



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Silencio
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2015

Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a07

- 1 Artículo de investigación, derivado del proyecto “Desigualdad laboral de la mujer en la ciudad de Villavicencio”, desarrollado con el semillero de investigación de derechos humanos Fray Antonio Montesinos, con línea de investigación Francisco de Vitoria de la Facultad de Derecho del grupo de investigación Dr. Angelico, de la Universidad Santo Tomás; proyecto financiado por la misma Universidad. Investigación terminada en mayo de 2015.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2015

Fecha de aprobación: 1º de septiembre de 2015

Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia

*Fabián Hernando Ortegón Melo*²

*María Catalina Ramos Valencia*³

Resumen

La desigualdad laboral de género es un fenómeno que ha existido desde el mismo momento en que surgió el trabajo, debido a las diferencias físicas que existen entre hombres y mujeres, lo cual originó el denominado machismo o patriarcado. Sin embargo, gracias a fenómenos culturales, sociales y económicos, la mujer progresivamente ha hecho respetar sus derechos, no obstante, en la actualidad existen algunas prácticas discriminatorias, que impiden que ellas gocen plenamente de todas sus garantías, tal como sucede con el caso en concreto de las “madres comunitarias” y “madres sustitutas” del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), debido a que este instituto está realizando prácticas ilegales con las formas de contratación, que evidencian una discriminación de género, ya que lo planteado en la teoría no concuerda con las verdaderas funciones de este grupo de mujeres y menos de los administradores de estos programas. Por ello, analizaremos su trabajo bajo la óptica de una investigación crítica, participativa y cualitativa, y no solo de este grupo marginado, sino analizando la perspectiva de todos los actores intervinientes, con el fin de ofrecer una solución objetiva para el restablecimiento de los derechos vulnerados.

Palabras clave: desigualdad laboral de género, madre comunitaria, madre sustituta, intermediación laboral, ICBF, Villavicencio-Colombia.

Road to labor dignify of surrogate community mothers from Villavicencio, Colombia

Abstract

Gender inequality at work as a social phenomenon has always been present along with the actual existence of work. It has been associated with physical differences between men and women, and contributed to generate patterns of chauvinism or patriarchy. However, as part of multiple cultural, social, and economic struggles, women have gradually ensured that their rights are respected. Nevertheless, some discriminatory practices still exist and impede women to enjoy their full guarantees, as happens with the specific case of “community mothers” and “surrogate mothers” of the Colombian Family Welfare Institute (ICBF). This Institute is currently involved in illegal contracting procedures that evidence gender discrimination as all what is stated in theory does not match with the real functions of this group of women and even less with the program managers. For these reasons, this critical, participatory and qualitative research report will analyze their work by incorporating all the multiple stakeholders’ perspective in order to provide an objective solution for the restoration of their violated rights.

Keywords: employment gender inequality, community mother, surrogate mother, labor intermediation, ICBF, Villavicencio-Colombia.

2 Investigador principal. Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santo Tomás Sede Villavicencio. Personero Municipal de La Primavera (Vichada). Correo electrónico: fabianortegon@usantotomas.edu.co.

3 Co-investigadora. Estudiante egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santo Tomás Sede Villavicencio, Personera Municipal de El Calvario (Meta). Correo electrónico: mcatalinaramosvalencia@gmail.com.

Citación de este artículo usando el sistema APA: Ortegón Melo, F. H. & Ramos Valencia, M. C. (2015). Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia. *Estudios de Derecho*. 72(160), 167-187. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a07

Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia

Introducción

Este escrito es el resultado de la investigación socio-jurídica desarrollada en el semillero de investigación Antonio Montesinos de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Aquí se examina uno de los aspectos más importantes para la vida en sociedad: las condiciones actuales de la mujer. Por ello, esta investigación surge como respuesta a la hipótesis respecto a la discriminación laboral que actualmente padecen las mujeres en Colombia, y en concreto, las madres sustitutas y comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), debido a que, según el mapeo realizado, se determinó que aún existen tratos diferenciados sin justificación.

Este tema es importante porque, a través de la historia, y más específicamente en Colombia, se ha presentado la desigualdad laboral de género, pues a la mujer se la ha catalogado como la encargada de las labores domésticas y de la labor reproductora (Cárdenas & Blanco, 2009). No obstante, a medida que el mundo ha evolucionado, las mujeres han venido obteniendo derechos gracias a diferentes fenómenos sociales, económicos y culturales, tales como la revolución industrial, movimientos feministas, guerras mundiales, etc., que hicieron a la mujer más visible en el mundo. Sin embargo, este proceso no ha producido todos los resultados esperados debido a que en la actualidad, aún existen factores que hacen que el disfrute pleno de los derechos de la mujer se encuentre postergado.

Por tanto, con este trabajo se busca evidenciar que en Colombia todavía existen componentes que llevan a una clara desigualdad laboral hacia la mujer en general, y hacia las madres comunitarias y sustitutas en particular, tal y como lo reconoce la misma Corte Constitucional, que insta al ICBF y al Gobierno a modificar los patrones socio-culturales que permiten que siga existiendo una discriminación de género hacia este grupo (Sentencia T-628, 2012). A pesar de que estos programas tienen un fin plausible, en la actualidad deben modificarse algunos aspectos que en su creación no se regularon, dado que no se pueden desconocer sus derechos

laborales, y más aún cuando la encargada de estos programas es una entidad estatal cuya labor es velar por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Por estas razones, se hace necesario aportar nuestro conocimiento con el fin de efectivizar las herramientas jurídicas a nuestro alcance, y asimismo, generar la posibilidad de una equidad de género real, tal y como lo promulga nuestro Estado Social de Derecho.

