

---

La Tercerización Laboral y su Incidencia en la Formalización del Empleo de las Madres  
Comunitarias de Sincelejo- Sucre

Carmen Julia Méndez Toscano  
Stiven Favian Díaz Quiroz

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR  
Escuela de Posgrado y Educación Continua  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Especialización en Derecho Laboral y de la Seguridad Social Sincelejo  
2018

---

La Tercerización Laboral y su Incidencia en la Formalización del Empleo de las Madres  
Comunitarias de Sincelejo- Sucre

Carmen Julia Méndez Toscano  
Stiven Favian Díaz Quiroz

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho  
Laboral y Seguridad Social

Asesora  
Mónica Marcela Mendoza Humanéz  
Magister en Derecho Laboral y Relaciones Industriales

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR  
Escuela de Posgrado y Educación Continua  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Especialización en Derecho Laboral y de la Seguridad Social Sincelejo  
2018

**Nota de Aceptación**

4.5



Director



Evaluador 1

Evaluador 2

Sincelejo, Sucre, 10 de diciembre de 2018

---

### **Dedicatoria**

Dedicamos este triunfo a nuestros familiares, que fueron nuestro apoyo incondicional durante el tiempo que cursamos esta especialización, quienes nos han dado la fortaleza y el amor que necesitamos y finalmente a nuestra asesora que con su ayuda, persistencia y dedicación ha hecho posible culminar este trabajo.

### **Agradecimientos**

Ante todo queremos darle infinitas gracias a Dios por iluminar nuestras mentes, para poder culminar el Posgrado y así poder tener la posibilidad de convertirnos en unos profesionales del derecho.

Seguidamente queremos agradecer el apoyo a nuestros padres y familiares, quienes han sido el motor y voz al oído que nos dice que todo se puede y siempre creyeron en nosotros, en nuestras capacidades y deseos de ser unos profesionales del derecho comprometido y respetuoso de los derechos de las personas.

Y finalmente agradecerle a nuestra asesora que dispuso todo su conocimiento, aportando todos sus saberes para que este trabajo fuese una realidad.

## Tabla de Contenido

Resumen.....	8
Abstract.....	9
Introducción.....	10
1. Metodología.....	14
2. La Tercerización Laboral en la Formalización del Empleo de las Madres Comunitarias.....	16
2.1. ¿Qué es Trabajo Informal?.....	16
2.2. ¿Qué es el Trabajo Formal?.....	16
2.3. ¿Qué es la Tercerización Laboral?.....	17
2.4. Madres Comunitarias del ICBF.....	18
3. Contrato Realidad entre las Madres Comunitarias y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF.....	23
3.1. La Actividad Personal del Trabajador.....	25
3.2. La Continuada Subordinación o Dependencia del Trabajador Respecto del Empleador.....	26
3.3. Un salario como Retribución del Servicio.....	27
4. Análisis Descriptivo de la Situación Laboral de las Madres Comunitarias Vinculadas al ICBF - Centro Zonal Sincelejo.....	29
5. Regulación Normativa de que Ampara el Trabajo de la Madre Comunitaria.....	41
6. Conclusiones y Propuestas.....	52
Referencias Bibliográficas.....	57

## Lista de Figura

<i>Figura 1.</i> Triangulo de Relación Contractual Laboral.....	21
<i>Figura 2.</i> Centro Zonales del Dpto de Sucre.....	31
<i>Figura 3.</i> Rango de Edades de las madres Comunitarias.....	32
<i>Figura 4.</i> Tiempo de Servicio.....	33
<i>Figura 5.</i> Nivel Educativo de las Madres Comunitarias.....	33
<i>Figura 6.</i> Afiliación en Salud.....	34
<i>Figura 7.</i> Entidades Promotoras de Salud.....	35
<i>Figura 8.</i> Afiliación a Pensión.....	35
<i>Figura 9.</i> Fondo de Pensiones.....	36
<i>Figura 10.</i> Riesgos Profesionales.....	36
<i>Figura 11.</i> Administradora de riesgos laborales.....	37
<i>Figura 12.</i> Caja de Compensación Familiar.....	37
<i>Figura 13.</i> Salario.....	38
<i>Figura 14.</i> Entidades Administradora del Servicio.....	39
<i>Figura 15.</i> Tipo de Contrato Suscrito.....	39

## Resumen

El proceso histórico de formalización laboral que se ha venido desarrollando con el Programa de Madres Comunitarias al servicio del ICBF, ha mostrado unos cambios visibles, los cuales se reflejan principalmente en su normatividad con la expedición del Decreto 289 de 2014 donde se sentaron las bases para la formalización de los contratos de las madres comunitarias; sin embargo el proceso de regularización laboral de estas madres, ha estado lleno de obstáculos, irregularidades, incumplimientos, y términos de desigualdad que no garantizan el trabajo decente, ni sus derechos laborales, pues su vinculación está dada a través tercerización con las Entidades Administradoras del Servicio (EAS) de naturaleza privada y no directamente con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, persona jurídica de carácter público, que actúa como verdadero empleador, pues es ella quien indica a través del manual operativo cual es y cómo debe ser el funcionamiento de los Hogares Comunitario del Programa. Es por ello que desde nuestra investigación determinaremos la existencia de una tercerización laboral y su incidencia en la formalización del empleo de las madres comunitarias de Sincelejo- Sucre, en aras que nuestra propuesta sea insumo necesario para la fundamentación de la creación de una ley que garantice la vinculación laboral directa de las madres comunitarias con el ICBF, reivindicando de esta forma sus derechos laborales.

*Palabras clave:* madres comunitarias, tercerización laboral, formalización laboral, hogar comunitario

### **Abstract**

The historical process of labor formalization that has been developed with the Community Mothers Program at the service of the ICBF, has shown visible changes, which are mainly reflected in its regulations with the issuance of Decree 289 of 2014 where the foundations were laid for the formalization of the contracts of the community mothers; However, the process of labor regularization of these mothers has been full of obstacles, irregularities, non-compliance, and inequality terms that do not guarantee decent work, nor their labor rights, since their connection is given through outsourcing with the Administrative Entities of the Service (EAS) of a private nature and not directly with the Colombian Family Welfare Institute, a legal entity of a public nature, which acts as a true employer, since it is she who indicates through the operating manual what the operation of the services is and how it should be. Community Homes Program. That is why from our research we will determine the existence of a labor outsourcing and its incidence in the formalization of the employment of the community mothers of Sincelejo-Sucre, in order that our proposal is necessary input for the foundation of the creation of a law that guarantees the direct labor link of the community mothers with the ICBF, thus claiming their labor rights.

*Keywords:* community mothers, labor outsourcing, labor formalization, community home.

## **Introducción**

Con la expedición de la ley 75 en 1968 se crea el Instituto Colombiano de Bienestar familiar sancionada por el entonces presidente de Colombia Carlos Lleras Restrepo, como entidad del estado colombiano que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos. (Ley, 1968)

Instituto colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social que tiene su domicilio legal en la ciudad de Bogotá, D. C., y con plena facultad para organizar dependencias en todo el territorio nacional. (Decreto, 2011)

Atendiendo que en Colombia no existía un modelo estatal para la atención y educación de la población menor de 7 años, hoy llamada: Primera Infancia por recomendación de una misión de la Organización Mundial de la Salud, en 1970 el gobierno establece en el ICBF un programa dirigido a la atención integral de los niños en edad preescolar, que a la vez promoviera la estabilidad familiar. El programa coordinaba los servicios de nutrición, salud, educación, promoción social y protección legal, y debía dirigirse a los sectores más pobres de ciudades y campos naciendo así nacen los "Hogares Infantiles", antes conocidos como CAIFS: Centros de Atención Integrales al Preescolar. (Familiar I. d., 2018)

Este modelo de los Hogares Infantiles cambia sustancialmente para el año de 1986 cuando el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) aprobó el proyecto Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB), como una estrategia de desarrollo humano y una nueva concepción de atención, para cubrir la población infantil más pobre de zonas urbanas y núcleos rurales del país, y para asegurar una rápida ampliación de la cobertura del programa se expide la

ley 89 de 1988 por el Congreso de la República con la finalidad de asignar los recursos económicos para garantizar la continuidad y desarrollo del programa. (Familiar I. C., [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co), 2018).

Uno de los actores principales del programa hogares comunitarios son las madres comunitarias, (Familiar I. d., 2018) agentes educativos responsables del cuidado de los niños y las niñas de primera infancia del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar reconocidas en su comunidad por su solidaridad, convivencia y compromiso con el desarrollo de los niños, niñas y sus familias.

En Colombia hay 69.000 Madres Comunitarias, entre ellas algunos padres comunitarios de todo el país. Atienden 1 millón 77 mil niños y niñas en la modalidad comunitaria de la educación inicial, a través del servicio de hogares comunitarios en todas sus formas:

Hogares Comunitarios de Bienestar HCB- Tradicional: Cuando una madre comunitaria, en su casa, abre un espacio para atender entre 12 y 14 niños.

Hogares Comunitarios de Bienestar FAMI: Se encargan de atender a las madres gestantes y lactantes, y a los niños hasta dos años, enseñándoles a las familias buenas prácticas de cuidado y crianza.

Hogares Comunitarios de Bienestar Agrupados: Se organizan en grupos hasta de 4 HCB tradicionales, en una infraestructura que generalmente es propiedad del municipio. Atienden a los niños en espacios más grandes y mejor adecuados. (Familiar I. C., [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co), 2018)

Nuestra investigación se centra en los hogares comunitarios de bienestar HCB-tradicionales, donde las madres comunitarias están sujetas a las disposiciones laborales que les ha fijado del ICBF y si no las cumple puede ser un motivo para su retiro del programa. Sin embargo, a pesar del trabajo tan importante que desarrollan estas madres, poco se había interesado el Gobierno Nacional, por garantizarles el derecho a un contrato laboral legal, con las prestaciones

sociales de ley, con posibilidades reales de cotizar al Sistema General de Seguridad Social. (Cardozo perez & Ortiz Arroyo, 2015)

Solo con la expedición del Decreto 289 de 2014, se reconoció la vinculación laboral de las madres comunitarias del programa HCB. De acuerdo a la norma en cita la vinculación se dará mediante un contrato laboral entre la madre comunitaria y las entidades administradoras del Servicio (EAS), generando con esto contrataciones mediante la llamada tercerización u outsourcing laboral, consistente en transferir a terceros ciertas actividades complementarias para el desarrollo de la actividad empresarial, figura que no es precisamente la más garantista sino por el contrario, es desconocedor de muchas prerrogativas mínimas contempladas en nuestra Constitución Política.

Si bien es cierto, que con dicha contratación se ha generado reconocimiento de derechos laborales a nivel nacional con la expedición del Decreto in cita, nuestro análisis se circunscribe en las madres comunitarias de Sincelejo-Sucre. Investigación que servirá como referente teórico o muestral de importante consulta, que permitirá proyectar la problemática a nivel nacional que aún persiste con esta población, que si bien tienen un régimen nuevo de contratación, este no es precisamente el más garantista, ya que ha estado lleno de obstáculos, irregularidades, incumplimientos, y términos de desigualdad que no garantizan el trabajo decente, ni sus derechos laborales, pues su vinculación está dada a través tercerización con las Entidades Administradoras del Servicio y no con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien actúa como verdadero empleador.

