencial del aporte realizado a la postura jurisprudencial en los fallos más importantes, sin entrar a realizar un análisis estático de los mismos.

2.4.2 Punto arquimédico de apoyo.

Con el propósito de identificar las sentencias relevantes con respecto al problema jurídico planteado, en el presente trabajo se tomó como punto arquimédico de apoyo el Auto 186 de 2017, expedido el 17 de abril, con sustanciación del Magistrado Alberto Rojas Ríos, por medio del cual se declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 del 2016, aquella providencia se torna importante toda vez que la misma hecho para atrás el reconocimiento de una relación de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF, que laboraron con anterioridad al 31 de diciembre al 2014.

En dicha providencia se estableció que los integrantes de la Sala que emitieron la sentencia de tutela atacada vulneraron el debido proceso al desconocer la *ratio redundante decidendi* de la sentencia SU-224 de 1998, concretamente, lo relacionado con la naturaleza del vínculo jurídico entre las madres comunitarias y el ICBF, de la misma manera porque desconoció el precedente establecido en las sentencias T-269 de 1995, SU-224 de 1998, T-668 del 2000, T-990 del 2000, T-1117 del 2000, T-1173 del 2000, T-1605 del 2000, T-1081 del 2000 y T-1029 del 2001, en el cual se decanta que entre las partes mencionadas no existe una relación de trabajo. Frente a ello declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 del 2016 en lo referente a la declaración de existencia de un contrato realidad entre el Estado y las madres comunitarias, así mismo, mantuvo las medidas

de protección concedidas a las accionantes, con fundamento en que se trataban personas en condiciones de vulnerabilidad, que requerían de especial protección constitucional, es decir mantuvo la decisión de concederles la pensión.

2.5 NICHO CITACIONAL

Tabla 1. Nicho citacional

A 186/17								
1	T-480/16	T-018/16	T-130/15	T-628/12	T-1029/01	T-668/00	SU-224/98	T-269 /95
nivel	T-018/16	T-628/12	T-575/11		SU-224/98	T-269/95	T-269/95	
	T-130/15	T-650/11	T-668/00					
	T-628/12	T-335/09	T-1173/00					
	T-650/11	T-1173/00						
	T-335/09	T-990/00						
	T-1029/01	T-668/00						
	T-1674/00	SU-224/98						
	T-1605/00	T-6995						
	T-1173/00							
	T-1117/00							
	T-1081/00							
	T-990/00							
	T-668/00							
	SU-224/98							

Fuente: Elaboración propia

2.6 SENTENCIAS IMPORTANTES SELECCIONADAS

Teniendo en cuenta el nicho citacional presentado en la página anterior, el análisis del problema jurídico planteado se desarrollará revisando las reglas jurídicas establecidas con respecto al mismo, en las siguientes providencias.

Punto Arquimédico de Apoyo. Auto 186 de 17 de abril de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Accionantes: María Rogelia Calpa De Chingue y otras.

Sentencia T-480 de 01 de septiembre de 2016. Sentencia Hito. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Accionantes: María Rogelia Calpa De Chingue y otras

Sentencia T-018 de 29 de enero de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Accionantes:

Alba Marina Gallego de Henao y María Emilia Zuluaga de Méndez.

Sentencia T-508 del 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Accionante: Graciela Ortiz

Betancourt

Sentencia T-130 de 27 de marzo de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Accionante: Blanca Flor Prado

Sentencia T-628 de 10 de agosto de 2012. Sentencia Hito M.P. Humberto Sierra Porto.

Expediente: T-2.403.984

Sentencia T-1058 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Accionante: Luz Mary López

Mendoza

Sentencia T-1029 de 27 de septiembre de 2001. M.P. Jaime Córdoba Trivirio. Accionante:

Edenia María Puche Carrascal, Lucelis del Socorro Mendoza Vargas, Carmen Lucía Álvarez

Pedroza, Josefa Anaya Ballesta y Dannis Esther Negret

Sentencia T-1073 de 7 de septiembre de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Accionante: Alba Cecilia Zúniga Cuéllar

Sentencia T-990 de 2 de agosto de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Accionante: Margarita Madrid Solís, Martha Liliana Valdez Acosta, Claudia Patricia Azcárate Bejarano y Erenia López Ruedas

Sentencia T-668 del 9 de junio de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Accionantes: Aracelys Suárez Prada, Rosiris Vargas Escorcía, Gabriela Quiceno Quintero, Lizeth Ortega Jiménez, Amelis Camacho Vergara, Nancy Gómez Mina y otros.

Sentencia SU-224 25 de 20 de mayo 1998. Sentencia Hito Consolidadora. M.P. Hemando Herrera Vergara. Accionante: María Helena Ruiz de Ospina y otros. Expediente: D-5994. Carolina Mena Córdoba

Sentencia T-269 del 23 de junio de 1995. Sentencia Hito fundadora de línea. M.P. Jorge Arango Mejía. Accionante: Aura Nelly Gómez de Soto y otras.

2.7 ANÁLISIS DINÁMICO DE LAS SENTENCIAS SELECCIONADAS

La Corte Constitucional, con ocasión del estudio del problema jurídico planteado ha prohiado dos posturas jurídicas contrapuestas; por un lado, la negación de la existencia de la relación laboral y, por otro, la verificación de la configuración de un contrato realidad, verificándose redundante respecto a esta tesis varios fallos que se ubican en su zona de penumbra.

2.7.1 Tesis inicial. Soslayamiento de la relación laboral entre las madres comunitarias y el Estado.

Existencia de un vínculo civil.

En el primer pronunciamiento se debatió jurídicamente la naturaleza del vínculo entre las mujeres que se han desempeñado como madres comunitarias y el Estado, a través de la sentencia **T-269 de 1995**; por ello, dicho fallo se cataloga como sentencia fundadora de línea. El mismo surge a partir de una acción de tutela que interpuso una ciudadana desvinculada del programa de hogares comunitarios, donde fungía como madre comunitaria, la pretensión consistía en que se protegieran sus derechos al trabajo, libertad de expresión, debido proceso e igualdad, mediante el ordenamiento de su revinculación.

