

**“El Contrato Realidad, Civil o Laboral? En El Caso de las Madres Comunitarias
Actualmente”**

Andrea Restrepo Miranda

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica Luis Amigó.

Notas de Autor

Andrea Restrepo Miranda, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica Luis Amigó – Medellín. 2020

Este trabajo contó con la asesoría de temática del Doctor Carlos Esteban Vanegas Carmona Abogado – Universidad Católica Luis Amigó- 2014 - Especialista en derecho del trabajo y de la seguridad social –UPB- 2019 Estudiante de Maestría en derecho con énfasis en derecho público –EAFIT y con la corrección de estilo de la profesora Elvigia Cardona Zuleta Coordinadora del Área de Investigación.

Cualquier mensaje sobre este artículo debe ser enviado a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó, Medellín, Colombia.

TABLA DE CONTENIDO

<u>TÍTULO</u>	2
<u>RESUMEN/palabras clave</u>	3
<u>ABSTRACT/keywords</u>	4
INTRODUCCIÓN	5
Concepto de Madres Comunitarias	6
Pugna entre Contrato de Prestación de Servicios con Contrato Realidad Laboral en el Caso <i>sub examine</i>	6
METODOLOGÍA	7
Gráfica de la Línea Jurisprudencial:.....	12
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	12
CONCLUSIONES Y EXÁMEN CRÍTICO	22
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	28

**TÍTULO: “EL CONTRATO REALIDAD, CIVIL O LABORAL? EN EL CASO DE LAS
MADRES COMUNITARIAS ACTUALMENTE”.**

Andrea Restrepo Miranda. Colombia. Medellín – Antioquia. octubre de 2020.

Universidad Católica Luis Amigó.

RESUMEN

Se presenta la tensión entre el contrato de índole civil y el contrato laboral basado en el principio constitucional (Const., 1991) de la primacía de la realidad sobre las formas acorde a la realidad de los derechos laborales de la madres comunitarias en Colombia ideadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se realiza un análisis jurisprudencial desde 1995 hasta el año 2019, además de compilar y sistematizar las elaboraciones pertinentes sobre el tópico a través de otros análisis, para concluir en forma crítica lo hallado, prohiendo la tesis laboralista en ése caso particular de relevancia nacional.

Palabras clave: contrato realidad laboral, Madres comunitarias, realidad laboral, derecho laboral colombiano, derechos laborales, ICBF.

ABSTRACT

According to investigated object, the author submitted the results of the review article's purpose and content about the tension between the civil nature contract and labor contract based on the reality primacy over the forms, accord to the reality of the labor rights of the community mothers in Colombia devised by the Family Welfare Colombian Institute –Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-, thus the investigator got into a jurisprudential analysis between 1995 and 2019, besides to compile and systematize the relevant elaborations about the topic through others analyses, to conclude in a critic way the findings, supporting the labor thesis in that particular case of national relevance.

Keywords: labor reality contract, community mothers, labor reality, Colombian labor law, labor rights, ICBF.

INTRODUCCIÓN: tras realizar análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, se establecerá si existe vulneración por parte del Estado del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en tratándose de los derechos laborales de las madres comunitarias respecto al ICBF ante el antagonismo de la existencia de una vinculación allí de índole civil de la que no se derivarían esos derechos laborales entre 1995 y 2019? Por lo que se propone a través de un análisis jurisprudencial de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia y otros referentes teóricos en esa temporalidad, teniendo como finalidad concluir por qué existe dicha vulneración.

Siendo entonces el objetivo general de la investigación analizar el contrato que existe, si es civil o laboral en el caso de las madres comunitarias y el ICBF, para detectar la realidad de las mismas desde la óptica de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de 1995 a 2019.

De otro lado, se tendrán como objetivos específicos que facilitarán un control sistemático de la investigación para llevar al logro del objetivo general a través de las acciones pertinentes, los siguientes:

- Explicar los elementos de existencia de un contrato laboral y de un contrato de índole civil en el contexto del objetivo general, para acercar al desarrollo, a través de referentes jurídicos y normativos como el Código Civil y el Código Sustantivo de Trabajo colombianos, Leyes y Decretos pertinentes, entre otras normatividades de la realidad de la población objeto de estudio en la temporalidad antedicha.

- Analizar las sentencias emitidas por la Corte Constitucional Colombiana pertinentes para apreciar la concepción del vínculo contractual entre las madres comunitarias y el ICBF desde 1995 hasta el año 2019.

- Descubrir si se reúnen los elementos esenciales de un verdadero contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF para definir si se vulnera por parte del Estado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en tratándose de los derechos laborales de las mismas entre 1995 y 2019.

Concepto de madres comunitarias

En Colombia, las llamadas madres comunitarias surgen con un programa liderado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en 1986 (CONPES, 1986), reglamentado en 1989 mediante el Decreto 2019 de 1989 (Decreto 2019, 1989) a través del cual se reglamentaba el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 89 del 29 de diciembre de 1988 (Ley 89, 1988, art. 1º, par.2º), reflexionándose allí en los considerandos de dicho Decreto, lo siguiente:

Que el programa “Hogares de Bienestar” ha sido desarrollado por el Gobierno para apoyar a los padres de familia en la atención de sus hijos, especialmente en los sectores más pobres del país;

Que el programa “Hogares de Bienestar” se fundamenta en el trabajo solidario de la comunidad encaminado a garantizar a los niños, la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual;

Que es deber del Estado apoyar todas las acciones tendientes a fortalecer la responsabilidad de las familias en el cuidado de los menores y la participación de la comunidad en las actividades del programa social.

Definiéndose también a las mismas o conceptuándolas por parte del Instituto antedicho, en adelante ICBF, como:

(...)agentes educativos comunitarios responsables del cuidado de los niños y las niñas de primera infancia del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Son reconocidos en su comunidad por su solidaridad, convivencia y compromiso con el desarrollo de los niños, niñas y sus familias. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017)

Por lo que, visto lo anterior, tras el respectivo recuento histórico que rinde cuenta del origen mismo del programa allí aludido, se deriva de dicho programa y brilla posteriormente, por luz propia, el concepto de “madres comunitarias” dado por el ICBF.

Pugna entre contrato de prestación de servicios con contrato realidad laboral en el caso *sub examine*

Precisado ya el concepto de madre comunitaria como se acabó de exponer, es menester también indicar que se encuentran militando al presente 69.000 madres comunitarias en todo el país, que atienden o sirven a un millón setenta y siete mil niños acorde a las cifras dadas por el Gobierno, asumiendo éstas un rol bastante apreciable en la formación de la niñez colombiana desde 1989 a la fecha, no obstante no se encuentran conformes las mismas como ocurrió no aisladamente, en Neiva – Huila en 2017 (Castillo, D. (22 de marzo de 2017). Madres Comunitarias protestan nuevamente en Neiva por incumplimiento del Gobierno. La Nación. Recuperado de <https://www.lanacion.com.co/madres-comunitarias-protestan-nuevamente-en-neiva-por-incumplimiento-del-gobierno/>), al ser discriminadas por no detentar una vinculación laboral y las prerrogativas inherentes a ello, pues su labor voluntaria tan solo se veía compensada con una suma de dinero contemplada en dicho Decreto y denominada “beca”, la cual no reunía la cantidad de **remuneración** mínima respecto al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente de la época y a futuro, desconociéndose también, inclusive como política estatal, el vínculo laboral que pudieran tener con los hogares de bienestar y el ICBF, vínculo que en diversos análisis jurisprudenciales se ha tenido como de naturaleza civil como se analizará, de ahí se imbrica entonces un problema jurídico a la luz del bloque de constitucionalidad en el escenario de los derechos económicos, sociales y culturales inherentes al derecho fundamental al trabajo, a la igualdad, entre otros, tutelables por la vía constitucional en aras de evitar tal conflicto social visible desde 1995 a la fecha.