Es por ello que nuestra investigación es pertinente, relevante y de impacto, atendiendo que pretendemos determinar la incidencia de la tercerización laboral en la formalización del empleo de las madres comunitarias en relación con Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Sincelejo- Sucre, a partir de la expedición del Decreto 289 de 2014 hasta el año 2017. Para dar cumplimiento a este objetivo es necesario discriminar la tercerización laboral como medio de formalización del empleo de las madres comunitarias, demostrando con ello, la existencia de la

supremacía de la realidad sobre las formas en la contratación de las madres comunitarias con el ICBF, analizando la situación laboral de las madres comunitarias vinculadas al ICBF - centro zonal Sincelejo y con ello establecer la relación jurídica y la regulación normativa laboral de las madres comunitarias.

Ante este contexto y a lo planteado, presentamos la pregunta central de nuestra investigación ¿Cuál ha sido la incidencia de la tercerización laboral en la formalización del empleo de las madres comunitarias en relación con Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Sincelejo-Sucre, a partir de la expedición del Decreto 289 de 2014 hasta año 2017?

La respuesta a esta pregunta constituye el objeto principal de este proyecto, la cual se desarrollara con arreglo al siguiente orden de exposición: (I) la tercerización laboral como medio del empleo de las madres comunitarias. (II) Supremacía de la realidad sobre las formas en la contratación de las madres comunitarias con el ICBF. (III) Análisis Descriptivo de la situación laboral de las madres comunitarias vinculadas al ICBF - Centro Zonal Sincelejo. (IV) regulación normativa laboral de las madres comunitarias. (V) Conclusiones y propuestas.

## 1. Metodología

El proyecto correspondió a una investigación jurídica de carácter descriptivo con un enfoque cualitativo, ya que por medio de descripciones y conceptos caracterizamos la incidencia de la tercerización laboral en la formalización del empleo de las madres comunitarias en relación con Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (ICBF).

Dentro de las fuentes utilizadas se acudió a fuentes secundarias, para lo cual se realizó la revisión y clasificación bibliográfica de leyes, revistas indexadas, tesis, investigaciones, libros, periódicos, artículos, bases de datos jurídicas como Dialnet, Vlex, Scielo entre otras.

Con el rastreo bibliográfico adelantado se contrastó la eficacia del tema propuesto frente a los antecedentes de la investigación y el comportamiento histórico del mismo, se lograron construir los primeros capítulos del artículo, posterior a ello se consignó el marco conceptual soportado en cuatro variables que componen el orden de exposición.

La investigación se dividió en cuatro fases así:

Primera fase: Que comprende el objetivo específico primero. Lo realizamos a través de la lectura y análisis de material bibliográfico (ensayos, artículos científicos, etc.,) relacionado con la tercerización laboral en la formalización del empleo de las madres comunitarias.

Segunda fase: Comprende el objetivo específico segundo. Se ejecutó a través de la lectura y análisis de material bibliográfico (ensayos, artículos científicos, ordenamiento jurídico, etc.,) relacionado con el vínculo contractual existente entre las Madres Comunitarias y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF

Tercera fase: Comprende el objetivo específico tercero y se ejecutó a través de la revisión del material bibliográfico, normativo y bases de datos de la oficina de dirección de centro zonal Sincelejo del ICBF de la ciudad de Sincelejo lo permitió determinar la modalidad de contratación

---

con mayor incidencia en virtud de la vinculación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF.

Cuarta Fase: Contiene el objetivo específico cuarto y se ejecutó a través de la lectura y análisis de la Ley 75 de 1968, Ley 07 de 1979, Ley 89 de 1988, Ley 1607 de 2012, Decreto 289 de 2014, Sentencia SU-224 de 1998, la Sentencia T-628 de 2012, T-478 de 2013, sentencia T-130/2015 y la Sentencia T-480 de 2016 y Auto 186 de 2017. Lo que nos permitió examinar cual ha sido la regulación normativa laboral y jurisprudencial que ampara la formalización laboral de las madres comunitarias del ICBF.

## **2. La Tercerización Laboral en la Formalización del Empleo de las Madres Comunitarias**

### **2.1. ¿Qué es Trabajo Informal?**

Es el servicio o la actividad personal que se desarrolla por fuera del marco legal y por lo tanto, no garantiza un ingreso digno, beneficios sociales, cobertura en seguridad, ni protección social para el trabajador o su familia. La ley 1429 de 2010 entiende el trabajo informal como el ejercicio de una actividad por fuera de los parámetros legalmente constituidos, por un individuo, familia o núcleo social para poder garantizar su mínimo vital.

El trabajo informal no cuenta con ningún tipo de control o vigilancia, por lo que su desarrollo se establece por las condiciones a veces definidas por el mismo trabajador informal, atendiendo su necesidad de subsistencia personal y familiar, o en otras ocasiones por las condiciones impuestas por aquel que se beneficia de este tipo de servicios desconociendo los derechos de los trabajadores y colocando a estas personas en una situación de vulnerabilidad. (Molina, 2017)

### **2.2. ¿Qué es el Trabajo Formal?**

Es el servicio o la actividad personal que se desarrolla bajo el respeto y observancia de las normas que rigen la prestación de servicios personales, puede darse a través de una contratación laboral o a través de otras alternativas de vinculación no subordinadas, en ambos casos desarrollándose como una actividad libre que genera un ingreso digno, seguridad y protección social para el trabajador y su familia.

El trabajo formal, es aquel que cumple con los postulados universales del trabajo decente y garantiza la dignidad del trabajador, la calidad de vida, el bienestar de las personas, el progreso social y económico, la reducción de la pobreza y el desarrollo de una sociedad más justa,

equitativa, incluyente y con menor asimetría social. (Franco Molina, 2016)

El artículo 25 de la Constitución Política, consagra al trabajo como un derecho y una obligación social que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. (Constitución Política, 1991)

Así mismo el Código Sustantivo del Trabajo define el trabajo como toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo y para que exista este se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

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.

Un salario como retribución del servicio. (Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

### **2.3. ¿Qué es la Tercerización Laboral?**

En términos generales, la figura de la tercerización u outsourcing consiste en transferir a terceros ciertas actividades complementarias para el desarrollo de la actividad empresarial. Las empresas deciden tercerizar algunos de sus servicios y no llevarlos a cabo internamente puesto que hacerlo conlleva una cantidad importante de beneficios que se materializan en mejores resultados operacionales. (Fedesarrollo, 2017)

Una de las principales motivaciones para realizar tercerización laboral es que esta facilita aumentos transitorios en la fuerza de trabajo ante expansiones no permanentes en la actividad económica de las empresas, las cuales puede variar dependiendo de la época del año o el ciclo económico.

La OIT define la subcontratación para la producción de bienes y servicios como aquella “mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos” (Trabajo, 1997).

Por su parte, en Colombia según el Decreto 583 de 2016, se entiende por tercerización laboral “los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.”

Colombia no ha sido ajena al fenómeno de la tercerización y típicamente, al igual que en otros países, las empresas hacen outsourcing de actividades administrativas y financieras, de recursos humanos, servicio al cliente y servicios de tecnología. (Fedesarrollo, 2017) Sin embargo, en varias ocasiones, las prácticas de tercerización laboral han sido altamente cuestionadas, pues algunas empresas de servicios temporales y otras figuras como las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) o Fundaciones han sido señaladas sistemáticamente de haber sido utilizadas para burlar la legislación laboral y vulnerar los derechos de los trabajadores al negarles el acceso a la seguridad social.

#### **2.4. Madres Comunitarias del ICBF**

El ICBF establece que los hogares comunitarios funcionarán bajo el cuidado de una madre comunitaria, escogida por la asociación de padres de familia, o la organización comunitaria. También establece el perfil de las madres comunitarias: 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 (Acuerdo 21, 1996).

Con relación al punto de la vinculación laboral al programa el Decreto 1340 de 1995, en su artículo 4, dispone que la vinculación de las madres comunitarias “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 y organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen” (Decreto, 1995)

Sin embargo, la Ley 1607 de 2012 estableció consagro:

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.

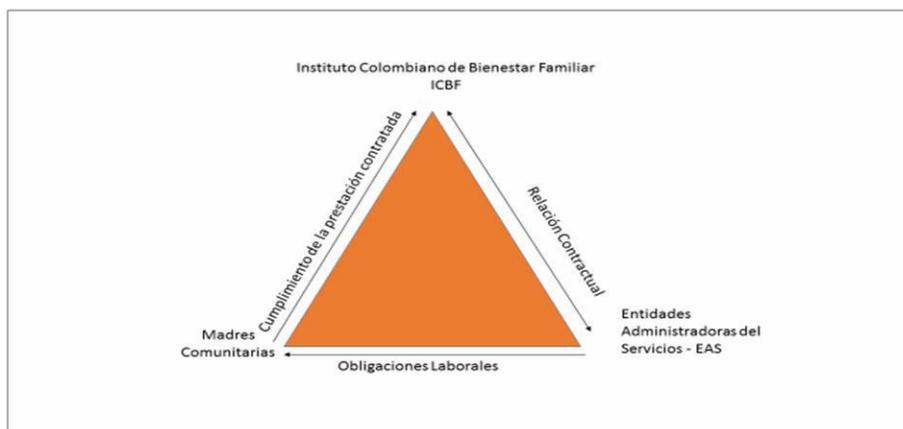
La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa. 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.

Conforme a lo anterior y con la expedición del Decreto 289 de 2014, se reconoce la vinculación laboral de las madres comunitarias del programa HCB, vinculación que se dará mediante un contrato laboral entre la madre comunitaria y las entidades administradoras del programa HCB llamadas también Entidades Administradoras del Servicio – EAS.

Entidades sin ánimo de lucro, tales como fundaciones, OGN'S, las Asociaciones de Padres de Familia y otras entidades autorizadas por el ICBF para la operación y ejecución de los contratos, estableciéndose estas como el único empleador y por tanto no existe vinculación laboral con el ICBF por lo que no es solidariamente responsable por las prestaciones que se les adeuden a las Madres comunitarias, pues no consideradas servidoras públicas. (Decreto, 2014).

Consideramos que esta subcontratación de las madres comunitarias a través de asociaciones y operadores que reciben recursos del ICBF, es tercerización laboral, ello por cuanto se constata que tanto la coordinación como la ejecución de los HCB, es decir todos los aspectos relacionados con el programa, está bajo la estricta y principal dirección del ICBF. Los demás organismos, asociaciones y personas que hacen parte del referido programa, entre ellos las juntas de padres de familia y las madres comunitarias, únicamente se limitan a acatar las directrices dadas por el ICBF, como máximo coordinador y ejecutor del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y por lo tanto va en contravía de la ley y los acuerdos internacionales que ha firmado Colombia en materia laboral.

