

CONTRATO REALIDAD DE MADRES COMUNITARIAS:

PARADIGMA DE LA SENTENCIA T480/16 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

**COMMUNITY MOTHER'S CONTRACT: THE PARADIGM OF T480 / 16 SENTENCE OF
CONSTITUTIONAL COURT**

MELISSA VERGARA PEREZ¹

SIARA LUZ RHENALS²

ANGIE TURIZO SARMIENTO³

Resumen: La primacía de la realidad sobre las formas, es un principio de origen constitucional que se aplica en diferentes aristas del derecho laboral, no obstante, este artículo analiza la aplicación del mismo, pero únicamente desde la perspectiva de la prestación de servicios efectuada por las madres comunitarias, las cuales constituyen un sector significativo de la población colombiana, que ha sido marginado y violentado en sus derechos mínimos e irrenunciables. Se pretende evidenciar las circunstancias laborales deplorables en que esta población se encontraba inmersa tanto antes como después de la promulgación de la sentencia T-480 de 2016, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la existencia de un verdadero vínculo empleatício entre las madres comunitarias y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sentencia que fue declarada parcialmente nula por esa misma corporación.

Palabras clave: Madres comunitarias, primacía realidad, desconocimiento, derechos laborales.

Abstract: The primacy of reality over forms, is a principle of constitutional origin that is applied in different areas of labor law, notwithstanding this article analyzes the application of the same, but only from the perspective of the provision of services carried out by community mothers, which constitute a significant sector of the Colombian population, which has been marginalized and violated in its minimum and inalienable rights. It is intended to highlight the deplorable working circumstances in which this population was immersed both before and after the enactment of sentence T480 of 2016, whereby the Constitutional Court declared the existence of a true employment link between community mothers and the Colombian Institute Family Welfare, sentence that was declared partially null by that same Corporation

Key | Community mother's, Prevailing reality, infringement, labor rights.
Words:

¹ Abogada, estudiante de Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social Universidad Libre Seccional Barranquilla, melissad-vergarap@estunilibrebaq.edu.co

² Abogada litigante egresada de la Corporación universitaria Rafael Núñez.

³ Abogada de la Universidad del Sinú "Elías Bechara Zainúm"

INTRODUCCIÓN

Colombia es un país en el que el desconocimiento de los derechos laborales ha sido contante, cada vez y con mayor frecuencia se observa como los empleadores utilizan de forma fraudulenta figuras propias de la tercerización laboral, como las empresas de servicios temporales, los outsourcing y las cooperativas de trabajo asociado, como mecanismo para esconder la configuración de verdaderas relaciones laborales. Esto con el único y vil propósito de evitar el pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho toda persona que preste un servicio personal, remunerado y bajo constante subordinación y dependencia.

Pues bien, en aras de evitar la vulneración de los derechos mínimos e irrenunciable de los trabajadores, en el artículo 53 de la Constitución Política se instituyó el principio fundamental de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, con el cual se busca proteger a la parte más débil del vínculo empleatício: el trabajador, el cual en la mayoría de las ocasiones le toca aceptar las condiciones contractuales planteadas por el empleador debido al estado de necesidad económica en el que se encuentra.

Para algunos autores, el principio en mención consiste en que la relación de trabajo reposa esencialmente en la

realidad de los hechos que la preceden, y no de lo pactado entre el empleador y el trabajador, por ende, al desarrollarse una relación laboral contractual, donde se topa a una persona natural que presta servicios personales a otra, ya sea natural o jurídica, bajo continua dependencia y subordinación, se estará en presencia de un contrato realidad, el cual no nace del *“acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y que es ésta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia”* (De la Cueva 1943)

En concordancia a lo anterior, se tiene que la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han reconocido de forma constante la importancia del referido principio constitucional, como mecanismo para evitar la consumación de abusos patronales, puesto que en los últimos años los empleadores han aumentado aún más la utilización de figuras fraudulentas con las que buscan esconder la existencia de verdaderos contratos de trabajo , evitar el pago de prestaciones sociales y esquivar la obligación de afiliar a los trabajadores al Sistema de Seguridad Social.

Es por ello, que con la presente propuesta investigativa se buscó analizar el concepto, consagración legal y la jurisprudencia del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, a fin de poder determinar,

si con base en la aplicación del mismo la prestación de servicios efectuada por las Madres Comunitarias del Programa Hogares Comunitarios Del Bienestar Familiar constituye en realidad un verdadero contrato de trabajo.

Para tales efectos, debió estudiarse cuál era el régimen jurídico de las madres comunitarias y determinarse los alcances de la sentencia T-480/16, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la existencia de un contrato realidad entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y 106 madres comunitarias, a fin de establecer cuáles son los alcances, implicaciones y consecuencias derivadas de la promulgación de dicho fallo judicial.

Frente a este panorama y ante la escasa existencia de investigaciones que aborden el tema, nace además la inquietud de analizar cuál es la situación actual en que se encuentra sumido este grupo marginado de la sociedad colombiana, teniendo en cuenta que el pronunciamiento judicial que parecía hacer un reconocimiento al esfuerzo de las madres comunitarias y dejar de un lado el desconocimiento de los derechos laborales del que fueron objeto por más de dos décadas fue declarado nulo, por motivos de sostenibilidad económica y financiera.