En ese orden de ideas, el punto central resuelto por la Corte Constitucional en el fallo mencionado se centró en determinar la naturaleza jurídica del vínculo entre la accionante (madre comunitaria) y la entidad accionada (ICBF) y así, analizar si el motivo de la finalización de la relación laboral es la infracción de los derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, el debido proceso y a la igualdad.

Pues bien, determinó el Alto Tribunal, en la sentencia aludida, que el nexo contractual de ninguna manera se constituía en una relación laboral, toda vez que lo que realmente se estructuró entre las partes fue un contrato civil bilateral, (...) en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el ICBF; consensual, puesto que no

requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada" (Corte Constitucional, T-269 de 1995).

Bajo esa línea de argumentación, estableció que la terminación del vínculo contractual de prestación de servicios llevado a cabo entre el Estado (por intermedio de las asociaciones de padres de familia) y las madres comunitarias, al no tratarse estas de empleadas, no genera la vulneración de derechos fundamentales, por cuanto se trata de un contrato civil celebrado con las mujeres que se comprometen a cuidar los niños en sus hogares y las asociaciones de padres de familia, encargadas de la gestión de tales programas en coordinación con el ICBF.

En este fallo, el Máximo Tribunal Constitucional, prescindiendo de un análisis en la presencia de los elementos que estructuran un contrato de trabajo, en los términos del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, en el caso en concreto, estableció la subregla de que no existe un contrato laboral que brinde la naturaleza de trabajadoras a las madres comunitarias, por lo que su desvinculación no generan obligaciones prestacionales a cargo del Estado.

Es decir, que la corporación no analizó la realidad de la relación jurídica para determinar si existió o no un contrato de trabajo, verificando si en el caso en concreto se percibían los elementos de este; esto es: subordinación, prestación personal del servicio y una contraprestación económica por la realización de la labor; por el contrario la Corte Constitucional se basó en las normas jurídicas que excluyen la relación laboral entre las partes en referencia, para establecer la regla de inexistencia de un contrato laboral entre las madres comunitaria y el ICBF.

Vínculo contractual de prestación de servicios como manifestación de un trabajo solidario y voluntario

En la sentencia SU-224 de 1998, providencia consolidadora de línea, se abordó un caso generado a partir de los siguientes supuestos fácticos: una mujer que fungía como madre comunitaria desde enero de 1990, fue desvinculada del programa de Hogares Comunitarios del ICBF, ello con fundamento en que incumplía los lineamientos vigentes de la época para el funcionamiento de los hogares comunitarios, específicamente ser menor de 55 años y tener un nivel de escolaridad mínima de cuarto año de primaria. Frente a ello la mujer instauró acción de tutela por considerar quebrantados sus derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad.

En esa oportunidad la Corte Constitucional agregó nuevos elementos para estructurar su tesis de inexistencia de relación laboral frente a la situación fáctica vivenciada por mujeres que llevan a cabo labores de cuidado de menores en sus propios hogares. En primer lugar, sostuvo que a partir de los artículos 124 y 125 del decreto 1471 de 1990 al ICBF le corresponde propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, así mismo, coadyuvar con la garantía de los derechos de los menores de edad; en tal dirección tal entidad adelanta programas que llevan a cabo la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, con la participación de la comunidad.

En tales condiciones, sostuvo la Corte, que los Programas Comunitarios son llevados a cabo bajo los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos establecidos por el ICBF que deben regir la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, atendiendo a una implementación gradual, “según las condiciones sociales, económicas, geográficas y para asistir y proteger al niño garantizando su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (Corte Constitucional, SU-224 de 1998).

De acuerdo a lo anterior, la Corporación argumenta que la responsabilidad de la ejecución de los programas de hogares comunitarios pertenece a la comunidad de forma directa, a través de

las asociaciones de padres de familia o cualquier otra forma de organización comunitaria, así como a las madres comunitarias, a través de una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria, derivada de la obligación de la sociedad y la familia de asistir y proteger a los menores.

Siguiendo el mismo hilo conductor sostuvo: "el cuidado de los hogares comunitarios estará a cargo de una o más madres comunitarias, escogidas por la junta de padres de familia o la organización comunitaria pertinente, que presenten un determinado perfil para desempeñarse en la labor, calificado por la edad, comportamiento social y moral, educación básica primaria, disponibilidad de una vivienda adecuada y de brindar atención a los niños en un espacio comunitario, con vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, con propósito de capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, con buena salud y con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños" (Corte Constitucional, SU-224 de 1998).

Así las cosas, según la Corte, las madres comunitarias participan en los programas de Hogares Comunitarios de Bienestar a través de una vinculación voluntaria y solidaria (a manera de colaboración bondadosa), lo que excluye la existencia del vínculo laboral y permite justificar las condiciones de precariedad en que tal labor es llevada cabo; igualmente, indicó que su desvinculación por el no cumplimiento de los parámetros del funcionamiento de los hogares comunitarios establecidos en la normatividad no implica el desconocimiento de derechos que les otorgue la legitimidad para exigir el reconocimiento de prestaciones sociales derivadas de un contrato laboral.

Concretamente, sobre la inexistencia del contrato de trabajo el precedente establecido en la sentencia T-269 de 1995, específicamente sostuvo que en tal providencia la Corte determinó que la naturaleza del vínculo entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia

de los hogares comunitarios, es de naturaleza contractual, de origen civil. Igualmente, para fortalecer sus planteamientos el artículo 4° del decreto 1340 de 1995, afirma que la vinculación de las madres comunitarias que participan en el programa de hogares comunitarios, contribuyen mediante una colaboración voluntaria, devenida de la obligación de asistir y proteger a los niños en cabeza de la comunidad y la familia; por lo tanto, tal vinculación no implica la existencia de una relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras, ni con las entidades públicas que en él participan.