METODOLOGÍA

Desarrollando los objetivos propuestos, los cuales están relacionados entre sí y a la vez con la metodología a implementar para hacer efectivos y realizables los mismos, consistirá en definir los conceptos de contrato de naturaleza laboral y contrato de naturaleza civil, acudiendo primeramente a los referentes normativos con el debido rastreo de esa fuente, posteriormente se optará por analizar una a una, las sentencias emitidas por la Corte Constitucional desde 1995 hasta 2019 pertinentes para la investigación, escogiéndose una cita textual directa que posteriormente es interpretada y finalmente, cada sentencia es criticada en el acápite de las conclusiones en donde

también se propone una nueva argumentación, basándose en conceptos fuertes de diversos autores y de la misma Corte Constitucional Colombiana, para poder auscultar que se reúnen los elementos de lo que es una verdadera relación laboral entre la población objeto de estudio y el plurimencionado Instituto entre 1995 y 2019, disfrazada por un contrato de naturaleza civil y vulnerando de paso, el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas.

Respecto a los elementos básicos del enfoque teórico neoconstitucional, como ya se explicó con detalle y se pueden inferir del párrafo anterior, consisten, en técnicas y procedimientos para la recolección, medición, análisis e interpretación de los datos, para el caso, sentencias, entre otras fuentes. Siendo ella la estrategia para comprobar la hipótesis que se prohija.

De otro lado, respecto a la tipología de la investigación, es de tipo comprensiva, en que, como acto de comprensión se teorizará respecto a la hipótesis que prohija o postura que adopta, tras haber tenido una precomprensión al conocer anticipadamente el caso en tensión a través de las fuentes primarias de investigación, esto es, las sentencias y demás referentes jurídicos, para alcanzar a través de los conceptos de la misma investigadora, una comprensión finalmente reveladora, la cual tiene presente las interpretaciones de todos los referentes, para analizarlos y valorarlos acorde a sus conocimientos jurídicos.

En lo tocante al enfoque tenido en cuenta, sin dubitación, se tiene que el mismo es cualitativo, teniendo raíces naturalistas y humanistas, por tratarse de una problemática actual que incumbe tanto a las madres comunitarias como el servicio que éstas les prestan a las familias más vulnerables del país y dada la calidad de la población que se observa, así como las implicaciones sociojurídicas, sin perder de vista en momento alguno las realidades subjetivas de las madres comunitarias y las repercusiones de que se pueda predicar que existe un contrato de índole civil o laboral, cambiando con ello esas mismas realidades acorde a los hallazgos.

Ahora bien, en lo que respecta a la modalidad o estrategia escogida para el desarrollo de la metodología, se efectuó una investigación evaluativa de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en las ya dichas temporalidad y pertinencia, además se construyó una línea

jurisprudencial, se estudió el caso objeto de estudio, especialmente en el acápite de conclusiones para fundar allí mismo una teoría como se explicará en demasía.

Además, se tuvieron en cuenta tanto la organización, como análisis, como interpretación de toda la información, especialmente las sentencias emitidas y los referentes normativos, con el debido rastreo, categorización, uso de fichas bibliográficas, construcción gráfica de la línea jurisprudencial antedicha, la cual explica claramente los polos o posiciones de la Corte Constitucional en forma cronológica y con el detalle que permite identificar cual era la postura *per sé* en cada una de las sentencias, escogiéndose además colores que simbolizan cuales posturas se acercan más a la teoría fundada, siendo los colores cálidos en los encabezados de dicha gráfica los que más se alejan de la teoría de la investigadora, como se visualizará más adelante.

En lo inherente a los aspectos éticos, se centra la investigación en ese afán o finalidad de verdad y justicia en un caso que sin duda alguna, como se explicará, presentaba mucha tensión, dada su relevancia sociojurídica, por cuanto se trata de apoyar además a la niñez colombiana, a madres cabezas de hogar en muchos casos, y de auscultar lo que podría denominarse como una forma del Estado defraudar los derechos laborales de la población observada, lo cual dio origen a impulsar esta investigación ante el malestar que puede causar en el país dicha problemática.

Por lo que para el desarrollo de los objetivos, se debe empezar por definir cuáles son los elementos esenciales del contrato de trabajo y para ese efecto, se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo Colombiano que dispone:

1. *Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:*
 - a. *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
 - b. *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*
 - c. *Un salario como retribución del servicio.*

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por lo que como se puede apreciar, con la concurrencia de esos tres elementos esenciales en una actividad humana se puede hablar de la existencia de un contrato de trabajo sin que se pueda disfrazar con otro nombre por simple capricho de alguno de los agentes contractuales, y valga reflexionar, por alguna entidad estatal para el caso objeto de estudio, por lo que deberá tenerse este referente normativo como carta de navegación para comprender más adelante si se está ante la presencia de éste contrato en el caso objeto de estudio.

De otro lado, respecto al otro contrato objeto de estudio, y objeto de pugna o tensión en el caso puntual contractual de las madres comunitarias con el ICBF, se debe entonces ahora definir que es un contrato de prestación de servicios, en el sentido genérico, el contrato civil está definido en el Código Civil Colombiano en el artículo 1495, el cual indica:

Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

De lo anterior, entonces podría afirmarse que para el contexto estudiado, las madres comunitarias podrían obligarse para con el ICBF a dar, hacer o no, alguna cosa, sin embargo, entonces acorde a la redacción del Código Civil Colombiano queda por acudir al artículo que complementa el antedicho, esto es, el artículo 1502 del mismo Código, el cual consagra en forma taxativa cuales son los requisitos para que dicho contrato civil pueda obligar, así:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

De esto puede destacarse que en el caso que se estudia, las madres comunitarias como mayores de edad, con consentimientos exentos de vicios de nulidad respecto a la actividad, actividad que debe recaer en un objeto lícito además de tener una causa lícita, podrían generar entonces los requisitos de obligatoriedad del contrato civil, lo que entonces, a primera vista pareciera se suscitaba en la actividad personal prestada al ICBF, sin embargo se deben tener en cuenta los matices pertinentes para diferenciar si se presenta ese o el otro contrato en ése caso, especialmente en el lapso de 1995 a 2019.

De otro lado, siguiendo el desarrollo de la metodología, para estos menesteres, como se anunciara previamente, se tendrán en cuenta: una gráfica de la línea jurisprudencial, un análisis jurisprudencial de la misma y finalmente se tendrán en cuenta las conclusiones respectivas, siendo la finalidad y utilidad de la investigación descubrir las respuestas que se han dado en el plurimencionado tiempo por parte de la Corte Constitucional al problema jurídico, así como el flujo de la línea en ése sentido, las *ratio decidendi* de cada providencia y las críticas y propuestas respectivas.

La gráfica que se plasma seguidamente representa las dos posturas o respuestas posibles al problema jurídico, siendo dos los polos más visibles o acentuados, de un lado que se daba un vínculo contractual de origen civil, no se daba uno de carácter laboral y de otro lado, que se vinculan laboralmente mediante contrato de trabajo, prohijándose en este escrito ésa última tesis, previa concurrencia de un contrato realidad.

GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL:



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: Como se desprende de la anterior gráfica, la Corte Constitucional ha tenido varias posturas o respuestas al problema jurídico *sub examine*,

encontrando inicialmente y de una manera muy sólida que existía un vínculo contractual de origen civil, pues no se daba vinculación de carácter laboral, plasmándose explícitamente la “inexistencia de contrato laboral” en algunos casos como se indicara en sentencia T-990 del año 2000, postura que cimentó desde la sentencia T-269/95 (Corte Constitucional T-269, 1995) siendo ésta la sentencia fundante de línea, además de ser la sentencia hito por ser la más multicitada en la sentencia arquimédica de la cual se hablará posteriormente, pues bien, esta sentencia además fue retomada por las sentencias SU-224/98(Corte Constitucional SU-224, 1998), T-668/00(Corte Constitucional T-668, 2000), T-978/00 (Corte Constitucional T-978, 2000), T-990/00 (Corte Constitucional T-990, 2000), T-1081/00 (Corte Constitucional T-1081, 2000), T-1117/00 (Corte Constitucional T-1117, 2000), T-1173/00 (Corte Constitucional T-1173, 2000), T-1605/00 (Corte Constitucional T-1605, 2000), T-1674/00 (Corte Constitucional T-1674, 2000), T-158/01 (Corte Constitucional T-158, 2001), T-159/01 (Corte Constitucional T-159, 2001), T-1029/01 (Corte Constitucional T-1029, 2001), el Auto 186/17, sentencia T-639/17(anulada posteriormente), Auto 546/18 (Corte Constitucional A-546, 2018) (que anuló la sentencia T-639/17) y sentencia SU-079/18 cuyas *ratio decidendi* apuntalaron que las madres comunitarias tenían un vínculo con las asociaciones de padres de familia de hogares comunitarios de bienestar y el ICBF mismo que era de naturaleza contractual y de origen civil y en sentencias como la T-269/95, SU-224/98, la T-990/00, la SU-079/18, T-447/18, T-175/19 y SU-273/19 en forma expresa se razonó que no se daba una vinculación de carácter laboral, además se señaló que no existía contrato de trabajo, siendo forzoso entonces entender la razón para decidir, de la sentencia T-269/1995, por ser sentencia hito y fundante de línea en las que se tuvieron en cuenta éstos argumentos.

Posteriormente, en sentencia T-628/12 (Corte Constitucional T-628, 2012) aunque no desconoció la anterior postura, se empezó a abordar el caso fáctico *in examine*, en forma explícita desde la óptica del principio de la realidad sobre las formas, adicionando como se hizo en el salvamento de voto proferido dentro de la sentencia SU-224/98(Corte Constitucional S.V. a SU-224, 1998) (y lo cual le sitúa en otra postura opuesta al anterior polo o columna, aunque no en forma radical) que las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente, arguyendo que había discriminación contra la mujer desde el Estado adherida por el ICBF en tratándose del derecho a la remuneración mínima vital, estableciendo ello con base en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el

artículo 2° de la Constitución Política de Colombia (Const., 1991, art. 2°) referente a los fines del Estado desarrollado por el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966, art. 6°). En el mismo sentido compartiendo en su *ratio decidendi* las anteriores reflexiones, la sentencia T-478/13 (Corte Constitucional T-478, 2013) tampoco desconoció la primera postura pero sí adicionó que el régimen jurídico de las madres comunitarias se encontraba en período de transición ya que en el año 2014 debía pasar de ser un régimen jurídico especial a una relación laboral en la cual serían remuneradas con un salario mínimo legal vigente apoyando sus razones en lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 (Ley 1607, 2012, art. 36) que establece:

Durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas.

La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa. Las madres sustitutas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del 2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes.

Expresando además dentro de esa sentencia que durante ese año 2013, la beca o bonificación que recibían las madres comunitarias debía ser aparejada a un salario mínimo legal mensual vigente.

De otro lado, en el tercer polo o tercera columna se encuentra la postura en la que se establece que las madres comunitarias se vinculan laboralmente mediante contrato de trabajo, recordando dentro de su *ratio decidendi* la sentencia T-508/15 (Corte Constitucional T-508, 2015) a la sentencia T-269/95 en la que se le daba tratamiento de un vínculo meramente civil entre madres comunitarias y entidades administradoras del programa, recordando que en sentencia T-628/12 se advertía que el régimen de las madres comunitarias develaba características clásicas del trabajo bajo subordinación y algunas del independiente, basando su razón suficiente también en la sentencia T-478/13 en la cual se analizaron las medidas progresivas implementadas por el artículo 36 antedicho, desarrollándose esa vinculación laboral por el Decreto 289 de 2014 tendientes a

superar la situación de quienes se desempeñaban como madres comunitarias en aras de la formalización laboral, concluyendo que para el año 2015 la actividad de las madres comunitarias se formalizó laboralmente teniendo asegurado un ingreso correspondiente a un salario mínimo legal vigente.

Posteriormente en la sentencia T-018/16 (Corte Constitucional T-018, 2016) se hizo un recuento histórico de las anteriores posturas, arguyendo además que el Decreto 289 de 2014 de Mintrabajo (Dec.L 289, 2014) desarrolló el plurimencionado artículo 36, disponiendo que las madres comunitarias se vincularían laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras. En el mismo año se profirió la sentencia T-480/16 (Corte Constitucional T-480, 2016) en la cual se retomó el concepto de primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral en clave a un contrato realidad respecto al derecho al trabajo y prohibición de discriminación por razón de género, poniendo de presente que:

Si bien la labor de madre comunitaria del programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, desde sus inicios, fue concebida como una actividad que supuestamente no implicaba una relación laboral, lo cierto es que sólo a partir del año 2012 se desechó tal postura e inició el reconocimiento y adopción gradual de su verdadera naturaleza, lo cual se materializó con la expedición del Decreto 289 de 2014, mediante la suscripción de contratos de trabajo para que las madres comunitarias tengan todas las garantías y derechos consagrados en el Código Sustantivo del trabajo

A su vez, aunque no es tema central del problema jurídico que se está exponiendo (siendo también relevante) se hizo alusión al criterio de sostenibilidad fiscal, indicando que no podía ser invocado para vulnerar los derechos fundamentales, restringir su alcance o denegar la protección de tales. Tras exponer ese *obiter dictum* integrante de lo que se podría denominar para la providencia, como dogmática jurídica, abordó el caso fáctico de 106 madres comunitarias vislumbrando que éstas se encontraban bajo una subordinación continua y dependiente del ICBF quien detentaba control administrativo y disciplinario, declarando en consecuencia la existencia de un contrato de trabajo realidad entre tales agentes ordenando al ICBF pagar salarios y prestaciones sociales causados y dejados de recibir previo análisis de los elementos esenciales del contrato de trabajo, lo cual no se había efectuado antes.

Lo anterior, utilizando un método inductivo como siempre lo ha venido haciendo, de las diversas *ratio decidendi* en temas como el derecho fundamental al trabajo digno y justo contenidas en sentencias T-026/02 (Corte Constitucional T-026, 2002), C-107/02 (Corte Constitucional C-107, 2002), C-019/04 (Corte Constitucional C-019, 2004), C-282/07 (Corte Constitucional C-282, 2007), T-157/14 (Corte Constitucional T-157, 2014), T-541/14 (Corte Constitucional T-541, 2014) y T-606/15 (Corte Constitucional T-606, 2015), sexismo en el trabajo inmerso en la sentencia T-026/96 (Corte Constitucional T-026, 1996), la configuración de discriminaciones basadas en el sexo comprendidas en la sentencia C-410/94 (Corte Constitucional C-410, 1994), la inexequibilidad de la prohibición de trabajo nocturno femenino en sentencia C-622/97 (Corte Constitucional C-622, 1997).