Como se representa en la siguiente Figura



*Figura 1.* Triángulo de relación contractual laboral

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

De allí que la figura de la tercerización laboral ejecutada a través de las Entidades Administradoras de Servicios, encargadas de operar los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, incluyendo la atención y alimentación de niños y niñas, ha servido entre varios aspectos para dos asuntos fundamentales: eludir la responsabilidad del Estado con dichas servidoras y sobre todo para enriquecer a operadores privados en detrimento de la mala alimentación de los menores que acuden al ICBF, en busca de mejores oportunidades educativas y nutricionales.

Ahora bien, si bien se ha mejorado la situación laboral en que se refiere al reconocimiento de derechos con la expedición del Decreto 289 de 2014 y su vinculación a través de la tercerización, la problemática que aun enfrentan es en materia pensional, en donde no ha habido una solución clara para que las madres comunitarias tengan un retiro digno, porque los recursos con los que salen no alcanzan a cubrir sus enfermedades y necesidades. De allí que, la lucha es constante para que se les garanticen sus derecho laborales entre ellos el derecho a recibir una pensión digna por su labor ejercida durante muchos años.

Lo anterior ha generado una batalla donde se han radicado más de 4000 tutelas con fallos

que reconocen el tiempo trabajado de manera previa al 2014 (obligando al ICBF a pensionar a las madres comunitarias), que ha sido el paso siguiente para la dignificación de esta actividad que se ubica en el núcleo de la sociedad colombiana que por más de 30 años en el ejercicio de su labor, las madres comunitarias no tuvieron derecho a licencias de maternidad, no tuvieron nunca incapacidades cuando las necesitaron y desarrollaron múltiples enfermedades que no son reconocidas como laborales, aunque lo sean. Ahora, con el riesgo inminente de perder los pocos derechos adquiridos, estas mujeres que cuidaron a la primera infancia más vulnerable del país, no tienen ahorros o ingresos para continuar viviendo cuando ya no puedan trabajar más en sus hogares comunitarios.

### **3. Contrato Realidad entre las Madres Comunitarias y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF**

Para desarrollar este capítulo es necesario traer a colación el trascendental fallo de la Corte Constitucional sustentado en la Sentencia T-480 del 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos en el cual 106 mujeres, de las cuales 88 eran mayores de 70 años, instauraron por separado tutela contra el ICBF por considerar vulnerados sus derechos en tanto que la entidad no pagó, durante un tiempo prolongado (de 1990 a 2015), los aportes al sistema de seguridad social en pensión. (Obregón Rolón, 2017)

Mujeres madres comunitarias, que en virtud de su vinculación al programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, deciden interponer una acción de tutela en contra de esta institución por no haber cancelado, durante un tiempo prolongado, el valor de los aportes al sistema de seguridad social en pensión. En el acápite de hechos manifestaron que habían desempeñado su trabajo de manera permanente, personalizada y subordinada, concretamente al cuidado de los niños y niñas que se encuentran en los hogares que coordinan proporcionándoles alimentación, diseñando actividades lúdicas y pedagógicas, entre otras actividades. Indicaron que frecuentemente su jornada se extendía a un horario más allá de las 8 horas reglamentarias y que estas actividades eran asignadas y supervisadas por el ICBF conforme a los estándares establecidos por dicho instituto. Por lo anterior consideraron que su vínculo laboral con el ICBF constituye un contrato realidad por cuanto se encuentran reunidos los elementos esenciales establecidos en el Código Laboral colombiano para ello. Por su parte el ICBF en su respuesta aseguró que no tenía ningún vínculo laboral con el gremio puesto que el contrato de las madres está suscrito con las llamadas Entidades Administradoras del Servicio (EAS), “quienes tienen la condición de único empleador” y, por tanto, “la responsabilidad de pagar las pensiones”. En sentencia de primera instancia les fueron negadas las pretensiones a las Madres Comunitarias.

La Corte decide revocar las sentencias de primera instancia y en su lugar tutelar los derechos de las mismas. Declara la existencia de contrato realidad entre el ICBF y las accionantes

desde su vinculación hasta el 31 de enero de 2014. Ordena al ICBF pagar a las accionantes los salarios y prestaciones sociales causadas y dejadas de percibir así como los aportes parafiscales en pensiones causados y dejados de pagar. Ordena implementar y promover medidas con las cuales se obtenga la efectividad de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación como garantía de todas las personas que ejercen como madres o padres comunitarias/os.

Este fallo es de gran importancia en términos de garantía de los derechos laborales de las mujeres en tanto reconoce que aquellas mujeres que fungen como madres comunitarias y que prestan un servicio a su comunidad a través del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, son sujeto de especial protección constitucional, lo anterior por tratarse de un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo, por encontrarse en una situación económica precaria configurada por el hecho de devengar menos que un salario mínimo y en este caso en particular, por tratarse de mujeres, en su mayoría, de la tercera edad. Aunque este fallo solo tiene efectos inter partes, constituye un precedente indispensable para las mujeres que no han sido beneficiarias de estas medidas y se encuentran en la misma situación de vulneración de derechos. Esta sentencia obliga al ICBF a formalizar laboralmente, de manera paulatina, a todas las madres comunitarias en el territorio nacional y así lograr que devenguen un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al programa. Adicionalmente reconoce la existencia de un contrato realidad que les permite reforzar la accesibilidad a dichas prestaciones por identificarse los elementos necesarios para la existencia de un contrato de trabajo más allá de la relación laboral que hubiese establecido el ICBF.

De ese principio aludido por la Corte Constitucional se desprende la teoría del “contrato realidad”. Sobre el mismo, en reiteradas sentencias, la Corte ha establecido: “El contrato realidad es aquel que, si bien se le ha otorgado una determinada apariencia, por sus contenidos materiales realmente proyecta una verdadera relación laboral, es decir, es el resultado de lo primado de la sustancia sobre la forma”.

En otras palabras, “no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues,

siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad”.

Por consiguiente, sería prudente analizar qué elementos hacen parte del vínculo laboral que podrían ser tomados para que se configure como un contrato realidad. Los cuales son:

### **3.1. La Actividad Personal del Trabajador**

Es aquella realizada por sí mismo; para nadie es un secreto que las madres comunitarias prestan el servicio de atención, educación integral a los niños de escasos recursos de manera personal, ya que este es un requisito exigido en la resolución N° 5827 de 2014 que aprueba el 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, que hace mención sobre la disponibilidad de tiempo que debe tener la madre comunitaria para la atención de los niños beneficiarios del programa de acuerdo con la jornada de atención definida, así mismo define que será causal de cierre definitivo la contratación o encargo a terceros de los niños y la no prestación del servicio sin justa causa, por lo que se colige que la labor de madre comunitaria debe ser prestada siempre por la persona que haya sido contratada por que al no hacerlo pierde la calidad de madre comunitaria.

Para reforzar lo anterior el artículo 11 del Acuerdo 21 de 1989, expedido por la Junta Directiva del ICBF, reza: “Cada Hogar Comunitario de Bienestar funcionará bajo el cuidado de una madre comunitaria”. De allí, consideró la Corte, se puede extraer que cada día esa madre comunitaria desarrolla actividades con los niños en el HCB. Por consiguiente, “está constatado el cumplimiento de este elemento del contrato de trabajo”. (Obregón Rolón, 2017).

### **3.2. La Continuada Subordinación o Dependencia del Trabajador Respecto del Empleador**

Este es el punto más difícil del análisis, porque efectivamente hay que demostrar que el elemento subordinación ejercida sobre las madres comunitarias proviene del vínculo existente con el ICBF y no con las EAS, pues serían estas unas simples intermediarias, En virtud de lo anterior hay que determinar:

Si las madres comunitarias deberían estar sujetas a las causales de terminación de un contrato de trabajo como cualquier trabajador, ya que el ICBF a través del Acuerdo 50 de 1996, en su artículo 01, establece que será causal de cierre de un hogar comunitario el no subsanar dentro del término las irregularidades señaladas en el Decreto, además de las que se encuentran en el 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 medio de resolución 5827 de 2014, además, es quien establece las causales de pérdida de calidad de madre comunitaria y retiro del servicio de la mismas.

De conformidad con la legislación laboral y la realidad, es solamente permitido al empleador imponer una jornada laboral a un trabajador, así como supervisar las labores que este realiza, solicitar informes, abrir procesos disciplinarios, etc. La característica de los hogares comunitarios es que hasta las minutas que se deben dar para alimentación de los niños las entrega el ICBF que es quien realiza este tipo de mandatos, que en teoría debería ser una de las funciones de las Administradoras.

El ICBF, a través de un Banco de elegibles, es quien designa al contratista el personal que debe contratar, quienes deberán cumplir las calidades y requisitos para ser madres comunitarias, estos se encuentran en la resolución 4025 de 2011, tales como; haber residido en el sector donde funcione el hogar comunitario de bienestar por lo menos durante un año; escolaridad mínima

secundaria completa, Tener entre 20 y 45 años de edad, en el momento de su ingreso, entre otros. La ley establece, que las funciones de los servidores públicos se encuentran previamente establecidas en la constitución y la ley o manual de funciones de la entidad, es así como se podría mencionar que las madres comunitarias deberían tener esta calidad por cuanto cumplen con este requisito; caso sub anime las funciones designadas para cada uno de los cargos de las madres comunitarias y personal del programa que se encuentran en el 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 medio de resolución 5827 de 2014; por ejemplo para el cargo de madre comunitaria o agente educativo esta tendrá funciones como, realizar el proceso de caracterización de los niños, niñas y sus familias, de acuerdo con los instrumentos elaborados por el ICBF para este fin, desarrollar actividades propias del servicio al que se integra, con el grupo de niños y niñas bajo su responsabilidad.

Los reportes mensuales, semanales, que deben realizar las madre u agentes comunitarias al ICBF, más las inspecciones, correcciones a los documentos y pesquisas que realiza la institución sería otro título de subordinación que realiza la entidad que muchas veces el contratista no hace y que a su vez debe rendir a la entidad.

En este aparte, el máximo tribunal explicó que la administración, coordinación y ejecución de los HCB “siempre han estado bajo la estricta y principal dirección del ICBF”, tanto así, que, si un HCB llega a incumplir sus lineamientos, el Instituto ordena el cierre del mismo. Así las cosas, está claro para la Corte que sí existe subordinación continuada entre las madres y el Instituto, pese a que este último insiste en que el único empleador del gremio es la EAS. (Obregón Rolón, 2017).

### **3.3. Un salario como Retribución del Servicio**

Es el elemento más fácil de demostrar ya que las madres comunitarias, como retribución por la labor prestada, tienen un salario mínimo tal como lo establece el artículo 36 de la ley 1602

de 2012 y el Decreto 289 de 2014.

En este punto, y siguiendo la línea del contrato realidad, la Corte determinó que “sin importar el nombre o la denominación que se le haya dado a ese reconocimiento económico”, la “beca” o “bonificación” que recibían mensualmente las 106 madres, y que era inferior a 1 SMMLV, “siempre se trató de un salario”. Lo anterior, pese a que “tanto el legislador como el ICBF, se preocuparon por denominarlo beca, a fin de ocultar su verdadera naturaleza”. (Obregón Rolón, 2017).

En consecuencia, estos elementos permitirían no solamente demostrar la existencia de un contrato realidad, puesto que las causales estarían plenamente demostrado, sino que desvirtuaría de tajo la naturaleza “voluntaria y social” que el estado ha querido dar a dicha labor, prevaleciendo la supremacía de la realidad que menciona la constitución sobre lo material.

#### **4. Análisis Descriptivo de la Situación Laboral de las Madres Comunitarias Vinculadas al ICBF - Centro Zonal Sincelejo**

Con la expedición de la Resolución 2859 de 2013 se estableció las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF en el nivel departamental y en el Distrito Capital y consagro que estas se cumplirán por medio de treinta y tres (33) direcciones regionales y en el nivel municipal, distrital y local por medio de doscientos seis (206) Centros Zonales, además, de otras unidades de atención que se creen en los territorios para la prestación de los servicios de protección integral del ICBF, como son los equipos o unidades de atención. (Resolución, 2013). Se consagro además en dicha Resolución que el Director Regional del ICBF, podrá establecer mediante Resolución el área de influencia de cada uno de los Centros Zonales de la dirección regional, para lo cual tendrá en cuenta el número de municipios del Departamento o el número de localidades, zonas, comunas o sectores, la facilidad de acceso y desplazamiento, la oferta de servicios de los programas de primera infancia, niñez y adolescencia, nutrición, familia y comunidad, la demanda de los servicios de protección y del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, las características socioculturales de los municipios, las dinámicas de ordenamiento territorial, la jurisdicción de familia y la racionalización y eficiencia en el servicio público de bienestar familiar.

El Centro Zonal es la dependencia encargada de desarrollar dentro de su área de influencia la coordinación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, coordinar la prestación del servicio público de Bienestar Familiar y la implementación de la política de protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia, el bienestar de las familias y comunidades, y el desarrollo del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. (Resolución, 2013).

Los Centros Zonales tienen diferentes funciones entre ellas las relacionadas con el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en relación con servicios y atención, en relación con la primera infancia, en relación con la niñez y adolescencia, en relación con familias y comunidades, en relación con Nutrición, en relación con Protección y en relación con el Sistema de Responsabilidad

Penal para Adolescentes (Resolución, 2013).

Analizando las bases de datos del Instituto colombiano de Bienestar familiar – ICBF denominada Reporte\_ Talento Humano, se pudo determinar inicialmente que en el Departamento de Sucre existen cuatro Centros Zonales, Centro Zonal Boston, Centro Zonal Sincelejo, Centro Zonal Norte y Centro Zonal la Mojana.

Cada Centro Zonal tiene asignada un área de cobertura así:

El centro Zonal Boston tiene asignado 58 centros poblados entre municipios y corregimientos del Departamento de Sucre. (Achiote arriba, Albania, Baraya, Betulia, Birmania, Bossa Navarro, Brisas del Mar, Buenavista, Ceja del Mango, Chapinero, Corozal, El Palmar, El Roble, El Yeso, Escobar Abajo, Galeras, Granada, Hato Nuevo, Huertas Chicas, La Negra, Las Brujas, Las Llanadas, Las Peñas, Las Tinas, Loma Alta, Loma de Piedra, Los Anones, Los Limones, Los Palmitos, Los Pérez, Mata De Caña, Morroa, Ovejas, Palmas de Vino Piedras Blancas, Pijiguay, Providencia, Sabanalarga, Sabanas de Cali, Salitral, Sampués, San Andrés de Palomo, San José, San José de Pileta, San Luis, San Mateo, San Pedro, Segovia, Siloe, Sincé, Valencia, Vélez, Y Villa López) y tiene adscritos 195 hogares comunitarios

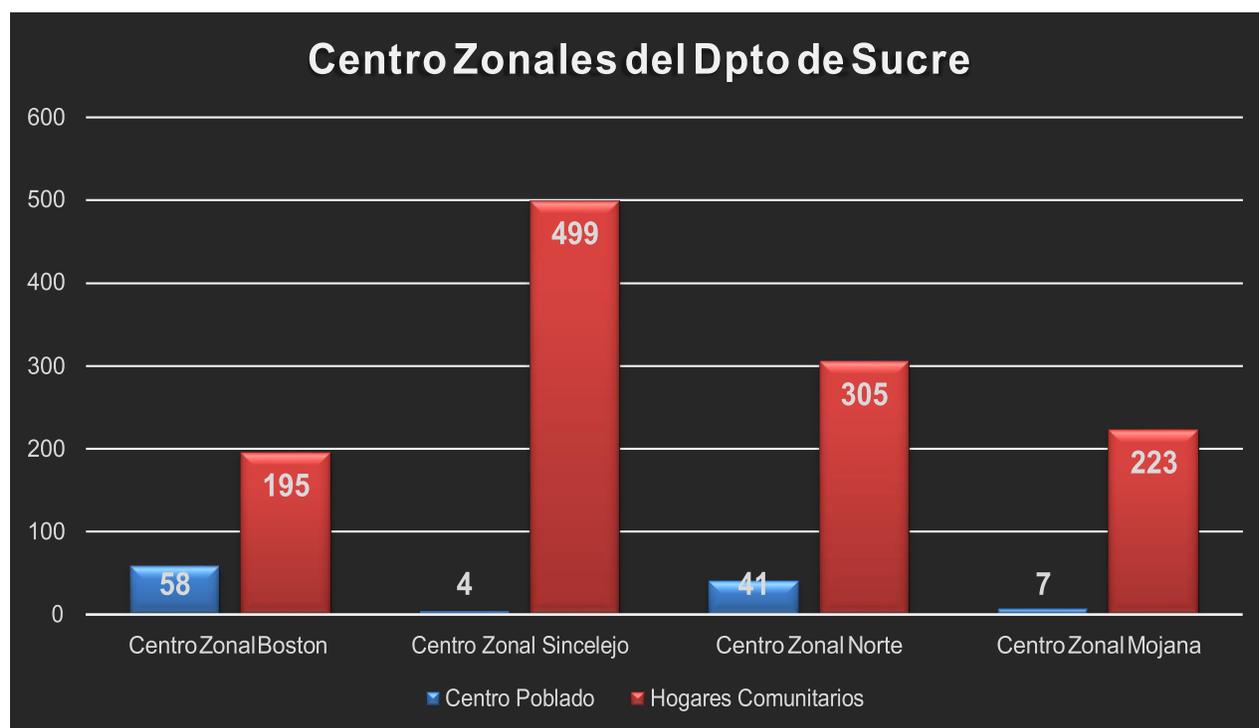
El centro Zonal Norte tiene asignado 41 centros poblados entre municipios y corregimientos del Departamento de Sucre. (San Marcos, Boca Cerrada, Caimito, Pueblecito, Algodoncillo, El Martillo, Barrancas, Sabanetica, San Onofre, Labarcés, La Unión, Jegua, Santiago Apóstol, Punta De Blanco, Cañito, Tolú Viejo, La Piche, Palo Alto, Pita Abajo, Punta De Blanco, La Mejía, Cascarilla, San Miguel, Doña Ana, Villa Nueva, Rancho La Tía, Corral Viejo, San Benito Abad, Libertad, Pita Abajo, Puerto Viejo, Cienaguita, Macaján, Coveñas, Caracol, Rincón Del Mar, Punta Nueva, Labarcés, Sabanas De Mucacal, Cerro De Las Casas, Pajonal, Pita En Medio, Corral Viejo) y tiene adscritos 305 hogares comunitarios.

El centro Zonal Mojana tiene asignado 07 centros poblados (El Naranjo, Eduardo Santos,

Las Palmitas, Tomala, Sucre Palmarito, Tomala, El Naranjo y Pueblo Nuevo) y tiene adscritos 223 hogares comunitarios.

El centro Zonal Sincelejo tiene asignado 04 centros poblados entre barrios de la ciudad de Sincelejo y corregimientos de la ciudad de Sincelejo. (La Arena, Sabanas del Potrero, San Nicolás y Sincelejo) y tiene adscritos 499 hogares comunitarios.

A continuación se hace una muestra mediante graficas de los centros zonales del Departamento de sucre.



*Figura 2.* Centro Zonales del Dpto de Sucre

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Nuestra investigación como bien lo hemos manifestado en el título de este capítulo está centrada exclusivamente en los hogares comunitarios tradicionales de la ciudad de Sincelejo, donde cada hogar tiene al cuidado doce (12) niños y niñas requeridos por el programa, entiéndase

que por cada hogar comunitario hay una madre comunitaria.

En el Centro Zonal Sincelejo del ICBF existen 499 hogares comunitarios lo que quiere decir que existen el mismo número de madres comunitarias en la ciudad de Sincelejo encargadas del cuidado de los niños de 2 a 5 años.

Haciendo un análisis de la información brindada en el centro zonal Sincelejo se validó en la base datos el rango de edades de las 499 madres comunitarias generándose la siguiente información: Entre los 18 y 29 años existen 36 madres comunitarias, entre los 30 y 44 años existen 139 madres comunitarias, entre los 45 y 60 años existen 227 madres comunitarias y más de 60 años existen 97 madres comunitarias. Representadas en la siguiente figura:



*Figura 3.* Rango de Edades de las madres Comunitarias

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Así mismo se realizó un análisis de las fechas de vinculación de las madres comunitarias al ICBF generando la siguiente información: Entre 1970 a 1999 se vincularon 133 madres, entre el año 2000 y 2010 se vincularon 128 madres comunitarias y entre 2011 y 2017 se vincularon 238 madres comunitarias, como se demuestra en la siguiente figura.



Figura 4. Tiempo de Servicio

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Haciendo un análisis de la información brindada en el centro zonal Sincelejo se validó en la base datos el nivel educativo de las 499 madres comunitarias generándose la siguiente información: 2 madres sin alfabetización, 55 Madres con estudios de primaria, 196 madres con estudios de secundaria, 09 madres con estudios de secundaria normalistas, 189 madres con estudios técnicos laborales, 37 madres con estudios técnicos profesionales, 2 madres tecnólogas y o con estudios universitarios. Representadas en la siguiente figura:

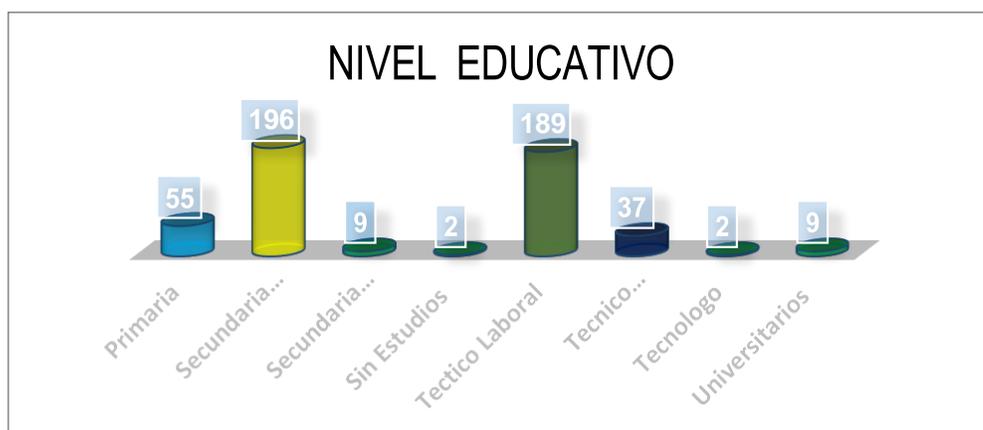


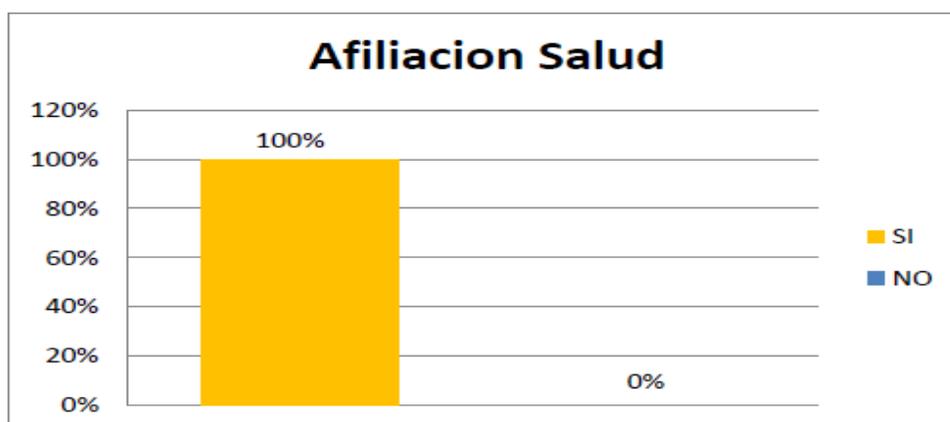
Figura 5. Nivel Educativo de las Madres Comunitarias

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

De acuerdo al ICBF, a partir del 1 de febrero de 2014 todas las madres comunitarias de la Regional Norte de Santander que a 31 de diciembre de 2013 venían ejerciendo éste rol fueron formalizadas laboralmente, bajo la modalidad de contratos de trabajo, dando así cumplimiento a las disposiciones emanadas a través del Gobierno Nacional, según lo establecido en el artículo 36 de la Ley 1602 de 2012.

Las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente a través de las entidades administradoras de servicios bajo la modalidad de contratos de trabajo con todas las prestaciones de ley, amparo de seguridad social y beneficio de aportes parafiscales; y todas las madres comunitarias cuentan con un contrato laboral que garantiza la prestación del servicio de los HCB, de acuerdo con los lineamientos del ICBF, para la vigencia 2014. Al tener un contrato laboral suscrito con las EAS, las madres comunitarias cuentan con todas las garantías consignadas en el Código Sustantivo del Trabajo, en relación con afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social, Caja de Compensación, ARL, prestaciones y demás beneficios.

Se validó en la base de datos del centro zonal que las 499 madres comunitarias se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social en salud, reflejándose un 100% del total. Como se muestra a continuación:



*Figura 6.* Afiliación en Salud

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Al validar la información por EPS a la que se encuentran afiliadas las madres comunitarias se determinó lo siguiente:

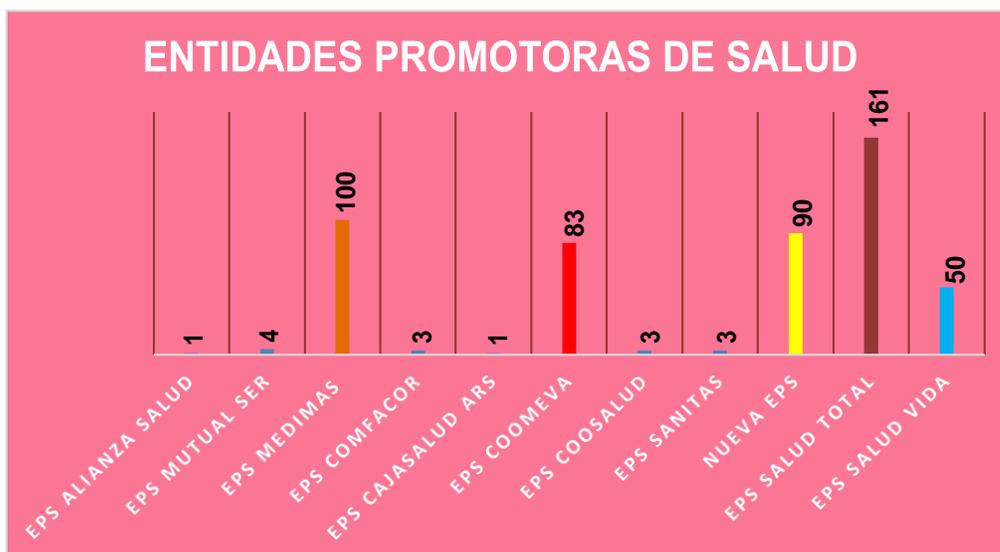


Figura 7. Entidades Promotoras de Salud

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Se validó en la base de datos del centro zonal que las 499 madres comunitarias se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social en pensiones, reflejándose un 100% del total. Como se muestra a continuación:



Figura 8. Afiliación a Pensión

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Al validar la información por Fondo de Pensiones a la que se encuentran vinculadas las madres comunitarias se determinó lo siguiente:

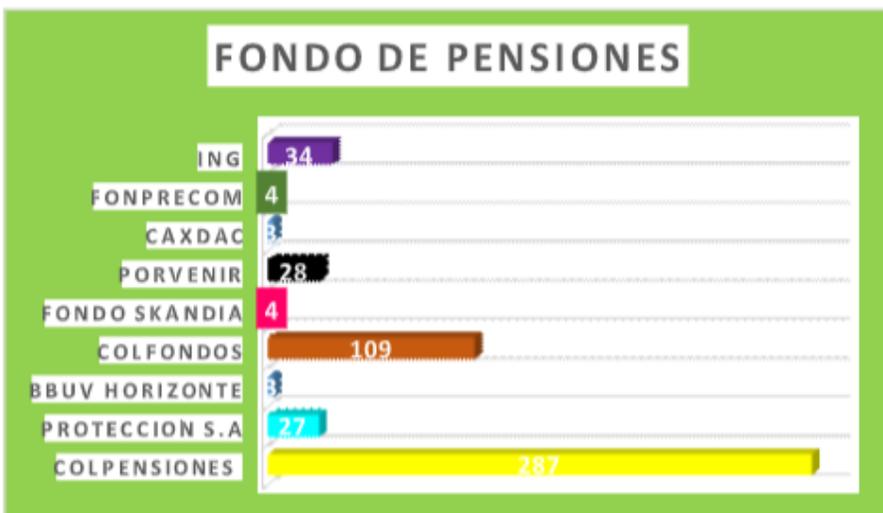


Figura 9. Fondo de Pensiones

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Se validó en la base de datos del centro zonal que las 499 madres comunitarias se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social en riesgos laborales, reflejándose un 100% del total. Como se muestra a continuación:

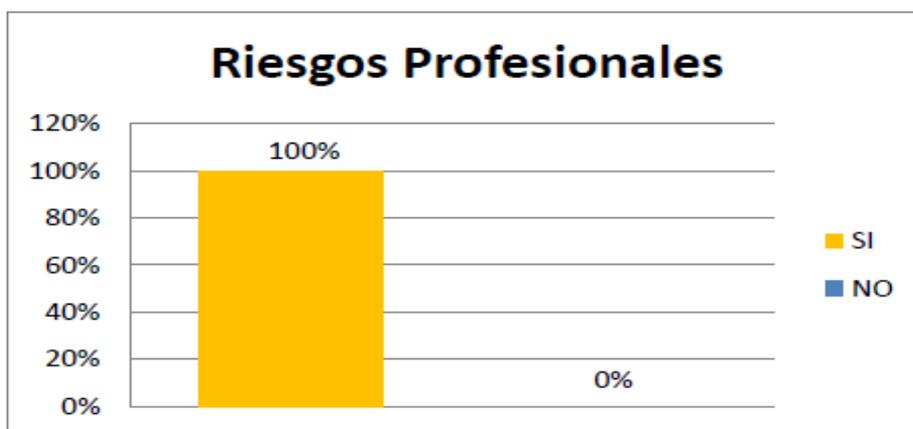


Figura 10. Riesgos Profesionales

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Al validar la información por Fondo de Pensiones a la que se encuentran vinculadas las madres comunitarias se determinó lo siguiente:



Figura 11. Administradora de riesgos laborales

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Se validó en la base de datos del centro zonal que las 499 madres comunitarias se encuentran afiliadas a una Caja de Compensación Familiar, reflejándose un 100% del total. Como se muestra a continuación:

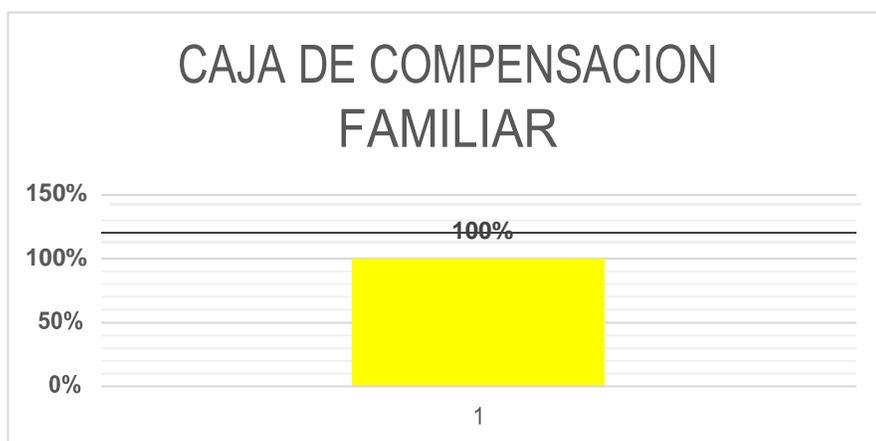
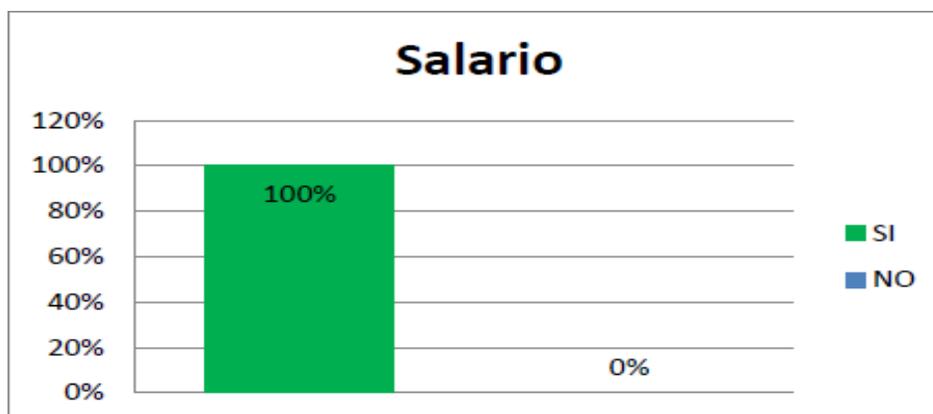


Figura 12. Caja de Compensación Familiar

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Se validó en la base de datos del centro zonal que las 499 madres comunitarias se encuentran devengado un salario mínimo legal mensual vigente, reflejándose un 100% del total. Como se muestra a continuación:



*Figura 13. Salario*

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

En los contratos de aporte suscritos con las EAS se ha incluido en la minuta contractual un artículo que precisamente está dirigido a la contratación del personal agente educativo o madre comunitaria, dadas las capacidades y competencias del personal que siempre ha estado formando parte de la atención a los niños y niñas del país. Al tener un contrato laboral suscrito con las EAS, las madres comunitarias cuentan con todas las garantías consignadas en el Código Sustantivo del Trabajo, en relación con afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social, Caja de Compensación, ARL, prestaciones y demás beneficios.

Realizada la validación en la base de datos del Centro Zonal Sincelejo Reporte\_ Talento humano se determinó que la Entidad Administradora que tiene mayor incidencia en la realización de contratos por aportes con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar son las Fundaciones con 282 contratos por aportes, las Asociaciones de Padres de Familia con 138 contratos suscritos,

Los Cabildos Mayores con 64 contratos suscritos y las Asociaciones de Promotoras Comunitarias con 15 contratos por aportes suscritos, como se muestra a continuación:



Figura 14. Entidades Administradora del Servicio

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Realizada la validación en la base de datos del Centro Zonal Sincelejo Reporte\_ Talento humano se determinó que entre las Entidades Administradora del Servicio y las madres comunitarias de la ciudad de Sincelejo se suscriben dos tipos de contratos a término fijo y a término indefinido. Como se muestra a continuación:



Figura 15. Tipo de Contrato Suscrito

Fuente: Grupo Investigador, Octubre 2018

Las anteriores figuras muestran claramente que existe un gran número de madres en el territorio de Sincelejo, quienes en la actualidad se encuentran vinculadas por medio de un contrato laboral que suscriben con las EAS, entidades encargadas de realizar la contratación de esta, en virtud de la contratación que dichas entidades suscriben con el ICBF, que es la entidad encargada de establecer las condiciones y parámetros bajo las cuales se regirá la prestación del servicio, como son los programas a tratar, el horario de atención y el cuidado de los menores, así como el valor de la contra prestación a recibir de cada madre por el servicio prestado, lo que muestra claramente que su vinculación está configurada bajo la modalidad de una tercerización laboral, en el entendido que quien establece las reglas y condiciones de las personas que prestan la labor de madres comunitarias es el ICBF, y que en virtud de lo consagrado en el del Decreto 289 de 2014, realizan la mencionada subcontratación con las EAS, con la finalidad de que sea esta entidad quien responda en el evento de que se generen conflictos laborales y no ser llamadas estas a responder según lo establece la norma citada, pero vemos claramente que dicha disposición legal vulnera los pilares del Estado Social de Derecho que estableció la Carta Política colombiana, como son dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, resaltados en el artículo 1o de la Carta Magna y de los tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte integral del bloque de Constitucional.

## **5. Regulación Normativa de que Ampara el Trabajo de la Madre Comunitaria**

En Colombia hace 30 años aproximadamente nació la ley 89 de 1988, una propuesta hecha por parte del gobierno nacional de crear los llamados Hogares Comunitarios, ubicados en todo el país con especialidad en las zonas más vulnerables y con presencia de su principal actor las madres comunitarias. Agentes educativos que un principio no gozaban de ninguna prerrogativa laboral, pues no existía ninguna remisión legal que así lo consagrara como bien se expresó en el Decreto 1340 de 1995.

Sin embargo el cambio se dio después de muchos años de lucha al realizar paros y huelgas que desde el 2011 fueron constantes en el programa de hogares comunitarios (HCB) del ICBF, reflejo de una precaria regulación legal que vulneró el derecho al trabajo y a la igualdad de las mujeres que desempeñan estas labores. 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 (Ricardo Pinzon, 2015).

Para comprender la regulación normativa que ampara el trabajo de la madre comunitaria es necesario dar un vistazo a la línea jurisprudencial del programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF.

Iniciando con la Sentencia SU-224 de 1998. En esta providencia, la Sala Plena de la Corte constitucional reiteró lo dicho en la tutela T-269 de 1995, pionera en precedente judicial específicamente que “el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de Bienestar, es de naturaleza contractual, de origen civil”. (Sentencia SU 224, 1998)

El problema jurídico sometido a revisión en esa oportunidad versaba sobre la eventual

vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, igualdad y debido proceso de la demandante, quien para la esa época historia se venía desempeñándose como madre comunitaria dentro del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el desacuerdo a la orden de cierre del hogar de bienestar que dirigía, por parte de la asociación comunitaria de familias de su barrio.

Donde la Honorable Corte Constitucional procedió a examinar si las decisiones proferidas por los jueces de instancia, al negar la primera el derecho al trabajo y conceder el amparo respecto del derecho a la igualdad y al revocar la segunda esta decisión y, en su lugar, tutelar el derecho fundamental al debido proceso, se ajustan al material probatorio que aparece en el expediente y a la doctrina constitucional expedida sobre los mismos.

En el análisis del caso concreto de la sentencia SU-224 de 1998, la Corte manifestó que los requisitos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal del servicio, subordinación y salario) no se encontraban reunidos, lo cual descarta la existencia de “una vinculación contractual de carácter laboral”. Por consiguiente, con respecto al posible desconocimiento del derecho al trabajo, invocado por la peticionaria, por la terminación de la relación vigente y la suspensión de la actividad del hogar comunitario a su cargo, es pertinente concluir que, si de la relación existente entre la demandante y la accionada no se desprende una vinculación de carácter laboral, no es posible deducir la amenaza o violación de dicho derecho, razón por la cual no prospera la tutela para los efectos de la protección del mismo. (Sentencia SU 224, 1998)

La Sala Plena de la Corte procedió a extraer los temas que constituyen precedente constitucional- resaltando lo siguiente:

De esta manera, en la reglamentación expedida respecto del “Programa Hogares Comunitarios de Bienestar” (D. 1340/95), a su Junta Directiva se le atribuyeron las funciones de establecer los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan su organización y funcionamiento, con

implementación gradual, según las condiciones sociales, económicas, geográficas y de participación comunitaria de cada región y con apoyo en la familia y la sociedad, para asistir y proteger al niño garantizando su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por dicha razón, el programa debe ser ejecutado directamente por la comunidad, a través de las asociaciones de padres de familia de los menores beneficiarios del mismo o de otras organizaciones comunitarias, como las madres comunitarias, con una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria, puesto que se deriva de la obligación de asistir y proteger a los niños, la cual corresponde a toda la sociedad y la familia.

Posteriormente esas posturas consagradas en las normatividades anteriormente indicadas fueron reiteradas por la sentencia T-269 de 1995 donde es esa oportunidad la Corte, determinó que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de Bienestar, es “de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente”, así:

Sin duda, alrededor de la relación surgida entre ambas partes -una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y un particular que nunca ostentó la calidad de empleado-, se puede decir que fue de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el I.C.B.F.; consensual, puesto que no requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada. Como es sabido, para que exista una vinculación contractual de carácter laboral se requiere la prestación personal del servicio por parte del trabajador, la subordinación y el salario, este último como retribución del servicio;

y si se trata de un empleado vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, el respectivo nombramiento de la autoridad oficial nominadora, con la prestación personal del servicio con posterioridad a la posesión, unido a la subordinación y el respectivo salario, cuyos presupuestos no aparecen configurados en el asunto sub-examine. (Sentencia T 269, 1995)

Así las cosas haciendo énfasis en la trazabilidad normativa y jurisprudencial que hasta este punto viene aplicando la Corte en el presente caso, debemos destacar que sobra agregar que los anteriores razonamientos son obligatorios y por tanto vinculantes, por cuanto forman parte de la ratio de la sentencia, en la medida en que sujetan y constituyen la base de la decisión, adoptada en el fallo de Sala Plena SU-224 de 1998. En ese sentido, esta Corte ha señalado el carácter vinculante de la ratio, pues, al tener un nexo causal con la parte resolutive, es obligatoria, debe ser observada por las distintas autoridades y corrige la jurisprudencia.

En ese orden de idea, se puede concluir que el legislador en el ejercicio de sus competencias puede cambiar el régimen jurídico de las madres comunitarias, tal como se explicó en el acápite anterior. Sin embargo, la realidad fáctica y jurídica antes de la vigencia de esa ley resulta muy diferente. En atención a lo dispuesto en la sentencia SU-224 de 1998, en íntima conexidad con la sentencia T-269 de 1995, a la cual expresamente remite, al verificar los elementos del contrato realidad, se determinó que los presupuestos no se configuraban en los vínculos entre madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de Bienestar.

En ese orden de ideas procedemos a enunciar una línea de Jurisprudencia que definieron ese momento sobre lo concerniente a la regulación de vinculación de las madres comunitarias. En ese sentido encontramos los pronunciamientos contenidos en las sentencias T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001, T-1029 de 2001.

Las cuales sin duda alguna forman una línea jurisprudencial, en donde la honorable Corte

Constitucional ha sostenido que no existe 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.

Pero la Jurisprudencia acorde a la constante evolución y avance legislativo en materia laboral de las madres comunitarias está contenido en las sentencias T-628 de 2012, T-478 de 2013, T-130 de 2015 y T-508 de 2015 las cuales desarrollaremos a continuación:

A partir de la providencia T-628 de 2012, esta Magistratura empieza a señalar las transformaciones que se han presentado en cuanto a la naturaleza de la relación entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones que hacen parte del mencionado programa, en los siguientes términos:

Sin embargo, el anterior argumento no es de recibo al tener en cuenta que, como se vio, el régimen jurídico de las madres comunitarias no es el de las personas que trabajan por contrato de prestación de servicios, sino uno intermedio entre el trabajo subordinado y el independiente, el cual fue configurado autónomamente por el ICBF. Al hacerlo, esta entidad escogió dotarlo de una jornada máxima igual a la de los trabajadores subordinados y al hacerlo no podía, al mismo tiempo, excluir el salario mínimo mensual, sin incurrir en discriminación sexual en el sentido ya indicado.

Además explicó la Corte que el análisis del régimen jurídico actual de las madres comunitarias revela, de un lado, características propias del trabajo subordinado tales como la limitación de la jornada laboral a ocho horas diarias y, de otro, divergencias importantes con los trabajadores independientes en lo que toca con la seguridad social pues no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, lo cual obedece a la lógica misma del Programa, cual es la responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas. De modo tal que, hoy en día, las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente (Sentencia 622, 2012).

Lo dicho no contradice la jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza jurídica de la relación de las madres comunitarias con las entidades y asociaciones que participan del Programa ya que las sentencias expedidas sobre el asunto se han limitado a indicar que no se trata de trabajo subordinado, lo que se reitera en esa decisión.

En la sentencia T-478 de 2013, esta Corporación revisó los fallos de tutela proferidos dentro de la acción de tutela formulada por una madre comunitaria que exigía el restablecimiento de sus derechos que estimaba vulnerados, porque se le dejó de pagar el subsidio a los aportes a pensión. En ese caso, la Corte analizó el régimen legal aplicable a las madres comunitarias y encontró que el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 había establecido medidas progresivas tendientes a mejorar la situación de quienes realizan actividades como madres comunitarias, entre otras, la asignación gradual de una remuneración que llegue a equivaler al valor del salario mínimo legal vigente y finalmente, la formalización laboral (Sentencia T 478, 2013).

En esta ocasión la Sala de Revisión encontró que el régimen jurídico de las madres comunitarias se encontraba en un período de transición, ya que en el año 2014 debe pasar de ser un régimen jurídico especial, a una relación laboral por la que devengarán un salario mínimo legal vigente. Finalmente, debe destacarse que durante 2013, la beca o bonificación que reciben las madres comunitarias debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Con la expedición de la Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012 y el Decreto 289 del 12 de febrero de 2014 que reglamentó el artículo 36 de la mencionada ley, se contrajo que las madres comunitarias serían vinculadas mediante contrato de trabajo, que no tendrían la calidad de servidoras públicas, que prestarían sus servicios a las entidades administradoras del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y que no se podía predicar solidaridad patronal con el ICBF.

Así lo explico la Corte en la sentencia T-130/2015:

Dentro de esta secuencia, la Corte encuentra que entre los años 2013 y 2015 y

particularmente, a partir del año 2014, el régimen jurídico de las madres comunitarias pasó de ser un régimen jurídico especial a convertirse en un régimen laboral con ciertas especificidades. El primer paso estuvo en la citada Ley 1607 de 2012 que dispuso que durante el año 2013 la beca o bonificación que recibían las madres comunitarias debía equivaler al valor de un salario mínimo legal mensual vigente; además, se mantuvo el subsidio especial otorgado a las madres comunitarias para sus aportes al Sistema General de Pensiones por medio del Fondo de Solidaridad Pensional. El segundo avance se produjo con la expedición del Decreto 289 de 2014 reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, de manera que cuenten con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social (Sentencia T-130, 2015).

Es por eso que debemos destacar que respecto al presente tema la jurisprudencia constitucional ha evolucionado, de cara al desarrollo legislativo: En un principio, la Corte consideraba que se trataba de un vínculo contractual de índole civil entre las madres y el operador y que no se trata de trabajo subordinado ante el ICBF (T-269/1995, SU-224/1998, T-668/2000, T-978/2000 T-990/2000 y T-1173/2000).

Luego, determinó que se trataba de un contrato intermedio entre el subordinado y el independiente, “que no genera relación laboral” (T-628 /2012); para finalmente ir acorde al avance legislativo de formalizar la vinculación laboral a partir de febrero de 2014, regulada con la Ley 1607 de 2012 y Decreto 289 de 2014 (T-130/2015 y T-508/2015).

Posteriormente la Sentencia T-480 de 2016 emitió un fallo trascendental que de una u otra manera se salió o desmarcó de la línea jurisprudencia que con anterioridad se había enmarcado por más de una década en esa corporación sobre el tema de las madres comunitarias.

Toda vez que en la providencia T-480 de 2016, la Sala Octava de Revisión estudió el asunto acumulado de 106 madres comunitarias que instauraron acción de tutela contra el ICBF, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo, ante la negativa del pago de los aportes pensionales, con ocasión de la labor de madre comunitaria que desempeñaron desde la fecha de su vinculación al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF hasta el 31 de enero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad estuvieron vinculadas a dicho programa.

Para resolverlo, la Sala abordó varios ejes temáticos, a saber: (i) el alcance y contenido de los derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social en condiciones dignas y justas; (ii) los elementos esenciales del contrato de trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades como uno de los principios constitucionales más relevantes en materia laboral; (iii) la prohibición de discriminación de género en el trabajo como garantía constitucional de los derechos laborales de las mujeres trabajadoras; (iv) los aspectos generales del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF; (v) el marco normativo y jurisprudencial de la labor de madre comunitaria en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF; (vi) los desarrollos legales y jurisprudenciales que dan cuenta del avance progresivo en materia de seguridad social de las personas que desempeñan la labor de madre o padre comunitario del ICBF; (vii) la prohibición de invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva, como una de las garantías constitucionales que erigen el modelo de Estado Social de Derecho; y (viii) el alcance del principio de progresividad en el derecho fundamental a la seguridad social (Sentencia T -480, 2016).

En la Sentencia T-480 de 2016 la Sala encontró que entre el ICBF y las 106 madres comunitarias sí se cumplieron los elementos del contrato de trabajo realidad, demostrando que: (i) las actoras sí prestaron personalmente sus servicios como madres comunitarias; (ii) sí recibieron por parte del ICBF el pago de una suma de dinero periódica, fija y constante como retribución (sin importar su denominación); y (iii) el ICBF siempre tuvo poder de dirección para condicionar el

servicio personal que prestaron las demandantes (lugar de trabajo, jornada y horario, medidas y sanciones). Bajo el postulado de que el pago de los aportes a pensión es una obligación inherente a una relación laboral, la Sala Octava de Revisión observó que el ICBF había vulnerado sistemáticamente los derechos fundamentales de las 106 madres comunitarias, ante la negativa de pagar los aportes pensionales, resultando en un *trato discriminatorio de género* teniendo connotaciones particulares por ser de índole público, compuesto, continuado, sistemático y de relevancia constitucional.

De conformidad con lo evidenciado, la Sala Octava de Revisión dispuso revocar los fallos de única instancia proferidos en los procesos de tutela acumulados, para en su lugar, otorgar el amparo de los derechos fundamentales invocados. Con la finalidad de materializar la efectividad de los derechos de las 106 madres comunitarias, se adoptaron varias medidas protectoras sintetizadas a continuación:

Se declaró la existencia de contrato realidad entre el ICBF y las 106 accionantes;

Se ordenó al ICBF adelantar el respectivo trámite administrativo para que reconociera y pagara a favor de cada una de las demandantes los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir durante un tiempo determinado, en cuanto no estuvieren prescritos;

Se ordenó al ICBF adelantar el correspondiente trámite administrativo para que reconociera y pagara a nombre de cada una de las accionantes los aportes pensionales causados y dejados de pagar en un lapso específico;

Se exhortó al ICBF promover e implementar medidas idóneas y eficientes, con las cuales se obtuviera, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la efectividad de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación como garantías de las personas que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario durante un tiempo determinado;

Y se remitió copia de la sentencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que brindaran la asesoría jurídica y el acompañamiento legal adecuado que llegaran a requerir las demandantes, para el cumplimiento de ese fallo, a efecto de materializar la eficacia de los derechos fundamentales.

Sin embargo esa misma colegiatura mediante Auto 186 de 2017, proferido por la Sala Plena, en donde entra a revisar una solicitud por parte de ICBF, procedió a revocar parcialmente lo resuelto en la anterior jurisprudencia.

Inconforme con la decisión contenida en la Sentencia T-480 de 2016, el 30 de noviembre de 2016, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF solicitó se declarara su nulidad, la cual fue resuelta mediante Auto 186 de 2017, donde la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió la solicitud de nulidad presentada, declarando la nulidad parcial de la T-480 de 2016, por configurarse la violación al derecho al debido proceso, bajo la causal denominada *cambio de jurisprudencia*, por desconocimiento de la sentencia de unificación 224 de 1998, en relación con la inexistencia de un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar; así como de la jurisprudencia en vigor (línea jurisprudencial sostenida, uniforme y pacífica sobre el tema; sin haber observado los requisitos que le permiten apartarse del precedente.

Esto es, la Sala Plena concluyó que tal circunstancia conduce a la declaratoria de nulidad de la providencia T-480 de 2016, decisión con alcance parcial, toda vez que la Corte consideró que era necesario mantener el amparo del derecho de las 106 madres comunitarias a que se realicen los aportes faltantes al sistema de seguridad social, con el propósito de permitirles acceder a pensión, el cual también fue anulado por temas de presupuesto.

Es clara la vulneración de los derechos laborales y de seguridad social hacia las madres comunitarias que ahora Alto Tribunal en la más reciente Sentencia de unificación **SU-079 de 2018** responde a una nueva tutela interpuesta por 162 mujeres de esta población en la que buscaban que

el Gobierno Nacional reconociera el 100% de su aporte a pensión para poder jubilarse. Este consideró que lo las madres comunitarias debían pagar el 20% de sus aportes, ya que su labor era social, con el argumento que “Los programas de hogares comunitarios o 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 madres, no se generaría obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de parafiscales en su favor” (Sentencia SU 79, 2018).

Esto quiere decir que el Gobierno financia el 80% de las pensiones solo a las mujeres que paguen el porcentaje restante, lo que es considerado una medida injusta para estas trabajadoras, quienes para agosto del año en curso realizaron una nueva manifestación en centro de Bogotá con el fin de protestar en contra de la decisión de la Corte Constitucional de no reconocer el pago de su pensión por parte del Gobierno, por lo que le piden que se ratifique la primera decisión que se había tomado en el 2016, en la que se reconocía su tiempo de trabajo.

Analizando la última sentencia de unificación consideramos que la Corte Constitucional ha tomado decisiones profundamente regresivas e inconstitucionales que condenan a las madres comunitarias, sustitutas y tutoras de avanzada edad a la indigencia, pues, aunque desde el año 2014 reciben un salario y aportes a la seguridad social, para las más ancianas, no hubo protección en pensión. Madres comunitarias que por varios años han realizado esa función de manera permanente, personal, continua y con la subordinación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que aunque cumplen con los requisitos para tener un contrato de trabajo, con el instituto este no les ha pagado un salario propiamente dicho, pues han recibido una bonificación cuyo monto es inferior al mínimo legal vigente. Sumando a esto el ICBF no realiza los aportes a la seguridad social lo que ha implicado que no reúnan las semanas cotizadas que requieren para que en el futuro puedan acceder a la pensión.

## 6. Conclusiones y Propuestas

Dando cumplimiento a nuestro objetivo específico primero se concluye que la vinculación laboral de la madres comunitarias se da mediante un contrato laboral entre esta población de mujeres y las entidades administradoras del programa HCB, que tiene a su cargo el servicio integral de atención a la primera infancia; esto con el fin de que las madres comunitarias no tengan un vínculo laboral con el ICBF y no sean servidoras públicas. Sin embargo, esta situación de la subcontratación de las madres comunitarias a través de asociaciones y operadores que reciben recursos del ICBF, es “tercerización laboral”, que ha servido entre varios aspectos para dos asuntos fundamentales: eludir la responsabilidad del Estado con dichas servidoras y sobre todo para enriquecer a operadores privados en detrimento de la mala alimentación de los menores que acuden al ICBF, en busca de mejores oportunidades educativas y nutricionales quedando esta situación en contravía de la ley y los acuerdos internacionales que ha firmado Colombia en materia laboral.