METODOLOGIA

La presente propuesta, constituye una forma de investigación básica, pues se limita a analizar el alcance de cierto

hecho social en el contexto de los enunciados normativos adaptables a este.

Para el desarrollo de dicha metodología debió analizarse, la legislación nacional que regula la labor efectuada por las madres comunitarias, las normas que consagran lo atinente al contrato de trabajo, y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, a fin de poder determinar si la prestación de servicios ejecutada por este sector de la población colombiana se encuadra dentro del marco de una relación laboral.

Ahora bien, de acuerdo con el objetivo del estudio nos encontramos frente a una investigación de tipo exploratoria ya que se indaga la información necesaria para darle respuesta al problema de investigación planteado; el método teórico utilizado es el análisis, toda vez que se hace un ejercicio de reflexión y crítica acerca de la jurisprudencia que respecto al tema ha proferido la Corte Constitucional y las consecuencias e implicaciones que la misma genera sobre los derechos laborales de las madres comunitarias.

En atención a que el proceso analítico de investigación objeto de este trabajo, pretende demostrar como los derechos laborales de las madres comunitarias han sido desconocidos de manera flagrante tanto por la legislación colombiana como por la jurisprudencia vigente, se hizo un recorrido histórico por las normas que han reglado su forma de vinculación y un estudio minucioso de las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en

la sentencia T-480 de 2016 que declaró la existencia de un contrato realidad entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y 106 madres comunitarias y el auto 186 de 2017 que posteriormente declaró la nulidad parcial de dicha sentencia.

DEL CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA LABORAL DE LAS MADRES COMUNITARIAS

De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 1 de la ley 89 de 1988, los Hogares Comunitarios de Bienestar son *“aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país”*.

Los Hogares comunitarios funcionan bajo el cuidado de una madre comunitaria escogida por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria. La figura de madre comunitaria debe observar el siguiente perfil: *“hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio*

comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños” (Artículo 5° del Acuerdo 021 de 1996).

En cuanto al régimen de contratación de las madres comunitarias, se tiene que el artículo 4° del Decreto 1340 de 1995 estableció primeramente que 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 Comunitarios, 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”*.

No obstante, en el año 2011 las madres comunitarias efectuaron paros y huelgas constantes como resultado de la precaria regulación legal que vulneraba su derecho al trabajo. La falta de un vínculo legal claro, la ausencia de un salario justo como contraprestación a la labor, y la insistencia de los órganos estatales, principalmente del ICBF, del legislativo, y del órgano judicial, en ignorar el problema, fueron factores

que influyeron para que diferentes entes nacionales e internacionales revisaran la situación irregular en que se desarrolla el programa de hogares comunitarios (Comité Pro DESC de las madres comunitarias et al. 2003).

Como resultado de esas recomendaciones internacionales y el arduo reclamo de las madres comunitarias para obtener el reconocimiento de sus derechos laborales que presuntamente han sido desconocidos de manera sistemática, se expidió la Ley 1607 de 2012 reglamentada parcialmente por el Decreto 289 de 2014, mediante el cual se estableció que la vinculación de las madres comunitarias se daría mediante un contrato laboral entre estas y las entidades administradoras del programa Hogares Comunitarios (Pinzón 2015).

Aunque con este reconocimiento, pareciera que no es necesario continuar la discusión acerca de la desigualdad laboral de las madres comunitarias, lo cierto es que durante los 20 años en que se mantuvo la informalidad y desregulación de estas mujeres, se generaron efectos negativos que no pueden ni deben ser ignorados (ibídem).

Fue por ello, que, ante la preocupación por la deplorable situación laboral en la que se encontraron inmersas las madres comunitarias hasta antes de la promulgación del Decreto 289 de 2014 y la constante violación de los derechos mínimos e irrenunciables de la que esta

población venía siendo objeto, que a finales del año pasado la Corte Constitucional profirió la sentencia T-480/16 en la que declaró la existencia de un contrato realidad entre el ICBF y 106 madres comunitarias durante los extremos temporales comprendidos entre el 29 de diciembre de 1988 y el 31 de enero de 2014, ordenando en consecuencia el reconocimiento y pagos de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como la consignación de los aportes a pensión dejados de efectuar durante dicho periodo de tiempo.

El anterior pronunciamiento jurisprudencial, generó en el país incertidumbre y preocupación, puesto que dicho fallo abrió la puerta para que las más de 80.000 madres comunitarias que han pasado por el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar reclamaran el reconocimiento de los derechos laborales que durante años le habían sido desconocidos.

No obstante, y debido a las posibles consecuencias económicas, sociales y ante todo fiscales que con tal declaración podrían ocasionarse, la Corte Constitucional decidió declarar la nulidad parcial de su propio pronunciamiento, generando nuevamente una crisis en la que la violación a los derechos mínimos e irrenunciables de este sector poblacional se torna cada vez más flagrante.