A posteriori, discriminación por discapacidad en sentencia T-601/13 (Corte Constitucional T-601, 2013), premisas sobre sostenibilidad fiscal en sentencia C-753/13 (Corte Constitucional C-753, 2013) y naturalmente, respecto a la labor de madre comunitaria las anunciadas en la gráfica, siendo importante destacar que en esta sentencia se le dio relevancia al bloque de constitucionalidad, citando dentro de tal, la sentencia C-019/04 en la cual, en su salvamento de voto se hizo alusión a los convenios de la OIT como guías inexorables, anunciando que los convenios y tratados internacionales del trabajo forman parte del bloque de constitucionalidad por vía de interpretación.

Para los anteriores menesteres, además se citó la sentencia T-157/14 dentro de la que se afirmó que el derecho al trabajo y su protección no solo era de origen constitucional pues también se ha consagrado en instrumentos internacionales, haciendo parte de la normatividad de los derechos fundamentales de Colombia, incorporándose así al bloque de constitucionalidad; se hizo alusión además a la sentencia T-628/12 ya analizada, en la que se consideró que al desempeñar el rol tradicional la madre comunitaria, había discriminación indirecta por cuanto se trataba de una política del Estado direccionada por el ICBF, repercutiendo ello en el derecho al salario mínimo legal de las mujeres, arguyendo que ello estaba establecido como forma de discriminación contra la población femenina en la Recomendación General No. 25 del Comité de la CEDAW (CEDAW, 1997. Recomend 25) y en ese sentido las sentencias C-410/94 y C-540/08 (Corte Constitucional C-540, 2008).

De otro lado también se basó la sentencia T-480/16 en su antecesora, la sentencia T-018/16 la cual en tratándose del bloque de constitucionalidad, respecto al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y el derecho al trabajo, expuso:

El artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incorporado al bloque de constitucionalidad por medio de la Ley 74 de 1968, establece que los Estados Parte “en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”

Además tuvo en cuenta el informe V de la OIT sobre la relación de trabajo (Inf. V, 2006,) que influyó en el entendimiento del artículo 53 de la C.N. (Const., 1991, art. 53) para que no existiera confusión en las relaciones de trabajo u ocultar la realidad de vínculos laborales, teniendo en cuenta también la Recomendación 198 de 2006 de la OIT sobre la relación de trabajo (R198.,2006), siendo todos los anteriores planteamientos redundantes en la *ratio decidendi* de la sentencia arquimédica en el entendido de que *“Se llama también “Punto Arquimédico” en referencia a la expresión, adjudicada a Arquímedes. “Dadme un punto de apoyo y moveré el mundo”. El punto Arquimédico es una sentencia con la que el investigador tratará de encontrar las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será el de ayudar en la identificación de las “sentencias hito” (es decir, las fundamentales) de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea. Citado por el Dr. López Medina (2006). Interpretación Constitucional. Pág. 132.”*, esto es, la sentencia T-480/16 pues se comprometía como no se había hecho, exceptuando las sentencias T-628/12 y la T-018/16, la ineludible relevancia y obligatoriedad del bloque de constitucionalidad para entender los casos fácticos que se le ponían de presente. Siendo pertinente, aquí y ahora, advertir que a pesar de estar inmerso el concepto de bloque de constitucionalidad dentro del problema jurídico no se graficó al respecto sobre ése, ni se consagró en los tres polos posibles, por cuanto no tenía posturas antagonistas, pues desde el año 2012, como se acaba de relatar a la fecha, fue que apenas se empezó a abordar el tema de los derechos laborales de las madres comunitarias desde ésa óptica, sin presentar tensión alguna.

Finalmente (siguiendo el orden cronológico) por solicitud de nulidad del ICBF de la sentencia arquimédica, el cual invocaba entre otros, el debido proceso, por cuanto ella se había ido en contravía de la línea jurisprudencial trazada, se profirió el Auto 186 de 2017 (Corte Constitucional A-186, 2017) por medio del cual se anuló parcialmente dicha sentencia, en el cual se plasmó:

De conformidad con las reglas establecidas en el presente Auto relacionadas con los presupuestos que deben acreditarse para que se configure un cambio de jurisprudencia, es claro que los fallos 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, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001 sí constituían precedente aplicable al asunto resuelto en la sentencia T-480 de 2016.

(i) En efecto, los referidos pronunciamientos realmente componen una línea jurisprudencial en vigor sobre un determinado tema, esto es, la inexistencia de contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y, que el vínculo es de naturaleza contractual de origen civil.

(ii) En oposición a lo anterior, en la sentencia T-480 de 2016 se determinó que entre el ICBF y las accionantes sí existió contrato de trabajo realidad durante un lapso específico, toda vez que, con ocasión de la observancia y aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, se encontraban reunidos los tres elementos esenciales del contrato realidad. Aunado a ello, en la providencia censurada tampoco se expuso razón alguna que diera cuenta del apartamiento de la mencionada línea jurisprudencial sostenida, uniforme y pacífica en la materia.

(iii) En suma, este Tribunal encuentra que la Sala Octava de Revisión de esta Corporación vulneró el derecho al debido proceso, toda vez que al proferir la tutela T-480 de 2016 también desconoció la jurisprudencia en vigor contenida en los fallos 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, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001.

De igual manera se dijo que se había ido en contravía de la SU-224/98 quedando entonces anulada la sentencia en lo que atañe al problema jurídico que se aborda y que se graficó, pues sólo quedó incólume lo referente a los derechos pensionales de 106 madres comunitarias.

A posteriori, la misma Corporación emitió la sentencia T-639/17 (Corte Constitucional T-639, 2017), de la que, en síntesis se destaca, que tal se basó en el precedente y razonamientos planteados en el Auto 186/17, así:

No obstante lo anterior, en aplicación del precedente sentado por la Sala Plena de esta Corporación en el Auto 186 de 2017 y en procura de garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, la Sala advierte que en eventuales y futuras resoluciones de casos que involucren circunstancias fácticas y probatorias distintas a las