Ahora bien, desde una perspectiva crítica, como la posición de los magistrados que salvaron el voto a tal fallo, la definición de naturaleza jurídica del contrato de las madres comunitarias requiere de un estudio sustancial completo a la luz de los principios constitucionales, primordialmente los contemplados en el artículo 53 de la Carta, procedimiento eludido por la Corte Constitucional, toda vez que se limitó únicamente a afirmar el carácter contractual civil de la relación, soslayando cualquier análisis sobre el principio de primacía de realidad sobre las formas.

2.7.2 Sentencias confirmadoras de línea.

Posterior al fallo de unificación, han sido expedidas por la Corte Constitucional, un importante número de sentencias confirmadoras de línea, es decir, en las mismas se ha retomado la regla que afirma la naturaleza contractual civil del contrato de las madres comunitarias. En ese sentido a continuación se destacan las más trascendentales:

Sentencia T-668 del 9 de junio de 2000, resolvió un caso en el cual varias madres comunitarias instauraron una acción de tutela para que les fuera reconocida la prestación económica de licencia de maternidad, la cual les fue negada porque se encontraban

desvinculadas del Instituto de Seguros Sociales, ello por cuanto los recursos que fueron asignados para el aseguramiento de la seguridad social, a través de la ley 6 de 1992, se agotaron en el 1998. Igualmente no les resultaba aplicable la ley 509 del 30 de julio de 1999, por no encontrarse vigente en esa fecha, norma por la que se establece un régimen especial de afiliación al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud para las madres comunitarias, que las hace acreedoras de las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo.

Dado que, las normas especiales en materia de reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema de seguridad social no se ajustaban, la Corte analizó la naturaleza del vínculo contractual para determinar si en tal evento concurrió la vulneración alegada.

Sobre ello encontró que: "En ninguno de los casos que se revisan, las actoras prestan un servicio personal al ICBF, porque aunque desarrollan su labor siguiendo los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativas que les señala esta entidad, no lo hacen bajo subordinación; tampoco reciben salario como retribución a su servicio, sino el valor de una beca por cada niño que atienden para satisfacer las necesidades básicas del hogar comunitario para su normal funcionamiento y que tiene como fin la obtención de material didáctico de consumo y duradero, ración, reposición de la dotación, aseo y combustible de los menores a su cargo. Por tanto, no aparecen demostrados ninguno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo" (Corte Constitucional, T-668 de 2000).

Ahora bien, en la providencia que se cita, la Corte reiteró que los contratos de las madres comunitarias, son de naturaleza civil contractual; no obstante a diferencia de los anteriores fallos la Corporación analizó el plano concreto de la existencia de los elementos que configuran un

contrato de trabajo, llegando a la conclusión de que los mismos no logran identificarse en la relación jurídica entre el ICBF y las madres comunitarias.

Seguidamente, la sentencia T-1029 de 2001, menciona que en el caso en que un grupo de mujeres que ejercían labores como madres comunitarias, a las cuales les fue ordenado el cierre de los hogares que estaban a su cargo, reafirmó su doctrina sobre la naturaleza del vínculo de las madres comunitarias, en el sentido de que el derecho al trabajo no se vulnera, "(...) por cuanto 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 de tal derecho" (Corte Constitucional T-1020 de 2001).

En conclusión, en este fallo, se mantiene la doctrina prohijada por la Corte en las sentencias anteriores.

Zona de penumbra del polo de respuesta 2: El vínculo entre las madres comunitarias puede dar lugar al reconocimiento de la relación laboral en aquellos casos, en que el juez corrobore la existencia de los elementos del contrato de trabajo.

La Corte a través de la sentencia T-628 de 2012 con ocasión al estudio de una acción de tutela instaurada por una mujer de avanzada edad, portadora del VIH quien se desempeñó como madre comunitaria por veintiún años, al ser despedida como consecuencia de su padecimiento de salud solicitó el reconocimiento de derechos pensionales y de seguridad social con fundamento en la existencia de un contrato de trabajo; la mujer afirma que se vulneraron los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, y la seguridad social, que finalmente fueron tutelados por la Corte

Constitucional, con cimiento en su condición como persona sujeta a una especial protección constitucional, al ser portadora de VIH.

Más allá de la forma jurídica a través de la cual se protegieron los derechos de la accionante, la pretensión estaba dirigida a que la Corte declarara que entre la mujer y el ICBF existió un contrato realidad. Al estudiar tal petición el Alto Tribunal hizo importantes precisiones, que implicaron una variación en su postura de exclusión de relación laboral, vínculo con el cual se contrata a las madres comunitarias, de las cuales vale la pena señalar:

La Aceptación “contribución voluntaria” establecida en el artículo 4 del decreto 1340 de 1995, no debe interpretarse en el sentido de que las madres comunitarias realizan una especie de voluntariado social, por cuanto esta actividad es una forma de trabajo, que aunque en principio no genera una relación laboral, permite a las personas que lo realizan dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales. Esto último a través del pago de un porcentaje de los aportes al sistema de seguridad social integral, con un consecuente subsidio por parte del Estado del porcentaje restante, en virtud de la leyes 509 de 1999 y ley 1187 del 2008.

“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. Como regla general entre las madres comunitarias y el ICBF no existe una relación laboral, sin embargo, esto no debe ser entendido como una declaración abstracta de aplicación automática de esta regla a

todos los casos, habida cuenta que en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, puede configurarse el contrato realidad, cuando quiera que logren demostrarse la existencia de los elementos del contrato de trabajo, estos son: la subordinación, prestación del servicio y una remuneración”.

La pretensión de la existencia de una relación laboral entre el Estado y las madres comunitarias, salvo en situaciones en que haya probabilidad de que ocurra un perjuicio irremediable, debe tramitarse ante la jurisdicción laboral a través de un proceso ordinario.

El ICBF ha discriminado a las mujeres que se desempeñan como madres comunitarias, por las condiciones de precariedad en las que ha propiciado el desarrollo de tal labor.

