



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Boyacá
Dirección Regional



**El futuro
es de todos**

**GOBIERNO
DE BOYACÁ**

15 10000

Tunja,

Señora
MARIA EDILMA QUINTERO GOMEZ
Carrera 98 A No. 73 - 24
Bogotá, D.C.

CORREO CERTIFICADO

ICBF-Cecilia de La Fuente de Lleras
Al contestar cite No. : S-2019-495844-1500
Fecha: 2019-09-03 13:43:30
Enviar a: MARIA EDILMA QUINTERO
GOMEZ
No. Folios: 1

Asunto: Respuesta Derecho de Petición radicado SIM N° 16217041, sobre reconocimiento de prestaciones laborales a madres comunitarias.

Respetado Señora:

En atención a la solicitud del asunto, presentado ante el ICBF, mediante la cual solicita "... se me indique de manera precisa si es posible que se realice a mi nombre los aportes a seguridad social durante los años 1992-2001, fecha en la cual me desempeñe como madre comunitaria..." y otras peticiones, en el marco de nuestras competencias, con el fin de responder de fondo su petición le manifestamos:

El ICBF, no es el llamado a responder por las acreencias laborales y demás emolumentos, toda vez que las mismas desconocen la Constitución y la Ley, así como el principio de confianza legítima, considerando que la Corte Constitucional de manera pacífica y unificada ha interpretado que entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y las madres comunitarias no existe vínculo laboral.

Para ello téngase en cuenta los diversos pronunciamientos de las altas Cortes en este sentido.

La postura del máximo tribunal constitucional ha sido acogida por el Honorable Tribunal Administrativo de Córdoba, que, en sentencias de 17 y 27 de julio de 2017, con ponencia de la Doctora Diva Cabrales Solano, dentro de las demandas interpuestas Martha Ramírez Castro, Exp. No. 23001333300620130009501, y Josefa Licona Narváez, Exp. No. 23001333300620130009001, dispuso confirmar la sentencia de primera instancia, la cual negó las pretensiones y adicionó la decisión aplicando los criterios del **Auto 186 de 2017**.

Así mismo el 09 de agosto de 2018 en sentencia SU – 079 /18

La Sala Plena de la Corte Constitucional manifestó:
(...)

- (i) "En relación con **la supuesta estructuración de una relación de trabajo** entre las accionantes y el ICBF por los diferentes periodos en que estas se desempeñaron



ICBFColombia

www.icbf.gov.co



@ICBFColombia



@icbfcolombiaoficial



*como madres comunitarias y sustitutas, la Corte reiteró que tanto la ley como la jurisprudencia constitucional han descartado la posibilidad de que ello se configure.”
(...)*

“Al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma como tampoco el pago de aportes parafiscales en favor de aquellas.

Al respecto reiteramos que el Régimen Jurídico de Hogares Comunitarios y la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Constitucional, determina que entre las madres comunitarias y la Entidad que represento no hay relación laboral.

Se hace preciso, que su Honorable Despacho considere que, el Auto 186 de 2016 determina que existen dos (2) escenarios normativos, el primero desde la creación del Programa de Hogares Comunitarios (1.988) hasta el año 2.014, en el cual, no existe un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y las asociaciones o entidades que participan en el programa y que el vínculo es de naturaleza contractual de origen civil y el segundo, “a partir de la sentencia T-628 de 2012, donde se empiezan a señalar las transformaciones que se han presentado en esta relación. Posteriormente, se expide 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; allí se consagró 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 de Hogares Comunitarios y que no se podía predicar solidaridad patronal con el ICBF” (Comunicado No. 18 de 17 de abril de 2017)^[1] ahora respecto a la pensión, el Auto 186 de 2017, que declaró la nulidad parcial de la Sentencia T 480 de 2016, establece (i) que el marco jurídico nunca determinó que Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, tuviera la obligación legal de realizar aportes a pensión a las madres comunitarias. Así mismo, el Auto determina de manera clara y expresa señala (ii) una obligación de hacer al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, la cual consiste en señalar al Fondo de Solidaridad Pensional -FSP quienes son las 106 madres comunitarias. Finalmente, se advierte de las consideraciones y parte resolutive de la decisión, que (iii) el 100% del presupuesto que debe satisfacer los aportes a pensión de las 106 deberán ser sufragados por el Fondo de Solidaridad Pensional -FSP.

Sin embargo; al respecto de aportes pensionales, el 09 de agosto de 2018 en sentencia SU – 079 /18, La Sala Plena de la Corte Constitucional manifestó:

*(i) En materia de **aportes parafiscales en pensión**, la Corte encontró que el único beneficio que contempló la normatividad para las madres comunitarias y sustitutas está previsto en el artículo 2º de la Ley 1187 de 20086, el cual solo consagró un*

^[1]<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2018%20comunicado%2017%20de%20Abril%20de%202017.pdf>

subsidio al aporte del Régimen General de Pensiones. En los asuntos acumulados las accionantes no invocan el acceso a dicha prerrogativa, pues justamente la mayoría hicieron uso de esta y cuentan en su historia laboral

"con el subsidio al aporte de cotización, de acuerdo a lo informado por el Consorcio Colombia Mayor 2013 y Colpensiones. Lo que pretenden las madres comunitarias y sustitutas es el pago total de los aportes a pensión derivados de una supuesta relación de trabajo entre ellas y el ICBF, lo cual, como se señaló, no es posible".

"Al respecto, la corporación recordó que la Ley 100 de 1993 había establecido que el Fondo de Solidaridad Pensional comenzaría a funcionar a partir del 1º de enero de 1995, sin modificar la voluntariedad en la afiliación de los trabajadores independientes, por lo que los potenciales beneficiarios debían diligenciar el formulario para que la fiduciaria encargada de administrar los recursos (hoy Colombia Mayor 2013), definiera el acceso al subsidio y, una vez concedido, el afiliado cumpliera con la obligación de realizar el aporte en el porcentaje que le correspondía a la Administradora de Fondo de Pensiones del sector social y solidario (Colpensiones). Una vez el trabajador independiente realizara el pago del porcentaje respectivo (20%), la Administradora de Fondo de Pensiones cobraba al Fondo de Solidaridad Pensional el porcentaje subsidiado restante (80%)".

"Para la Corte, es obligación del afiliado al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión realizar el pago del porcentaje que le corresponde (20%) para que luego el Fondo de Solidaridad Pensional transfiera la parte subsidiada a la Administradora de Fondos de Pensiones. Las normas especiales del Programa como el artículo 19 de la Ley 100 de 1993, establecen que "cuando se trate de personas que el Gobierno Nacional haya determinado que deben ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido".

Por lo anterior la Sala Plena concluyó que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales de las accionantes, toda vez que entre la entidad y las madres comunitarias y sustitutas ni en el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral.

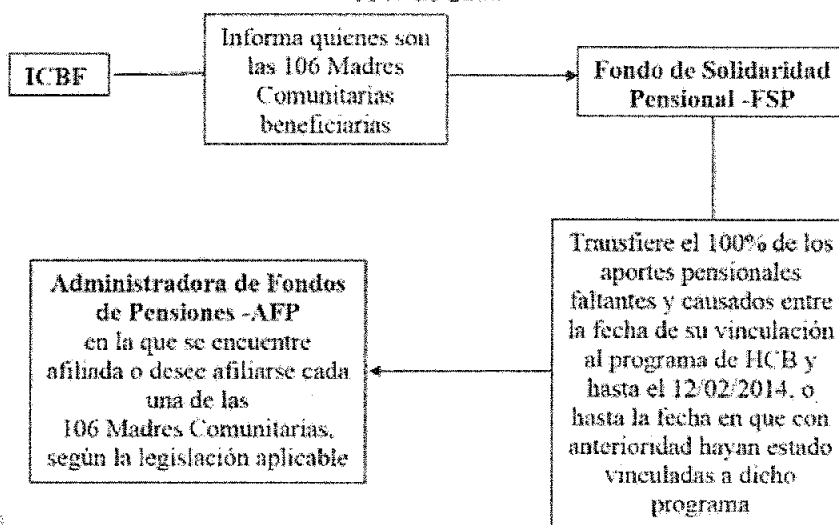
Es necesario informar que el programa de Hogares comunitario, hace parte del servicio público de bienestar familiar, se fundamenta jurídicamente en lo consagrado en los artículos 5, 42 y 44 de la Constitución Política.

En relación con los hechos relacionados que señalan que el ICBF es responsable del pago de aportes a pensión de la madre comunitaria, es preciso considerar que dicha obligación **no se encuentra en la Constitución, ni en la Ley.**

En este punto deberá señalarse que, la Sentencia T-480 de 2016 que declaró la existencia de contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF fueron declarados nulo parcialmente por desconocimiento del precedente judicial de la Corte Constitucional.^[2]

En la providencia que se declaró la nulidad (Auto 186 de 2017), se emitieron órdenes de reemplazó, a través de la cuales se ordenó que el ICBF adelantará trámite administrativo para que las madres comunitarias sean reconocidas como beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional-FSP y se fijó el siguiente esquema:

Tabla 2. Esquema de financiamiento del subsidio pensional en favor de las 106 madres comunitarias en el marco de las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008



De las consideraciones y parte resolutive del Auto 186 de 2017 se concluye que lo ordenado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF **era una obligación de hacer**, que, consistía en informar quienes eran las madres comunitarias; mientras que la obligación de pagar los aportes recayó en el Fondo de Solidaridad Pensional-FSP, que es una cuenta administrada por el Consorcio Colombia Mayor y representada por el Ministerio de Trabajo, entidades que propusieron la nulidad de las órdenes.

^[2] Línea jurisprudencial que implicó la nulidad de la Sentencia T-480 de 2016: T-269 de 1995, **SU-224 de 1998**, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001, la cual determina que **no existe contrato de trabajo** entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

La totalidad de las órdenes de realizar trámite administrativo para que las madres comunitarias sean reconocidas como beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional-FSP, **fueron declaradas nulas**^[3], mediante **Auto 217 de 2018** (11 de abril) la única parte que se encuentra vigente es la que declaró que entre el ICBF y las madres comunitarias no existen vínculo laboral.^[4] Lo anterior reitera que, el ICBF no tiene obligaciones frente a los aportes a pensión de las madres comunitarias.

La presente petición tiene como fin establecer la relación laboral entre las personas arriba relacionadas y el ICBF, y por ende refiere que este debería asumir el pago de las obligaciones laborales, en específico de la pensión, así como el pago de los aportes pensionales, lo cual se encuentra inmerso en las Leyes 100 de 1993, 509 de 1999 y 1187 de 2008 **que no contienen obligaciones** en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, así como precedentes judiciales (T-480 de 2016 y Auto 186 de 2017) que fueron declarados nulos por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en este punto reiteramos que lo único vigente de estas providencias es *que entre el ICBF y las madres comunitarias no existen vínculo laboral*.

La totalidad de las órdenes del Auto 186 de 2017 fueron declaradas nulas; frente a la Sentencia T-639 de 2017 proferida por la Sala Cuarta de la Corte Constitucional, debe considerarse que dicha providencia en su totalidad es la transcripción de las consideraciones del Auto 186 de 2017, en ella se emula el *"esquema de financiamiento del pago de aportes a pensión de las madres comunitarias"*.

Consecuente con lo anterior, el Consorcio Colombia Mayor y el Ministerio de Trabajo propusieron la nulidad de la Sentencia T-639 de 2017, es decir, que con el antecedente del **Auto 217 de 2018**, las órdenes de esta sentencia serán retiradas del ordenamiento jurídico.

Las razones constitucionales para considerar que el *"esquema de financiamiento del pago de aportes a pensión de las madres comunitarias"* atenta contra el precedente judicial de la Corte Constitucional (causales de nulidad), se encuentran en las **C-126 de 1995, C-560 de 1996, C-596 de 1997, C-714 de 1998, C-967 de 2003, C-1089 de 2003 y C-415 de 2014**, las cuales han

^[3] Página web de la Corte Constitucional (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2017/A186-17.htm>) **"NOTA DE RELATORIA:** Mediante Auto 217 de fecha 11 de abril de 2018, el cual se anexa en la parte final de la presente providencia, se dispuso declarar la nulidad parcial del enunciado contenido en el primer ordinal resolutivo, así como las órdenes de reemplazo comprendidas en los ordinales segundo a octavo dictadas en este mismo proveído. De igual manera se dispuso vincular al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio de Trabajo al proceso de revisión de los fallos que dieron lugar a la Sentencia T-480/16, para que una vez integrado el contradictorio con ellos, la Sala Plena profiera nueva decisión respecto al subsidio pensional previsto en las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008" Negrilla y subrayado fuera de texto

^[4] Sala Plena de la Corte Constitucional, comunicado de prensa No. 13 de 11 de abril de 2018 <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/?a=2018> **"...se mantiene la anulación declarada en la parte inicial del resolutivo 1 del Auto 186 de 2017, por cuanto la ratio decidendi contenida en la providencia SU-224 de 1998, en relación con la naturaleza jurídica de la vinculación de las madres comunitarias con el ICBF, fue desconocida en los casos resueltos en el fallo T-480 de 2016."** Negrilla fuera de texto

analizado la constitucionalidad de la Ley 100 de 1993 y sus reformas, y en las cuales se concluye lo siguiente:

1. El constituyente (art. 48 CPo.) delegó en el legislador la facultad de establecer los requisitos para acceder a la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes.
2. El pago de los aportes a pensión es desarrollo del principio constitucional de solidaridad, por lo cual, para acceder a la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, todo trabajador (dependiente o independiente) debe (i) afiliarse al sistema general de pensiones y (ii) realizar los aportes al sistema. (art. 13, 15, 18, 19 de la Ley 100 de 1993 entre otros)

Adicionalmente, es pertinente que se analice la línea jurisprudencial relacionada con la entrada en vigencia de la ley, a través de la cual se concluye en forma pacífica que la ley entra en vigencia a partir de la "...*fecha de publicación de la ley, de manera tal que se puede diferir la entrada en vigencia de la ley a un momento posterior a su publicación pero no antes de ésta*^[6]." Negrilla y subrayado fuera de texto

Estas Sentencias son entre otras las C-957 de 1999^[6], C-932 de 2006^[7] y C-1199 de 2008^[8], las dos (2) primeras analizaron la constitucionalidad de normas pensionales y su aplicación en el tiempo, situación que es relevante en el presente asunto, pues en el Auto 186 y la Sentencia T-639 de 2017, se desconoció el principio de legalidad y de irretroactividad de la Ley, pues se realizan reconocimientos pensionales en favor de las madres comunitarias desde el 29 de diciembre de 1988, y el Fondo de Solidaridad Pensional-FSP, comenzó a funcionar el 1° de enero de 1995 (artículo 26 de la Ley 100 de 1993).

En conclusión, si en el presente asunto de aplicar la solución que se adoptó en el Auto 186 y Sentencia T-639 de 2017 o demás decisiones análogas proferidas, se incurrió en las mismas

^[6] Esta regla se reitera en la sentencia C-215 de 1999: "[l]a potestad del legislador para establecer la fecha en que comienza la vigencia de la ley está limitada únicamente por los requerimientos del principio de publicidad, y de la otra, el deber de señalar la vigencia de la ley después de su publicación es un mandato imperativo para el Congreso y el Presidente de la República, cuando éste ha sido facultado por el legislador para cumplir esta tarea. Bien puede ocurrir que una ley se promulgue y sólo produzca efectos algunos meses después, o que el legislador disponga la vigencia de la ley a partir de su sanción y su necesaria promulgación, en cuyo caso, una vez cumplida ésta, las normas respectivas comienzan a regir, es decir, tienen carácter de obligatorias"

^[6] Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 8° de la Ley 57 de 1985

^[7] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 (parcial) de la Ley 33 de 1985.

^[8] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2°, 4°, 47, 48, 49 y 72 (todos parciales) de la Ley 975 de 2005 "Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios."

incongruencias y contradicciones, emitiendo órdenes que contrarían el ordenamiento constitucional y legal.

Ahora bien, la Sentencia SU-079, reafirmó que *“ante la carencia de una relación subordinada entre las partes se impone como consecuencia el decaimiento de la reclamación de salarios y las prestaciones sociales derivadas del mismo y a cargo del empleador”*.

En materia de aportes parafiscales en pensión, la Corte encontró que el único beneficio que contempló la normativa para las madres comunitarias y sustitutas está previsto en el artículo 2º de la Ley 1187 del 2008, el cual solo consagró un subsidio al aporte del régimen general de pensiones.

ARTÍCULO 2º. ACCESO AL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales.

El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

PARÁGRAFO 1º. Las Madres Comunitarias para ser beneficiarias de los subsidios de la subcuenta de Solidaridad, deben acreditar la calidad de Madres Comunitarias que ostenta, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces.

PARÁGRAFO 2º. Las madres sustitutas, los agentes educativos FAMI (Familia, Mujer e Infancia), tendrán acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley.

Así, la Sala Plena concluyó que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales de las accionantes, toda vez que, entre la entidad y las madres comunitarias y sustitutas, ni en el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia constitucional se prevé la posibilidad de que se estructure una relación laboral.

La Corte afirma que los programas de hogares comunitarios y sustitutos se fundamentan en una labor voluntaria y solidaria de carácter social, por lo que al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las madres no se genera la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales en su favor^[9].

^[9] Corte Constitucional. Comunicado Sentencia SU-079 de 2018. - <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/laboral-y-seguridad-social/corte-constitucional-confirma-inexistencia-de-contrato>.

El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, por disposición del Decreto 2388 de 1979 tiene a su cargo la dirección y orientación del Servicio Público de Bienestar Familiar, encaminado a satisfacer en forma permanente y obligatoria las necesidades de la sociedad colombiana relacionadas con la integración y realización armónica de la familia, la protección preventiva y especial del menor necesitado y la garantía de sus derechos.

Con el fin de dar cumplimiento a esta tarea, el ICBF canaliza sus compromisos a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Para tal efecto, la Ley permite que el ICBF suscriba contratos especiales de aporte.

A los contratos de aporte se aplican los principios del artículo 209 de la Constitución Política, las disposiciones especiales de este tipo de contrato, según lo previsto en el artículo 81 de la Ley 489 de 1998, la Ley 7ª de 1979 artículo 21 numeral 9; la Ley 1098 de 2006 artículo 11 parágrafo; el Decreto 2388 de 1979 artículos 123 y siguientes; el Decreto 2150 de 1995 artículo 122; el Decreto 2923 de 1994 y el Decreto 1529 de 1996.

En este sentido, la Ley 7 de 1979 en el numeral 9 y 11 del artículo 21, otorga al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las siguientes funciones:

“Artículo 21. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones:

(...)

9. Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.
11. Recibir y distribuir los recursos y auxilios que se incluyan en el Presupuesto Nacional con destino a entidades oficiales o particulares que se ocupen de programas de protección del menor de edad y a la familia e inspeccionar la inversión de los mismos (...)

El Decreto 2388 de 1979, por medio del cual se reglamentan las Leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7 de 1979, en el artículo 127 define el contrato de aportes, así:

“Artículo 127: Por la naturaleza especial del Servicio de Bienestar Familiar, el ICBF, podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal, cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la Institución, con personal de su dependencia, pero

de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual pero podrá prorrogarse año a año”

Por su parte, el artículo 128 ibídem, establece frente a estos contratos que:

“Artículo 128: Los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de Bienestar Familiar, sólo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo. El Instituto podrá celebrar contratos innominados y de carácter mixto.”

Sobre este tema, el Manual de Contratación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su ámbito de aplicación, también se refiere a este contrato y sostiene que en procura de alcanzar de manera eficiente sus objetivos, en materia de contratación, el ICBF cuenta con un régimen especial o exceptivo, establecido en la Ley 7ª de 1979 artículo 21 numeral 9; el Decreto 2388 de 1979, artículo 123 y ss.; Decreto 2923 de 1994, Decreto 2150 de 1995, artículo 122; y Decreto 1529 de 1996, conocido como “Régimen Especial de Aporte”, de manera que los contratos que celebre el ICBF para la operación de sus programas misionales, se rigen por las normas sobre este tipo de contrato, pues su finalidad es la protección de los derechos constitucionales fundamentales de los niños, niñas y adolescentes dentro del marco del Estado Social de Derecho.

Los contratos de aporte tienen una cláusula de indemnidad del ICBF, según la cual las partes se obligan a mantener indemne al ICBF contra todo reclamo, demanda, acción legal, y costo que pueda causarse o surgir por daños o lesiones a personas o propiedades de terceros, ocasionados por aquel, sus subcontratistas o proveedores, durante la ejecución del objeto contractual, y terminados estos, hasta la liquidación definitiva del contrato.

Así mismo, el contrato de aporte establece una cláusula de autonomía laboral, la cual obliga al Operador a ejecutar el contrato con absoluta autonomía e independencia y, en desarrollo del mismo, no se genera vínculo laboral alguno entre el ICBF y el Operador o sus dependientes, subcontratistas, o cualquier otro tipo de personal a su cargo.

El Consejo de Estado definió el contrato de aporte como “i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una

contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro^[10].

La Corte Constitucional en Sentencias T-668/00, T-990 de 2000 y T-1173/00, ha establecido precedente jurisprudencial mediante el cual se ha resuelto problemas jurídicos con hechos similares a los que fundamentan la petición, determinando que, entre el ICBF y las Entidades vinculadas al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, no existe solidaridad en el pago de las acreencias con terceras personas.

En este orden de ideas, y bajo el Contrato de Aporte, el ICBF entrega unos dineros a un operador con el objeto de que brinde atención a los niños y niñas en los servicios de Primera Infancia, y ésta se responsabiliza del cumplimiento del contrato con personal de su dependencia y posee completa autonomía para manejar todo lo relacionado con sus asuntos legales.

Por lo tanto, las obligaciones adquiridas por el operador o contratista con terceros (sus trabajadores), se realizan con su total autonomía administrativa y presupuestal. Por lo que es claro que unas son las implicaciones derivadas del contrato de aportes de carácter administrativo y otras muy distintas las contrataciones que, en el desarrollo del objeto social, los operadores efectúen con terceros, que jamás configuran vínculo laboral con el ICBF.

Por último, en sentencia **C - 185 de 2019** de la Corte Constitucional, esta refirió: *"Además, se aclaró que la actividad que se presta por las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, y respecto de la cual se contrata a las madres comunitarias, corresponde a un servicio público, que no se asimila al concepto de función pública, no solo porque formalmente la Constitución los distingue y los somete a un régimen jurídico distinto, sino también, porque, materialmente, cuando se trata del primero, el propio Texto Superior permite su prestación directa por particulares (CP art. 365), sin que por ello se entienda que las personas que concurren a su ejecución adquieren la condición de funcionarios públicos o se les otorga autoridad alguna para ejercer potestades públicas."*

Así las cosas, podemos llegar a la conclusión de que es clara la **ausencia de relación laboral** entre el ICBF y las personas que son contratadas por las Asociaciones de Padres Usuarios o Entidades Administradoras, para llevar a cabo el objeto del contrato de aportes celebrado con ICBF.

Lo anterior nos permite establecer claramente que los operadores o entidades administradoras de las instituciones que prestan sus servicios en primera infancia, no dependen del ICBF, aunque hagan parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. **Por Tal motivo, debemos atender que la intencionalidad de la ley y de los contratos de aportes nunca fue ni ha sido hasta hoy, que surja un vínculo laboral entre el ICBF y los operadores.**

[10] CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA – CP: ENRIQUE GIL BOTERO, once (11) de agosto de dos mil diez (2010) – Radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01 (16941)

Por lo tanto, por no tener el ICBF la condición de empleador respecto de los trabajadores de las instituciones que prestan los servicios en las modalidades de Primera Infancia no recae sobre él ninguna obligación legal de intervenir en los conflictos laborales de los mismos, máxime si se tiene en cuenta que ellos no son empleados públicos ni trabajadores oficiales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

No existe en el presente caso un vínculo laboral, legal o reglamentario entre la peticionaria y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, ello por cuanto no se demuestra o acredita por parte de las peticionarias la suscripción de un contrato de trabajo, una resolución de nombramiento, acta de posesión que le otorgue estatus de trabajadora oficial o empleada pública con el ICBF.

No existen los presupuestos fácticos en favor de las peticionarias que les permitan acceder al reconocimiento de tal estatus, por lo que en consecuencia, no es posible constitucional, legal y fácticamente, en cuanto al ICBF, acceder a lo solicitado en la petición.

Por ser el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, un establecimiento público que no tiene, ni ha tenido por objeto la construcción y sostenimiento de las obras públicas, así como tampoco fue constituido como empresa industrial y comercial del Estado, la **única forma de vinculación posible es la modalidad estatutaria, por cuanto el régimen del servicio o de la relación de trabajo con sus servidores, esta previamente determinada en la Ley, no existiendo posibilidad legal, que quien preste los servicios en la Entidad, pueda discutir las condiciones del empleo, ni fijar alcances distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que la regulan.**

Por lo tanto, de conformidad con la regla general establecida en el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1848 de 1968, todas las personas que prestan sus servicios en la Entidad son empleados públicos y no trabajadores oficiales, vinculación esta última de la cual se puede predicar la existencia de contratos de trabajo, cualquiera sea la denominación que se le dé.

Así mismo, la labor desempeñada por las peticionarias jamás puede ser catalogada como de aquellas a que se refiere el artículo 3º del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, razón por la cual, la existencia de un contrato de trabajo con el sector público no depende de la valoración subjetiva que considere las peticionarias, al pretender darle un carácter jurídicamente imposible de existir, sino de la realidad fáctica impuesta por la misma ley.

1. SERVICIO PÚBLICO DE BIENESTAR FAMILIAR

Es creado basados en el principio de Solidaridad y de prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, a través del cual, la Familia, la sociedad y el Estado garantizan la atención de los niños, niñas y adolescente.

1.1 Marco constitucional

La constitución Política en su artículo 1 establece que Colombia es un estado social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

Basados en la estructura de la norma que rige el estado colombiano como un estado social de derecho, en donde uno de los principales pilares de dicha forma de organización es la solidaridad de las personas que la integran, el estado ha buscado la manera en que ese principio de solidaridad se concatene con el desarrollo de las actividades que este realiza.

Es así como la Corte Constitucional en sentencia C-459/04 ha establecido: **PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD** Deber en cabeza del Estado y de los habitantes del país

En esta dimensión el principio de la solidaridad se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. Yendo en el primer caso de lo público hacia lo privado, a tiempo que en el segundo del núcleo familiar hacia el ámbito social, en una suerte de concatenaciones dialécticas que deben tener siempre a la persona como razón y fin último. El deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales, al paso que en cabeza de los particulares el deber de solidaridad es exigible en los términos de ley.

Así mismo el Artículo 44 Constitucional "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. **La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.**"

Consecuente con lo anterior, el Servicio público de Bienestar Familiar, delegó la función de inspección, vigilancia y control al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dicha función se encuentra en cabeza del Presidente de la República como lo expresa el Artículo 189 de la Constitución política, el cual establece entre otras cosas que dicha inspección, control y vigilancia la ejercerá sobre la enseñanza, los servicios públicos, las instituciones de utilidad común, así como también sobre entidades cooperativas y sociedades comerciales.

Ahora bien, el Artículo 150 numeral 8 de la constitución política, establece que el congreso de la república expedirá las normas a las cuales deberá sujetarse el gobierno nacional para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la constitución.

Todas estas funciones de inspección, control y vigilancia de conllevan en sí una potestad sancionatoria que asegura la eficacia, entran en juego también otras garantías constitucionales relacionadas con el debido proceso y el principio de legalidad sancionatoria Art 29 C.P.

Según lo anterior, es el legislador en atención a los principios de soberanía popular, participación y deliberación democrática, quien defina los casos y condiciones en que proceden estas formas de intervención estatal.

Consecuente con lo expuesto, la función administrativa de inspección envuelve la facultad de solicitar información de las personas sujetos de supervisión, realizar auditorías, visitas y realizar seguimientos de la actividad que realizan.

Ley 1122 de 2007: define la inspección de la siguiente manera: *"La inspección es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del sistema general de la seguridad social en salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la superintendencia nacional de salud dentro del ámbito de su competencia. Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas"*

La jurisprudencia constitucional, ha sostenido sobre el particular:

"7.2. La Corte ha reconocido que no existe, ni en la Constitución ni en la ley, una definición única de lo que se entiende por actividades de inspección, vigilancia y control y que sea aplicable a todas las áreas del Derecho. En vista de lo anterior, la jurisprudencia ha acudido a diferentes fuentes normativas y ha descrito en términos generales dichas actividades de la siguiente manera:

7.2.1. La función de inspección consiste en la facultad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control;

7.2.2. La vigilancia hace alusión al seguimiento y evaluación de las actividades de la entidad vigilada;

7.2.3. El control 'en sentido estricto' corresponde a la posibilidad de que la autoridad ponga en marcha correctivos, lo cual puede producir la revocatoria de la decisión del controlado o la imposición de sanciones."^[1]

^[1] Sentencia C-851 de 2013. En Sentencia C-570 de 2012 también se dijo: "A partir de los anteriores criterios, es posible concluir que, en términos generales, las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las

En relación con el servicio público de Bienestar Familiar, debe considerarse la siguiente normatividad.

1.2 Base Normativa en relación con la función de inspección, vigilancia y control que ejerce el Bienestar Familiar

El artículo 53 literal b, de la Ley 75 de 1.968, establece que al ICBF le corresponde dentro de sus funciones, *Asistir al Presidente de la República en la inspección y vigilancia de que trata el ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución sobre las instituciones de utilidad común que tengan como objetivo la protección de la familia y de los menores;*^[12]

La Ley 7 de 1.979 artículo 21, numeral 6, establece que la función de inspección, vigilancia y control, determina: *"El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones:" "6. Asistir al Presidente de la República en la inspección y vigilancia de que trata el ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional, sobre las instituciones de utilidad común que tengan como objetivo la protección de la familia y de los menores de edad;..."*

La ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2.006), también establece como función del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la función de vigilancia:

"ARTÍCULO 16. DEBER DE VIGILANCIA DEL ESTADO. Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sín ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado. (Negrilla fuera de texto).

De acuerdo con las normas que regulan la prestación del servicio público de Bienestar Familiar compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las Instituciones del Sistema que prestan servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción."

En conclusión, el sistema nacional de Bienestar Familiar se funda en los principios constitucionales, y tiene su naturaleza jurídica en que la familia y la sociedad ejerzan de manera directa la atención integral de los niños, niñas y adolescentes, con la participación del Estado, el cual, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, destina

actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones." (negrilla original). Ver igualmente Sentencia C-787 de 2007, entre otras.

^[12] con el tránsito de Constitución debe entenderse art. 189 numeral 6

presupuesto para garantizar la satisfacción de los derechos de la población vulnerable y ejerce la inspección, vigilancia y control a los prestadores del servicio.

Aterrizándolo al caso en concreto, el apoderado alega que existe el elemento de la subordinación por cuanto el ICBF, realiza inspecciones a los operadores que desarrollan la actividad de hogares comunitarios, sin embargo, como podemos observar no existe subordinación por cuanto la actividad que realiza el ICBF es llevada a cabo por mandato legal.

1.3 Precedente Judicial

Instituido en el artículo 230 de la Constitución política donde se establece: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”*

La interpretación realizada por parte de la Corte Constitucional del citado canon se ha apartado de la interpretación exegética que concibe la jurisprudencia como un “criterio auxiliar”, considerándola como un concepto con fuerza vinculante^[13]; la Corte Constitucional ha establecido en relación a la obligatoriedad del precedente lo siguiente:

“La similitud fáctica entre la sentencia atacada y aquella que se considera como precedente vinculante tiene carácter estricto. No basta con que ambos asuntos refieran a materias que puedan agruparse en un mismo género, sino que debe estarse ante dos supuestos de hecho que comparten características esenciales. Esta condición se deriva de la relación intrínseca existente entre la disciplina en el manejo de precedentes y la protección del derecho a la igualdad de trato ante autoridades judiciales. En efecto, la exigencia del deber de coherencia que subyace al respeto del precedente se basa, entre otras razones, en la necesidad de evitar la arbitrariedad del juez, que se configura cuando se confiere diferente solución jurídica a casos asimilables.”^[14] (Negrilla fuera de texto.)

El Artículo 83 de la Constitución política establece el principio de la buena fe, es fundamental para la obligatoriedad del precedente judicial, este principio debe permear todas las relaciones jurídicas entre particulares y autoridades públicas, y obliga a unos y otros a obrar, “con honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que se añade a la palabra comprometida.”^[15] Implica “mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, como quiera que *“así como la administración pública no puede ejercer sus*

^[13] Sentencia C-836/01

^[14] Auto 270/09

^[15] T 542 712

potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas”^[16]

Del principio de buena fe como fuente del derecho y del principio de seguridad jurídica (artículos 1 y 4 C.P.) emana el principio de la confianza legítima al cual la jurisprudencia constitucional le ha otorgado identidad propia en tal sentido, que no es éticamente deseable sino jurídicamente exigible, al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

“En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.”^[17]

“Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se

^[16] Sentencia T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

^[17] Sentencia C-131/04

encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política. ^[18]

También ha dicho la Corte que el principio de la confianza legítima no vincula únicamente a la administración y los particulares, sino que irradia a la autoridad judicial porque el administrado tiene derecho a exigir no solamente de la administración sino de todas las autoridades públicas que se le respete la confianza legítima que en ellos ha depositado.

De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado que el principio de la confianza legítima no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados, sino que irradia a la actividad judicial. En tal sentido, se consideró que "En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet"^[19].

La anterior línea jurisprudencial ha sido mantenida y profundizada por la Corte al estimar que la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre y que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que de las normas jurídicas venía realizando, y por ende, el ciudadano puede invocar a su favor, en estos casos, el respeto por el principio de la confianza legítima.^[20]

Igualmente ha señalado que: ^[21]

La Corte considera conveniente reiterar su doctrina sobre el valor normativo de la jurisprudencia, y la importancia de su consistencia en orden a la preservación de la unidad del orden jurídico, la seguridad jurídica y los derechos fundamentales como el acceso igualitario a la administración de justicia.

[18] Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

[19] Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[20] Corte Constitucional, sentencia SU- 120 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[21] Corte Constitucional sentencia T-1023 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Sobre el principio de igualdad en la actividad judicial, ha señalado esta Corporación que éste, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas, y comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Se trata de dos garantías que operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley^[22]. (...)

El principio de la seguridad se ve seriamente comprometido cuando la comunidad jurídica no tiene certeza de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma. La previsibilidad de las decisiones judiciales es una garantía que proporciona certeza sobre el contenido material de los derechos y las obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Se trata de una garantía ligada a la libertad, en cuanto de ella depende que las personas actúen libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

La necesidad de consistencia de la jurisprudencia, se relaciona también con el derecho de acceso a la administración de justicia el cual se funda en la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de Justicia. Esta confianza no se agota con la mera publicidad del texto de la ley, ni con la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Involucra además la protección de las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces será razonable, consistente y uniforme. (...)

En el caso que nos ocupa, las normas que regulan a las madres comunitarias y la jurisprudencia ha reiterado que entre estas y el ICBF, no ha existido ningún vínculo

^[22] Corte Constitucional sentencia C-836 de 2001, MP, Rodrigo Escobar Gil. En esta oportunidad la Corte se pronunció sobre la expresión "doctrina probable" del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, referida a la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación.

laboral, consecuente con ello, se hará la exposición de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional relacionada con madres comunitarias.

1.3.1 Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con la existencia de contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF

El Auto 186 de 2017 declaró la nulidad de la Sentencia T-480 de 2016, porque desconoció la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional fijada en las Sentencias T-269 de 1995, SU-224 de 1998, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1081 de 2000 y T-1029 de 2001, por lo tanto, se procederá a realizar el análisis de la ratio decidendi de cada de las citadas sentencias.

- **Sentencia T-269 de 1.995 – Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía (Sala Primera)**

En esta sentencia se resolvió petición de amparo constitucional interpuesta por la supuesta vulneración de los derechos a la libre expresión, **al trabajo**, al debido proceso, a la igualdad entre el hombre y la mujer, así como la protección de los derechos de los niños, en esta oportunidad, la Corte Constitucional determinó que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de Bienestar, era de naturaleza contractual, de origen civil.

Entonces, tanto la naturaleza del vínculo jurídico deducido por la Corte Constitucional entre la madre Comunitaria y la Entidad sin ánimo de lucro, el cual no fue extendido al ICBF de manera ni principal, ni accesoria, determinó el contenido y alcances de la Ratio Decidendi de dicha sentencia, al conducir a negar la existencia de la presencia de una medida disciplinaria en la decisión de cierre del jardín lo que hubiere conducido a la prosperidad de la orden de reintegro de la accionante con el consecuente pago de salarios y demás emolumentos solicitados.

En cambio, al concluirse por el contrario en dicha sentencia que el cierre del jardín se constituía en la consecuencia de la terminación del contrato suscrito con la accionante, la medida adoptada en el seno de esa relación negocial, descartaba de plano cualquier responsabilidad del ICBF en las decisiones adoptadas o dejadas de adoptar por la Entidad sin ánimo de lucro.

Como puede verse, sin dubitación alguna, las consideraciones citadas, si hacen parte de la ratio decidendi de la sentencia, esto es, al hacer parte integral del fundamento normativo directo de la decisión, que condujo a descartar cualquier incumplimiento de carácter laboral frente a la madre comunitaria por parte del operador o por parte del ICBF, entendiendo que la decisión de cierre del jardín era el desarrollo de una facultad de dar por terminada la relación de carácter contractual entablada entre la madre y el operador, otorgada por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, además de que las anteriores consideraciones contienen la solución constitucional al problema jurídico planteado en el caso concreto, son también la primera referencia existente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la naturaleza del vínculo de las madres

comunitarias con los operadores del servicio, para este caso, con una asociación de padres de familia como entidad perteneciente al Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

- **Sentencia SU-224 de 1998 – M.P. Hernando Herrera Vergara (Sala Plena)**

La segunda sentencia que conforma el precedente judicial tiene un alcance y poder vinculante mayor al haber sido adoptada en Sede de unificación, como se explicó en sentencia SU-1291 del 2001, a saber:

“Cuando la Corte Constitucional se pronuncia sobre una materia respecto de la cual debe unificar jurisprudencia y obrar como cabeza de la jurisdicción constitucional, sus decisiones tienen un alcance mayor a las que adopta generalmente en salas de revisión de tutela. El sistema de control constitucional adoptado en Colombia es mixto en la medida en que combina elementos del sistema difuso y del sistema concentrado. No es necesario abundar en los elementos concentrados del sistema colombiano. Es suficiente con subrayar que la opción del constituyente de 1991 de crear una Corte Constitucional fortaleció en forma significativa esta dimensión concentrada de nuestro sistema. Al haberle atribuido a ese órgano de cierre de las controversias relativas a la interpretación de la Constitución la facultad de conocer cualquier acción de tutela no sólo reafirmó este elemento de concentración en materia de derechos constitucionales fundamentales, sino que le confirió una trascendencia especial a la unificación de jurisprudencia en estos asuntos. Cuando la Corte Constitucional decide en Sala Plena sobre estas materias desarrolla su misión constitucional y por lo tanto está obligada a asumir su responsabilidad como órgano unificador de la jurisprudencia”^[23](...).

^[23] En complemento de lo anterior la Honorable Corte Constitucional en la referida sentencia señaló: La Corte, advierte que los jueces son independientes y autónomos. Subraya, también, que su independencia es para aplicar las normas, no para dejar de aplicar la Constitución (artículo 230 de la C.P.). Un juez no puede invocar su independencia para eludir el imperio de la ley, y mucho menos, para dejar de aplicar la ley de leyes, la norma suprema que es la Constitución. La alternativa, inaceptable en una democracia constitucional, es que el significado de la Constitución cambie según el parecer de cada juez. Entonces, será vinculante no la norma constitucional objetiva, sino la opinión de cada funcionario judicial que puede variar de despacho en despacho y cambiar de tiempo en tiempo, según evolucionen las tesis de cada juez. Nada más contrario al concepto mismo de derecho. Nada más lesivo para la efectividad de un Estado Social de Derecho. Nada que le reste más vigencia y eficacia a la Constitución. Estas consideraciones son aún más imperiosas en el contexto de los derechos constitucionales, primero, porque las normas constitucionales, por su generalidad y textura abierta, permiten al juez un mayor margen de interpretación y, segundo, porque una persona puede escoger ante qué órgano judicial presentará la acción de tutela para exigir el amparo de sus derechos fundamentales. Aceptar que los alcances de la tutela y de cada derecho fundamental depende de la opinión de cada juez aisladamente considerado, equivale a restarle toda fuerza normativa a la Constitución, cuyo contenido será distinto en cada despacho y vinculante sólo si coincide con las tesis del juez acerca de la necesidad de brindarle amparo al tutelante. Por eso, la Corte Constitucional ha explicado y reiterado en muchas sentencias el valor y la fuerza de los precedentes, respetando claro está el ámbito de independencia de los jueces para decidir cada caso, no según su opinión, sino aplicando el derecho constitucional.

Para resolver el problema jurídico, la Honorable Corte Constitucional, nuevamente parte de reconocer la existencia de un régimen jurídico propio aplicable a las madres comunitarias, refiriéndose en primer lugar a los Programas de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, señalando que dicho 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"*. (Negrillas fuera del texto original).

Se refirió a la doctrina constitucional expuesta en Sentencia T-269 de 1995 en el sentido de determinar 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 y de origen civil".

Puede observarse que la Corte Constitucional en esta Sentencia de Unificación fijó claramente su criterio respecto a la inexistencia de los presupuestos que configuran una relación laboral entre la madre comunitaria y las asociaciones y organizaciones comunitarias y con el ICBF, reiterando su posición previamente establecida en la Sentencia T-269 de 1995, esta vez a través de una sentencia de unificación proferida por la Sala Plena.

La sentencia de unificación cita como sustento la normativa que establece el carácter colaborativo y de trabajo solidario que enmarca la prestación del servicio de bienestar familiar y se remite a su vez al estudio efectuado en sentencia T-269 de 1995, sobre la naturaleza del vínculo existente entre la madre accionante y la Fundación sin ánimo de lucro, reiterando el análisis efectuado sobre el particular, sobre el mismo tema que hoy nos ocupa.

- **Sentencia T-668 de 2000 – M.P. Hernando Herrera Vergara (Sala Primera)**

En la Sentencia T-668 de 2000, la Honorable Corte acumula distintos expedientes de madres comunitarias del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, las cuales se afiliaron al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En todos los expedientes se aduce la violación de los derechos de la mujer, a la seguridad social y a la salud, por parte de los Seguros Sociales al no haberseles reconocido y pagado la licencia de maternidad.

El problema jurídico planteado por la Corte en estos casos se centra en determinar *"si las demandantes, quienes se desempeñan como madres comunitarias dentro del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, tienen derecho a que se les cancele la prestación económica de licencia de maternidad"*.

Como puede verse, todos los procesos fallados por la Corte Constitucional versan sobre reclamaciones instauradas por el no reconocimiento a derechos laborales invocados por las madres comunitarias derivados de los servicios prestados a las Asociaciones de padres de familia, a los niños, y niñas, en el marco de los contratos de aporte suscritos entre la Asociación y el Instituto para operación de los Hogares Comunitarios de Bienestar, consistentes éstos a

voces de las citadas demandas, en el derecho al trabajo, a la estabilidad laboral, al reconocimiento y pago de los derechos salariales, prestacionales propios de una relación laboral, al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el resarcimiento por el retiro del servicio, etc.

En esta sentencia, para resolver el problema jurídico, la Honorable Corte Constitucional, empieza haciendo un recuento de la legislación existente que regula el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, así mismo, cita la legislación en seguridad social existente para la época, haciendo la aclaración de que esta “nunca ha estado a cargo del ICBF^[24]”. Seguidamente, la Corte considera que no hubo violación a derecho fundamental alguno con base en que: 1) los contratos de aporte suscritos entre el ICBF y el representante de la asociación de padres de familia que contrata a la madre comunitaria, establece la independencia y la inexistencia de vínculos laborales o de cualquier naturaleza entre el ICBF, el contratista o las personas que participan en la prestación del servicio y que pertenezcan a estas asociaciones; 2) la naturaleza jurídica del vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los HCB de naturaleza contractual y civil, para lo cual cita la sentencia T-269 de 1995^[25].

- **Sentencia T-990 de 2000 – M.P. Antonio Barrera Carbonell (Sala Primera)**

La Corte Constitucional continúa con la línea jurisprudencial trazada, en Sentencia T-990 de 2000, donde se acumulan varios expedientes referentes a reclamaciones presentadas por las madres comunitarias del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar que fueron afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En todos los expedientes se aduce la violación de los derechos de la mujer, a la seguridad social y a la salud, por parte de los Seguros Sociales al no haberseles reconocido y pagado la licencia de maternidad.

Para resolver el problema jurídico, la Honorable Corte Constitucional, reitera las mismas consideraciones y argumentos planteados en la Sentencia T-668 de 2000.

Vale decir hasta este punto del análisis jurisprudencial, que desde la primera sentencia, T-269 de 1995, pasando por la Sentencia de Unificación SU 224 de 1998 y llegando a esta última, los cuales, resuelven pretensiones relacionadas con el derecho al trabajo y las consecuentes prestaciones sociales de las madres comunitarias, la jurisprudencia es unánime en manifestar la inexistencia de contrato laboral entre el ICBF y las madres comunitarias y en citar la naturaleza y normativa especial que enmarca el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar como parte del Servicio Público de Bienestar Familiar y como una obligación que se deriva de la obligación de asistir y proteger a los niños en el marco de la corresponsabilidad.

[24] Sentencia T-668 del 2000. Numeral 2.2

[25] Ibídem. Numeral 2.3

- Sentencia T-1117 de 2000 – M.P. Alejandro Martínez Caballero (Sala Sexta);
Sentencia T-1173 de 2000 – M.P. Antonio Barrare Carbonell (Sala Primera);
Sentencia T-1605 de 2000 – M.P. Fabio Morón Díaz (Sala Séptima)

En estas sentencias la Corte Constitucional resuelve el mismo problema jurídico de las sentencias T-668 de 2000 y T-990 de 2000 y mantiene las mismas consideraciones en cuanto a que el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar es ejecutado por las madres comunitarias y que estas se encuentran vinculadas mediante contrato de naturaleza civil *“con la asociación de padres de familia de esos hogares”*.^[26]

- Sentencia T-1029 de 2001 – M.P. Jaime Córdoba Triviño (Sala Cuarta)

En la Sentencia T-1029 de 2001, la Honorable Corte Constitucional aborda el caso del cierre de distintos hogares comunitarios por causa de distintas irregularidades en la prestación del servicio público de bienestar familiar. Las madres comunitarias afectadas manifestaron que con ese proceder el ICBF había vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, la honra, al buen nombre, al mínimo vital, al trabajo y al desempeño de funciones públicas, invocando la protección de esos derechos y su reintegro a sus funciones de madres comunitarias.

El problema jurídico que abordó la Corte en este caso fue el siguiente: *¿El Centro Zonal de Lórica y la Dirección Regional de Montería del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, violaron los derechos fundamentales al debido proceso, a la honra, al buen nombre, al mínimo vital, al trabajo y al desempeño de funciones públicas de las actoras al ordenar el cierre de los hogares comunitarios a los que se encontraban vinculadas?*

Para resolver el problema jurídico en lo atinente al derecho al trabajo, y siguiendo la línea jurisprudencial objeto de análisis, la Corte Constitucional manifiesta lo siguiente:

“Tampoco se tutelarán los demás derechos invocados como vulnerados. El derecho al trabajo por cuanto la doctrina de esta Corporación ha precisado que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de bienestar no es de naturaleza laboral sino contractual de origen civil y ante ello no concurren los presupuestos requeridos para afirmar la vulneración de tal derecho^[27]. Tampoco se tutelarán los derechos a la honra, al buen nombre, al mínimo vital y al desempeño de funciones públicas por cuanto no existe una sola evidencia de que hayan sido conculcados con ocasión de los actos administrativos proferidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

^[26] La naturaleza jurídica del vínculo en comento fue decidida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia SU-224 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara, la cual reitera la Sentencia T-269 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía.