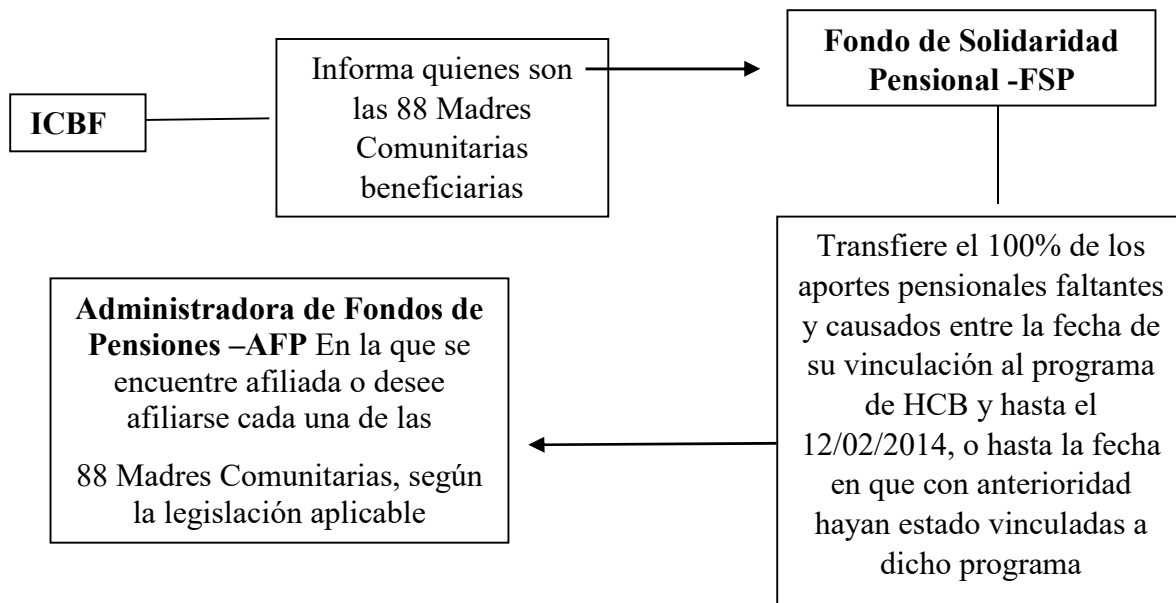
que ahora son objeto de decisión en los asuntos acumulados, y en virtud de los efectos inter partes de esta providencia, los operadores judiciales podrán valorar la eventual existencia de contrato realidad entre el ICBF y las demás ciudadanas y ciudadanos que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario antes del 12 de febrero de 2014, con la estricta observancia de los elementos materiales de prueba a que haya lugar.

Dentro de la misma, sin adentrarse en los detalles de si había una relación laboral o no, sino asuntos netamente de seguridad social inherente al mínimo vital, se ordenó:

...el ICBF deberá gestionar los trámites necesarios para que:

- *Las ochenta y ocho (88) accionantes sean reconocidas como beneficiarias del subsidio pensional previsto en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008. Dicha afiliación tendrá cobertura para el período comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa.*
- *El Fondo de Solidaridad Pensional, en ejercicio de su deber legal, transfiera a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones -AFP- en la que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada una de las ochenta y ocho (88) demandantes según la legislación aplicable, 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 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Para tal efecto, se deberán observar las siguientes precisiones:*
 - (i) *Dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las ochenta y ocho (88) accionantes, aunado al propósito de evitar cargas económicas desproporcionadas que generen mayores traumatismos y que obstaculicen la obtención de su pensión, y con la finalidad de que efectivamente se materialice plenamente la protección iusfundamental contenida en el presente pronunciamiento, para la Sala Cuarta de Revisión resulta razonable que el monto del subsidio pensional a reconocer y transferir no sea equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio efectivo y comprobado de su labor de madre comunitaria, en el período comprendido entre la fecha en que se hayan vinculado como tales al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa.*
 - (ii) *Esas cotizaciones pensionales faltantes deberán realizarse tomando como referencia el salario mínimo legal mensual vigente con la respectiva indexación en los casos en que hubiere lugar.*
 - (iii) *En atención a las excepcionales y especiales circunstancias que rodean el presente asunto, se advierte que la transferencia de los recursos correspondientes al subsidio pensional que se realizará a las respectivas administradoras de pensiones con ocasión de esta decisión no causará intereses moratorios de ninguna índole.*

Dicho trámite administrativo (Esquema de financiamiento del subsidio pensional) fue ilustrado por la Sala Plena de esta Corporación, en el ya citado Auto 186 de 2017, de la siguiente manera:



Posteriormente se emitió por parte de la Corte Constitucional el Auto 217 de 2018 (Corte Constitucional A-217, 2018) en el cual se plasmó:

46.5. Para mejor proveer, este Tribunal cita textualmente lo decidido en el ordinal primero resolutivo del Auto 186 de 2017, el cual reza así: “**Primero.- Declarar la NULIDAD PARCIAL** de la sentencia T-480 del 1 de septiembre de 2016 y, en consecuencia, en su lugar, tomar las decisiones que se enuncian en esta providencia.” (Subraya fuera del texto original).

Da cuenta que las decisiones a las que alude el texto en cita se adoptaron en los ordinales segundo a octavo del auto acusado. En los ordinales segundo, cuarto y sexto se revocaron los respectivos fallos de tutela objeto de revisión y, en su lugar, se tutelaron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital de las 106 demandantes. En los ordinales tercero, quinto y séptimo se ordenó al ICBF adelantar los correspondientes trámites administrativos para que se reconocieran y pagaran a nombre de cada una de las 106 accionantes los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias. Y en el ordinal octavo se dispuso remitir copia de esa providencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que brindaran la asesoría jurídica y el acompañamiento legal adecuado a las demandantes.

46.6. La Corte explica que para el cumplimiento de lo decidido en los ordinales tercero, quinto y séptimo, en la parte motiva del Auto cuestionado se señaló que el ICBF debía gestionar los trámites necesarios para que: (i) las 106 accionantes fueren reconocidas

como beneficiarias del subsidio pensional previsto en las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008; y (ii) el Fondo de Solidaridad Pensional, en ejercicio de su deber legal dispuesto en los artículos 6 de la Ley 509 de 1999 y 2 de la Ley 1187 de 2008, transfiriera a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones –AFP- en la que se encontrara afiliada o deseara afiliarse cada una de las demandantes, los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social.

Se estableció que, dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encontraban las accionantes, aunado al propósito de evitar cargas económicas desproporcionadas que generaran mayores traumatismos y que obstaculizaran la obtención de su pensión, y con la finalidad de que efectivamente se materializara la protección iusfundamental mantenida en ese pronunciamiento, era razonable que el monto del subsidio pensional a reconocer y transferir no sea equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio efectivo y comprobado de su labor de madre comunitaria.

46.7. El Pleno considera que si bien esta Corporación ha establecido la regla según la cual no es necesario vincular al proceso de tutela, ni al de revisión de los fallos pronunciados en sede de amparo constitucional, a las autoridades de orden nacional, regional y/o local que dentro de su deber legal y constitucional tienen la obligación de cumplir lo que se disponga en el marco de dichos trámites, lo cierto es que en el caso en comentario sí debió vincularse al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio del Trabajo, dado que lo ordenado al Fondo de Solidaridad Pensional en el Auto 186 de 2017 desbordó el deber legal que le ha sido impuesto al referido Fondo, en relación con el valor a asumir como subsidio de los aportes al régimen general de pensiones de las 106 madres comunitarias, al haberse determinado que el mismo equivaldría al 100% del total de la cotización para pensión y no al 80% como lo establecen las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008. En vista que prospera el primer cargo de nulidad alegado por los solicitantes, la Sala se abstiene de continuar con el análisis de los demás yerros invocados, tal y como lo había advertido.

(...)

RESUELVE:

PRIMERO.-*Declarar la NULIDAD PARCIAL del enunciado “y, en consecuencia, en su lugar, tomar las decisiones que se enuncian en esta providencia” contenido en el primer ordinal resolutivo del Auto 186 del 17 de abril de 2017, así como las órdenes de reemplazo comprendidas en los ordinales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo dictadas en ese mismo proveído, conforme a lo establecido en la presente decisión.*

(...)

