



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, Febrero 8 de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **ANDRÉS MEDINA PINEDA**

Acción de Tutela	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	N o. 70-001-33-33-006-2018-00407-01
Demandante:	Yina Marcela Rojas Ribon
Demandado:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "I.C.B.F"
Vinculado:	Comité Intergremial Comunitario CIC
Procedencia:	Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo

Tema: *Madre comunitaria / Maternidad / Embarazo y lactancia/ Terminación del contrato / Sin renovación / Relación entre el ICBF y las madres comunitarias / Perspectiva de género con relación a su empleador*

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

Procede la Sala a dirimir la impugnación presentada por la parte accionante dentro del asunto de la referencia, contra la Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018¹, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

¹ Folio 52 a 62 Cdno Ppal

2. LA SÍNTESIS FÁCTICA²

La señora Yina Marcela Rojas Ribon, manifestó que laboró como madre comunitaria por un período de tres años en su hogar comunitario denominado “CECI”, ubicado en el Municipio de San Pedro, Sucre, con el Comité Intergremial Comunitario CIC.

Así mismo, agregó que durante el tiempo que se encontraba laborando con el Comité Intergremial Comunitario CIC, del Municipio de San Pedro quedó en estado de embarazo y dio a luz el 31 de marzo del 2018.

Expresa en los hechos cuarto y quinto del escrito de tutela, que el 31 de julio de 2018, finalizó el contrato que todas las madres comunitarias del Municipio de San Pedro-Sucre, habían suscrito con el Comité Intergremial Comunitario CIC; sin embargo, para la fecha se encontraba en licencia de maternidad y sin tener en cuenta esa condición, dicho comité no le renovó su contrato, puesto que también fue terminado el contrato que ellos habían suscrito directamente con el ICBF; por lo que las nuevas entidades administradoras del programa de hogares comunitarios de bienestar estarían encargados de continuar con el desarrollo de los programas y contratar a las madres comunitarias.

Conforme a lo anterior, expresó que durante el período de lactancia las nuevas entidades administradoras del programa de hogares comunitarios de bienestar, iniciaron el proceso de contratación, sin su vinculación y la del hogar comunitario y la consecuencia fue que quedaron por fuera los niños de aquel hogar, y por ende, la accionante sin trabajo.

Por otro lado aduce la tuelante que, el ICBF-Zonal de Sucre, no le notificó a la accionante acerca de la suspensión de su hogar comunitario, así como tampoco el equipo de supervisión no realizó actas de cierres del mismo y adicional a ello, no se han recogido los elementos de dotación que permanecen en su hogar.

Por último, indica que es madre de familia que tiene a su cargo dos hijos menores de edad, de los cuales uno está en brazos y se encuentran en una situación difícil debido a que no cuenta con vivienda propia, no recibe renta y adicional a ello, no tiene trabajo para sufragar los costos de la subsistencia de su hogar, razón por la cual requiere nuevamente su empleo.

² Fl. 1-2 del C.Ppal

3. LOS DERECHOS INVOCADOS³

Derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de una mujer embarazada y/o en periodo de lactancia, al trabajo, al mínimo vital, a la igualdad, dignidad humana y a la seguridad social.

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN⁴

Solicita se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal, Sucre, a que se obligue a las entidades administradoras del programa hogares comunitarios que se encuentran laborando en el Municipio de San Pedro-Sucre, que vinculen a la Señora Yina Marcela Rojas Ribon para seguir laborando como madre comunitaria. Adicionalmente, cancelen los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo que estuvo desvinculada del programa de hogares comunitarios.

5. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Por reparto ordinario del 28 de noviembre de 2018 se asignó el conocimiento del proceso en primera instancia al Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo (fl. 14); con providencia de fecha 30 de noviembre de 2018, se admitió y se ordenó notificar a la parte accionada–Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “I.C.B.F.”- Centro Zonal de Sucre, Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (Fl. 16-21).

El Bienestar Familiar rindió informe el 05 de diciembre de 2018 (fl. 24-29); a través de auto con fecha del 7 de diciembre del 2018 ordenó el Juez de Primera Instancia la vinculación del Comité Intergremial Comunitario- CIC de San Pedro, Sucre (f. 46-47), procedimiento que se surtió por correo electrónico (fl 49) enviado a la dirección que aparece en el contrato de trabajo (fls 6 a 8 – aguilera035@hotmail.com); mediante Sentencia del 12 de diciembre de 2018, el Juzgado primigenio, tuteló el derecho al debido proceso administrativo de la parte actora (fl. 52-62).

³ Fl. 2 del C.Ppal

⁴ Fl. 8 del C.Ppal

La parte accionante, notificada de la Sentencia el 13 de diciembre de 2018 (Fls. 63-65), mediante escrito de fecha 18 de diciembre de 2018, impugnó la decisión (Fls. 66-70); siendo concedida mediante proveído del 14 de enero de 2019 (fl. 95).

La Tutela fue repartida en segunda instancia el 15 de enero de 2019, correspondiéndole a este Despacho. (fl. 2 del C.alzada).

6. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF- Centro Zonal Boston⁵, rindió informe en cuanto a los hechos afirmó que algunos no son ciertos, otros no le constan y otros falsos; en cuanto a la pretensiones se opone a que se declaren las peticiones solicitadas por la actora, principalmente porque las mismas desconocen la Constitución y la Ley, así como el principio de confianza legítima, considerando que la Corte Constitucional ha interpretado que entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF y las madres comunitarias no existe vínculo laboral.

Trajo a colación la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con la existencia de contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF conformada por las sentencias, T- 269 de 1995, SU-224 de 1998 y T-668 de 2000.

6.1. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: El señor Agente del Ministerio Público en esta oportunidad no rindió informe.

7. LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante Sentencia del 12 de diciembre de 2018⁶, resolvió tutelar el derecho al debido proceso administrativo y negar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el trabajo y al mínimo vital, invocado por la señora Yina Marcela Rojas Ribon.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que el ICBF – Centro Zonal de Sucre, no le desconoció a la accionante los derechos fundamentales invocados, toda vez que, por un lado, entre la entidad accionada y la parte actora no existió vínculo laboral, y por otro lado, no demostró que la Señora Rojas Ribon haya presentado algún reclamo ante la entidad relacionado con su estado de embarazo o lactancia frente a

⁵ Fls. 24-29 del C.Ppal

⁶ Fl. 52-62 Cdno Ppal

la no renovación de su contrato laboral, para que el ICBF, en virtud de su deber de supervisar la ejecución del contrato de aporte que suscribió con el Comité Intergremial Comunitario- CIC del Municipio de San Pedro, Sucre, entidad empleadora de la parte actora, adoptara las medidas pertinentes para ello; como tampoco se encuentra acreditado si dicho comité le dio a conocer al ICBF dicha circunstancia, quien a su vez argumentó que no se le renovó el contrato a la accionante porque su hogar comunitario fue cerrado.

Advierte el juez de primera instancia, que si el vínculo laboral que la actora tuvo con el Comité Intergremial Comunitario–CIC del Municipio de San Pedro, Sucre terminó durante su período de lactancia, el cual pagó su licencia de maternidad, y a pesar de no estar probado que dicho comité acudió ante el inspector de trabajo, con el fin de determinar si la causas del contrato subsisten, esto no puede ser determinado del material probatorio que se aportó al expediente, y más cuando el contrato que tal comité suscribió con el ICBF finalizó el mismo día en el que terminó el contrato laboral que el CIC suscribió con la accionante.

Por el último, el Juzgado considera que la entidad demandada le está vulnerando a la accionante su derecho fundamental al debido proceso administrativo, en cuanto a lo afirmado por la señora Rojas Ribon, que la entidad accionado no le notificó el cierre de su hogar comunitario, lo que tuvo por cierto basándose en el principio de la buena fe, donde el ICBF informa al despacho que el hogar comunitario de la actora fue cerrado; sin embargo, no demostró que expidió el acto administrativo de tal situación y que fue notificado conforme a lo establecido en el Manual Operativo de la Modalidad Comunitaria para la Atención a la Primera Infancia.

7.1 LA IMPUGNACIÓN⁷: En tiempo, la accionante impugnó la Sentencia del 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, solicitando se proteja los derechos fundamentales que considere vulnerados por la negligencia y mal procedimiento administrativo por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en conjunto con la administradora de hogares comunitarios – CIC.

La parte actora centra los argumentos de su impugnación respondiendo el informe rendido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la siguiente forma (ad litteram):

⁷ Fl. 66-70 del C. Ppal.

(Sic)...

SEGUNDO: “El ICBF manifestó que no le consta lo que sucedió en relación del estado de mi embarazo, ya que su entidad administradora “Comité Integral Comunitario CIC” es quien debió precisar sobre ello, situación que es totalmente falsa, ya que en distintas ocasiones estando en estado de embarazo, me dirigí personalmente a sus instalaciones en la ciudad de Sincelejo a presentar quejas de forma verbal e irregularidades que se estaban presentando en mi hogar comunitario debido a mi estado de embarazo y como mis quejas fueron omisas, me percaté y presenté una de forma escrita donde demostré que ICBF si sabía mi estado de embarazo y la situación por la que estaba pasando y teniendo facultades como entidad rectora del programa de hogares comunitarios, no recibí ningún apoyo de su equipo interdisciplinario, el cual si está legitimado para conocer de ello.

TERCERO: Con relación al tercer hecho el ICBF expresó, que mi hogar comunitario no fue incluido en la nueva contratación, esta no se debió a mi estado de embarazo, si no a las actas suscritas durante un procedimiento que realizó la entidad administradora donde demostró que no cumplía con la cobertura de usuarios, lo que fue causal del cierre de mi hogar. Es cierto que en una visita realizada por su equipo interdisciplinario, por circunstancias ajenas de mi voluntad en el momento, no cumplía con la cobertura exigida, pero esto inmediatamente no es causal definitiva para cerrarme el hogar, según los lineamientos para el cierre de hogares comunitarios, una vez el comité interdisciplinario de ICBF encuentre una irregularidad en el hogar comunitario, este le establece un plazo para subsanar la irregularidad, así lo contempla la Resolución 706 de 1998 en su artículo 1 literal b) Después de realizar las visitas de seguimiento, asesoría y supervisión al servicio, donde se detecte alguna de las causales señaladas en el articulado tercero del acuerdo 050 de 1996 y dichas fallas no se subsanen dentro del término establecido. Una vez transcurrido este término y no se logra subsanar la irregularidad, si será causal del cierre definitivo del hogar. Como fue deber mío, procedí a subsanar la irregularidad y complete los usuarios que faltaban pero ICBF no realizó el debido proceso y no volvió a mi hogar a verificar si efectivamente subsane mi irregularidad, ICBF no me permitió mi derecho a contradicción, nunca me notificó su decisión final.

CUARTO: Con relación al tercer hecho ICBF dijo todo procedimiento relacionado con mi embarazo, el comité integral comunitario CIC del Municipio de San Pedro es quien debió realizarlo, es totalmente falso. ICBF con la ayuda de su equipo interdisciplinario, no solo se encarga de verificar si estoy cumpliendo con mis deberes, también se encarga de verificar si sus entidades administradoras de hogares comunitarios, en este caso, “el comité integral

comunitario CIC” también están cumpliendo con sus deberes. En mi caso presenté una carta ante el director del ICBF Centro Zonal Sucre, manifestándole que estaba embarazada y que venía padeciendo de acoso laboral, debido a que mi empleador, no le fue de su agrado la noticia del estado de embarazo y que estos llegaron a un extremo donde el representante legal del comité integral comunitario CIC me decía que tenía que renunciar y no contento con la noticia, sin previa autorización y de manera arbitraria el 05 de febrero de 2018 me suspendió la provisión de alimentos a mi hogar, trayendo con ello la tristeza en el rostro de los niños/niñas cuando los padres de familia tuvieron que llevárselos a sus casas sin comer, debido a que el señor Nando Aguilera, representante legal del comité integral comunitario CIC, no me envió los alimentos para la atención de mis usuarios. Surgen los interrogantes:

¿Será que ICBF a sabiendas de mi estado de embarazo y del acoso laboral que estaba pasando, como entidad rectora del precipitado programa, NO facultado para exponer el caso ante el Ministerio del Trabajo y juntos tomar medidas pertinentes, ya que no solo a mí se me violan derechos fundamentales, sino también a los niños y niñas de mi hogar comunitario?