Por lo que se concluye en este punto que quien establece las reglas y condiciones de las personas que prestan la labor de madres comunitarias es el ICBF, y que en virtud de lo consagrado en el del Decreto 289 de 2014, realizan la mencionada subcontratación con las EAS, con la finalidad de que sea esta entidad quien responda en el evento de que se generen conflictos laborales y no el ICBF. Por ejemplo la lucha en la que se encuentran la madres comunitarias para que sea el ICBF quien les reconozca su derecho a recibir una pensión digna para aquellas madres comunitarias que superan la edad de 57 años; y que se esté quien les permita tener la formalización laboral con un contrato a término indefinido que las beneficie con todas las prestaciones de ley, pues el Estado sólo ha podido continuar haciendo los contratos a término fijo con las asociaciones de padres, fundaciones, cabildos mayores, entre otras, ya que no se ha logrado articular a la población mediante una vinculación directa con el ICBF.

A la luz de nuestro objetivo específico segundo se concluye que entre las madres comunitarias y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF existe un verdadero contrato de trabajo dado que quien establece las condiciones y parámetros bajo las cuales se presta el

servicio es el ICBF y no las EAS, para tal cometido, se verificó la configuración de cada uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) un salario como retribución del servicio; y (iii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador. Todo esto, con la observancia y adecuada aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, como garantía en la protección efectiva de los derechos laborales que reclaman las madres comunitarias, ante el presunto desconocimiento sistemático de esos derechos por parte del ICBF, entidad que, según ellas, supuestamente ha implementado estrategias jurídicas encaminadas a ocultar un contrato de trabajo real y así evadir las verdaderas obligaciones que emanan del mismo.

En cuanto a la actividad personal de las madres comunitarias, se encontró cumplido el mencionado elemento esencial, ya que las madres comunitarias sí prestan personalmente sus servicios dentro del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF que 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 pertenecen los menores.

Con relación a un salario como retribución al servicio prestado por las madres comunitarias, se determinó que estas mujeres 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 (Becas).

Y frente a la subordinación o dependencia de las madres comunitarias respecto del ICBF, se 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.

Con relación a la la caracterización de la situación laboral que actualmente afrontan las madres de los Hogares Comunitarios del ICBF de la ciudad de Sincelejo una vez analizadas las bases de datos del Instituto denominada Reporte\_ Talento Humano, se encontró que la mayoría de su totalizad tienen actualmente un contrato laboral a término fijo y solo 4 tiene un contrato a término indefinido, siendo su “empleador” las Entidades Administradoras del Servicio que en un 53% son las Fundaciones.

Se determinó además que en el rango de edades donde existen más madres comunitarias oscila entre los 45 y 60 años con 227 mujeres vinculadas al programa. Otro dato importante para resaltar esta dado en el tiempo de servicio de 133 mujeres vinculadas entre los años de 1970 a 1999 con 25 años de servicio.

Por lo que se concluye en este punto que las Madres Comunitarias fueron vinculadas laboralmente a través de las Entidades Administradoras de Servicios bajo la modalidad de contratos de trabajo con todas las prestaciones de ley, amparo de seguridad social y beneficio de aportes parafiscales; y todas las madres comunitarias cuentan con un contrato laboral que garantiza la prestación del servicio de los HCB, de acuerdo con los lineamientos del ICBF, para la vigencia 2014 en adelante. Al tener un contrato laboral suscrito con las EAS, las madres comunitarias cuentan con todas las garantías consignadas en el Código Sustantivo del Trabajo, en relación con afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social, Caja de Compensación, ARL, prestaciones y demás beneficios.

En virtud del objetivo específico cuarto se concluye que la normatividad que arroja el ordenamiento jurídico laboral de las madres comunitarias continua en un limbo jurídico, pues no existe una norma reglamentaria que defina de manera clara y concreta su situación contractual, ya que muy a pesar de que se han conquistado logros normativos notables sobre el particular, como la expedición de la Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012 y en el Decreto 289 de 2014, que definen

la clase de contratación, salario y el reconocimiento de sus prestaciones sociales; sin embargo se han dejado brechas demasiado extensa sobre el grado de responsabilidad que existe entre el ICBF y las madres comunitarias, toda vez que, si bien dichas madres están obligadas estrictamente a cumplir con las condiciones, horarios y demás exigencias que les impone el mencionado Instituto, ya sea de manera directa o a través de terceros, este no es recíproco con el deber que se tendría que asumir en caso de un incumplimiento o violación de los derechos laborales de las madres comunitarias, toda vez que la mencionada norma se encuentra disfrazada, al manifestar que no es solidariamente responsable por conflictos laborales, remitiendo drásticamente en contra de pilares que sostiene nuestro Estado Social de Derecho.

Muy a pesar que ha sido resorte de estudio de la Honorable Corte Constitucional, aun no se ha podido definir o resolver el problema jurídico en cuanto a la responsabilidad del ICBF, con las madres, que si bien es cierto en el año 2016 se proferido un sentencia que procedió a reconocer las pretensiones de unas madres que lograron demostrar que efectivamente se les vulneraron sus derechos fundamentales y que el directamente responsable era el mencionado Instituto esta dicha no duro mucho tiempo, pues con posterioridad tal pronunciamiento se expidió el auto 186 de 2017 que en primera medida modificó la parte resolutive de la sentencia, en entendido que solo se dejaba incólume la condena respecto al pago de los aporte; sin embargo se vuelve a modificar dicha situación indicando que si bien se deben hacerle esos aportes solo se realizarían en un porcentaje del 80% por parte del fondo solidario de pensiones y el resto ósea el 20%, debía sufragarlo la madre comunitaria, lo que muestra claramente que no se ha definido el tema.

Conforme a lo anterior debemos manifestar que son varios los aspectos que requieren ser modificados respecto de los derechos laborales para el mejoramiento de la calidad de vida de las madres de los Hogares Comunitarios del ICBF, para ello se propone en primera medida presentar una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional para que esta declare la inexecutable del art 1 y 2 del Decreto 289 de 2014, bajo el entendido de que dicha disposición es violatoria de la Constitución misma que enmarca a Colombia como un Estado Social de Derecho.

Como segunda medida se propone presentar un proyecto de ley ante el Congreso de la Republica de Colombia que regule todos los aspectos de contratación y funcionamiento de los hogares comunitarios logrando con ello adecuar la normatividad que gobierna el asunto, para que sea directamente el ICBF el encargado de la contratación y coordinación de las madres comunitarias como principales actores dentro de los Hogares Comunitarios del Programa desapareciendo la figura de la tercerización laboral en la que se encuentra sometidas estas madres comunitarias, a quienes durante más de tres décadas se les han vulnerado vilmente sus derechos y condiciones laborales.

A la luz de lo anterior, resaltamos que el Estado se encuentra en mora de reconocer la calidad de trabajadoras que ostentan esta población de madres marginadas, y de integrarlas al empleo público a través de un verdadero vínculo legal y reglamentario, donde se les acredite la calidad de empleados públicos.

### Referencias Bibliográficas

Instituto Colombiano Bienestar Familiar (ICBF) (23 de abril de 1996). *Acuerdo 21, artículo 5.* Colombia

Cardozo, V., y Ortiz, K. (2015). Aspecto salarial, contractual y de seguridad social de las madres de Cúcuta, Colombia. Universidad Libre de Colombia.

Código Sustantivo del Trabajo (05 de 08 de 1950). Artículo 23.

Colombia, E. D. (2017). Informe mensual del mercado laboral. Bogotá: Gráficas Ducal

Congreso de la Republica de Colombia (03 de 12 de 1968). *Ley, 75.* Molina, D. F. (27 de 09 de 2016). Formalización Laboral. Eje21.

Constitución Política, Artículo 25 (Asamblea Nacional Constituyente 04 de 07 De 1991).

Corte Constitucional (10 de 08 de 2012). *Sentencia 622, T-2.403.984.* Colombia.

Corte Constitucional (20 de 05 de 1998). *Sentencia Su 224, T-143.974.* Colombia

Corte Constitucional (23 de octubre de 2018). *Sentencia Su- 224 de 2018, 224.* Colombia

Corte Constitucional (23 de 06 de 1995). *Sentencia T 269, T-55605.* Colombia

Corte Constitucional (23 de 07 de 2013). *Sentencia T 478, T-3848705.* Colombia

Corte Constitucional (01 de 09 de 2016). *Sentencia T -480, T-5.457.363, T-5.513.941 Y T-5.516.632, AC.* Colombia.

Corte Constitucional (27 de 03 de 2015). Sentencia T-130, T-4.574.729. Colombia.

Departamento Administrativo de la Función Pública (03 de 11 de 2011). *Decreto, 4156*. Colombia.

Fedesarrollo. (2017). *Evolución de la figura de tercerización laboral en Colombia*. Bogotá: Graficas Ducal.

Franco, D. (27 de 09 de 2016). *Formalización Laboral*. Eje21.

Laboral, F. (11 De 09 De 2018). *Www.Eje21.Com.Co*. Recuperado de <http://Www.Eje21.Com.Co/2016/09/Formalizacion-Laboral/>

Instituto Colombiano Bienestar Familiar (ICBF) (18 de mayo de 2018). *Www.Icbf.Gov.Co*. Recuperado de <http://Www.Icbf.Gov.Co/Portal/Page/Portal/Primerainfanciaicbf/Madres>

Instituto Colombiano Bienestar Familiar (ICBF) (26 de 07 de 2018). *Www.Icbf.Gov.Co*. Recuperado de [https://Www.Icbf.Gov.Co/Cargues/Avance/Docs/Decreto\\_4156\\_2011.Htm](https://Www.Icbf.Gov.Co/Cargues/Avance/Docs/Decreto_4156_2011.Htm)

Instituto Colombiano Bienestar Familiar (ICBF) (17 De 10 De 2018). *Www.Icbf.Gov.Co*. Recuperado de <http://Www.Icbf.Gov.Co/Portal/Page/Portal/Primerainfanciaicbf/Madres>

Instituto Colombiano Bienestar Familiar (ICBF) (10 de 09 de 2018). *Www.Icbf.Gov.Co*. Recuperado de <https://Www.Icbf.Gov.Co/Instituto>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (24 de 04 de 2013). Resolución, 2859.

Ministerio de Salud Pública (10 de 08 de 1995). *Decreto, 1340*. Colombia.

---

Ministerio del Trabajo (12 de 02 de 2014). *Decreto, 289*. Colombia

Molina, D. (17 de 03 de 2017). *La Tasa de informalidad laboral más baja del país la tiene Manizales*. Eje21.

Obregón, B. (29 de 01 de 2017). *Madres Comunitarias: entre el Apoyo de la Corte y la Objeción de Santos*. El Heraldó.

Organización Internacional del Trabajo (O. I.T.) (1997). *Trabajo en Régimen de Subcontratación*. Ginebra.

Ricardo, M. (10 de 03 de 2015). *Madres Comunitarias: Un caso paradigmático de la forma en que el derecho produce identidades*. Bogotá, Colombia: Universidad de Los Andes.