TERCERO.-*Una vez integrado el contradictorio con el Consorcio Colombia Mayor 2013 y el Ministerio del Trabajo, con arreglo al debido proceso, PROFERIR en Sala Plena la decisión que corresponda en el marco de las garantías a los derechos fundamentales, de acuerdo con la parte motiva del presente auto, en lo referente al subsidio pensional previsto en las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008.*

Si bien es cierto, la anterior cita pareciera a primera vista, excesiva, se hace así para un mejor proveer, para entender, en forma insoslayable que la sentencia T-480/16 quedó anulada totalmente,

así como se anuló la sentencia T-639/17 por las razones ahí expuestas, en síntesis porque no se podía ordenar el 100% de la cotización allí, cuando realmente era el 80%.

De otro lado, en la sentencia de unificación SU-079/18 (Corte Constitucional SU-079, 2018), se concluyó que no había relación laboral, así:

La Sala concluye que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital de las accionantes, toda vez que entre la entidad y las madres comunitarias y sustitutas el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional no prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral. Los Programas de Hogares Comunitarios y Sustitutos se fundamentan en una labor voluntaria y solidaria de carácter social. En consecuencia, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se genera la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales en su favor.

Ahora bien, de la sentencia T-447/18 (Corte Constitucional T-447, 2018) se puede destacar una conclusión de contornos similares a la anterior providencia, denominada al interior de la misma como una “reiteración SU-079/18” conclusión que fue plasmada así:

En conclusión, no existe vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la igualdad, al trabajo, al debido proceso, la seguridad social, petición y al mínimo vital de las accionante por parte de las entidades demandadas toda vez que como ya fue explicado (i) no existió relación laboral entre las actoras y el ICBF y (ii) se han subsidiado los aportes en pensiones de acuerdo al marco legal y reglamentario que rige el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión los cuales han sido registrados en la historia laboral en las semanas subsidiadas correspondientes a cada una de las madres comunitarias. En ese orden, la Sala revocará la decisión adoptada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, mediante la cual se ampararon los derechos invocados por las 334 accionantes y, en su lugar, negará la protección solicitada por la razones expuestas en esta providencia la cuales atienden al precedente jurisprudencial fijando mediante sentencia SU-079 de 2018.

De igual manera en la sentencia T-175/19 (Corte Constitucional T-175, 2019), a pesar de que no era el objeto central de la providencia, sobre lo que acá interesa, se concluyó que:

...en sentencia SU079 de 2018, se aclaró la jurisprudencia vigente y aplicable al asunto sub judice, de acuerdo con la cual “el subsidio al aporte en pensión a cargo del Fondo de Solidaridad Pensional no puede entenderse causado cuando el beneficiario no realiza el pago que legalmente le corresponde. De esta manera, los subsidios son aplicados a la historia laboral de los ciudadanos por parte de la respectiva administradora de pensiones

(Colpensiones) una vez estos hacen el pago, toda vez que el aporte al Sistema General de Pensiones solo estará completo cuando se dé la contribución del beneficiado y el subsidio del Estado a través del administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional. Así entonces, de acuerdo al marco constitucional, legal y reglamentario, las madres comunitarias y sustitutas, al no tener relación laboral con el ICBF (se entienden trabajadoras independientes), para acceder a la pensión de vejez tienen la obligación de afiliarse y realizar los respectivos aportes....

Finalmente en la sentencia SU-273/19 (Corte Constitucional SU-273, 2019), se asentó al respecto:

50. Luego de considerar que la acción de tutela satisfizo las exigencias de procedibilidad, al resolver el primer problema jurídico, la Corte reiteró la ratio decidendi de la Sentencia SU-079 de 2018, al considerar que no es posible derivar la existencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF, desde el momento en que se vincularon al programa de HCB y el 12 de febrero de 2014, toda vez que, si bien se puede afirmar que las labores fueron desarrolladas por cada una de ellas, no existió una relación de continua subordinación y dependencia, al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad y la beca no constituye una remuneración, al estar destinada a la alimentación de los niños y niñas a su cuidado, compra de útiles y elementos de aseo, entre otros fines -Supra numeral 45-.

Se puede entonces comprender que desde la sentencia de unificación emitida en el año 2018, la misma simplemente fue reiterada y se adoptó la misma posición y argumentación tenida allí en cuenta, señalando que no se preveía que se pudiera estructurar una relación laboral acorde al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia nacional, siendo entonces esa la *ratio decidendi* que entonces imperó a partir de ésa calenda.

CONCLUSIONES Y EXAMEN CRÍTICO: de todo lo anterior, sin vacilación alguna se puede concluir, observando una reiteración sintética de la interpretación general del flujo de la línea que desde el año de 1995 cuando se profirió la sentencia T-269/95 al año 2001 cuando se profirió la sentencia T-1029/01, teniendo en cuenta todas las sentencias proferidas hasta ahí, visibles en la gráfica, había una posición “formalmente” pacífica respecto a la postura de la existencia de un vínculo contractual de origen civil entre los distinguidos sujetos del problema jurídico, y se dice que formalmente, porque además hay que tener en cuenta el salvamento de voto suscitado dentro de la sentencia SU-224/98 en el cual se recriminaba la falta de haber abordado el caso fáctico desde la óptica del principio de la realidad sobre las formas.

Suscitándose una posición verdaderamente pacífica tan sólo en la sentencia del año 2012, en sentencia T-628/12 y las posteriores, pues si se hubiera tenido ésa postura de dicho salvamento de voto desde ésa época, se hubiera podido predicar que había un régimen intermedio entre un trabajo subordinado y uno independiente o se hubiera podido declarar, quizás la existencia de un verdadero contrato laboral como finalmente se hizo en sentencia T-480/16 la cual, como se anunció quedó anulada en lo que interesa acá.

Corolario de lo anterior y para entender las posturas acabadas de relatar y comprensibles desde la gráfica se debe acudir al estado del arte normativo que naturalmente influía en las decisiones, pues inicialmente y como se vio se tenía como carta de navegación la Ley 89 de 1988 reglamentado por el Decreto 2019 de 1989 y posteriormente el Decreto 1340 de 1995 (Dec.L 1340, 1995) en el que explícitamente se indicaba que no existía vínculo de índole laboral, teniendo las decisiones a partir del año 2012 una base normativa muy diferente con la expedición de la Ley 1607 de 2012, especialmente su artículo 36 y la expedición del Decreto 289 de 2014 expedido por Mintrabajo, el cual desarrolló la vinculación como de índole laboral, lo cual, lógicamente repercutiría en las sentencias que se emitieron desde el año 2012 al 2016, empero, desde la emisión del Auto 186/17, la sentencia T-639/17, A546/18, la SU-079/18, T- 447/18, T-175/19 y SU-273/19 se podría apuntalar sin dubitación que se volvió a las primeras posturas de la Corte Constitucional respecto a no declarar una relación laboral, existiendo aún un conflicto social, por todo lo que la no declaración de una relación laboral comporta.

Por lo que, siguiendo el hilo conductor se debe señalar que dentro del examen y el ejercicio crítico, la Corte Constitucional desde el año 1995, cuando profirió la sentencia T-269/95 no tuvo en cuenta, pudiéndolo haber hecho, un aspecto como el de la aplicación del bloque de constitucionalidad en tratándose del derecho laboral de las madres comunitarias desde la óptica del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades pues ya existía para esa calenda el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incorporados al bloque de constitucionalidad por medio de la Ley 74 de 1968 (Ley 74, 1968), derechos no garantizados por el Estado Colombiano frente a las madres comunitarias inclusive por política Estatal, lo cual es deleznable y se omitió por la Corte Constitucional en ésa época.

Aunado a lo anterior y como crítica propositiva, respecto al Auto que anuló parcialmente la sentencia T-480/16, desde la técnica procesal por haberse presentado una debida carga argumentativa en la solicitud de nulidad y haberse desconocido la tesis que llevaba dicha Corporación, resulta plausible y justa, pues como se dijo en ése Auto, debió haberse hecho referencia a tal tesis y haberse manifestado de manera explícita e inequívoca que se apartaba de la misma, lo que a la postre sería anulado totalmente en otro Auto, ello desde la justicia formal devino en justo, sin embargo, desde la justicia material no.

Siendo entonces necesario afirmar que como se han analizado las sentencias proferidas desde el año 2012 y el salvamento de voto dentro de la sentencia de unificación referida de 1998, se debe tener en cuenta el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en el derecho laboral de las madres comunitarias para esas épocas anteriores al año 2014.

Lo anterior, no sin antes advertir, que sí se debe probar en cada caso específico la concurrencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo y como propuesta, ahora bien, se rescata el activismo judicial de la Corte al proferir la SU-079/18 con todo lo que una sentencia de unificación conlleva para buscar brindar una seguridad jurídica a nivel nacional, brindar unanimidad y no dejar en el limbo todas las decisiones contradictorias que se estaban profiriendo dentro de los expedientes de tutela que se analizaron del país, sin embargo de esa Sentencia se avizora una carga argumentativa un poco parcelada y acomodaticia al descartar la existencia de una posible relación laboral con el mero argumento de que entre el ICBF y las plurimencionadas madres, la normatividad y las sentencias emitidas por la Corte Constitucional no prevén o contemplan la posibilidad de que se pueda estructurar una relación laboral, aduciendo además que cumplen con una labor voluntaria y solidaria de carácter social.

Por lo que, parafraseando al doctrinante y jurista laboralista argentino, Mario Eduardo Ackerman, no se podría decir que estas madres comunitarias por razones puramente altruistas, en tales labores simplemente voluntarias y solidarias dentro del contexto social están sacrificando de su tiempo, están renunciando en parte a su libertad, sin que sea plausible la remuneración de lo que verdaderamente podría constituir una relación laboral eventualmente.

Sin duda, a futuro le convendría al país la emisión de una sentencia unificadora pero teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad como se criticó anteriormente, es decir con los efectos desde el año 1968 y analizar cada caso fáctico desde ésa refracción y en forma insoslayable, cimentada en la Ley 1506 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, sin que ello signifique infaliblemente la declaración de una relación laboral, pues ella está sometida al debate probatorio particular de cada madre comunitaria, en tal sentencia unificadora no se podrá excusar el Estado en el impacto fiscal que pudiera tener, pues ello iría en contravía de los derechos fundamentales de las madres comunitarias así como iría en contravía de lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia (Const., 1991, art. 334) en lo atinente al principio de sostenibilidad fiscal introducido por el Acto legislativo 03 de 2011 (A.L. 03, 2011).

Sin embargo, deberá dicha Corte ponderar tales derechos con el principio de raigambre constitucional de sostenibilidad fiscal, el cual también ha sido politizado en el país, por lo que deberá demostrar si se vulnera tal sostenibilidad más allá de duda razonable con los respectivos cálculos actuariales y su impacto pero nunca omitiendo como infortunadamente lo hizo en la sentencia de unificación del año 2018 el principio de la realidad sobre las formas ni la influencia insoslayable de la Ley y el Decreto antedichos y el bloque de constitucionalidad, pues ello denotaría como ahora se denota, una grave falta de carga argumentativa y una interpretación *contra legem* por cuanto explícitamente se dice en dicha Ley y en dicho Decreto que se formalizaría la vinculación laboral para con las madres comunitarias, específicamente en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y los artículos 1° al 5°, así como el 7° del Decreto 289 de 2014.

Si bien es cierto, se hace alusión al vínculo laboral entre las madres comunitarias y las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, se podría analizar en cada caso, eventualmente, una solidaridad respecto a las obligaciones entre las entidades encargadas de los programas de hogares comunitarios y sustitutos y el ICBF mismo, pues es claro que dentro del objeto o misión del ICBF de “*trabajar por el desarrollo y la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia*” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2020). El Instituto. Recuperado de <https://www.icbf.gov.co/instituto>) se encuentra el realizado por las madres comunitarias, con la

prestación de servicios inherentes a atender el objeto antedicho con las directrices y lineamientos de tal Instituto.

Por lo que, se reitera, eventualmente quedaría demostrado que las madres comunitarias en sus funciones, realizan labores en beneficio y por requerimiento del ICBF, pudiéndose, posiblemente evidenciar que las mismas sí se encontraban bajo la persistida subordinación o sometimiento del ICBF, por cuanto este último, como director, coordinador y ejecutor principal de tales programas para la atención integral de la infancia, tiene el poder de dirección para condicionar el servicio personal prestado por ellas y cuenta con diversas facultades legales para imponer medidas o sanciones de naturaleza disciplinaria, ante el incumplimiento de las directrices o lineamientos específicos que esa misma entidad establece para el funcionamiento y desarrollo del mencionado programa, tanto así es, que puede “*dar por finalizado el respectivo contrato de aporte y hacer efectivas las pólizas*” como se vio anteriormente para garantizar las acreencias laborales y de protección social

Además, encontrando también una irregularidad cuando se expone en dicho Decreto “*Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF*” pues en aplicación del principio de la realidad sobre las formas en materia laboral el cual es de rango constitucional, se podría presentar una verdadera solidaridad, a pesar de esa norma prohibitiva, la cual podría estar alejada de la realidad laboral.

Acorde a lo anterior establece el artículo 34 del C.S.T. (Código Sustantivo de Trabajo, 2020) que solo obstaría ello si se tratara de actividades anormales de dicha empresa para que no se presentara solidaridad ésa prestación de servicios en beneficio de terceros. En consecuencia, eventualmente, mediando el pertinente despliegue probatorio se podría concluir que efectivamente las labores desarrolladas por las madres comunitarias en la ejecución de los contratos por ellas suscritos con las entidades aludidas a favor del ICBF, son labores propias derivadas de las realizadas por dicho Instituto, en otras palabras, no le son extrañas, lo cual ocasionalmente lo haría solidariamente responsable de las obligaciones impuestas a cargo de tales entidades administradoras y en favor de las trabajadoras.

Ejemplos de esos contextos de solidaridad del beneficiario, se tienen las sentencias con número de proceso: 45272, número de providencia: SL14692-2017 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL14692- 45272, 2017), con fecha: 13/09/2017, cuyo magistrado ponente fue: Fernando Castillo Cadena, en la que se plasmó que siendo la obra imprescindible además de su especificidad para conseguir un fin propio para cumplir la actividad para el beneficiario, para el caso, el ICBF, siendo entonces indispensable como unidad técnica, la contratante se convertía en solidaria de los derechos laborales que puedan tener estas acreedoras pues la actividad cubría una necesidad normal del ICBF.