La Corte Constitucional estableció, dos reglas principales para la protección laboral reforzada de la mujer en estado y lactancia, se logró demostrar que faltando 3 días para que se acabara mi licencia de maternidad, el contrato se me terminaba y mi empleador no cumplió con lo que establece la norma, la cual precisa que; si el estado de embarazo es conocimiento de mi empleador este debió acudir al inspector del trabajo para que no permitiera la violación de mis derechos fundamentales y del nacido. Es preciso citar el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, donde se expresa que ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio del Trabajo que avale una justa causa.

QUINTO: ICBF también conocía de mi estado de embarazo y en el periodo de lactancia empezó la nueva contratación y no me vinculo sin estar en firme el acto administrativo que según ICBF contempla el cierre definitivo de mi hogar, cuyo acto nunca me ha sido notificado trayendo con ello mi violación al debido proceso y al de contradicción.

¿Será que ICBF por el hecho que formalmente no exista un vínculo laboral directamente con nosotras las madres comunitarias, podrá permitir que sus entidades administradoras de hogares comunitarios violen nuestros derechos fundamentales y también los derechos fundamentales de nuestros niños y niñas?

El ICBF junto con su entidad administradora de hogares comunitarios “Comité Integral de Hogares Comunitarios CIC” vulneraron mi debido proceso administrativo y no solo el debido proceso, también mi derecho al trabajo, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en el estado de embarazo y mujer lactante, cuando hicieron la nueva contratación, aun me encontraba en período de lactancia, debieron ampararme y permitirme el derecho a contradicción y debido proceso administrativo.

SEXTO: Siguiendo los lineamientos para el cierre de hogares comunitarios, el coordinador del centro zonal o quien haga sus veces, luego de evidenciar irregularidades evidentes, deberá emitir una resolución donde ordena el cierre definitivo del hogar, pero esta resolución una vez emitida no decide inmediatamente el cierre definitivo del hogar. Como todo acto administrativo para que pueda quedar en firme, debe cumplir ciertas formalidades y me refiero a la notificación para que no se vulnere el derecho al debido proceso y contradicción del acto de contenido particular y concreto. La Resolución 706 de 1998 establece las formalidades por las cuales se entiende que dicha Resolución quedara en firme y que se debe hacer durante el término de ejecutoria. El artículo 4 de la mencionada Resolución, establece como debe ser el procedimiento para el cierre del hogar comunitario y el mismo artículo 4 en su inciso 3 establece qué; expedida la Resolución se notificará personalmente en los términos establecidos en los artículo 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al representante legal de la asociación de los padres de familia, a la madre comunitaria, a la junta de padres a que pertenezca el hogar. Contra esta Resolución procedan los recursos de reposición ante el funcionario que profirió el acto y el de apelación ante el Director Regional o Seccional de Agencia. Se demostró que ICBF nunca me notificó la Resolución y tampoco notificó a la junta de padres de familia que pertenece mi hogar, por lo tanto, de lo anterior se puede afirmar que durante todo este tiempo transcurrido, mi hogar comunitario legalmente no se encuentra cerrado, por lo tanto al momento que empezó la nueva contratación debieron contratarla y no violar mis derechos fundamentales.

Es preciso mencionar el artículo 9 de la resolución 706 de 1998, establece que; brindara atención a los niños en un hogar temporal durante el término de ejecutoria de la resolución que ordena el cierre o cuando la madre comunitaria deba sustituirse temporalmente, ¿ Si a ICBF le consta que mi hogar fue cerrado por falta de cobertura sin haberlo demostrado, entonces porque no hicieron el procedimiento como es debido, donde quedó el amparo de los niños/niñas y padres de familia de mi hogar, mientras que la supuesta resolución que nunca ha sido notificada entrara en término de ejecutoria?, ICBF y su entidad

administradora “ Comité Integral Comunitario CIC” me desamparó y desamparó a los niños y niñas de mi hogar, permitió también injustamente me suspendieran las provisiones para los alimentos de los niños y niñas del hogar comunitario CECI, también permitió que injustamente no me contrataran sus nuevas entidades sabiendo de mi estado de lactancia, ICBF, nunca resolvió ni respondió mis quejas, simplemente el debido proceso trajo consigo la violación de distintos derechos fundamentales.”

8. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

8.1. LA COMPETENCIA: El Tribunal, es competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. PROBLEMA JURÍDICO: De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar: ¿Si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “I.C.B.F.” y el *Comité Integral Comunitario CIC* de San Pedro – Sucre, vulneran los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada en período de lactancia, mínimo vital, dignidad humana, seguridad social y al trabajo a la señora Yina Marcela Rojas Ribon, al no renovar el contrato laboral por parte de las nuevas empresas administradoras de servicio comunitario, ya que al momento de la terminación del contrato se encontraba en el período de lactancia?

Del mismo modo se desarrollará, si es procedente la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral y el pago de acreencias laborales, a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales ante la jurisdicción ordinaria.

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Subsidiariedad; iii) Legitimación en la causa por pasiva; iv) procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de prestaciones laborales; v) relación entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las madres comunitarias, v) Caso concreto.

8.3. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de

todas las personas, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública e incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

8.4. SUBSIDIARIEDAD. La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen vulneración o amenaza

de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un **perjuicio irremediable**, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un **perjuicio irremediable**. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

En efecto, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional es clara en cuanto la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y, por tanto, precisó en las sentencias T-373 de 2015⁸ y T-630 de 2015⁹, que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda, que *“siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un **perjuicio irremediable**, pierde su idoneidad para*

⁸ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”¹⁰.