Así pues, en esta providencia, desde un ámbito se recoge la postura de exclusión de relación laboral en la vinculación de madres comunitarias, por la naturaleza civil del vínculo contractual, admitiendo así, la posibilidad de que los jueces laborales declaren la existencia de un contrato realidad en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Esta postura fue reiterada en la sentencia T-130 de 2015, frente al caso de una mujer que estuvo vinculada al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, en calidad de madre comunitaria, desde el 15 de junio de 1992 al 18 de junio de 2012, fecha en la que fue retirada, por lo cual instauró acción de tutela buscando la protección de su derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada. En dicha oportunidad la Corte reiteró, la subsidiaridad de la tutela para proteger derechos devenidos del contrato realidad, sin embargo al tratarse de una mujer en estado de embarazo, realizó un análisis para determinar si en el caso en particular existía un contrato de trabajo, encontrando que no lograron acreditarse los elementos que lo configuran.

Específicamente indicó, “(...) la Sala que en el presente caso al igual que en los casos estudiados por esta Corporación, no se encontraban probados los elementos que constituyen un

contrato de trabajo, pues si bien es cierto, que la señora Blanca Prado prestaba diariamente su servicio como madre comunitaria y tenía derecho al Sistema de Seguridad Social Integral en salud y pensión, como un trabajador dependiente, no se encuentra acreditada la subordinación y la remuneración por el servicio prestado. Sobre este último punto, recuerda “la Sala que la beca o bonificación otorgada a las madres comunitarias, eran recursos económicos destinados para la ejecución de su labor y no una ayuda económica girada a la madre como contraprestación por el servicio prestado” (Corte Constitucional, T-130 de 2015).

Con posterioridad, en la sentencia T-508 del 2015, la Corte Constitucional reiteró el abandono de la postura que defendía una exclusión en todos los casos de la relación laboral en los contratos de las madres comunitarias, ello por cuanto la actividad de la madre comunitaria ha sufrido una transformación progresiva en su tratamiento legal, en procura de acercarla a la relación laboral.

Finalmente, como sentencia confirmadora de línea se expidió el fallo de la sentencia T-018 de 2016, ampliando explicación referente a la posibilidad del reconocimiento de la existencia de un contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF. En ese sentido el Alto Tribunal indicó que, “(...) para determinar si entre las partes existe o no una relación laboral es pertinente orientarse por la situación fáctica concreta en que se desarrolló la labor y no por la regulación o denominación formal que estas le hayan otorgado al vínculo. El artículo 23 del Código Sustantivo Del Trabajo establece los elementos esenciales del contrato de trabajo y señala que toda relación contractual que reúna estas características se presumirá regida por un contrato realidad de trabajo” (Corte Constitucional, T-018 de 2016).

Así las cosas, con tal aseveración, la Corte determinó que no son trascendentales en la determinación de la existencia de una contrato de trabajo la normativa y todos aquellos

reglamentos que gobiernan los programas de hogares comunitarios de bienestar del ICBF, en los que se estructura toda clase de enunciados jurídicos orientados a excluir la relación laboral en el vínculo contractual de las madres comunitarias, sino que tal valoración debe realizarse en atención a las circunstancias fácticas específicas de cada caso. Esta situación considera un análisis más adecuado desde el punto de vista de los principios constitucionales, primordialmente los establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política, con especial énfasis en la primacía de la realidad sobre las formas.

Segunda tesis. Las relaciones contractuales entre las madres comunitarias y el ICBF, en todos los casos constituyen una relación laboral, por consiguiente, las mismas tienen derecho a los pagos de seguridad social en pensiones

La línea trazada por la Corte evidencia una progresiva tendencia hacia el reconocimiento de los derechos laborales de las mujeres que se han desempeñado como madres comunitarias entre el 29 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2014, pasándose de un regla inflexible de la exclusión de la relación laboral hasta aceptar la posibilidad de un contrato laboral entre el Estado y las madres comunitarias. Esta modificación se asemeja al cambio de postura del gobierno y el legislativo, los que a partir del año 2012 hasta finalizar el año 2014 defendieron la idea de inexistencia de relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF; a partir del 01 de enero de 2015 se reconocen los derechos devenidos del contrato laboral, situación que beneficia a las mujeres vinculadas.

Desde dicha perspectiva, la Sentencia T-480 de 2016 representa la culminación del reconocimiento de los derechos (seguridad social en pensiones) de las madres comunitarias vinculadas en el periodo atrás mencionado, que sin lugar a dudas estableció unas reglas

jurisprudenciales que implicaron el afianzamiento de una segunda postura jurisprudencial, respecto a la solución del problema jurídico.

Núcleo fáctico común casos abordados en la sentencia T-480 de 2016.

Alrededor de 106 mujeres que se desempeñaron como madres comunitarias entre el 29 de enero y el 31 de diciembre de 2014, organizadas a nivel departamental, instauraron acciones de tutela por desconocimiento de la relación laboral, al considerar violados por parte del ICBF, los derechos a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo.

Como sustento sostuvieron que su desempeño como madres comunitarias ha sido por muchos años, afirmando que su vínculo con el ICBF se constituye un contrato realidad, toda vez que se encuentran reunidos los elementos del contrato de trabajo al tenor del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo; es decir, la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia, Además se trata de mujeres de avanzada edad, que carecen de otros medios para asegurar una subsistencia digna. La solicitud radica en el reconocimiento de sus derechos, ordenando a la entidad accionada el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social por el tiempo laborado. Frente a ello, dada la existencia de un núcleo fáctico común la Corte Constitucional acumuló los expedientes para dictar un sólo fallo.

Reconocimiento de la existencia del contrato realidad entre las madres comunitarias y el Estado.