ANALISIS DE LA SENTENCIA T-480 DEL 1° DE SEPTIEMBRE DE 2016 MAGISTRADO PONENTE: ALBERTO ROJAS RÍOS.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Por intermedio de apoderado judicial, 106 madres comunitarias formularon, por separado, acciones de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (en adelante DPS), por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, indicaron que las labores que desempeñan como madres comunitarias son, entre otras, las siguientes: (i) cuidar a los 15 o más niños asignados al hogar comunitario; (ii) alimentarlos; (iii) organizar y realizar actividades pedagógicas; y (iv) estar al tanto de la salud e higiene personal de cada uno de los menores.

Explicaron que su jornada laboral diaria comienza a las 5:00 a.m. con el alistamiento de la casa y la preparación de los alimentos para las niñas y niños beneficiarios. A partir de las 8:00 a.m. reciben a los menores para dar inicio con las actividades lúdicas, las cuales supuestamente deberían culminar a las 4:00 p.m. pero realmente finalizan horas más tarde, hasta que el último padre de familia recoge a su hijo.

Manifestaron, además, que han desempeñado su trabajo de manera permanente, personalizada y subordinada del ICBF, puesto que las funciones referidas anteriormente son asignadas y supervisadas por dicha entidad, conforme a los estándares establecidos por la misma. Agregan que, como prueba de ello, continuamente se han clausurado hogares comunitarios por incumplir las exigencias para su funcionamiento.

Afirmaron que, desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios del ICBF, por sus servicios prestados como madres comunitarias han recibido el pago mensual de una suma de dinero denominada “beca”, la cual, por su continuidad y características se constituye en salario. Pero sólo a partir del 1 de febrero de 2014 se igualó al monto de un salario mínimo mensual legal vigente.

Debido a lo anterior, arguyen que su vínculo con el ICBF constituye contrato realidad, por cuanto se encuentran reunidos los elementos esenciales establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la continua subordinación o dependencia; y (iii) un salario como retribución del servicio, el cual, según ellas, sería la denominada “beca” que recibían como pago de la labor desempeñada.

Con base en los anteriores hechos, solicitan lo siguiente: (i) se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo; (ii) se ordene al ICBF a pagar, con destino a Colpensiones, los aportes pensionales no realizados a su favor, junto con los intereses moratorios causados desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF hasta el 31 de enero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa; o en su defecto, a reconocer pensión sanción, en razón a los “*derechos inalienables de las personas de la tercera edad*”; (iii) se ordene al ICBF a abstenerse de inaplicar normas de carácter pensional; y (iv) se ordene al ICBF a reconocer y pagar las acreencias laborales correspondientes, tales como salarios, prestaciones sociales y vacaciones.

Dicho amparo constitucional fue denegado por La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, al considerar que la acción de tutela era improcedente por incumplimiento de los requisitos de subsidiariedad.

En el fallo los operadores judiciales simplemente se limitaron a afirmar que las accionantes contaban con otros medios de defensa judicial, como es el caso de la acción ordinaria laboral.

PROBLEMAS JURISDICOS PLANTEADOS POR LA CORTE CONTITUCIONAL

De conformidad con la situación fáctica expuesta en precedencia, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional se plateo los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Si en el caso de marras la acción de tutela era el mecanismo procedente?; (ii) ¿ Sí el ICBF y el DPS se encontraban vulnerando o no los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de las accionante, ante la negativa de pagar, durante un tiempo prolongado, los aportes al sistema de seguridad social en pensión, en razón a la labor de madre comunitaria que desempeñaron desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF hasta el 31 de enero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa? Y (iii) ¿Existió relación laboral entre el ICBF y las 106 demandantes que desempeñaron la labor de madre comunitaria en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al referido programa, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa? Este último problema jurídico lo planteó teniendo en cuenta que el pago de los aportes a pensión es

una obligación inherente a una relación laboral y por tanto para determinar si las tutelantes tenían derecho al mismo se requería analizar, primeramente, si entre estas y el ICBF se había o no configurado un contrato realidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como primera medida, estableció que la acción de tutela sí constituía el mecanismo procedente, puesto que en el caso bajo examen se cumplía con los 3 requisitos de procedibilidad:

(i) Trascendencia Iusfundamental, pues consideró que el proceso tutelar de acumulación estaba inmerso en una controversia iusfundamental que giraba en torno al presunto desconocimiento sistemático por parte de una autoridad pública de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de personas pertenecientes a uno de los sectores más deprimidos económica y socialmente del país; (ii) Inmediatez, en este punto la Sala considera que por ser un asunto acumulado donde se solicita el reconocimiento y pago de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social, dicho reclamo puede efectuarse en cualquier tiempo, debido al carácter imprescriptible del derecho pensional involucrado (pensión de vejez) y por tratarse de una presunta afectación actual y continua de los derechos invocados por las 106 madres comunitarias, especialmente frente al

derecho fundamental a la seguridad social y; (iii) Subsidiariedad, puesto que si bien las tutelantes contaban con otro mecanismo de defensa judicial para obtener la protección de sus derechos, la Corte consideró que ese medio ordinario resultaba ineficaz para resolver el reclamo infundamental que emergía de un contexto donde las demandantes, por sus condiciones físicas, sociales, culturales o económicas, se habían encontrado en estado de debilidad manifiesta por un tiempo considerablemente prolongado, por lo que un trámite común resultaría riesgosamente tardío y desproporcionado para ellas.