Principio de Subsidiariedad – 4 hipótesis básicas	
Supuesto	Consecuencia
Inexistencia del mecanismos	Amparo definitivo
Falta de idoneidad del mecanismo	Amparo definitivo
Falta de eficacia del mecanismo	Amparo definitivo
Amenaza de perjuicio irremediable	Amparo transitorio
	Obligación del tutelante de acudir al juez ordinario dentro de los 4 meses siguientes
	Los efectos se extienden hasta que se produzca el fallo.
	Las órdenes se agotan en 4 meses si no se acude al juez ordinario
	Subregla excepcional. Imponer la carga de acudir al juez ordinario o administrativo so pena que la orden se convierta en definitiva- T-322-16

8.4. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.

La legitimación pasiva es aquella facultad procesal que se le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido materia; sin embargo, si bien la tutela se establece por la constitución política como un proceso preferente y sumario, con ello no se quiso consagrar un instrumento judicial carente de garantías procesales, en donde la brevedad y celeridad procesal sirvan de excusa para desconocer los derechos de las partes o de los terceros, de manera que en dicho

¹⁰ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

proceso, como en cualquier otro, el juez debe lograr que la actuación se surta sin vulnerar los principios de legalidad y contradicción.

Es importante aclarar, que la identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto la Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan. Según aquella, la acción de tutela se promueve contra autoridad pública y, en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas, y lo mismo señala el segundo estatuto.

Ahora bien, al respecto la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-030 del 2017 ha dicho lo siguiente:

“Legitimación por pasiva

La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso Conforme a los artículos 86 de la Constitución, 1º y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.”

8.5. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE PRESTACIONES LABORALES.

En virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, complementado por los artículos 6º y 8º del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales; lo cual ha sido motivo de pronunciamientos de la H. Corte Constitucional advirtiendo que cuando la acción de tutela se emplea para el reconocimiento de acreencias laborales, por regla general, se torna improcedente, por lo que *“en principio, quien pretende la cancelación de obligaciones relacionadas con prestaciones sociales, debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o a la jurisdicción contencioso administrativa, según sea el caso”*¹¹.

No obstante, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para el cobro de acreencias laborales, cuando se demuestra que el incumplimiento de las mencionadas obligaciones vulnera o amenaza derechos fundamentales como el

¹¹ Sentencia T-776 de 2014

mínimo vital, la seguridad social o la vida en condiciones dignas. En sentencia T-963 de 2007, dijo:

“excepcionalmente cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y/o a la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares de la persona afectada”.

Sobre el particular en la sentencia **T-944 de 2002**, la Corte indicó sobre la procedencia de la solicitud de amparo en materia de acreencias laborales cuando *“quienes reclamen la protección constitucional vean afectadas sus condiciones de vida digna, las vías judiciales ordinarias se tornen ineficaces, y, además, la suspensión prolongada e indefinida (...) hagan presumir la afectación del mínimo vital, lo cual atenta de manera directa contra sus condiciones elementales de vida”.*

También la sentencia **T-761 de 2010**, estableció los lineamientos a tener en cuenta para que la acción de tutela proceda para el pago de acreencias y prestaciones laborales:

“Cuando lo que se alega como perjuicio irremediable es la afectación del mínimo vital, la Corte ha establecido, en esencia, dos presunciones de afectación al mínimo vital. De un lado, cuando se dé un incumplimiento prolongado o indefinido de las prestaciones, estimándose el término de más de dos meses como suficiente para tal efecto; y, de otro, un incumplimiento aún inferior a dos meses, si la prestación es menor a dos salarios mínimos. Si no se dan las condiciones reunidas en estas hipótesis, aunque no se presuma su afectación, todavía puede considerarse vulnerado el derecho al mínimo vital cuando el actor pruebe así sea sumariamente, que su subsistencia digna se ve conculcada por el incumplimiento. No obstante, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral o pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, los hechos en los que basa sus pretensiones”.

Específicamente, en lo que tiene que ver con la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, la Corte ha *“utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de*

especial protección por ser una persona de la tercera edad, **(ii)** el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y **(iii)** las condiciones económicas del peticionario(a)¹². Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a)”¹³.

Entonces, la acción de tutela puede interponerse excepcionalmente para solicitar la cancelación de acreencias laborales siempre que “se logre establecer en cada caso en concreto que los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos o eficaces para la protección de los derechos fundamentales de los actores, cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio irremediable, o porque el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador está afectando el derecho al mínimo vital de los trabajadores tutelantes. Lo anterior, por cuanto las dificultades financieras, las prácticas discriminatorias en el pago, los cambios de legislación o la existencia de un aspecto formal que afecte el mínimo vital de un trabajador y su núcleo familiar, no puede constituirse en un obstáculo o requisito adicional para obtener por parte de los trabajadores su legítimo derecho a las cesantías, intereses y sanción moratoria”¹⁴.

8.6 RELACIÓN ENTRE EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y LAS MADRES COMUNITARIAS.¹⁵

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de antiguamente que la vinculación de las madres comunitarias con los Hogares Comunitarios de Bienestar es de naturaleza contractual, regido bajo las normas civiles. En efecto, en sentencia **T-269 de 1995**, la Sala Primera de Revisión al conocer la acción de tutela que interpuso una madre comunitaria con ocasión de su desvinculación, sostuvo:

“Sin duda, alrededor de la relación surgida entre ambas partes -una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y un particular que nunca ostentó la calidad de empleado-, se puede decir que fue de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el I.C.B.F.; consensual, puesto que no

¹² Ver sentencias T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras

¹³ Sentencias T-881 de 2010 y T-871 de 2011

¹⁴ Sentencia T-053 de 2014

¹⁵ **Recuento jurisprudencial basado en la sentencia SU-018-16**

requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada.

Establecido que el nexo era contractual, la Sala piensa que la clausura del hogar no fue sino una simple consecuencia de su terminación. Y, en este sentido, considera que la decisión de la junta directiva no fue una medida disciplinaria, sino la aplicación de una facultad otorgada por el ordenamiento”

En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena en sentencia **SU 224 de 1998**, al examinar la acción de tutela interpuesta por una madre comunitaria que reclamaba la protección de los derechos al trabajo y a la igualdad, los cuales consideró vulnerados por cuanto fue suspendida del servicio que prestaba en un Hogar de Bienestar Familiar.