El principal problema resuelto por la Corte Constitucional se refirió a la determinación de la naturaleza jurídica del vínculo contractual durante el periodo comprendido entre el 29 de enero de 1988 hasta el 12 de febrero de 2014. Sin embargo, a diferencia de los pronunciamientos anteriores, en los que el Alto Tribunal eludió un análisis sustancial a la luz de principios constitucionales como la primacía de la realidad sobre las formas, la Corte realizó un estudio de

las condiciones especiales en la labor del cuidado de menores de siete años, siendo comparadas con los parámetros que su jurisprudencia ha decantado con relación a la aplicación del principio mencionado para desvirtuar vínculos contractuales destinados a encubrir una relación laboral. En tal efecto, determinó que entre las mujeres que se desempeñaron en la labor antes señalada, y el Estado, existió un contrato realidad.

Ahora bien, dadas las limitaciones derivadas de la naturaleza del actual trabajo a continuación, se presenta de forma sucinta los argumentos empleados por la Corporación para tomar tal determinación:

Prohibición de aplicación de la sostenibilidad fiscal para vulnerar o limitar derechos fundamentales de las madres comunitarias.

La Corte indicó que al Estado en virtud de los artículos 2° y 5° de la Constitución Política le está prohibido agravar los derechos fundamentales, argumentando que se aplica el principio de sostenibilidad fiscal. En tal efecto, en el caso específico, existe una prohibición vinculante para el ICBF o cualquier otra autoridad administrativa, legislativa o judicial de aplicar la sostenibilidad fiscal para afectar los derechos fundamentales de las madres comunitarias, restringir su alcance o negar su protección efectiva; por el contrario, debe interpretarse para el logro progresivo de la garantía de los derechos fundamentales de las madres comunitarias.

Existencia de un contrato realidad entre el ICBF y las madres comunitarias.

En primer lugar, la Corte se refirió al alcance dado en su jurisprudencia sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formas; en tal efecto, señaló que permite determinar la situación real en la que se encuentra el trabajador con respecto al patrono, dado que mediante su utilización pueden desvirtuarse formas jurídicas a través de las cuales se pretende encubrir la

relación laboral, toda vez que se hace prevalecer la verdadera situación en la que se encuentra el trabajador con respecto al empleador (Corte Constitucional, T-480 de 2016).

Posteriormente, para poder determinar si a las accionantes les asiste el derecho al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por parte de la accionada, la Corte entró a determinar, si se configura una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF. Para tal efecto procedió a verificar la existencia de los elementos del contrato de trabajo:

- I. En primer lugar, el Alto Tribunal estableció la existencia de la prestación personal del servicio como madres comunitarias, para llegar a tal determinación rememoró el contenido del Acuerdo 21 de 1989 de la Junta Directiva del ICBF, que indica en su artículo 11 que un Hogar Comunitario de Bienestar funciona bajo el cuidado de una madre comunitaria a quien le corresponde desarrollar las actividades referentes al cuidado y la atención de los niños. Concretamente, le asiste el deber de: *(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* (Corte Constitucional, T-480 de 2016). De ese modo, le corresponde como encargada personalmente desarrollar tales actividades.
- II. En segundo lugar, la Corte determinó que la remuneración revalida su presencia, independientemente de la designación que le haya dado la reglamentación del programa de hogares comunitarios a la misma. Su existencia según el Alto Tribunal se corrobora en los términos de la ley 89 de 1988 constituidos como: *i) becas; (ii) que esas denominadas "becas" son designadas por el ICBF a favor de las familias; y (iii) que la asignación de las tales "becas" está dirigida para atender las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país; así como para el pago del servicio personal prestado por cada madre comunitaria en*

cada HCB, (Corte Constitucional, T-480 de 2016). Así el Alto Tribunal reconoció la existencia del salario, desechando aquellas denominaciones dadas por el legislador tales como beca o bonificación a fin de ocultar su verdadera naturaleza.

- III. Finalmente, con respecto a la subordinación, determinó su existencia por cuanto a las mismas les corresponde cumplir con un horario de entre 4 y 8 horas, así como acatar las directrices del ICBF, concretamente en el desempeño de la labor de madre comunitaria. Las 106 demandantes sí se encontraban bajo la continua subordinación o dependencia del ICBF, por cuanto este último, como director, coordinador y ejecutor principal del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, siempre tuvo el poder de dirección para condicionar el servicio personal prestado por ellas y contó con diversas facultades para imponer medidas o sanciones de naturaleza disciplinaria, ante el incumplimiento de las directrices o lineamientos específicos que esa misma entidad estableció para el funcionamiento y desarrollo del mencionado programa (Corte Constitucional, T480 de 2016)

En tales condiciones, al encontrar el Alto Tribunal los tres elementos que configuran contrato de trabajo, así mismo, teniendo en cuenta que se trataba de personas en una situación económica precaria, le ordenó al ICBF el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por el tiempo que laboró cada una de las 106 accionantes. Igualmente, decretó que se adelante el respectivo trámite administrativo para que reconozca y pague a favor de cada una de las accionantes, los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir desde el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 12 de febrero de enero de dos mil catorce (2014) o hasta la

fecha en que se encuentren vinculadas a dicho programa, en cuanto no estén prescritos (Corte Constitucional, T-480 de 2016).

Relevancia de la decisión.

Las especiales condiciones de desprotección en que históricamente se ha desarrollado la actividad por parte de las mujeres que se desempeñaron como madres comunitarias, han sido subsanadas por parte del Estado a partir del reconocimiento gradual de sus derechos laborales; ello se ha llevado a cabo tomando como punto de partida las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), el desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por la Corte Constitucional y la lucha constante de las mujeres para que se promueva la afirmación de sus derechos laborales.

En esas condiciones, de la negación total de los derechos que se desprenden de una relación laboral, se trasegó al establecimiento de un régimen especial en el cual al Estado le correspondía asumir parte importante de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, así como garantizar la atención en salud de las madres comunitarias sin que en todo caso se reconociera la relación laboral y la afirmación de la existencia de un contrato de trabajo entre las entidades administradoras de los hogares comunitarios de bienestar y las mujeres que fungen como cuidadoras, con el consecuente reconocimiento de todos los derechos a partir del 01 de enero de 2015.