^[27] Corte Constitucional. Sentencia SU-224 de 1998. M. P. Dr. Jorge Arango Mejía.

Como fundamento de lo anterior, la Sala cita la Sentencia SU-224 de 1998. M. P. Dr. Jorge Arango Mejía; finalmente el Auto de 186 de 2017 determina lo siguiente.

- **Auto 186 de 2017 – M.P. Alberto Rojas Ríos (Sala Plena)**

El artículo 5 de la Ley 509 de 1999, establece: *“De conformidad con lo previsto por la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto por el documento Conpes 2753 del 21 de diciembre de 1994, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al régimen general de pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y siempre que hayan cumplido por lo menos un (1) año de servicio como tales.”* (Negrilla fuera de texto)

El artículo 6 de la misma norma, indica: *“El monto del subsidio será equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad.”* (Negrilla fuera de texto)

Por su parte el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008, instituye: *“ACCESO AL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales. El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.”*

Consecuente con el citado marco normativo, queda claro que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF nunca tuvo la obligación legal de realizar aportes a pensión a las madres comunitarias, pues en palabras de la Corte Constitucional, el Régimen de Madres Comunitarias de Bienestar Familiar era un régimen especial, que señalaba que eran trabajadoras independientes, pero que recibían beneficios del estado, como lo era el subsidio del aporte a pensión (Sentencia T-628 de 2012), en virtud de lo anterior, la Corte Constitucional en el **Auto 186 de 2017**, señaló:

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

(ii) En oposición a lo anterior, en la sentencia T-480 de 2016 se determinó que entre el ICBF y las accionantes sí existió contrato de trabajo realidad durante un lapso específico, toda vez que, con ocasión de la observancia y aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, se encontraban reunidos los tres elementos esenciales del contrato realidad. Aunado a ello, en la

providencia censurada tampoco se expuso razón alguna que diera cuenta del apartamiento de la mencionada línea jurisprudencial sostenida, uniforme y pacífica en la materia.

(iii) En suma, este Tribunal encuentra que la Sala Octava de Revisión de esta Corporación vulneró el derecho al debido proceso, toda vez que al proferir la tutela T-480 de 2016 también desconoció la jurisprudencia en vigor contenida en los fallos T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001.

10. Tal circunstancia, junto al desconocimiento de la sentencia de SU-224 de 1998 evidenciado, conducen a la declaratoria de nulidad de la providencia T-480 de 2016. Sin embargo, la Corte advierte que dicha decisión tendrá alcance parcial dado que es preciso 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, de conformidad con los términos de la legislación aplicable y con fundamento en lo que a continuación se resume."

Teniendo en cuenta los planteamientos de la Corte Constitucional, y como quiera que las pretensiones de la demanda son análogas a las resueltas en la línea jurisprudencial en mención, es improcedente declarar la existencia de contrato realidad entre la peticionarias y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, ahora bien, es preciso señalar que el citado Auto 186 de 2017 estableció de manera clara y precisa, que la obligación de realizar los aportes se encuentra regulado en las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008,

De las consideraciones se concluye (i) El Estado a través del Fondo de Solidaridad Pensional subsidió hasta febrero de 2014 el aporte a pensión de las madres comunitarios, por valor equivalente al 80% del aporte, (ii) a cada madre comunitaria le correspondía realizar la cotización del aporte a pensión por valor equivalente al 20%, es decir, que la Corte Constitucional no declaró que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, haya incumplido una obligación legal o constitucional respecto de las 106 madres comunitarias, pues el amparo ordenado se fundamenta en el estado especial de las accionantes, no en la acción u omisión de la Entidad que represento, así mismo deberá considerarse que el Auto 186 de 2016, señala:

"10. En virtud de la protección iusfundamental mantenida en esta decisión, se ordenará al ICBF que adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las ciento seis (106) demandantes relacionadas en esta providencia, los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con lo establecido en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero

de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, sin menoscabo de su petición por vía ordinaria.

Para efectuar lo anterior, sin más condiciones que las verificadas en esta providencia, el ICBF deberá gestionar los trámites necesarios para que:

10.1. Las ciento seis (106) accionantes sean reconocidas como beneficiarias del subsidio pensional previsto en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008. Dicha afiliación tendrá cobertura para el período comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa.

10.2. **El Fondo de Solidaridad Pensional, en ejercicio de su deber legal, transfiera** a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones –AFP- en la que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada una de las ciento seis (106) demandantes según la legislación aplicable, los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en el período comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Para tal efecto, se deberán observar las siguientes precisiones:

(i) Dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las ciento seis (106) accionantes, aunado al propósito de evitar cargas económicas desproporcionadas que generen mayores traumatismos y que obstaculicen la obtención de su pensión, y con la finalidad de que efectivamente se materialice plenamente la protección iusfundamental mantenida en el presente pronunciamiento, para la Sala Plena resulta razonable que el monto del subsidio pensional a reconocer y transferir no sea equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio efectivo y comprobado de su labor de madre comunitaria, en el período comprendido entre la fecha en que se hayan vinculado como tales al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa.

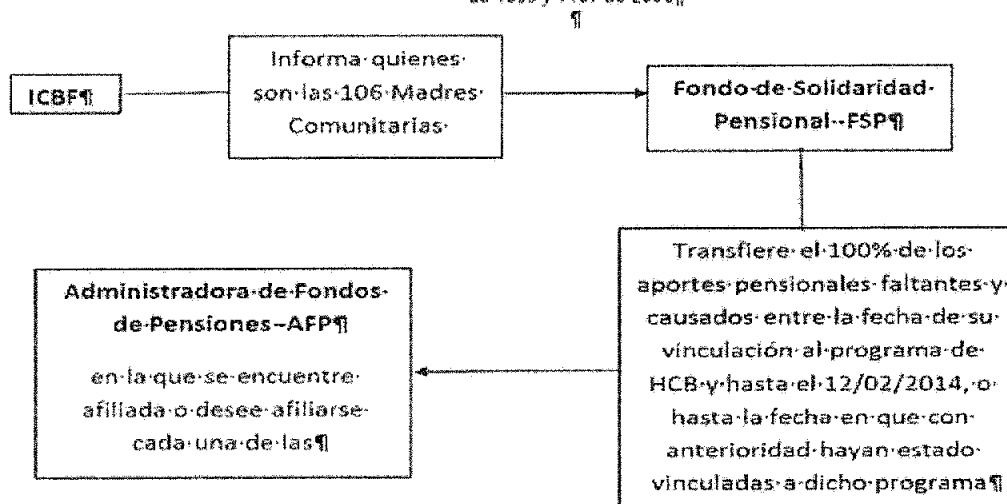
(ii) Esas cotizaciones pensionales faltantes deberán realizarse tomando como referencia el salario mínimo legal mensual vigente con la respectiva indexación en los casos en que hubiere lugar.

(iii) En atención a las excepcionales y especiales circunstancias que rodean el presente asunto, se advierte que la transferencia de los recursos correspondientes

al subsidio pensional que se realizará a las respectivas administradoras de pensiones con ocasión de esta decisión no causará intereses moratorios de ninguna índole.

Dicho trámite administrativo se puede ilustrar de la siguiente manera:

Tabla 2. Esquema de financiamiento del subsidio pensional en favor de las 106 madres comunitarias en el marco de las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008¶



11. Una vez se efectúe lo anterior, cada una de las ciento seis (106) accionantes podrán adelantar ante la correspondiente administradora de pensiones las gestiones pertinentes a fin de obtener el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, siempre y cuando se cumpla con los requisitos legales establecidos para ello. En la eventualidad en que alguna o algunas de ellas no reúnan las exigencias para acceder al referido derecho pensional, y si así lo llegaren a considerar, deberán seguir cotizando al sistema de seguridad social hasta que las cumplan a cabalidad, para lo cual, serán beneficiarias de todas las prerrogativas habidas en el ordenamiento jurídico para tal efecto, en especial, las establecidas en las Leyes 509 de 1999, 1187 de 2008 y 1450 de 2011."