En esa decisión se reiteró que el vínculo entre la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de bienestar y las madres comunitarias, era de naturaleza contractual y origen civil. La Corte, haciendo propios los argumentos del Juzgado de primera instancia, afirmó:

*“Al efecto el art. Cuarto del decreto 1340 de Agosto 10 de 1995, decreto por el cual se dictan disposiciones sobre el programa de hogares comunitarios de Bienestar, señala que “la vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de **“hogares de bienestar, mediante trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y de la familia: por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participan”***

De lo anterior es claro concluir que no existe una relación laboral entre el I.C.B.F., la junta mencionada y la accionante, aun cuando ésta última sienta que se le ha violado vulnerado (sic) su derecho al trabajo”.

Siguiendo esta línea se emitieron las sentencias **T-668, T-990, T-1081, T-1117, T-1173, T-1605 y T-1674 de 2000, T-158, T-159 y T-1029 de 2001**, que refirieron a las particularidades del vínculo entre las madres comunitarias y el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, reiterando que era de carácter contractual civil; sin embargo, posteriormente se empezó a transformar la jurisprudencia, al sostenerse que la relación entre las madres comunitarias y el ICBF tenían un régimen

jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente. En este sentido, la sentencia **T-628 de 2012** señaló:

“Las características dadas a esta actividad por las normas legales y reglamentarias vigentes denotan que es una forma de trabajo que, aunque en principio no es subordinado y no genera relación laboral, sí permite a las personas que la ejercen dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales.

También es necesario aclarar que, aunque el mencionado artículo excluye la relación laboral entre las madres comunitarias y las asociaciones o entidades que participan del Programa, su régimen jurídico no es igual al de los trabajadores independientes, como parece entender el ICBF en el escrito de intervención que allegó durante el trámite de revisión.

En lo que toca con la seguridad social, las normas aplicables no las obligan a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, siguiendo la lógica del Programa, cual es la responsabilidad compartida entre el Estado, la familia y la sociedad en el desarrollo integral de los niños y niñas.

En lo relativo a la jornada de trabajo se asimilan a los trabajadores con relación laboral, pues esta es de ocho horas diarias como máximo

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

De forma similar, la Sala Octava de Revisión, en sentencia **T-130 de 2015** también concluyó que el régimen jurídico de las madres comunitarias, desde el año 2014, se convirtió en un sistema laboral con ciertas especificidades, siendo su primer paso la Ley 1607 de 2012 “que dispuso que **durante el año 2013** la beca o bonificación que

recibían las madres comunitarias debía equivaler al valor de un salario mínimo legal mensual vigente; además, se mantuvo el subsidio especial otorgado a las madres comunitarias para sus aportes al Sistema General de Pensiones por medio del Fondo de Solidaridad Pensional. El segundo avance se produjo con la expedición del Decreto 289 de 2014 reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, de manera que cuenten con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social.

En sentencia **T-508 de 2015**, este Tribunal concluyó que (i) aunque en principio se excluyeron las madres comunitarias de la relación laboral, “desde las primeras medidas diferenciadas se advertía la intención legislativa de conceder a esa actividad prerrogativas particulares; ii) que el trabajo de las madres comunitarias, en su tratamiento legal, se ha transformado progresivamente, “en procura de acercarla a la relación laboral; iii) que actualmente su actividad se formalizó laboralmente y tienen asegurado un ingreso correspondiente a un salario mínimo legal vigente.

En **Auto 186 de 2017**, la Sala Plena declaró la nulidad parcial de la sentencia, al considerar que se estructuró la causal denominada cambio de jurisprudencia, en tanto se desconoció la sentencia SU 224 de 1998 sobre la inexistencia del contrato laboral en las relaciones de las madres comunitarias y el ICBF, la cual constituía la jurisprudencia en vigor, sin que se hubiera cumplido con la carga de justificar el apartamiento de la misma. Al respecto la Corte estimó:

“Efectuado lo anterior con la debida aplicación de las reglas jurisprudenciales relacionadas con los presupuestos esenciales que se deben acreditar para que se configure un cambio de jurisprudencia, la Corporación concluye que la Sala Octava de Revisión sí vulneró el derecho al debido proceso al proferir la sentencia T-480 de 2016, por cuanto resultó existente el yerro de cambio de jurisprudencia en la medida que se desconoció el fallo SU-224 de 1998, así como la jurisprudencia en vigor contenida en la línea jurisprudencial 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. Para arribar a esa conclusión, la Corte observa lo siguiente:

La sentencia SU-224 de 1998 sí constituía precedente vinculante al caso decidido en la providencia T-480 de 2016, toda vez que en dicho pronunciamiento de unificación se concluyó que no existía amenaza o

vulneración del derecho fundamental al trabajo, ya que ello no se podía deducir de un vínculo que no constituía una relación laboral.

Se aclara que el amparo no puede extenderse respecto del derecho al trabajo invocado por las demandantes, en la medida que como se ha dicho no se acreditó la existencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. No obstante lo anterior, la Sala advierte que en eventuales y futuras resoluciones de casos que involucren circunstancias fácticas y probatorias distintas a las que ahora son objeto de decisión en los asuntos acumulados que originaron la providencia T-480 de 2016, y en virtud de los efectos inter partes de esta providencia, los operadores judiciales podrán valorar la eventual existencia de contrato realidad entre el ICBF y las demás ciudadanas y ciudadanos que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario antes del 12 de febrero de 2014, con la estricta observancia de los elementos materiales de prueba a que haya lugar.”

En conclusión, con anterioridad a la **Ley 1607 de 2012** y el **Decreto 289 de 2014**, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional. Respecto a esto último, se insiste por la Corte Constitucional en sus distintos fallos de revisión, que el vínculo entre las madres comunitarias y el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, era de carácter contractual civil, siendo por este aspecto anulada parcialmente la única sentencia (T-480 de 2016) que estimó la existencia de un contrato realidad de trabajo. (Subrayas del Despacho)

9. EL CASO CONCRETO QUE SE ANALIZA

En el asunto, deprecia la accionante el amparo de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, trabajo, a la seguridad social, ante la omisión del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar en renovarle el contrato a través de las nuevas empresas administradoras de servicio que se encuentran encargadas de la vinculación de los hogares comunitarios, ya que al momento de la terminación del contrato estaba en período de lactancia.