En el mismo sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha proferido las sentencias dentro de los procesos números: 25505 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Proc. 25505, 2005), 33082 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Proc. 33082, 2009), 40541 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Proc. 40541, 2013), y las sentencias SL4400-2014 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL4400- 39000, 2014), así como la SL 17044-2017 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL17044- 54319, 2017).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Castillo, D. (22 de marzo de 2017). Madres Comunitarias protestan nuevamente en Neiva por incumplimiento del Gobierno. La Nación. Recuperado de <https://www.lanacion.com.co/madres-comunitarias-protestan-nuevamente-en-neiva-por-incumplimiento-del-gobierno/>

Código Civil Colombiano [Código]. (2020) Art. 1495. Edición 44 (2020-I). Legis.

Código Civil Colombiano [Código]. (2020) Art. 1502. Edición 44 (2020-I). Legis.

Código Sustantivo de Trabajo [Código]. (2020) Art. 23. Edición 43 (2020-I). Legis.

Código Sustantivo de Trabajo [Código]. (2020) Art. 34. Edición 43 (2020-I). Legis.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW). (1997) Recomendación General No. 25. [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer]

Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 1968). Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966". [Ley 74 de 1968]. DO: 32.682.

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 1988) artículo 1º, párrafo 2º. Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones [Ley 89 de 1988]. DO: 38.635.

Congreso de Colombia. (1° de julio de 2011). Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal [Acto Legislativo 03 de 2011]. DO: 48.117.

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES] programa de creación del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB) (1986).

Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991) Edición 43 (2020-I). Legis.

Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991) Artículo 2°. Edición 43 (2020-I). Legis.

Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991) Artículo 53. Edición 43 (2020-I). Legis.

Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991) Artículo 334. Edición 43 (2020-I). Legis.

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 1988) artículo 1°, párrafo 2°. Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones [Ley 89 de 1988]. DO: 38.635.

Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 2012) artículo 36. Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones [Ley 1607 de 2012]. DO: 48.655.

Corte Constitucional (15 de septiembre de 1994) Sentencia de Constitucionalidad C-410 de 1994. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional (23 de junio de 1995) Sentencia T-269 de 1995. [MP Jorge Arango Mejía].

Corte Constitucional (26 de enero de 1996) Sentencia T-026 de 1996. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Andrea Restrepo Miranda. Estudiante de derecho.

Corte Constitucional (27 de noviembre de 1997) Sentencia de Constitucionalidad C-622 de 1997. [MP Hernando Herrera Vergara].

Corte Constitucional (20 de mayo de 1998) Sentencia de Unificación SU-224 de 1998. [MP Hernando Herrera Vergara].

Corte Constitucional (20 de mayo de 1998) Salvamento de voto a la Sentencia SU-224 de 1998. [MP Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional (9 de junio de 2000) Sentencia T-668 de 2000. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional (31 de julio de 2000) Sentencia T-978 de 2000. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional (2 de agosto de 2000) Sentencia T-990 de 2000. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional (18 de agosto de 2000) Sentencia T-1081 de 2000. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional (25 de agosto de 2000) Sentencia T-1117 de 2000. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional (7 de septiembre de 2000) Sentencia T-1173 de 2000. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional (21 de noviembre de 2000) Sentencia T-1605 de 2000. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional (5 de diciembre de 2000) Sentencia T-1674 de 2000. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional (12 de febrero de 2001) Sentencia T-158 de 2001. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional (12 de febrero de 2001) Sentencia T-159 de 2001. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional (27 de septiembre de 2001) Sentencia T-1029 de 2001. [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional (24 de enero de 2002) Sentencia T-026 de 2002. [MP Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional (14 de febrero de 2002) Sentencia de Constitucionalidad C-107 de 2002. [MP Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional (20 de enero de 2004) Sentencia de Constitucionalidad C-019 de 2004. [MP Jaime Araújo Rentería].

Corte Constitucional (18 de abril de 2007) Sentencia de Constitucionalidad C-282 de 2007. [MP Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional (28 de mayo de 2008) Sentencia de Constitucionalidad C-540 de 2008. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional (10 de agosto de 2012) Sentencia T-628 de 2012. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional (24 de julio de 2013) Sentencia T-478 de 2013. [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional (30 de agosto de 2013) Sentencia T-601 de 2013. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional (30 de octubre de 2013) Sentencia de Constitucionalidad C-753 de 2013. [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional (14 de marzo de 2014) Sentencia T-157 de 2014. [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional (21 de julio de 2014) Sentencia T-541 de 2014. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional (10 de agosto de 2015) Sentencia T-508 de 2015. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional (21 de septiembre de 2015) Sentencia T-606 de 2015. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional (29 de enero de 2016) Sentencia T-018 de 2016. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional (1° de septiembre de 2016) Sentencia T-480 de 2016. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional (17 de abril de 2017) Auto A-186 de 2017. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional (17 de octubre de 2017) Sentencia T-639 de 2017. [MP Antonio José Lizarazo Ocampo].

Corte Constitucional (11 de abril de 2018) Auto A-217 de 2018. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional (22 de agosto de 2018) Auto A-546 de 2018. [MP Antonio José Lizarazo Ocampo].

Corte Constitucional (9 de agosto de 2018) Sentencia de Unificación SU-079 de 2018. [MP José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Constitucional (16 de noviembre de 2018) Sentencia T-447 de 2018. [MP Cristina Pardo Schlesinger].

Corte Constitucional (30 de abril de 2019) Sentencia T-175 de 2019. [MP Antonio José Lizarazo Ocampo].

Corte Constitucional (19 de junio de 2019) Sentencia de Unificación SU-273 de 2019. [MP Carlos Bernal Pulido].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (30 de agosto de 2005) Sentencia, Número de proceso 25505. [MP Eduardo Adolfo López Villegas]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2 de junio de 2009) Sentencia, Número de proceso 33082. [MP Gustavo José Gnecco Mendoza]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (20 de marzo de 2013) Sentencia, Número de proceso 40541. [MP Carlos Ernesto Molina Monsalve]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (26 de marzo de 2014) Sentencia SL4400-39000. [MP Carlos Ernesto Molina Monsalve]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (13 de septiembre de 2017) Sentencia SL14692- 45272. [MP Fernando Castillo Cadena]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (18 de octubre de 2017) Sentencia SL17044-54319. [MP Ernesto Forero Vargas]

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2017). *Madres Comunitarias*. Recuperado de <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PrimeraInfanciaICBF/Madres>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2020). El Instituto. Recuperado de <https://www.icbf.gov.co/instituto>

López Medina, D. E. (2006). *Interpretación Constitucional*. p. 132.

Ministerio de Trabajo de Colombia. (12 de febrero de 2014). Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones. [Decreto 289 de 2014]. DO: 49.062.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) de la Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966) Artículo 6°. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC. Resolución: 2200 A (XXI)

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2006) [informe V de la OIT sobre la relación de trabajo]

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2006) [Recomendación 198 de 2006 de la OIT sobre la relación de trabajo]

Presidencia de la República de Colombia. (6 de septiembre de 1989). Por el cual se reglamenta el párrafo 2° del artículo primero de la Ley número 89 del 29 de diciembre de 1988. [Decreto 2019 de 1989]. DO: 38.969

Presidencia de la República de Colombia. (11 de agosto de 1995). Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar. [Decreto 1340 de 1995]. DO: 41.960.

Sudera, Ackerman, (2009). La Relación de trabajo. Rubinzal.

Urna de Cristal. Portal de Gobierno Abierto de Colombia. (2013). *Más acciones para beneficiar a las madres comunitarias*. Recuperado de <http://www.urnadecristal.gov.co/gestion-gobierno/acciones-madres-comunitarias-Gobierno-icbf>