El 09 de agosto de 2018 en sentencia SU – 079 /18

La Sala Plena de la Corte Constitucional manifestó:

(...)

(i) "En relación con la **supuesta estructuración de una relación de trabajo** entre las accionantes y el ICBF por los diferentes periodos en que estas se desempeñaron

como madres comunitarias y sustitutas, la Corte reiteró que tanto la ley como la jurisprudencia constitucional han descartado la posibilidad de que ello se configure."

(...)

"Al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma como tampoco el pago de aportes parafiscales en favor de aquellas.

(ii) En materia de aportes parafiscales en pensión, la Corte encontró que el único beneficio que contempló la normatividad para las madres comunitarias y sustitutas está previsto en el artículo 2º de la Ley 1187 de 20086, el cual solo consagró un subsidio al aporte del Régimen General de Pensiones. En los asuntos acumulados las accionantes no invocan el acceso a dicha prerrogativa, pues justamente la mayoría hicieron uso de esta y cuentan en su historia laboral.

"...con el subsidio al aporte de cotización, de acuerdo a lo informado por el Consorcio Colombia Mayor 2013 y Colpensiones. Lo que pretenden las madres comunitarias y sustitutas es el pago total de los aportes a pensión derivados de una supuesta relación de trabajo entre ellas y el ICBF, lo cual, como se señaló, no es posible".

"Al respecto, la corporación recordó que la Ley 100 de 1993 había establecido que el Fondo de Solidaridad Pensional comenzaría a funcionar a partir del 1º de enero de 1995, sin modificar la voluntariedad en la afiliación de los trabajadores independientes, por lo que los potenciales beneficiarios debían diligenciar el formulario para que la fiduciaria encargada de administrar los recursos (hoy Colombia Mayor 2013), definiera el acceso al subsidio y, una vez concedido, el afiliado cumpliera con la obligación de realizar el aporte en el porcentaje que le correspondía a la Administradora de Fondo de Pensiones del sector social y solidario (Colpensiones). Una vez el trabajador independiente realizara el pago del porcentaje respectivo (20%), la Administradora de Fondo de Pensiones cobraba al Fondo de Solidaridad Pensional el porcentaje subsidiado restante (80%)".

"Para la Corte, es obligación del afiliado al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión realizar el pago del porcentaje que le corresponde (20%) para que luego el Fondo de Solidaridad Pensional transfiera la parte subsidiada a la Administradora de Fondos de Pensiones. Las normas especiales del Programa como el artículo 19 de la Ley 100 de 1993, establecen que "cuando se trate de personas que el Gobierno Nacional haya determinado que deben ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido".

Por lo anterior la Sala Plena concluyó que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales de las accionantes, toda vez que entre la entidad y las madres comunitarias y sustitutas ni en el

ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral.

De lo anterior se puede concluir que, en caso de considerar la aplicación del precedente fijado por la Corte Constitucional en el Auto 186 de 2017 y SU 079 /18, al presente asunto en relación con los aportes a pensión, es necesaria la vinculación del **Ministerio de Trabajo** como administrador del Fondo de Solidaridad Pensional, toda vez que las ordenes pueden llegar a proferirse implicarán que el citado Fondo realice la erogación presupuestal correspondiente.

- **Sentencia SU – 273 de 19 de Junio de 2019.**

La Corte Constitucional reiteró el precedente establecido en la sentencia de unificación SU – 079 de 2019, en cuanto a que no existe un desconocimiento de los derechos fundamentales de las accionantes por parte del ICBF, ante la inexistencia de una relación de trabajo entre dichas partes de la que pueda predicarse el pago de acreencias laborales y parafiscales.

En conclusión, La Corte verificó que no era posible aplicar el principio de primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 de la C.P.) a la relación de las accionantes con el programa del ICBF, toda vez que, en cumplimiento de dicha actividad de carácter voluntario, solidario y de atención a la infancia de su comunidad, no se presentan los elementos para configurar un contrato realidad, como lo ha sostenido esta Corte desde la Sentencia SU-224 de 1998 al concluir que “no existe una relación laboral entre el I.C.B.F., la junta mencionada y la accionante, aún cuando ésta última sienta que se le ha violado vulnerado (sic) su derecho al trabajo”. Posteriormente, en la Sentencia SU-079 de 2018, al revisarse 162 casos de madres comunitarias, la Corte reiteró que de acuerdo con el marco constitucional, legal y reglamentario, entre el ICBF y las madres comunitarias y sustitutas no se dio un vínculo contractual de naturaleza laboral, por lo que se entiende que eran independientes. En consecuencia, para acceder a la pensión de vejez tenían la obligación de afiliarse y realizar los respectivos aportes, ya fuera de modo directo o por medio del subsidio previsto en el artículo 6 de la Ley 509 de 1999, “equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad”. En aplicación del precedente constitucional, la Corte constató que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital de las 106 accionantes, toda vez que entre dicha entidad y las madres comunitarias y sustitutas tanto el ordenamiento jurídico como la reiterada jurisprudencia constitucional no prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral. Máxime, si en esa época los Programas de Hogares Comunitarios y Sustitutos se fundaban en una labor voluntaria y solidaria de carácter social. Por esta razón, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se generaba la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales derivados de un contrato laboral.

1.4 Existencia de Contrato Realidad Marco constitucional y precedente judicial

En cuanto a la primacía de la realidad sobre las formalidades, la Corte Constitucional ha concluido: *“La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que, sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la habitualidad: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.”*^[31]

Ahora bien, la normatividad vigente que regula los empleos públicos en Colombia están contenido en los artículos 122 y 125 de la Constitución política, Artículo 122: *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.*

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público. Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con

[31] Sentencia C-614/09

su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Así mismo, el Artículo 125 establece: Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

Consecuente con la jurisprudencia y normatividad citada, para declarar la existencia de contrato realidad es necesario que las funciones estén establecidas en la Constitución, en la Ley o en reglamento, al respecto es preciso señalar que, en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familia -ICBF^[32], no está contemplado el cargo público o funciones de las madres comunitarias, tampoco existe un cargo similar o equivalente, por lo cual, las actividades que desarrollan las madres comunitarias no se encuentra en las actividades que ordinariamente realizan los servidores públicos de la Entidad.

En este punto se reitera, la línea jurisprudencial decantada en el Auto 186 de 2017 que señala que, la actividad de las madres comunitarias es de origen civil (primer escenario) y desde la formalización que se realizó a través del Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias tienen vínculo laboral con la Entidades Administradoras del Servicio -EAS.

Por otra parte, respecto a los beneficios pensionales, fueron recopilados en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, TÍTULO 13. BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS, TÍTULO 14 FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL (subsido Pensional y Cálculo Actuarial) y en el decreto 387 de 2018, por medio del cual se determinó adicionar el Capítulo 5 al Título 14 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1833 de 2016, por lo cual si la peticionaria considera que es beneficiaria de alguno de estos beneficios y cumple con los requisitos mencionados en la norma, podrá tramitarlos ante la entidad que corresponda.

^[32] <http://www.icbf.gov.co/porta/page/porta/PortaICBF/GestionHumana/ManualFunciones>

Bajo el contexto anterior, no es procedente el reconocimiento de lo solicitado por el peticionario para su poderdante, al no existir ni haber existido ningún vínculo laboral entre la señora MARIA EDILMA QUINTERO GOMEZ y el ICBF, por la inexistencia de la relación laboral sustentada anteriormente.

Cordialmente,



EDISSON FERNEY GOMEZ RODRIGUEZ
Director (E) ICBF Regional Boyacá

Revisó: Diana Maria Alzate, Contratista Grupo Jurídico. *X*
Proyectó: Fredy Yamid Quito Acuña, Nury Viviana Gomez Roa, Contratistas Dirección *J. Roa*