No obstante, la situación de desprotección se mantuvo con respecto un elevado número de mujeres vinculadas entre el 29 enero de 1988 y el 12 de febrero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa, madres comunitarias que según las autoridades respectivas se les puede reconocer beneficios con respecto a los aportes al sistema de

seguridad social en pensiones en la medida de que se cumplan los presupuestos que establece la regulación que consagra un subsidio de parte de los aportes por parte del Estado.

En esas condiciones, la postura jurídica oficial es la negación de vínculo laboral de las mujeres como madres comunitarias y el Estado, que ejercieron durante el tiempo que se menciona anteriormente. Ello por cuanto el reconocimiento de la existencia de contratos de trabajo le impone la carga a la institución pública respectiva el pago de todos los aportes en seguridad social dejados de efectuar durante el periodo laborado por cada mujer. Persistiendo la vulneración de derechos fundamentales.

Dentro de dicha perspectiva, la sentencia T-480 de 2016 es de gran importancia, habida cuenta que en el misma la Corte desarrolla un análisis sustancial del vínculo existente entre las madres comunitarias que se desempeñaron entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014, a la luz del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, encontrando que se configura un contrato realidad, con las consecuencias que ello conlleva en torno al reconocimiento del pago de derechos subyacentes a una relación laboral, con lo cual se estableció la subregla de la existencia de un contrato laboral entre las partes mencionadas.

Igualmente, implicó la corrección de una situación de violación sistemática de derechos laborales de una gran cantidad de mujeres por parte de todas las ramas de poder público, los cuales sustentaron el ocultamiento de la relación labor por cerca de treinta años, esto se corrobora por el hecho de que se reconoció la relación laboral, sin modificar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se desempeña tal labor.

2.8 AUTO 186 DEL 2017

El Auto 186 del 17 de abril de 2017 sustanciado por Alberto Rojas Ríos declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, lo que desplaza la línea del segundo polo de respuesta a la zona de penumbra del mismo, es decir, que debe determinarse en cada caso la existencia de la relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias.

La Corte Constitucional frente una solicitud de nulidad de la Sentencia T-480 de 2016, presentada por el ICBF declaró la nulidad parcial de tal fallo al encontrar que mediante tal providencia se produjo una violación del debido proceso por el cambio de la jurisprudencia; específicamente, por el desconocimiento de la *ratio decidendi* de la sentencia SU-224 de 1998, así como inobservancia de la línea jurisprudencial en relación a la inexistencia de un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF decantada en las sentencias T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001, T-1029 de 2001, T-628 de 2012, T-478 de 2013, T130 de 2015 y T-508 de 2015.

A continuación, se presentan los argumentos más importantes que dieron lugar a que el tribunal constitucional tomara esta determinación:

El fallo T-480 de 2016 estableció una regla jurisprudencial que desconoce la *ratio decidendi* de la sentencia SU-224 de 1998, en materia de la naturaleza civil entre el vínculo contractual. En el sentir de la Corte Constitucional, la providencia de unificación constituye un precedente toda vez que se concluyó la vulneración al derecho al trabajo, por cuanto no existe una relación laboral entre las mujeres que realizan actividades de cuidado de niños en los hogares comunitarios de bienestar y el Estado. Para la Corporación el desconocimiento del precedente de

la sentencia SU- 224 de 1998, se materializó en que la sentencia T-480 de 2016, estableció que entre el ICBF y las accionantes sí existió contrato de trabajo realidad durante un lapso determinado, toda vez que, con ocasión de la observancia y aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, como garantía en la protección efectiva de los derechos fundamentales que solicitaron las demandantes, sí estaban reunidos los tres elementos esenciales del contrato realidad.

La sentencia T-480 de 2016, desconoció el precedente establecido en las sentencias -269 de 1995, 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. Según la Corte Constitucional dentro de tal línea jurisprudencial se extrae la regla de que no existe contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y que el vínculo es de naturaleza contractual de origen civil (Corte Constitucional, A- 186 de 2017).

Según la Corporación tal precedente resultaba vinculante para la sala de decisión que emitió el fallo atacado, por lo que puede constatarse que se produjo una violación del debido proceso por cambio de la jurisprudencia sin observarse los requisitos establecidos para tal efecto, específicamente el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, norma que señala que los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte.

Por tanto, en la sentencia T-480 de 2016 se quebrantó tal línea jurisprudencial al determinar que entre el ICBF y las accionantes existió contrato de trabajo realidad durante un lapso específico, manifestando que encontraban reunidos los tres elementos esenciales del contrato realidad. Sin exponer razón alguna que diera cuenta del apartamiento de la mencionada línea

jurisprudencial sostenida, uniforme y pacífica en la materia (Corte Constitucional, A- 186 de 2017).

2.8.1 El reconocimiento de la seguridad integral en el auto 186 de 2017.

Luego de determinar que la entidad accionada no vulneró los derechos fundamentales de las accionantes, indicó la Corporación que en la jurisprudencia y la ley han determinado que para el lapso comprendido entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014 no existió una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, es decir, que no concurrió un contrato realidad.

De la misma forma, señaló que las mismas tienen derecho a la seguridad social en pensión de conformidad con las leyes 509 de 1999, 1187 de 2008 y otros decretos reglamentarios, normas en las que se establece el subsidio de los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias a través del Fondo de Solidaridad Pensional, así como la priorización para el ingreso al subsidio de subsistencia.

En ese cometido, dado que las madres comunitarias accionantes son sujetos de especial protección constitucional (personas de avanzada edad y económicamente vulnerables), la Corte determinó ordenar al Fondo de Solidaridad Pensional en ejercicio de su deber legal, transferir a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) en la que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada una de las 106 demandantes, los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en el período comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 31 de

diciembre de dos mil 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa (Corte Constitucional, A- 186 de 2017).