El *A quo* mediante sentencia del 12 de diciembre de 2018¹⁶, decidió tutelar el derecho fundamental al debido proceso administrativo a la señora Yina Marcela Rojas Ribon y negar la petición del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, mínimo vital, y a la seguridad social.

La accionante, inconforme con la anterior decisión, la impugnó, arguyendo que el juez se limitó a determinar la inexistencia de la vulneración de los derechos fundamentales invocados, puesto que entre el ICBF y la parte actora no existe un vínculo laboral.

Así mismo alega, que existió negligencia y mal procedimiento administrativo por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en conjunto de la administradora de hogares comunitarios –CIC, ya que nunca fue notificada personalmente sobre el cierre que se le realizó de forma irregular de su hogar comunitario; razón por la cual solicita revocar la decisión proferida en primera instancia.

Dentro del acervo probatorio allegado al expediente, se vislumbran las siguientes piezas documentales aportadas por las partes con la demanda, la contestación y el escrito de impugnación:

Accionante:

- ✓ Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Yina Rojas Ribon¹⁷
- ✓ Copia del contrato de trabajo a término fijo celebrado con el Comité Intergremial Comunitario del Municipio de San Pedro - Sucre y la parte actora.¹⁸
- ✓ Copia de la epicrisis de la accionante, expedida por la Clínica Salud Social S.A.S. el 2 de abril de 2018¹⁹
- ✓ Copia de la historia del recién nacido expedida por la Clínica Salud Social S.A.S. el 1 de abril del 2018²⁰
- ✓ Certificado de incapacidad general por licencia de maternidad N° 9523806 sin fecha, expedida por la Clínica Salud Social S.A.S. a la señora Yina Marcela Rojas Ribon.²¹

¹⁶ Folios 52 a 62 del Cuaderno principal

¹⁷ Folios 5 del C.Ppal

¹⁸ Folios 6-8 C. Ppal

¹⁹ Folios 9-10 C. Ppal

²⁰ Fl. 11 del C.Ppal

²¹ Fl. 12 del C.Ppal

- ✓ Licencia de maternidad otorgada a la parte actora el 2 de abril de 2018 por la Dra. Lina Lagare Rodríguez adscrita a la Clínica Salud Social S.A.S²².

Accionado:

- ✓ Copia de la Resolución N° 7477 del 29 de agosto del 2017 donde acredita como Director Regional Código 0042 Grado 18, de la planta global de personal del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar al señor Felix Armando Domínguez Urueta.²³
- ✓ Copia del contrato de aporte N° 70-0526-2016 celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar familiar, Cecilia de la Fuente de Lleras- ICBF Regional Sucre y el Comité Intergremial Comunitario CIC del Municipio de San Pedro.²⁴

De la anterior relación documental, se puede establecer que la señora Yina Marcela Rojas Ribon cuenta con 28 años de edad.²⁵

Del mismo modo, aparece probado, que la señora Yina Marcela Rojas Ribon celebró contrato de trabajo a término fijo con el Comité Intergremial Comunitario de San Pedro- Sucre por un período de tiempo contado a partir del 2 de noviembre de 2016, hasta el 31 de julio de 2018, con el objeto de prestar sus servicios personales y exclusivos en el desempeño de todas las funciones inherentes al cargo de madre comunitaria HCB tradicional y a las labores conexas y complementarias que se originen de la naturaleza del cargo por el cual fue contratada.²⁶

Sobre las distintas hipótesis frente a las cuales se puede encontrar el empleador con una madre gestante: (i) contrato a término indefinido: (ii) contrato a término fijo; y (iii) contrato prestación de servicio. Siguiendo en este punto la sentencia **T-030-18**, ha expuesto la Corte Constitucional:

“4.1.2 Contrato a término fijo

a) Cuando el empleador conoce en desarrollo de la alternativa laboral el estado de gestación de la trabajadora, se establecen las siguientes alternativas de resolución:

²² Fl. 13 del C. Ppal

²³ Fl. 30 C. Ppal

²⁴ Fl 32-44 C. Ppal

²⁵ Fl 5. copia de la cedula de ciudadanía.

²⁶ Fl 6-8 C. Ppal.

*“2.1.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. **Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.***

2.1.2 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral.”

Ha establecido la Corte Constitucional que si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que persisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Por el contrario, si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad, por último:

“Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.”

Respecto al estado de gravidez y lactancia alegado, según la copia de la historia del recién nacido, se tiene que la parte actora dio a luz el 31 de marzo del 2018.²⁷

En ese contexto, teniendo presente la directriz jurisprudencial antes transcrita, a la terminación del plazo contractual; 31 de julio de 2018 según su propio dicho (Hecho cuarto del escrito de tutela y el contrato en su cláusula tercera – fls 6 y 7), la señora YINA ROJAS, no solo había dado a luz, sino que ya habían transcurrido tres meses después del parto; con el respectivo pago de su licencia de maternidad.

²⁷ Folio 11 del C. Ppal

Por otro lado, según el certificado de incapacidad expedido por la IPS Clínica Salud Social S.A.S, se acredita que la licencia de maternidad fue cancelada.²⁸

El día 2 de abril del 2018 fue expedida por su medica tratante la licencia de maternidad²⁹ por 126 días, iniciando el 31 de marzo del 2018 y con fecha de finalización, el 3 de agosto del mismo año.³⁰

Ahora bien, el periodo de lactancia está definido en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo y en dicha norma, se establece que dura los primeros seis meses de edad del infante, que para el caso que nos ocupa, finalizaría el 30 de septiembre de 2018.

Sobre la subsidiariedad, cuando el juez constitucional se enfrente a situaciones que involucren a madres gestantes (T-030-18) o madres comunitarias (SU-079-18), la Corte Constitucional ha sostenido:

“No obstante lo señalado en el anterior aparte, la Corte Constitucional también ha determinado que la acción de tutela se despoja de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, en dos hipótesis: (i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las mujeres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos; y (ii) cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia.³¹”

[...]