Tal determinación fue tomada, teniendo en cuenta además, que las 106 madres comunitarias eran sujetos de especial protección constitucional, por cuanto: se encuentran inmersas en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, son parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente, pertenecen a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo y se hallan en el estatus personal de la tercera edad.

Una vez establecida la procedencia excepcional de la acción de tutela, procedió analizar si entre las 106

madres comunitarias accionantes y el ICBF se había configurado o no la existencia de un contrato de trabajo, acudiendo para ello a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

DEL CONTRATO REALIDAD DE LAS MADRES COMUNITARIAS

Primeramente, conceptualizó el problema jurídico señalando que el contrato de trabajo está definido en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos: *“Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Por su parte, el artículo 23 de ese mismo cuerpo normativo señala que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales, a saber: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y (iii) un salario como retribución del servicio.

En cuanto a la primacía de la realidad sobre las formalidades, sostuvo que sin lugar a dudas es uno de los principios constitucionales más preponderantes en materia laboral, ya que su aplicación constituye una garantía en la protección efectiva de los derechos laborales de

los trabajadores cuando tales derechos han sido desconocidos por empleadores (ya sea del sector público o privado) que utilizan estrategias jurídicas encaminadas a ocultar o simular el contrato de trabajo real, a fin de evadir las verdaderas obligaciones que deberían asumir frente a las trabajadoras.

Una vez establecido lo anterior, procedió a determinar si se encontraban o no configurados los 3 elementos propios del contrato de trabajo, encontrando lo siguiente:

En cuanto a la actividad personal de las 106 madres comunitarias, la Corte encontró cumplido el mencionado elemento esencial, ya que las demandantes sí prestaron personalmente sus servicios como madres comunitarias dentro del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF. Lo anterior, con base en lo siguiente:

Según el material obrante en los expedientes acumulados, se tiene que el artículo 11 del Acuerdo 21 de 1989, expedido por la Junta Directiva del ICBF, señala que cada *“Hogar Comunitario de Bienestar funcionará bajo el cuidado de una madre comunitaria, y cada día una madre o un familiar de los niños que asistan al mismo, debe participar con la madre comunitaria en las actividades que desarrolle con los menores”*. Este lineamiento específico, fijado por el mismo ICBF, da cuenta de dos

aspectos puntuales: (i) que el funcionamiento de cada HCB está a cargo de una madre comunitaria; y (ii) que, cada día, esa madre comunitaria desarrolla actividades con los niños, en las cuales debe participar un miembro de la familia a la que pertenezca cada menor.

A la luz del contenido de esa norma, para la Corte resultó válido afirmar que toda persona que se haya vinculado como madre o padre comunitario del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, se obligó a prestar sus servicios mediante la ejecución personal de actividades de cuidado y atención de las niñas y niños beneficiarios del referido programa.

Así mismo, estimó que el numeral 4.1 del lineamiento técnico-administrativo del año 2011 describe las actividades que constituyen el servicio personal que prestan las madres comunitarias en desarrollo del programa HCB, como aquellas que están encaminadas a atender las necesidades básicas de afecto, nutrición, salud, protección y desarrollo psicosocial de las niñas y niños durante su primera infancia.

Respecto a un salario como retribución al servicio prestado por las 106 madres comunitarias, el Máximo Tribunal de lo Constitucional determinó que las demandantes sí recibieron por parte del ICBF el pago de una suma de dinero como retribución al servicio que personalmente prestaron dentro del

programa HCB, sin importar el nombre o la denominación que se le haya dado a ese reconocimiento económico. Ello, con fundamento en lo que a continuación se explica:

El párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988 definió a los Hogares Comunitarios de Bienestar como *“aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país”* De la lectura de esa disposición normativa, claramente se deducen tres situaciones: (i) que los HCB están constituidos con *“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, lo cual se puede verificar con lo dispuesto en las siguientes directrices específicas:

El artículo 4 del Acuerdo 21 de 1996 señala que el programa HCB se ejecuta con distintos recursos, entre ellos, los

asignados por el Gobierno Nacional mediante el ICBF, parte de los cuales se destina a la madre comunitaria como retribución al servicio personal prestado.

Por su parte, el numeral 5.1 del lineamiento técnico-administrativo de 2011 establece que los recursos asignados por el ICBF son una de las fuentes económicas que financian el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar; sumas de dinero que se destinan para varios fines y rubros específicos, entre ellos, el pago de una “*bonificación*” a favor de la madre o padre comunitario como remuneración por el trabajo realizado de forma personal.

Las implicaciones y el alcance que lleva consigo la normatividad vista en precedencia, junto a lo indicado por las demandantes al respecto, bastó para que la Sala de Revisión concluyera que efectivamente las 106 madres comunitarias efectivamente recibían del ICBF el pago mensual de una suma de dinero como retribución del servicio personal prestado por ellas en desarrollo del programa HCB.

Prestación económica que, desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, siempre fue inferior a un salario

mínimo mensual legal vigente, situación que solo fue enmendada a partir de la expedición del Decreto 289 de 2014.

La Corte aclaró que, si bien desde el principio, tanto el legislador como el ICBF solo se preocuparon por denominar al emolumento pagado a las madres comunitarias como una beca o bonificación, a fin de ocultar su verdadera naturaleza; lo cierto es que, según las circunstancias reales, su continuidad y características, siempre se trató de un salario.

Finalmente frente a la subordinación o dependencia de las 106 madres comunitarias respecto del ICBF, la Corte igualmente encontró cumplido dicho elemento esencial, al verificar que el ICBF, 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.

Para arribar a tal afirmación, se puso en evidencia lo siguiente:

Acudiendo nuevamente a los lineamientos específicos impuestos e implementados por el ICBF encontró que, los artículos 2, 7, 8, 9, 10, 14, 15

y 16 del Acuerdo 21 de 1989 establecen directrices que debían ser observadas para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y el desempeño de la labor de madre comunitaria.

En esa medida, resultó claro que las Asociaciones de Padres de Familia, las Asambleas de delegados, las Juntas Directivas, los Comités de Vigilancia y Control y demás comités determinados por las Asambleas, las Juntas de padres de familia de cada Hogar Comunitario de Bienestar, los Coordinadores de las Juntas de Padres de Familia de cada Hogar Comunitario de Bienestar y las Madres Comunitarias, únicamente se limitaban a acatar las directrices dadas por el ICBF, como máximo administrador, coordinador y ejecutor del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.

En virtud de la facultad otorgada en el artículo 14 del Acuerdo 21 de 1989, el ICBF estableció varios lineamientos técnico-administrativos que regulan los HCB, entre los cuales, se destaca el dictado en el año de 2011 *“Lineamiento Técnico Administrativo, Modalidad Hogares Comunitarios de Bienestar en todas sus formas (FAMI, Familiares, Grupales, Múltiples, Múltiples Empresariales y Jardines Sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad”*, aprobado por el ICBF con la Resolución 776 del 7 de marzo de 2011. Ese lineamiento está compuesto

por varias disposiciones, cuyo contenido de algunas de ellas da cuenta de aspectos puntuales en cuanto a la subordinación y dependencia de las madres comunitarias respecto del ICBF, verbigracia:

(i) El numeral 4.4.5 determina las jornadas y horarios de atención de cada una de las modalidades. Frente a la modalidad de Hogares Comunitarios Familiares, precisa que ese tipo de hogares *“funcionarán en jornadas de cuatro o de ocho horas”*. Más adelante, indica que *“Los horarios de atención en los HCB Tradicionales será de 4 a 8 horas y en los HCB FAMI será definido de acuerdo con las necesidades de las familias usuarias. Los agentes educativos no podrán atender en jornada diferente a la concertada a menos que, por razones debidamente justificadas se determine la modificación de la misma, previa autorización del ICBF.”*

De lo previsto en ese lineamiento, la Corte estimó que era evidente que el ICBF siempre había tenido poder de dirección para condicionar el servicio personal prestado por las accionantes, por cuanto: (i) fijó dos tipos de jornadas de atención, una de medio tiempo (de 4 horas) y otra de tiempo completo (de 8 horas); (ii) estableció que los horarios de atención para los HCB Tradicionales, entre los cuales se encuentran los Hogares Comunitarios Familiares donde prestaron sus servicios las 106 demandantes, son de 4 a 8 horas; e (iii) impuso una

prohibición para las madres comunitarias en cuanto a la modificación de la jornada de atención fijada, excepto si existía previa autorización de esa misma entidad.

Al encontrar reunidos los tres requisitos necesarios para que se configure la existencia de un verdadero vínculo empleatício, y dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la Corte decidió, en primer lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el ICBF y las 106 madres comunitarias accionantes durante los extremos temporales comprendidos entre el 29 de diciembre de 1988 y el 31 de enero de 2014, ordenando en consecuencia el reconocimiento y pagos de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir y que no se encontraran prescritos, así como la consignación de los aportes a pensión no efectuados durante dicho periodo de tiempo.

DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD PARCIAL DE LA SENTENCIA T-480 DE 2016

Mediante auto 186 de 2017 la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016 solicitada por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, por violación del precedente jurisprudencial contenido en múltiples sentencias de tutela, entre

ellas, la T-269 de 1995, SU-224 de 1998, T- 668 de 2000, T-990 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1081 de 2000 y T-1029 de 2001.

En consecuencia, dispuso mantener la decisión con respecto a tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital de las 106 madres comunitarias que acudieron en solicitud de amparo, pero ordenando únicamente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF-, reconocer y pagar los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social correspondientes a los tiempos efectivamente acreditados como madres comunitarias, a efecto de que las tutelantes puedan obtener su pensión, de conformidad con la legislación aplicable.

Como fundamento de tal decisión, la Sala Plena de la Corte Constitucional sostuvo que efectivamente la Sala Octava de Revisión de dicha Corporación había vulnerado el derecho al debido proceso, toda vez que al proferir la tutela T-480 de 2016 desconoció la línea jurisprudencial que en vigor se había mantenido sobre el tema, la cual desconoce la inexistencia de un 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, ya que se alude que dicho vínculo es de naturaleza meramente civil.

Igualmente, consideró que se había configurado una vulneración del debido proceso por indebida integración del contradictorio, pues en sede de revisión no se vinculó a los operadores de los contratos de aporte, quienes de conformidad con la legislación actual tienen la calidad de empleadores de las madres comunitarias, lo cual les asigna la calidad de parte.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

En Colombia desde la década de los noventa se experimenta una tendencia hacia la degeneración de las formas propias en las que se concreta la relación de trabajo, de hecho es cada vez más usual observar en la actualidad la utilización de otros modos de contratación de prestación de servicios personales que se encuentran al margen de la legislación laboral, produciendo de esta forma, un detrimento de los derechos y garantías laborales de quien se contrata bajo uno de estos modos, pero que en el fondo se busca para que preste un servicio o efectúe una labor personal, bajo continuada dependencia y subordinación.

A esta problemática, no han sido ajenas las madres comunitarias, quienes han debido luchar incansablemente por el reconocimiento de sus derechos laborales, los cuales fueron dejados de lado bajo el argumento de que la prestación de servicios ejecutada por estas no configuraba relación laboral por tratarse de un aporte voluntario a la

comunidad, argumento que en realidad constituye una maniobra engañosa utilizada con el fin de disfrazar la existencia del vínculo empleatício que en el fondo subyace entre estas y el ICBF, es decir con el Estado Colombiano.

Pues bien, a pesar de que la figura de las madres comunitarias surgió desde el año de 1988 solo hasta el 2014 con la expedición del Decreto 289 de 2014 se estableció que la vinculación legal de estas se haría a través de un contrato de trabajo, el cual paradójicamente no fue reconocido directamente con el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, sino con las entidades administradoras del programa de Hogares Comunitarios, es decir con los encargados de poner en práctica la figura de la tercerización laboral.

Como era de esperarse, la sola promulgación de dicho decreto no zanjó la problemática surgida en torno a la prestación de servicios efectuada por las madres comunitarias, pues durante mas 26 años el Estado desconoció flagrantemente los derechos mínimos e irrenunciables de dichas trabajadoras, omitiendo no solo el pago de prestaciones sociales, sino también los aportes parafiscales de pensión y salud, manteniéndolas sumidas en un total estado de indefensión, pues muchas de ellas llegaron a los 55 años de edad sin tener derecho al reconocimiento de una pensión de vejez.

No obstante, la connotación y la magnitud que embarga esta problemática, siguió creciendo y se hizo aún más evidente en septiembre del año pasado, puesto que la Corte Constitucional en sentencia T-480/16 con ponencia del Dr. Alberto Rojas Ríos, decidió darle un vuelco total o un giro de 360 grados a la tesis jurisprudencial que dicha Corporación había mantenido hasta ese momento, estableciendo que contrario a lo sostenido en el pasado la prestación efectuada por las madres comunitarias durante el periodo del 29 de diciembre de 1988 y el 31 de enero de 2014 sí configuró un contrato de trabajo, pues a las luces de los postulados del principio de primacía de la realidad sobre las formas había quedado acreditado que pese a la apariencia formal, las madres comunitarias prestaban sus servicios bajo la continua subordinación y dependencia del ICBF.

Es por ello, que resulta absurdo pensar como luego de que la misma Corte Constitucional efectuara un análisis detallado de las condiciones en como este grupo poblacional presta sus servicios, encontrando de forma indiscutible y con base en el material probatorio aportado, que estas debían cumplir un horario de trabajo, estaban sometidas a procesos disciplinarias y sobre todo que las bonificaciones que estas reciben constituyen una verdadera remuneración o salario, se procediera a declarar la nulidad de tal pronunciamiento bajo el argumento de estarse desconociendo precedentes

jurisprudenciales, precedentes en los que sin mayor sustento o análisis probatorio se determinó la inexistencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF.

Luego entonces, deviene en incomprensible el hecho de que las Altas Cortes de nuestro país continúen desconociendo la realidad latente en que se encuentra sumido este grupo marginado y vulnerado de la población colombiana, realidad sobre la que instancias internacionales han manifestado su opinión y preocupación, pues es claro que las situaciones fácticas cambian y que las sociedades avanzan por lo que la Corte Constitucional no puede quedarse anclada a pronunciamientos emitidos 17 años atrás, cuando el acervo probatorio demuestra sin lugar a dudas que en este tipo de casos sí se configura una relación laboral y no un simple contrato civil, en el que desde luego no cabría una mirada subordinante.

Puede pensarse entonces, que el trasfondo de esta determinación no es otro que el aludido tema de la sostenibilidad fiscal, que tanto preocupa al Gobierno Nacional y que fue el motivo principal para que el Presidente de la República objetara la ley con la que se propendía legalizar de una vez por todas las vinculaciones laborales de las madres comunitarias.

Y es que si bien, con la promulgación de la sentencia T-480 de 2016 se creó un ambiente de incertidumbre económico

y fiscal, pues la misma no solo implicaba el reconocimiento de prestaciones sociales y pago de aportes a pensión de las 106 madres comunitarias, sino que además se abría una brecha para que las más 80000 mujeres que forman parte de este programa y que se encontraban sumidas en situaciones fácticas semejantes reclamaran sus derechos, no es menos cierto que el sustento de las decisiones judiciales no pueden ser la sostenibilidad fiscal, pues como a bien manifestaron los Magistrados de la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional en su salvamento de voto al auto que declaró la nulidad de dicha providencia, el artículo 335 es claro al consagrar la prohibición según la cual la sostenibilidad fiscal no puede ser usada como pretexto para menoscabar derechos ius fundamentales.

Derechos que sin lugar a dudas le han sido violentados de forma flagrante y abrupta a este sector de la población, pues desde la misma creación de la figura de las madres comunitarias, éstas han debido afrontar el trato desigual y discriminatorio que se les ha dado, tanto así que con anterioridad al año 2014 ni siquiera recibían como remuneración un salario mínimo, ya que las “becas” que les eran otorgadas eran inferiores a este.

Bajo la óptica de este panorama, no queda otra alternativa diferente a la de compartir las conclusiones a las que se llegaron en los artículos denominados “*LA MUJER MADRE*

COMUNITARIA Y LA CONULCACIÓN DE SUS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO” (Ñañez Julián, 2010) y “*MADRES COMUNITARIAS: UN CASO PARADIGMÁTICO DE LA FORMA EN QUE EL DERECHO PRODUCE IDENTIDADES*” (Pinzón, Ricardo, 2015), pues resulta ostensible que las madres comunitarias han sido y continúan siendo una población vulnerada y violentada en sus derechos mínimos e irrenunciables, ya que a pesar de que labor que estas desempeñan cumple con los tres requisitos instituidos por los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, no ha sido posible que les sea reconocido un contrato de trabajo con sus consecuentes prerrogativas prestacionales.

Lo más absurdo en este caso, es que dicho desconocimiento normativo y jurisprudencial se encuentre siendo ejecutado por parte del mismo Estado, quien debería ser el primero en cumplir la legislación vigente, a fin de evitar que se continúe perpetuando la utilización de figuras de tercerización, con las que lo único que se pretende es defraudar al trabajador, que una vez más continúa siendo la parte débil y desprotegida de la relación laboral.

Y es que, si bien el interés general prima sobre el particular, no es concebible que bajo el pretexto de que el reconocimiento del vínculo empleatario de las madres comunitarias

generaría una crisis fiscal, ya que el Estado no cuenta con los recursos para solventar el pago de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social que dicha declaratoria generaría, se cercenen los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de un grupo marginado y/o deprimido de la población que se caracteriza por encontrarse sumergido en condiciones de pobreza y se continúe acolitando el actuar de un Estado que desconoce las políticas laborales y que no quiere asumir las consecuencias de una política mal implementada y que desde un principio buscó utilizar la mano de obra de mujeres necesitadas sin tener que asumir el costo que ello implicaba.

No resulta justo, bajo ningún punto de vista, que sean las Madres Comunitarias, esas que han debido luchar de forma incansable por el reconocimiento de sus derechos laborales e incluso acudir a instancias internacionales, las que deban asumir las consecuencias de que su vinculación con el ICBF no se hubiese hecho desde un principio como lo establece la ley, pues tal carga resulta injusta y desproporcionada.

CONCLUSIONES

La forma como fue concebido, implementado y desarrollado el programa de Hogares Comunitarios, especialmente la manera en cómo se efectuó la contratación de las madres que se encargarían de colocar en funcionamiento el mismo, ha generado una serie de problemáticas laborales,

para este sector marginado y deprimido de la sociedad colombiana, el cual día a día presta sus servicios a niños y niñas menores de edad, sin ni si quiera recibir el pago de una remuneración digna, pese a que es la misma legislación nacional la que prohíbe la cancelación de salarios en sumas inferiores al mínimo legal mensual vigente.

Se tiene entonces, que muy a pesar de que la labor ejercida por las Madres Comunitarias cumple con los tres elementos exigidos por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es prestación de un servicio personal, remunerado, bajo continuada subordinación y dependencia, en la actualidad aún se propende por el desconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo entre estas y el ICBF. Circunstancia que a todas luces es violatoria del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, el cual se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Carta Magna.

Resulta inconcebible que las Altas Cortes y el Gobierno Nacional pretendan continuar sosteniendo la tesis basada en la existencia de un contrato meramente civil, cuando la realidad y las pruebas demuestran, incluso si hacer uso de la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST, que la vinculación de las madres comunitarias constituye un verdadero vínculo empleatício.

Bajo esta óptica, y luego de efectuar el análisis detallado de la legislación que ha regulado la contratación de las madres comunitarias y los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, especialmente el contenido en la sentencia T-480 de 2016 y su posterior declaratoria de nulidad mediante el auto 186 de 2017, viene a resultar ostensible que las madres comunitarias se encuentran sumidas en una situación de desregularización laboral, propiciada irónicamente por el mismo Estado, el cual se ha encargado de violentar, vulnerar y/o transgredir sus derechos mínimos e irrenunciables, al trabajo, la igualdad, el mínimo vital, la dignidad y sobre todo a la seguridad social.

Y es que si bien con la sentencia T-480 de 2016 se pudo llegar a pensar que las madres comunitarias habían obtenido por fin el reconocimiento de los derechos laborales que les han sido negado por más de dos décadas, dicha lucha aún continúa tornándose aún más ardua y difícil por la declaratoria de nulidad parcial de tal pronunciamiento, por circunstancias que en verdad no obedecen a otra cuestión diferente a la alegada como sostenibilidad fiscal y presupuestal del Estado Colombiano.

Estado, que paradójicamente ha sido el encargado de implementar políticas indebidas de tercerización laboral, acudiendo a maniobras engañosas tendientes a disfrazar o esconder la relación laboral que existe entre las madres comunitarias y el ICBF con el

único propósito de eludir el pago de prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Se considera entonces, que la implementación de política indebida, por parte del mismo Estado que se supone debe ser el garante de los derechos de la población, no puede seguirse permitiendo so pretexto de no generarse inconvenientes económicos, maxime si se tiene en cuenta, que el principio de la sostenibilidad fiscal no puede ser usado como mecanismos para vulnerar derechos fundaméntales, pues ello contraria los postulados de la propia Carta Magna.

Lo anterior, debido a que no puede concebirse la idea de que sea un grupo marginado de la población colombiana sumido en evidentes condiciones de vulnerabilidad, el que deba asumir las consecuencias de la implementación de medidas atroces por parte de entes oficiales, con las que lo único que se buscó fue el desconocimiento de las leyes laborales.

Finalmente, se observa cómo a pesar que las madres comunitarias constituyen un sector poblacional que debería ser objeto de medidas de protección prontas y eficaces, sigue siendo objeto de un total desconocimiento de sus derechos como trabajadoras.

Desconocimiento que ya lleva más de dos décadas y que no ha podido ser erradico pese a la intervención y las recomendación efectuadas por los organismos internacionales, los cuales han mostrado mayor preocupación por

dicha problemática que incluso el Gobierno Nacional y que la misma Corte Constitucional, quien se supone es la guardiana de los derechos fundamentales de los colombianos, y que por tanto no debería ceder a presiones políticas o económicas, pues es innegable que ya es hora que el Gobierno asuma las consecuencias de la implementación de sus propias políticas quebrantadoras de derechos de índole laboral.

BIBLIOGRAFIA

Cabanellas, G. (1960) *Introducción al derecho laboral*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina.

COMITÉ PRO DESC DE LAS TRABAJADORAS COMUNITARIAS et al. (2003). *¿En qué vamos? Principales debates*. Bogotá: Ediciones Ántropos.

De la Cueva, M. (1943). *Derecho Mexicano del Trabajo*. México. 2ª Ed. Porrúa.

Díaz Vargas A. (2012). *El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública*. Santa Marta, Universidad Sergio Arboleda.

Flórez, C. (1993). Hogares comunitarios de bienestar: Quién se beneficia. Informe final. Bogotá: Universidad de los Andes.

González, G. y Herman, J. I. (1999). El rol de las madres comunitarias, su relación con la comunidad y con el ICBF. Trabajo de investigación profesoral. Bogotá: Universidad de los Andes.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF). (2011). Lineamiento técnico administrativo, modalidad Hogares Comunitarios de Bienestar en todas sus formas (familiares, grupales, múltiples, múltiples empresariales y jardines sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad. Dirección de prevención. Bogotá.

Machicado, J. (2010). *Contrato de Trabajo*. Bogotá. Editorial New life.

Muñoz, A. (2012). *Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo*. Pensamiento Americano, pág. 9-14.

Ñañez, J (2010). *La mujer madre comunitaria y la conculcación de sus derechos por parte del estado colombiano*. Escuela de Ciencias Sociales Artes y Humanidades.

Plá, A (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires. Editorial Depalma.

Pinzón, M. (2015). *Madres comunitarias: un caso paradigmático de la forma en que el derecho produce*

identidades. Tesis de pregrado.
Recuperado de
<http://www.scielo.org.co/pdf/secs/n15/n15a06.pdf>.

Zabala, J. (2006). *Las madres comunitarias en Colombia. Investigación sobre la evaluación participativa*. Tesis de pregrado. Recuperado de:
<https://hera.ugr.es/tesisugr/16131046.pdf>.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 3 de febrero de 2017]. Disponible en:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion politica 1991_pr001.html#53.

CORTE CONSTITUCIONAL. SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Referencia de expediente T-5.457.363 y T-5.513.941 (MP Alberto Rojas Ríos; 1° de septiembre de 2016).

Decreto Ley 2663 de 1950. Por la cual se expide el Código Sustantivo del Trabajo.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. ICBF. Ministerio de la Protección Social. Disponible en: <http://www.icbf.gov.co>.