2.8.2 Implicaciones del auto 186 de 2017

A través de esta providencia la Corte declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, en lo referente al reconocimiento de la existencia de un contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF, por cuanto determinó que se contrarió la línea jurisprudencial por ella delineada en materia de la inexistencia de una relación laboral entre el Estado y las mujeres que prestaron sus servicios como madres comunitarias en el periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014.

Sin embargo, como se afirma en el mismo fallo, esto no implica que se establezca una prohibición de declarar la existencia de una relación laboral entre las mujeres cuidadoras de niños y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, por cuanto el Auto 180 de 2016 tiene efectos interpartes. De tal manera que, “en eventuales y futuras resoluciones de casos que involucren circunstancias fácticas y probatorias distintas a las que fueron objeto de decisión en los asuntos acumulados que originaron la providencia T-480 de 2016, los operadores judiciales podrán valorar la eventual existencia de contrato realidad entre el ICBF y las demás ciudadanas y ciudadanos que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario antes del 12 de febrero de 2014, con la estricta observancia de los elementos materiales de prueba a que haya lugar” (Corte Constitucional, A- 186 de 2017).

Así las cosas, el Auto mencionado retorna la postura intermedia de la Corte Constitucional según la cual, le corresponde al juez determinar a la luz del caso en concreto la existencia o no de un contrato realidad.

Ahora bien, la decisión reafirma el soslayamiento de la relación laboral, lo cual sin lugar a duda tiene un efecto directo en el reconocimiento de derechos fundamentales de la mujeres que se han desempeñado como madres comunitarias por largo tiempo, toda vez que condiciona el derecho a la seguridad social en materia de pensiones a criterios como priorización y otras vicisitudes presupuestales, eludiéndose un posible pago de la totalidad de aportes y otras prestaciones laborales de las mujeres que estuvieron vinculadas a programa de hogares comunitarios de bienestar antes del 12 de febrero del 2014.

2.8.3 Salvamento de voto al auto A-186 de 2017

El magistrado Alberto Rojas Ríos consideró que mediante dicha decisión se eludió el principio de la prevalencia de la realidad sobre la mera formalidad, al negar la existencia de los elementos de la relación laboral constituida entre las madres comunitarias y el ICBF (servicio personal, clara subordinación y estipendio periódico), que en su criterio aparecen acreditados en el proceso de amparo, y con ello los sueldos y sus respectivos derechos prestacionales no prescritos Así, según él, se inobservaron el artículo 25 de la Carta, según el cual, el trabajo es un derecho y una obligación social “y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado”, así como la regla dispuesta en el parágrafo del artículo 335 de la Constitución, que prohíbe expresamente “invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales” (Corte Constitucional, S.V. A- 186 de 2017).

2.9 RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial elaborado por la Corte Constitucional actualmente el problema jurídico ha sido resuelto, en el sentido de que le corresponde a los operadores judiciales valorar la eventual existencia del contrato realidad entre el ICBF y las demás ciudadanas y ciudadanos que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario antes del 12 de febrero de 2014, con la estricta observancia de los elementos materiales de prueba a que haya lugar. Vale decir, en cada caso en concreto al juez competente le corresponde determinar si existió o no una relación laboral.

En tal efecto, de la línea jurisprudencial se decanta que para la Corte Constitucional no es admisible establecer una regla absoluta de existencia de relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias que abarque a todas las mujeres que han estado vinculadas en del desarrollo de tal oficio, sino que le corresponde al operador judicial determinarlo en cada caso en concreto, a la luz de las circunstancias fácticas y probatorias específicas.

Igualmente, es importante resaltar que la Corporación moduló su postura inicial de la exclusión absoluta de la relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, en concordancia con los cambios en tratamiento jurídico que ha sufrido tal labor.

2.10 GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Tabla 2. Gráfica línea jurisprudencial

	PROBLEMA JURÍDICO	
T-269 de 1995.	¿Entre las madres comunitarias y las entidades encargadas de administrar los programas de hogares comunitarios existió una relación laboral?	No constituye relación laboral entre madre comunitaria e ICBF.
SU 224 de 1998.	¿Entre las madres comunitarias y las entidades encargadas de administrar los programas de hogares comunitarios existió una relación laboral?	No existe relación laboral frente a situación fáctica vivenciada por mujeres que llevan a cabo labores de cuidado de menores en sus propios hogares.
Providencia consolidadora de la línea.		
Decreto 1741 de 1990 y 1340 de 1995.		
T 668 del 9 de Junio de 2000.	Existe el derecho de una prestación económica de licencia de maternidad para madres comunitarias que laboran en el ICBF.	No existe el derecho de una prestación económica de licencia de maternidad para madres comunitarias porque se encontraban desvinculadas del instituto

PROBLEMA JURÍDICO

		de seguros sociales y se agotaron recursos luego de aplicación de la ley 509 del 30 de Julio de 1999.
T 1029 de 2001	¿Existe el derecho al trabajo luego del cierre de hogares comunitarios?	No Existe vulneración del derecho al trabajo luego del cierre de hogares comunitarios; ya que el vínculo existente entre ambas partes no es de naturaleza laboral, sino contractual de naturaleza civil.
T 628 de 2012.	¿Existe la posibilidad que un paciente con VIH, quien laboro 21 con el ICBF, se le reconozca la pensión y que hubo contrato de trabajo?	No existe entre las madres comunitarias y el ICBF una relación laboral, salvo que los jueces declaren existencia de un contrato realidad en virtud del principio de primacía. de la realidad sobre las formas

PROBLEMA JURÍDICO		
T 130 de 2015.	¿Las madres comunitarias tienen derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada?	No tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, máxime cuando no se prueba la existencia de relación de trabajo.
T 480 del 2016	¿Entre las madres comunitarias y las entidades encargadas de administrar los programas de hogares comunitarios existió una relación laboral?	Si existe un contrato realidad entre las madres comunitarias y el Estado, en cabeza del ICBF .
<hr/> <p>¿Existió una relación laboral entre el ICBF y las mujeres que se desempeñaron como madres comunitarias dentro de los programas de hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar dentro del periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero del 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa?</p> <hr/>		
Entre las madres comunitarias y las entidades encargadas de administrar los	<ul style="list-style-type: none"> • Auto 186/17 • T-480/16 • T-018/16 • T-508/15 	Entre las madres comunitarias y la entidad encargada De administrar los programas de hogares