Metodología

Esta investigación se realizó siguiendo un paradigma *cualitativo*, se estudiaron las condiciones reales de las madres comunitarias y sustitutas para identificar la problemática partiendo tanto de su percepción, como de las personas que participan en el manejo de los programas (el Operador del programa y el ICBF). El enfoque fue el de la *acción participativa*, ya que este método se acoge a nuestro objetivo crítico, y además acopla la teoría con la práctica y la experiencia de la comunidad (Sandoval, 1996). En otras palabras, las conclusiones surgen tanto de nuestro conocimiento en el Derecho, como del aporte proveniente del trabajo mancomunado con los actores. Y por otro lado, como nuestro campo de acción es el Derecho, el grupo de investigación modifica este método y le anexa el restablecimiento del derecho (*IAPRE*)⁴, para que a través de herramientas jurídicas se logre una reivindicación de los derechos de las madres comunitarias y sustitutas, y así poder plantear soluciones jurídicas a las problemáticas de los hogares comunitarios y sustitutos.

El diseño metodológico se dividió en cuatro etapas: (I) investigación documental, que se requirió para tener conceptos claros al momento de identificar las condiciones reales de las madres comunitarias y sustitutas, y que se realizó por medio de documentos, normatividad y jurisprudencias; (II) identificación de la problemática laboral de género, en la cual se dispuso de medidas prácticas tales como los derechos de petición a las entidades necesarias para el desarrollo del proyecto, y distintas entrevistas, encuestas y la realización de grupos focales para conocer la percepción de la comunidad y de las entidades; (III) conclusiones, que resultan del análisis de la teoría y de la realidad en la que ejercen la labor las madres comunitarias y sustitutas; y (IV) para que el enfoque participativo se refleje, se brindó una propuesta didáctica y jurídica para darle solución a la problemática y restablecer el derecho del grupo analizado.

4 Investigación acción participación para el restablecimiento de los derechos humanos.

Marco Referencial

1. Discriminación Laboral

Con fundamento en el Convenio 111 (OIT, 1958), sobre discriminación en el empleo y ocupación, se entiende por discriminación cualquier *distinción, exclusión o preferencia* que se realice a una persona siguiendo un factor subjetivo (que en nuestro caso sería el género), y que tenga por finalidad afectar la igualdad en el empleo o la ocupación.

Esta norma internacional no fue suficiente para erradicar la discriminación generalizada que predominaba en la época hacia la mujer, y por ello fue necesario crear la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) con el objetivo de regular, en específico, temas de género y reforzar la protección especial a la mujer. Esta garantía a la no discriminación también está protegida en el ámbito nacional, y en la Constitución Política, por medio del derecho al trabajo y a la igualdad.

Ahora bien, con respecto al derecho el trabajo, hay que señalar que éste es catalogado como una obligación social, y que debe ser ejercido en condiciones justas y dignas (Constitucion Política de Colombia, 1991, Art. 25). Un reflejo de esta especial protección se encuentra en el Artículo 53 de la misma Constitución, como principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, puesto que debe predominar el derecho sustantivo consagrado sin importar lo pactado.

En lo concerniente al derecho a la igualdad, la Constitución Política de Colombia señala que todos nacemos libres e iguales. Sin embargo, el Estado, como garante de este derecho, hace una distinción positiva al resaltar la necesidad de una igualdad real y efectiva hacia los grupos menos favorecidos o en debilidad manifiesta (Constitucion Política de Colombia, 1991, Art. 13).

2. Tipos de discriminación laboral de género

Ya que partimos de la base de que aún persiste el fenómeno de la discriminación en algunos escenarios, deben mirarse los posibles tipos de discriminacion de género que podrían presentarse, que según Baquero, Guataquí & Sarmiento (2000) son:

- a) **Salarial:** cuando a un género le pagan menos que al otro, por realizar el mismo cargo, o el pago por cierta actividad no es proporcional a la labor.
- b) **En el empleo:** se presenta cuando un género tiene cifras más altas de ocupación laboral y, a la inversa, el otro género presenta un enorme desempleo.

- c) Ocupacional: cuando a un género solo se le da la oportunidad de determinados tipos de trabajos, por lo cual, a las mujeres generalmente se les brindan empleos de poca remuneración.
- d) Adquisición de capital humano: cuando se imponen obstáculos para acceder a capacitaciones y educación formal.

Para nuestra investigación podemos deducir que a las madres comunitarias y sustitutas se les discrimina en lo ocupacional, puesto que las labores que deben ejercer se relacionan con actividades del hogar que han sido históricamente asignadas a las mujeres.

De igual forma, a las madres sustitutas también se les discrimina en lo salarial, puesto que la “bonificación” concedida no es proporcional con la actividad realizada. Esto debido a que ellas deben tener disponibilidad las 24 horas del día y deben cumplir con todas las labores necesarias para satisfacer las necesidades básicas del menor de edad, así como las exigencias, órdenes y lineamientos, tanto del operador administrador de los hogares comunitarios, como del ICBF.

3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Este instituto se creó en 1968 como una entidad de derecho público encargado de desarrollar uno de los fines esenciales del Estado: el cuidado y protección integral de los menores de edad y, en especial, de quienes tengan vulnerabilidad física, mental o socioeconómica (Ley 75, 1968). Para realizar este objetivo, el ICBF ha desarrollado diversos programas institucionales, entre los cuales se encuentran dos de nuestro interés:

3.1 Hogares comunitarios tradicionales

Son centros de acompañamiento al menor, que subsisten gracias a becas⁵ concedidas para el cuidado y la manutención de los menores mientras están al cuidado de una *madre comunitaria*. Esta madre comunitaria es la persona que, con ánimo solidario, contribuye a que las familias tengan la facilidad de dejar a sus hijos allí mientras trabajan, con el objetivo de que esos niños puedan tener una atención apropiada y satisfacer sus necesidades básicas (Decreto 2919, 1989).

Antes del año 2012, las madres comunitarias recibían una “bonificación” que no alcanzaba ni siquiera a un salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), puesto que se consideran como trabajadoras voluntarias (Decreto 2919, 1989). Sin

5 Aportes económicos otorgados por el ICBF.

embargo, desde el 2012, a las madres se les paga una “bonificación” igual a un (1) SMLMV, pero se deja claro que esto no implica que sean funcionarias públicas (Ley 1607, 2012). Dos años más tarde se reglamentó esta ley, y se señaló que la modalidad de vinculación de ellas sería por medio de un contrato de trabajo con el operador que administre el programa y, por tal razón, tendrían todos los derechos pertinentes a este tipo de contrato. Con respecto al ICBF, se estableció que es solo un supervisor del programa (Decreto 289, 2014).

3.2 Hogares sustitutos

Son una forma de protección integral a niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, por medio de la ayuda de una familia sustituta que suplente los roles de la familia biológica y le brinda al menor un ambiente sano y propicio para su desarrollo normal (Ley 1098, 2006).

Este programa subsiste gracias a los bonos de dinero y las dotaciones que da el ICBF para el cuidado del niño. Sin embargo, inicialmente las madres sustitutas no recibían remuneración alguna por su labor, puesto que eran concebidas como trabajadoras voluntarias y solidarias (Ley 1098, 2006). En el año 2011 se les reconoció un incentivo a su trabajo (Ley 1450, 2011), y en 2012 se les reconoció una bonificación igual a un (1) SMLMV (Ley 1607, 2012). Ahora bien, a pesar de esto, para llegar a este monto de dinero ellas deben tener por lo menos a tres niños bajo su cuidado, y si no se tiene esta cantidad de niños, la bonificación se disminuye en proporción.

4. Evolución de los derechos laborales de la mujer

4.1 Antecedentes generales

El trabajo, desde el aspecto práctico, surgió con el fin de satisfacer necesidades básicas del ser humano. La primera forma conocida, y la más común de trabajo se dio en el sector agrícola, ya que con esta actividad se suplían las necesidades básicas, y al mismo tiempo servía como una forma de ofrendar a los dioses para que tuvieran buenas cosechas (Rieznik, 2001). Debido a que esta práctica exigía fuerza, desde allí empezó la subdivisión de tareas según las actitudes físicas, y por ende, empezaron a surgir tratamientos diferenciales, principalmente, en desventaja de la mujer.

Según una cosmovisión antropológica, Engels (1884) cree que el trabajo, desde el concepto que hoy conocemos, no es innato al ser humano, y por eso considera su origen bajo la óptica de tres épocas de la prehistoria: la primera es la llamada

“el salvajismo”, y hace referencia al periodo durante el cual el hombre subsistía solo de lo que le proveía la naturaleza y realizaba las actividades por sí mismo; la segunda es la época de “la barbarie”, cuando el ser humano empieza a domesticar animales y a cultivar la tierra; sin embargo, fue solo hasta la tercera época, es decir, la época de “la civilización”, cuando surgió el trabajo en términos de subordinación y de mandato total, con la creación de las relaciones jerárquicas de los clanes.

Posteriormente, con la llegada de la Edad Media, surge el feudalismo, en el cual pese a que existía explotación laboral, gracias a las luchas de los vasallos, lograron que se les garantizaran algunos estímulos laborales.

Luego, con el surgimiento de la Edad Moderna, llegamos a la evolución del concepto de *trabajo* como hoy en día lo conocemos, debido al arribo de la Revolución Industrial, ya que vemos las características esenciales del contrato de trabajo a pesar de que se evidenciaba la explotación laboral. Esta época fue un gran paso para las mujeres, ya que se vincularon formalmente al ámbito laboral; sin embargo, este cambio no se fundamentó sobre el principio de igualdad, sino sobre la necesidad de mano de obra barata (Serna & Herrera, 2009).

Ahora bien, todos estos avances de la historia no se dieron por giros inesperados ni obedecieron a una pacífica transición. Por el contrario, cada etapa evolutiva fue el resultado de inagotables luchas reivindicatorias que culminaron siempre con una concesión limitada de prerrogativas a favor de los trabajadores, y a pesar de que la evolución laboral femenina fue muy limitada, por lo menos le permitieron a la mujer laborar con más libertad en la Edad Moderna (Serna & Herrera, 2009).

4.2 Antecedentes en Colombia

Centrándonos en Colombia, bajo el amparo de la Constitución Política de Colombia (1886), aún persistía el carácter patriarcal de la época, y por tanto no se consideraba a la mujer siquiera como ciudadana. Con el paso del tiempo, surgieron diversas reformas legales constitucionales que les brindaron garantías a las mujeres como, por ejemplo, la Ley 8 de 1922 que permite a la mujer la libre administración de sus bienes, la Reforma de 1936 por medio del Decreto 227, que le permitió a la mujer estudiar, o el plebiscito (1957) que confirmó su derecho al voto (Carvajal Basto, s.f).

Parte de esta evolución se ve reflejada en Sentencia de la Corte Constitucional C-667 de 2006:

En materia laboral, la ley 83 de 1931 permitió a la mujer trabajadora recibir directamente su salario. En 1938, se pusieron en vigor normas sobre protección a la maternidad,

recomendadas por la OIT desde 1919, entre otras, las que reconocían una licencia remunerada de ocho semanas tras el parto, ampliada a doce semanas mediante la ley 50 de 1990. Por su parte, mediante el Decreto 2351 de 1965, se prohibió despedir a la mujer en estado de embarazo.

Por otro lado, en 1950 nació un nuevo estatuto del trabajo, que regula los derechos laborales de la mujer en sus artículos 10, 143, 238, 239, 240, 241 y 267. Estos artículos regulan a su vez la no discriminación de género, salario igual por trabajo realizado, remuneración en periodo de lactancia y estabilidad laboral durante el estado de embarazo, entre otras (Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

Posteriormente, con la nueva Constitución Política de Colombia (1991), nace el Estado Social de Derecho, y uno de sus principales objetivos es la protección de los derechos laborales, tal como se puede evidenciar en los artículos 13, 25, 43, 53 y el 93. Este último artículo es en particular importante debido a que permite que los tratados internacionales hagan parte de la legislación interna y con ello, se puedan brindar más garantías laborales a los trabajadores, especialmente a las mujeres trabajadoras.

Ya con la protección especial de la mujer consagrada en la Constitución, empieza la verdadera evolución normativa en pro de la mujer, en aras de garantizar una real equidad de género en el trabajo, tal como se evidencia cronológicamente con algunas de esas normas: Decreto 1262 de 1997 (promulgación del Convenio 100 sobre la igualdad de remuneración entre géneros); Ley 581 de 2000 (participación igualitaria en las ramas del poder público); Ley 823 de 2003 (igualdad de oportunidades para la mujer); Ley 1010 de 2006 (acoso laboral, por razones de género); Ley 1009 de 2006 (observatorio de asuntos de género); Ley 1257 de 2007 (sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres); Ley 1187 de 2008 (aumento de bonificación madres comunitarias); Ley 1496 de 2011 (igualdad salarial para la mujer-discriminación); Decreto 1930 de 2013 (política pública equidad de género) (Rama Judicial de Colombia, s.f).

Actualmente, la Corte Constitucional ha hecho gran énfasis en la estabilidad laboral reforzada que tienen las mujeres en estado de embarazo y posterior al parto. Es por ende que busca la protección total para que no sean vulnerados sus derechos laborales:

La Organización en cita insta a los Estados Parte a crear mecanismos que otorguen las herramientas necesarias para procurar la igualdad real y efectiva de las mujeres en edad fértil, igualdad ésta que para conseguirse requiere de la implantación de acciones afirmativas, tales como la seguridad del empleo durante el embarazo, la licencia de maternidad, el periodo de lactancia y sus beneficios, con el fin de que la especial protección

de la mujer no se traduzca en una excepción a la igualdad de trato, sino en una condición para la no discriminación en el empleo (Sentencia T-160, 2006).

Pero incluso a pesar de la constitucionalización de los derechos laborales y civiles de la mujer, y de su especial protección normativa, vemos que, en la práctica, en algunas esferas aún siguen siendo vulnerados sus derechos.

4.3 Naturaleza jurídica de las madres comunitarias y sustitutas

4.3.1 Madres comunitarias

En un inicio, para el ICBF las madres comunitarias no tenían ningún vínculo laboral ni contractual con el instituto y, por el contrario, en su interpretación de la ley, ejercían una labor de voluntariado debido a que éstas ayudan solidariamente a cuidar a los niños (Decreto 1340, 1995), y con base en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia (1991), que señala la obligación compartida entre la sociedad y el Estado de velar por el cuidado de los niños.

De igual forma, la Corte Constitucional a través del tiempo ha tomado distintas teorías, como la que indica que, a pesar de que la ley señala que existe una relación voluntaria, por lo menos existe una relación *civil contractual*, ya que existe un acuerdo de voluntades entre el operador del programa y la madre comunitaria y, además, una contraprestación por la labor realizada a pesar de que este pago no supliera el mínimo vital (Sentencia T-478, 2013).

Para el año 2012, en Sentencia del magistrado Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela N° 628, cambia de nuevo de teoría y manifiesta que las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre trabajador subordinado (con contrato de trabajo) y trabajador independiente (con contrato de prestación de servicios) debido a que, por ejemplo, no asumen la carga completa de la cotización con respecto al sistema de seguridad social (tal y como lo haría un trabajador independiente), sino que el gobierno aporta una parte de ésta. De igual forma, ellas están subordinadas a un horario de trabajo y, además, reciben una retribución por su labor. Ahora bien, con respecto a las características que tienen como trabajadoras independientes, la corte no hace énfasis, pero su conclusión parece contradictoria, ya que a pesar de que reconoce las características propias de un contrato laboral, termina indicando que de ninguna manera son trabajadoras subordinadas. A pesar de su mensaje confuso, esta sentencia crea un precedente al instar al Gobierno y al ICBF a que adopten las medidas necesarias para que a las madres comunitarias se les pague por lo menos un salario mínimo legal vigente y se sigan evitando prácticas discriminatorias contra este grupo de trabajadoras.