“Tratándose de las acciones de tutela instauradas por las personas que se han desempeñado o aún se desempeñan como madres comunitarias en el programa liderado por el ICBF, la jurisprudencia ha encontrado precedentes tales demandas de amparo, toda vez que se ha estimado que las accionantes son sujetos de especial protección constitucional, al establecer alguno de los siguientes requisitos:

²⁸ Folio 12 del C. Ppal

²⁹ La ley 1822 del 4 de enero de 2017, amplió el periodo de la licencia de maternidad a 18 semanas

³⁰ Folio 13 C. Ppal

³¹ Sentencia T-030-18

- “- Encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente;
- ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente;
- hallarse en el estatus personal de la tercera edad;
- afrontar un mal estado de salud;
- ser madre cabeza de familia y/o víctima del desplazamiento forzado”³²

En esta acción constitucional se vinculó desde primera instancia, tanto al I.C.B.F. como al Comité Intergremial Comunitario de San Pedro – Sucre y la pretensiones principales son que se ordene al nuevo contratista de la entidad estatal a que vincule a la actora para que continúe trabajando en su hogar comunitario y también que le paguen todos los salarios y prestaciones dejadas de percibir al estar desvinculada del programa.

La H. Corte Constitucional ha manifestado sobre la vinculación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las madres comunitarias en la **SU-079 del 2018** lo siguiente:

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

Planteado lo anterior, encuentra la Sala que existe un contrato celebrado entre la actora y el Comité Intergremial Comunitario de San Pedro- Sucre, iniciando desde el 2 de noviembre del 2016, con fecha de finalización el 31 de julio del 2018³³, de las evidencias que obran en el expediente no se establece en principio, algún vínculo entre la actora con el I.C.B.F. y por ello, no es posible material ni jurídicamente dar

³² Sentencia SU-079-18

³³ Folio 6 -8 C. Ppal

una orden a través de dicha entidad para que un tercero que es autónomo, vincule nuevamente a la accionante o para que le paguen salarios y prestaciones sociales. En consecuencia, se negaran las súplicas presentadas frente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en ese sentido.

Corresponde a continuación, realizar la evaluación de las actuaciones desplegadas por el empleador de la accionante, el Comité Integremial Comunitario de San Pedro-Sucre que en realidad no fueron estudiadas en profundidad por el juez de primera instancia, quien se limitó a manifestar que no está demostrado si el empleador acudió al inspector de trabajo para darle a conocer el estado de la accionante.

En la señora Yina Marcela Rojas Ribón confluyen al mismo tiempo dos situaciones que la hacen sujeto de especial protección constitucional en la época de ocurrencia de los hechos, su calidad de madre lactante³⁴ y de madre comunitaria; adicionalmente, afirma en el escrito de tutela que se encuentra en una difícil situación económica, no cuenta con vivienda propia ni trabajo para sufragar sus gastos; así mismo, aportó con la impugnación un escrito de febrero de 2018, debidamente radicado en el I.C.B.F. donde informaba que HERNANDO AGUILERA, quien firma el contrato de trabajo por ella suscrito en calidad de Representante legal del Comité Integremial Comunitario en su sentir la viene acosando laboralmente pidiéndole la renuncia, afirma en dicho documento en razón a su embarazo y esa misma aseveración la enfatiza en el hecho cuarto de la impugnación.

Estas afirmaciones no fueron controvertidas, ni por el señor Aguilera ni por el Comité Integremial Comunitario ya que no dieron respuesta a la presente tutela, ante lo cual se torna procedente dar aplicación a la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991.

Pues bien, evidentemente en el caso de marras, existen al menos cuatro circunstancias que no podían pasar inadvertidas por el juez de instancia, ni por este Tribunal: **i)** La accionante es una mujer y como tal hace parte de la cláusula de no discriminación establecida en el artículo 13 de la Constitución Política, de tal manera

³⁴ Ver sentencia SU-075-18: En segundo lugar, es importante señalar que el fuero de maternidad se extiende desde el momento en que la trabajadora se encuentra en estado de gestación **hasta que culmina el período de lactancia** previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo. Así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha distinguido entre la presunción de desvinculación en razón del embarazo (prevista en el numeral 1° del artículo 239 del CST) y la extensión de la garantía de ineficacia del despido (contenida en el artículo 241 del CST)
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán. SL7363-2017. Rad. 45297; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. SL4280-2017. Rad. 49165.

que si del contexto fáctico se desprende que esa condición –*la de ser mujer*- la puso en desventaja en la relación laboral que sostuvo con su empleador, asoma la obligación constitucional para la judicatura de tomar medidas afirmativas para hacer efectiva la igualdad material de que es acreedora conforme lo ordena el propio artículo 13 ya mencionado en armonía con los artículos 43 y 53 de la Carta Política; **ii)** la labor desarrollada por la actora –MADRE COMUNITARIA- es una actividad que ha sido históricamente mal remunerada y por regla general asignada a las mujeres; **iii)** durante el desarrollo del plazo contractual, existe evidencia que manifestó sentirse acosada por su empleador por su estado de embarazo³⁵ y que en razón a ello; expresa, le solicitaron su renuncia **y, iv)** durante la ejecución del contrato de trabajo, la actora quedó en estado de embarazo, circunstancia protegida constitucionalmente en el artículo 43 de la Constitución y el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como quiera que las mujeres han sido históricamente discriminadas, especialmente en el ámbito laboral, en procura de superar ese trato diferenciado injustificado, Colombia ha suscrito varios instrumentos internacionales como por ejemplo la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer “CEDAW”, y en cumplimiento de ese compromiso internacional expidió ley 1257 de 2008. Igualmente se ha adherido a los PRINCIPIOS DE BLANGLADORE SOBRE LA CONDUCTA JUDICIAL, en cuyo valor 5º al hablar del principio de Equidad se establece la obligación para todos los jueces y juezas de familiarizarse con los instrumentos internacionales que prohíben la discriminación contra los grupos vulnerables de la comunidad, verbi gracia, el acabado de referenciar conocido por sus siglas en inglés como la CEDAW.