PROBLEMA JURÍDICO		
programas de hogares comunitarios no existió una relación laboral sino un vínculo contractual de naturaleza civil.	<ul style="list-style-type: none"> • T-130/15 • T-628/12 • T-575/11 • T-1029/01 • T1081/00 • T-990/00 • T-668/00 • SU-224/98 • T-269/95 	comunitarios existió una relación laboral, en virtud del principio de supremacía de la realidad sobre las formas, por lo tanto son titulares de los derechos y prestaciones que se desprenden de la existencia de la relación laboral, razón por la que resulta aplicable el contrato realidad.

Fuente: Elaboración propia

3 CONCLUSIONES

Del análisis jurisprudencial se puede establecer que la Corte Constitucional se limitó a afirmar el carácter contractual de la relación de las madres comunitarias y el I.C.B.F., sin sustentarlo a la luz de los principios Constitucionales, en especial los contemplados en el artículo 53 de la Carta, y recusando la realidad de las condiciones en que se prestan los servicios personales por las madres comunitarias.

La Corte ha tenido la posibilidad desde hace ya 2 décadas desde el conocimiento de este asunto, de dilucidar doctrinariamente, de manera clara y de fondo el tipo de relación jurídica que

surge como consecuencia de las normas que permiten el funcionamiento de los hogares comunitarios.

No se evidencia en el estudio de la Corte Constitucional, ni de los jueces en sede Constitucional que en sus estudios del caso se aplique el criterio de prevalencia del derecho sustancial, para concluir que en realidad está de por medio el trabajo de un número importante de hombres y mujeres Colombianos, claramente discriminados, en relación con los demás trabajadores y que inclusive por ser en ocasiones su único ingreso ven afectado su mínimo vital.

Actualmente, respecto al problema jurídico, la Corte Constitucional defiende la tesis según la cual, les corresponde a los operadores judiciales valorar la eventual existencia de contrato realidad entre el ICBF y las demás ciudadanas y ciudadanos que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario antes del 12 de febrero de 2014, con la estricta observancia de los elementos materiales de prueba a que haya lugar. Es decir, en cada caso en concreto el juez competente determinara si existió o no una relación laboral.

Desde una perspectiva crítica, en los fallos que constituyen como precedente la definición de la naturaleza jurídica del contrato de las madres comunitarias no ha sido fruto de un análisis sustancial completo a la luz de los principios constitucionales, primordialmente los contemplados en el artículo 53 de la Carta, toda vez en los mismos la Corte se limita únicamente a afirmar el carácter contractual civil de la relación, soslayando cualquier análisis sobre el principio de primacía de realidad sobre las formas. Esta situación se evidencia, con especial énfasis, en el Auto 186 del 2017, en la cual la Corte Constitucional, asumió como precedente vinculante la sentencia SU-224 de 1998, una providencia en la cual la naturaleza del vínculo se realizó con base en un enunciado normativo, sin entrar a estudiar si en la situación fáctica se acreditan los elementos del contrato del trabajo.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Asamblea Nacional Constituyente. (s.f.). *Constitución Política de 1991*.

Cardozo, A., & Ortiz, L. (2015). *Aspecto salarial contractual y de seguridad social de las madres de los hogares comunitarios del ICBF ubicados en la comuna 7 del municipio de San José de Cúcuta. Cúcuta, Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Soc.*
En Revista Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre.

Comité de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. (18 de diciembre de 1995). *Informe periódico de Colombia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Obtenido de:

<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdesc/E-C-12-1995-18%20o%20E-1996-22%20o%20E-C-12-1995-12.html>

Congreso de la República. (Ley 89 de 1988). Diario Oficial No. 38.635 de 29 de Diciembre de 1988.

Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 2012). Ley 1607 DE 2012. Diario Oficial No 20.

Corte Constitucional. (T-487 de 2005). M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (C- 251 de 1997). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (SU-224 de 1998). M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. (SU-819 de 1999). M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (T-018 de 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (T-130 de 2015). M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

Corte Constitucional. (T-164 de 2013). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (T-269 de 1995). M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. (T-428 de 2012). M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (T-480 de 2016). M.P. Alberto Rojas Rios.

Corte Constitucional. (T-628 de 2012). M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional. (T-668 de 2000). M.P. Antonio Barrera Carbonell

Decreto 289 de 2014. (s.f.). Diario Oficial de la República de Colombia No. 49.062 . Bogotá. 12 de febrero de 2014.

Del Castillo, S. (2009). *La genesis del programa de hogares comunitarios del Instituto*

Colombiano de Bienestar Familiar. Trabajo de grado para optar al titulo de Doctora en Ciencias Sociales. Bogotá: Universidad de Manizales.

González Ramírez, J. L., y Durán, I. M. (2012). *Evaluar para mejorar: el caso del programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF*. En Revista Desarrollo y Sociedad(69), 187-234.

Herreño Hernández, Á. L. (1999). *No Hay Derecho: Las Madres Comunitarias y Jardineras Frente Al Derecho Laboral*. Bogotá: Isla Editores. .

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (1989). *Acuerdo 021* .

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (26 de enero de 2018). *Programas de Primera Infancia del ICBF llegan a 2 millones de beneficiarios en 2018*. Obtenido de:
<https://www.icbf.gov.co/noticias/programas-de-primera-infancia-del-icbf-llegan-2-millones-de-beneficiarios-en-2018>

Pinzón, M. R. (2015). *Madres comunitarias: un caso*. Universidad de Los Andes, 111-139.

Planeación, D. N. (2007). *Documento Conpes Social 109*. Bogotá.