Como consecuencia de la anterior sentencia, se creó la Ley 1607 de 2012, que en su artículo 36 se refiere a la necesidad de establecer la vinculación y formalización de la madre comunitaria. Lo que no deja en claro es cuál será su calidad y lo único que señala de manera expresa es que, sin importar la forma de vinculación, la madre comunitaria no tendrá la calidad de funcionaria pública. No obstante, 2 años más tarde, se reglamentó este artículo de la ley, y se definió su modalidad de vinculación, que será por medio de un contrato de trabajo con el operador que administre el programa, e igualmente reafirma que no tendrán la calidad de servidoras públicas (Decreto 289, 2014).

4.3.2 Madres sustitutas

De igual forma que a las madres comunitarias, el ICBF en principio consideraba el cargo de las madres sustitutas absolutamente como una labor solidaria y voluntaria. Sin embargo, la diferencia radica en que el ICBF modificó la tesis con respecto a las madres comunitarias, y aún persiste el mismo pensamiento del supuesto voluntariado que realizan las madres sustitutas. Por tal razón, entre ellas y el ICBF no existe vinculación laboral ni contractual, lo que significa que no se pueden generar prestaciones de índole laboral (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012).

Ahora bien, a pesar de que se les sigue calificando como personas ejerciendo un voluntariado, con el paso del tiempo se les han venido concediendo ciertos beneficios, como el previsto en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, en el cual se da la facultad al ICBF para que les asigne una “bonificación”⁶ a las madres sustitutas por su labor (Art 165, Ley 1450, 2011).

Su evolución normativa se estancó con la expedición de la Ley 1607 de 2012, debido a que el artículo 36 les asignó una “bonificación” equivalente a un (1) SMLMV, aunque este monto está supeditado al hecho de que se tengan exactamente tres niños a cargo. Empero, no se menciona nada con respecto a la forma de vinculación ni a la calidad de las madres sustitutas. Por tanto, se concluye que su naturaleza jurídica para el gobierno y el ICBF no ha variado, y aun las consideran como voluntarias, elemento que constata el ICBF en distintos conceptos relacionados con las madres sustitutas:

(...) la conformación del Hogar Sustituto no constituye vínculo laboral entre los responsables de éste, sean madre o padres sustitutos y el ICBF, tal como lo establece el

6 Monto de dinero que se añade al salario; por tal motivo, ese calificativo es un error legislativo, ya que las madres sustitutas, conforme a la ley, no recibían salario.

artículo 59 de la Ley 1098 de 2006 y por lo tanto no puede predicarse la existencia de derechos o beneficios laborales que deba reconocer el Instituto a las madres sustitutas, ya que no existe una relación de subordinación laboral, sino una labor voluntaria y solidaria, en la cual esta entidad reconoce unos aportes, precisamente para que esta actividad se pueda adelantar adecuadamente, pero no como contraprestación dentro de una relación laboral (ICBF, 2012).

4.4 Contrato realidad en madres comunitarias y sustitutas

La hipótesis principal de este proyecto consiste en evidenciar un contrato realidad en la labor de las madres comunitarias y sustitutas del ICBF, ya que según la investigación práctica y participativa que realizamos, se puede verificar que la naturaleza jurídica que el ICBF pretende reconocerles no está acorde con los elementos y características de la labor realizada, es decir, en términos jurisprudenciales, estaríamos frente a un contrato realidad.

El contrato realidad se desprende del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, lo que quiere decir que estamos frente a esta figura cuando la labor que realiza una persona se crea bajo una naturaleza jurídica que no concuerda con las verdaderas funciones que dicha persona ejecuta en la práctica (Constitución Política de Colombia, Art 53). Por tal motivo, abordaremos el planteamiento desde el plano teórico y analizaremos las posibles formas de vinculación tanto de las madres comunitarias como de las madres sustitutas.

4.5 ¿Madres comunitarias y sustitutas como servidoras públicas?

Si las formas de vinculación entre las madres comunitarias y sustitutas se dieran directamente con el ICBF, ellas serían clasificadas como servidoras públicas. Los servidores públicos se clasifican en empleados públicos, trabajadores oficiales y miembros de corporaciones públicas (Constitución Política de Colombia, 1991, Art 123). Como las encargadas de estos hogares evidentemente no están en ningún cuerpo legislativo, es decir, en corporaciones públicas, vamos a obviar esta clasificación.

Empleado público: Son aquellas personas naturales vinculadas con el Estado a través de una vinculación legal y reglamentaria, lo cual significa que su vinculación, y los requisitos que debe cumplir, están previamente reglamentados en la ley. A su vez, los empleados públicos se dividen en empleados de libre nombramiento y remoción, empleados públicos de carrera y los de elección popular.

Trabajador oficial: Estos funcionarios están relacionados con el Estado a través de un contrato de trabajo (relación bilateral) y prestan sus servicios a organismos administrativos en las funciones de construcción y mantenimiento de obras públicas, o que desarrollen su actividad en empresas industrial y comercial del Estado o en sociedades de economía mixta (Decreto 1848, 1968).

Según lo anterior, las madres comunitarias y sustitutas no pueden estar vinculadas como servidoras públicas, debido a que estos cargos no están regulados en la Constitución Política, siendo éste el lugar en el que se explica lo que se requiere taxativamente para ser empleada pública. Si miramos en la subdivisión de servidoras públicas, también vemos que no cumplirían con tales requisitos, ya que no pueden ser empleadas de carrera debido a que no participan en ningún concurso de méritos para vincularse; tampoco empleadas de libre nombramiento y remoción, ya que su cargo no es directivo ni de confianza; y mucho menos son elegidas por medio de votación popular.

Con respecto a la modalidad de trabajadoras oficiales, tampoco encajaría debido a que su labor no es de construcción ni de mantenimiento de obras públicas y, de igual forma, el ICBF no es una empresa industrial ni comercial del Estado para presumirse este cargo.

4.6 ¿Madres comunitarias y sustitutas como trabajadoras privadas?

Para ser trabajadoras privadas, las madres comunitarias y sustitutas deberían cumplir con los tres elementos necesarios para que se configure un contrato de trabajo: 1) subordinación, 2) prestación personal del servicio, y 3) retribución por la actividad realizada (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, Art 23). Por consiguiente, vamos a examinar cada elemento de trabajo para saber si cumplen con dichos requisitos. Ahora bien, dado que tanto la labor de la madre comunitaria como la de la madre sustituta tienen características muy similares, vamos a examinarlas de manera conjunta:

1) Subordinación

- Las madres comunitarias cumplen con un horario de trabajo de ocho horas diarias, mientras que la labor de las madres sustitutas exige un total de 24 horas al día, y aunque racionalmente se sabe que no van a estar todo el día laborando, sí deben estar disponibles para ejercer su labor en cualquier hora del día, sin reconocimiento de horas extras.
- Tanto las madres sustitutas como las comunitarias tienen que cumplir las órdenes impartidas por los operadores que administran los programas.

- Estos dos grupos de trabajadoras tienen que cumplir los lineamientos técnicos y administrativos del ICBF.
 - Ni las madres comunitarias ni las sustitutas son independientes ni autónomas, ni técnica ni financieramente, ya que para ejercer su labor dependen de lo brindado por el ICBF y por los operadores del programa.
 - Es tal el grado de subordinación que si tanto madres comunitarias como sustitutas reciben llamados de atención, el ICBF tiene la potestad de hacer anotaciones en la hoja de vida (SINTRACIHOB, 2014).
- 2) Prestación personal del servicio
- Solo ellas pueden prestar la labor de madres comunitarias y sustitutas. Si por algún motivo necesitan una licencia o permiso, tienen que pedir autorización ante el operador para que busquen un remplazo temporal (SINTRACIHOB, 2014).
- 3) Retribución por la actividad realizada
- Las madres comunitarias actualmente reciben una beca equivalente a 1 SMLMV como retribución por la labor que realizan.
 - Las madres sustitutas reciben, de igual forma, una beca equivalente a 1 SMLMV como retribución por la labor que realizan; sin embargo, ese salario es el tope máximo si se tienen tres niños a cargo, y se reducirá proporcionalmente por el número de niños que se tenga a cargo (Ley 1607, 2012).

Como vemos, tanto las madres comunitarias como las sustitutas cumplen con los requisitos para que se dé un contrato de trabajo. No obstante, a pesar de que a las madres comunitarias ya se las haya formalizado y que a las madres sustitutas no se les haya definido su situación, el problema radica en que, en esencia, no deberían estar regidas por el marco jurídico de un contrato de naturaleza privada, sino que deberían ser consideradas servidoras públicas, ya que ejecutan una función pública de forma permanente. Además, sus empleadores directos no deberían ser los operadores que administran los hogares, sino que deberían tener una relación directa con el ICBF dado que este no podía delegar una función esencial suya y, por tanto, incurrió en una tercerización ilegal.

5. Tercerización ilegal del ICBF

En un principio, el ICBF ejecutaba tanto el programa de hogares comunitarios como el de sustitutos. Sin embargo, éstos fueron delegados a operadores sin ánimo

de lucro para que ellos los ejecutaran, mientras que el ICBF los suministra por medio del contrato especial de aportes (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012). Esta delegación que hace el ICBF a las entidades sin ánimo de lucro es lo que se conoce como tercerización.

La tercerización es la delegación a un tercero especializado para que ejecute algún servicio que prestaba directamente la entidad. Este servicio que se confía no debe ser esencial dentro del giro ordinario de los negocios (Moncada Lezama & Monsalvo Bolívar, 2000).

De esta tercerización nacen dos relaciones distintas: la primera es de naturaleza administrativa y la segunda debería ser laboral. La relación administrativa surge entre el ICBF y los operadores de los programas; y la segunda relación es la que nace entre los operadores y las madres comunitarias y las madres sustitutas. Como lo mencionamos, el deber ser no aplica de forma equitativa frente a las madres comunitarias y sustitutas, por cuanto desde el año 2014, por medio del Decreto 289, el Gobierno formalizó laboralmente a las madres comunitarias, mientras que las madres sustitutas se encuentran aún bajo el desamparo legal y no tienen garantías laborales.

La persona natural o jurídica a quien se delegan estas actividades se llama contratista independiente, y en palabras del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (1950) se definen como:

(...) verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva (Subrayas fuera de texto original).

Los operadores en Villavicencio para los hogares comunitarios son las asociaciones de padres usuarios, y para el de los hogares sustitutos es la ONG asociación para el desarrollo y la ayuda integral Eclipse.

En otras palabras, lo que hizo el ICBF fue tercerizar estos programas a los operadores, y por tal razón, estos operadores tendrán la calidad de contratistas independientes. Sin embargo, tal y como lo establece el Decreto 2388 (1979), estos operadores no son autónomos, ni son libres técnica ni financieramente, por lo que la denominación de estos contratistas queda anulada, ya que éstas son características indispensables para un contratista independiente, tal y como menciona la Corte Constitucional, que estamos ante la figura de un contratista independiente, cuando se cumplan estas características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

b. La **autonomía e independencia** del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que **por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial** correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. **La vigencia del contrato es temporal** y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (Subrayas y negrita fuera del texto original) (Sentencia T-903, 2010).

Por lo anterior, los operadores que administran los hogares comunitarios y sustitutos no serían verdaderos empleadores, con carácter de contratistas independientes, y su designación sería de simples intermediarios, ya que sus características estarían de acuerdo con lo estipulado por las normas laborales en Colombia:

Artículo 35. Simple Intermediario.

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas (Código Sustantivo del Trabajo, 1950. Art 35)

Por otro lado, el mismo Consejo de Estado, si bien no reconoce el carácter de simple intermediario a los operadores del programa, en Sentencia del 26 de Marzo de 2014 con radicado 28077 y Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio, se mira el evidente nexo que existe entre el ICBF y los hogares comunitarios, ya que dichos hogares dependen técnica, operacional y financieramente del ICBF y, de igual forma, es tal el nexo que existe entre ellos que el logo representativo de los hogares comunitarios no es el de los supuestos empleadores directos (es decir, el de los operadores que administran el sistema), sino el del ICBF. Por lo expuesto, en diversas sentencias de esta misma Corte han declarado patrimonialmente responsable al ICBF por daños dentro de los hogares comunitarios.

6. El contrato especial de aportes y sus irregularidades

A pesar que el contrato de aportes es “especial”, no puede ir en contravía de derechos de rango constitucional e internacional, y por tal razón es inconstitucional que el Gobierno cree normas que beneficien al ICBF en menosprecio de los derechos y garantías de las madres comunitarias y sustitutas, ya que si analizamos la labor de las madres comunitarias y sustitutas bajo el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, encontramos las siguientes irregularidades:

- El “empleador” directo de las madres comunitarias y sustitutas debería ser el ICBF y no los operadores, debido a que a pesar de que existe un supuesto contratista independiente (quien es el que ejecuta los programas y quien en la formalidad es el que debe tener el control total de la labor de las madres comunitarias y sustitutas), el ICBF sigue interfiriendo y dando mandatos subordinantes a las madres comunitarias y sustitutas en cuestiones como las siguientes:

El ICBF es quien da los permisos a las madres sustitutas para que puedan ausentarse del hogar.

El ICBF es quien tiene la potestad de cerrar un hogar tanto comunitario como sustituto.

El ICBF tiene la potestad de hacer anotaciones a las hojas de vida tanto de las madres comunitarias como de las sustitutas (SINTRACIHOB, 2014).

- La esencia de cuando se contrata a un tercero es que este deba ser independiente, y tal y como lo establece el propio Decreto 2388 de 1979, eso no aplica para los contratistas operadores de los programas del ICBF.
- Un contratista independiente del Estado debe realizar labores temporales; sin embargo, estos operadores nacieron con ánimo de permanencia, ya que desde el año 2011 están ejecutando los servicios que les fueron encomendados (ICBF, 2011).

- Otra característica fundamental de un contratista es que él tenga sus propios trabajadores; sin embargo, las madres sustitutas no tienen ninguna relación laboral, comercial o administrativa ni con el operador ni con el ICBF.
- A pesar de que el ICBF pretende crear sofismas de que él no es el beneficiario de la obra sino que son los niños acogidos a los programas, se debe recordar que el ICBF fue creado en 1968, fecha en la que se le otorgó la función de velar por el cuidado y protección integral de los menores de edad y, por tanto, no es posible quitarle esa función. Además de ello, es necesario referir que nos encontramos en un Estado Social de Derecho que propende por los derechos fundamentales de las personas y especialmente de los niños.
- El ICBF realiza intermediación laboral ilegal, puesto que la relación con los operadores del programa es difusa debido a que se supone que los operadores, al ser autónomos e independientes, no deben aceptar que el ICBF se entrometa con mandatos subordinantes a las madres comunitarias y sustitutas, elemento contrario a la realidad.
- Las contrataciones del ICBF con los operadores son ilegales, porque las funciones que delegó el ICBF son esenciales para el Instituto y esta práctica está prohibida por la ley.
- A las madres sustitutas les están violando los derechos constitucionales al salario mínimo vital y móvil, y a la proporcionalidad a la cantidad y calidad del trabajo (Constitución Política de Colombia, 1991) como parte del derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas, puesto que en la actualidad están realizando una labor por una remuneración que no sufre sus condiciones mínimas para vivir dignamente, ya que su pago depende del número de niños que tengan a cargo, sin tomar en consideración el tiempo y todo lo que conlleva hacerse cargo aunque sea de un solo niño durante todo el día.

Conclusiones

En Colombia, aún persisten dilaciones legislativas frente a los derechos laborales de la mujer, a causa de patrones socioculturales de carácter machista o patriarcal que ocasionan que las madres comunitarias y sustitutas se vean relegadas de sus derechos, ya que ellas al prestar una función pública de forma permanente, deberían ser vinculadas legal o reglamentariamente para desempeñarse como servidoras públicas por medio de acto legislativo que modifique la constitución política, para así, poder restablecer los derechos de dichas madres, por tanto, en nuestro concepto, el ICBF está incurriendo en prácticas fraudulentas y difusas, violenta derechos fundamentales de las madres comunitarias y en especial de las madres sustitutas,

ya que al no ser formalizadas laboralmente, ni siquiera bajo los parámetros del derecho laboral particular, estas madres se encuentran en el limbo jurídico por la omisión legislativa, pues las garantías que se les han brindado hasta el momento, no suplen su mínimo vital, ni son proporcionales a la labor desempeñada.

De igual forma, el accionar del ICBF no está permitido por la ley, debido a que está tercerizando funciones esenciales del instituto, con el objetivo de perjudicar los derechos laborales tanto de madres comunitarias y sustitutas; y es aún más ilegal el accionar de los operadores que recibieron la delegación de administrar los hogares comunitarios y sustitutos, debido a que estos delegatarios no son autónomos ni independientes y, además, no fueron creados con carácter temporal, lo cual evidencia que no son contratistas independientes sino simples intermediarios del ICBF.

No obstante lo anterior, y como el título de nuestro proyecto lo indica, es un gran avance para la reivindicación de los derechos de las mismas que por lo menos se les hayan brindado una serie de garantías laborales a estos grupos discriminados, que si bien no son suficientes, es un paso más hacia una ruta del restablecimiento de sus derechos laborales y poder llevar a cabo la tan anhelada igualdad material que proclama nuestra Constitución Política de Colombia de 1991.

Referencias

- Baquero, J., Guataquí, J. C., & Sarmiento, L. (2000). Un marco analítico de la discriminación laboral. Recuperado de http://www.urosario.edu.co/urosario_files/b9/b95818eb-c9d8-42a9-b1d3-3b398cdd9e65.pdf.
- Cárdenas Poveda, M., & Blanco Blanco, J. (2009). Las mujeres en la historia de Colombia, sus derechos, sus deberes. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617260012>.
- Carvajal Basto, S. (s.f). Equidad de la mujer. Recuperado de <http://historico.equidadmujer.gov.co/Noticias/2013/PonenciasEncuentroInvestigadores/Participacion-politica-mujer.pdf>.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 75. (30 de diciembre 1968). Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Diario Oficial No. 32.682
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 1848. (4 de Noviembre 1969). Por el cual se reglamenta el decreto 3135 de 1968. Diario oficial No. 32.937.
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 2388. (29 de septiembre 1979). Por el cual se reglamentan las leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7o. de 1979. Diario Oficial No. 35.376.
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 2919. (6 de septiembre 1989). Por el cual se reglamenta el parágrafo 2º del artículo primero de la Ley número 89 de 29 de diciembre de 1988. Diario Oficial No. 38.969.

- Colombia. Congreso de la República. Decreto 1340. (10 de agosto 1995). Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar. Diario Oficial No. 41.960.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1098. (8 de noviembre 2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial No. 46.446.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1450. (16 de junio 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Diario Oficial No. 48.102.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1607. (26 de diciembre 2012). Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.655.
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 289. (12 de febrero 2014). Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.062.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección C. Sentencia del 26 de Marzo de 2014. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia número 28077. Recuperado de [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/50001-23-31-000-2000-00116-01\(28077\).htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/50001-23-31-000-2000-00116-01(28077).htm)
- Constitución Política de Colombia de 1886. Alcaldía de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>.
- Constitución Política de Colombia de 1991. Legis. Bogotá. 2010.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-160 (2006).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-667 (2007).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-903 (2010).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T- 628 (2012).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-478 (2013).
- Engels, F. (1884). El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Recuperado de https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2011). Recuperado de <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/REMeta/CP001-2011>.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2012). Recuperado de http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/IntranetICBF/organigrama/SecretariaGeneral/Contratacion/ManualContratacion/2012_MANUAL%20DE%20CONTRATACION%20C3%93N%20Junio%202014-2012.pdf.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2012). Recuperado de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000159_2012.html

- Ministerio del Trabajo. (s.f.). Marco normativo aplicable al programa de equidad laboral con enfoque diferencial de género para las mujeres. Recuperado de http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/435-marco-normativo-internacional.html
- Moncada Lezama, M. C., & Monsalvo Bolívar, Y. (2000). Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis15.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo. (1958). *C III Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--declaration/documents/wcms_decl_fs_108_es.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Rama Judicial. (s.f). Rama judicial-República de Colombia. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-genero/leyes-y-decretos>.
- Rieznik, P. (2001). Trabajo, una definición antropológica. *Razón y Revolución* (7). Recuperado de: <http://www.razonyrevolucion.org/textos/revryr/prodetrab/ryr7Rieznik.pdf>.
- Pérez García, M. (2012). *Contratación laboral, intermediación y servicios*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- SINTRACIHOBÍ, S. N. (13 de Julio de 2014). Situación laboral de madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio. (F. Ortigón Melo, & M. Ramos Valencia, Entrevistadores) Villavicencio.
- Serna Giraldo, F., & Herrera Arenas, E. (2009). Escuela Nacional Sindical. Recuperado de www.ens.org.co/apc-aa-files/45bdec76fa6b8848acf029430d10bb5a/DERECHOS_LABORALES.pdf.