En ese orden de ideas y en cumplimiento de las normas internacionales y nacionales, se observa que la mujer que interviene en la presente acción de amparo se sintió discriminada por su jefe en razón a su embarazo, pero además sus circunstancias fácticas particulares se invisibilizaron y/o se ignoraron por parte de su empleador; ya que con el certificado de incapacidad general N° 9523806 expedido el 1º de junio de 2018 (fl 12) por licencia de maternidad, se puede inferir razonablemente que las cotizaciones sobre el periodo de gestación sí se realizaron y que el empleador conocía

³⁵ Folio 71 del expediente, anexo de la impugnación – Documento de febrero de 2018

el estado de embarazo³⁶ de la actora al menos desde esa fecha³⁷, como el contrato a término fijo finalizaba el 31 de julio de 2018 (Clausula tercera del contrato fl 6) y el periodo de lactancia terminaba el 30 de septiembre del mismo año; de conformidad con la sentencia **T-030-18**, el contratante de la actora tuvo 2 meses para acudir ante el inspector del trabajo para que aquel calificase como justa causa de la terminación del vínculo, la finalización del plazo contractual y para que determinase si subsistían o no las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral; ***pero no lo hizo.***

No obstante lo anterior, no es posible emitir una orden de reintegro o de nueva vinculación de la señora Yina Marcela Rojas Ribón, puesto que fue la propia tutelante quien afirmó en los hechos cuarto y quinto del escrito de amparo, que nuevas administradoras de programas de hogares comunitarios del bienestar familiar llegaron a San Pedro y se encargaron de contratar a las madres comunitarias, con lo cual, queda demostrado que las causas que dieron origen a su vinculación contractual con el Comité Intergremial Comunitario desaparecieron; *sin embargo, también es claro, que no existió la previa calificación de justa causa por parte del inspector del trabajo; por ello, aplicando perspectiva de género y siguiendo la sentencia T-030-18, al encontrar vulnerados los derechos fundamentales de la señora Yina Marcela Rojas Ribon como madre lactante y madre comunitaria, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital, se condenará al Comité Intergremial Comunitario de San Pedro- Sucre, a la sanción prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo; esto es, al pago de 60 días de trabajo y así se establecerá en la parte resolutive de esta providencia.*

Finalmente, el juez de instancia tutela el derecho fundamental al debido proceso administrativo que no fue alegado como vulnerado por la accionante, ya que encontró acreditado³⁸ que el I.C.B.F. cerró el hogar comunitario de la actora (situación que halló

³⁶ En la sentencia de unificación **SU-070-13**, se advirtió que el conocimiento del empleador del estado de gestación de la trabajadora, tenía incidencia únicamente para determinar el grado de protección, mas no como presupuesto para establecer la procedencia del fuero de maternidad. No obstante, esa posición fue reevaluada en la sentencia **SU-075 de 2018**, donde la Sala Plena consideró necesario modificar el precedente únicamente en los supuestos en los que el empleador no tiene conocimiento del embarazo de la trabajadora al momento de su despido. Así las cosas, se determinó que cuando se demuestra en el proceso de tutela que el empleador no tiene conocimiento sobre el estado de gravidez, no debe sufragar las cotizaciones requeridas para que la empleada tenga derecho a acceder a la licencia de maternidad. Tampoco debe pagar dicha prestación económica como medida sustitutiva ni está obligado a reintegrar a la trabajadora.

³⁷ Sentencias T-589 de 2006 / T-487 de 2006 y T-070-13. Cuando se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo: **La Corte Constitucional ha entendido que, cuando la trabajadora, si bien no ha notificado expresamente su embarazo, ha solicitado permisos o incapacidades por tal razón, es lógico concluir que el empleador sabía de su estado**

³⁸ T-060-16 “(...) dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. **En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita.** Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación,

probada en lo dicho por la tutelante y lo afirmado por el I.C.B.F. en su informe – hecho quinto), considerando que con esas actuaciones administrativas, se transgredió el precitado derecho fundamental, porque ni el procedimiento ni el resultado final fue debidamente conocido por la señora Yina Marcela; es más, en su impugnación la actora afirma que nunca se cumplió con el procedimiento establecido normativamente para tomar esa decisión, que únicamente se presentó una visita y acepta que allí efectivamente no se cumplía con la cobertura exigida, pero que posteriormente subsanó esa irregularidad; en consecuencia, la orden se confirmará, pero precisando que el I.C.B.F. no solamente deberá darle a conocer el resultado final, el acto administrativo de cierre si aquel existiere; sino también, todo los documentos relacionados con el hogar comunitario denominado CECI generados en su último año de funcionamiento.

10.- CONCLUSIÓN

Se confirmará la orden de tutela contenida en los numerales 3.1 y 3.2 referida a la amparo del derecho fundamental al debido proceso administrativo frente al I.C.B.F. Se revocará parcialmente el numeral 3.3. y se realizará el análisis respecto de cada uno de los accionados vinculados, esto es, frente al I.C.B.F. y al Comité Intergremial Comunitario de San Pedro- Sucre, de conformidad con la parte motiva de esta providencia; es decir, se negará la tutela frente al primero y se accederá frente al segundo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre – Sala Segunda de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confirmar los numerales 3.1 y 3.2 de la Sentencia de calenda 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, respecto al amparo del derecho fundamental al debido proceso administrativo frente al I.C.B.F.; pero precisando que el Instituto no solamente deberá notificarle el resultado final, el acto administrativo de cierre si aquel existiere a la accionante; sino también, deberá darle a conocer todo los documentos

o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 20 superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho.”

relacionados con el hogar comunitario denominado CECI generados en su último año de funcionamiento, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, conforme lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Revocar parcialmente el numeral 3.3. de la Sentencia adiada el 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que quedara así:

- Negar la tutela de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital frente al I.C.B.F., de conformidad con lo argumentado en esta providencia.
- Tutelar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital frente al Comité Intergremial Comunitario de San Pedro- Sucre y en consecuencia, deberá asumir la sanción prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo; esto es, el pago de 60 días de trabajo a favor de la señora Yina Marcela Rojas Ribón de conformidad con la sentencia **T-030-18** y la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Notifíquese por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 013

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY