

Cartagena de Indias D.T. y C., nueve (09) de julio de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-015-2018-00104-01
Demandante	CRISTINA ISABEL BLANCO Y OTRAS
Demandado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Improcedencia de la acción de tutela, para obtener el reconocimiento y pago de los derechos laborales, cuando no se han cumplido por lo menos tres de las cinco condiciones, de que trata la sentencia T 480/2016, y no se demostró perjuicio irremediable alguno. – la tutela procede frente a una de las demandantes que demostró ser de la tercera edad, sin embargo ésta no probó la vinculación con el ICBF.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala, resolver sobre la impugnación de tutela instaurada por la parte accionante señora Cristina Isabel Blanco Villalobos y otras, en contra de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró, por conducto de apoderado la señora Cristina Isabel Blanco Villalobos y otras, identificada con cédula de ciudadanía No 45.437.000 de Cartagena.

III.- ACCIONADO

La acción está dirigida en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF.

IV.- ANTECEDENTES

4.1.-Pretensiones.

En ejercicio de la acción de tutela, las accionantes elevaron las siguientes pretensiones:

“Primera: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital, Niñez, al trabajo y al debido proceso de cada una de las madres comunitarias accionantes vinculadas al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.

Segunda: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, adelante el correspondiente trámite administrativo para que reconozcan y paguen a nombre de cada de las madres comunitarias accionantes ya relacionadas los APORTES PARAFISCALES EN PENSIONES al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar desde la fecha en que se vincularon al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, según los hechos de la demanda, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable. Tales aportes pensionales deberán ser consignados, pagados a la administradora de fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria.

Tercera: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, CERTIFICAR el tiempo que de servicio adelante el correspondiente trámite administrativo para que reconozcan y paguen a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes ya relacionadas, los APORTES PARAFISCALES EN PENSIONES al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar desde la fecha en que se vincularon al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, según los hechos de la demanda, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable. Tales aportes pensionales deberán ser consignados, pagados a la administradora de fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria.”

4.2.- Hechos.

Las accionantes, como sustento a sus pretensiones, expusieron los siguientes hechos así:

Por medio de la Ley 89 de 1988 el Gobierno Nacional, creó el programa de hogares comunitarios, para que se atendieran las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país, que en virtud de esta creación se hizo necesario la prestación del servicio por parte de personas que atendieran a los menores en estado vulnerabilidad, a través del Decreto 2019 de 1989, el Gobierno Nacional por medio del Ministerio de Salud crea la figura de Madres Comunitarias, para su gestión denominó unos recursos denominados “becas”, como contraprestación por sus servicios.

Que estas madres a su vez en las modalidades de tradicionales, sustitutas y FAMI, cumplen desde la creación del programa con horarios de trabajos, que dependen de la modalidad en la que se preste el servicio, que por lo general no es inferior a 10 horas diarias de lunes a viernes.

El ICBF no reconoció durante la vigencia de la relación laboral de cada madre comunitaria, la remuneración mínima legal a las trabajadoras, solo hasta el 11 de febrero de 2014, el ICBF reconoció través de la firma de contrato de trabajo, puesto que el ICBF, siempre las denominó "voluntarias", desconociendo todos sus derechos laborales, cuando ya cumplían con todos los requisitos que establecen las normas para ser reconocidas como trabajadoras, no obstante, la entidad accionada ejerció en todo momento las actividades propias de un empleador, es decir, dispuso funciones, responsabilidades, contenidas en el reglamento de lineamiento técnico administrativo, hoy manual operativo.

Expusieron que, desde el 12 de febrero del 2014, reciben un salario y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, en virtud del Decreto 289 de 2014 y el acuerdo al cual llegó la organización sindical a la cual vienen afiliadas y el ICBF en el año 2013, por las mismas actividades que desarrollaban cuando eran llamadas voluntarias.

De seguido, por medio de apoderado, las accionadas impetraron ante el ICBF solicitud para el reconocimiento y pago de todas y cada una de las pretensiones laborales y de la seguridad social que reclaman en la presente acción, sin lograr contestación positiva de su parte.

Señalaron que, el ICBF no pagó a las accionantes un porcentaje del salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), además de, prestaciones sociales, aportes parafiscales a la seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales entre otros, desde la fecha de la vinculación de cada una de las reclamantes como madres comunitarias hasta el 11 de febrero del año 2014.

Manifestaron que, las accionantes tienen el estatus de personas de la tercera edad, que a pesar de haber laborado en su gran mayoría más de 20 años al servicio del Instituto de Seguros Sociales, no cuentan las semanas cotizadas por la omisión en la que incurrió la accionada.

Resaltaron que, con la sola condición de madres comunitarias de las accionadas vinculadas al programa Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, adquieren la titularidad de las prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo establecido en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios.

Concluyeron que, el ICBF además, denegó la petición formulada, a fin de que se certificara el tiempo de vinculación al programa, aduciendo que, no son trabajadoras de dicho instituto.

4.3.-Contestación de las Accionadas.

4.3.1.-Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.¹

A través de informe la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de esta entidad, responde a la acción de tutela alegando que, en relación con los hechos, que señala la parte accionante, en lo referente a que ejercieron la actividad de madres comunitarias, advierte que, no tiene la posibilidad de establecer la veracidad del tiempo de actividad, toda vez que las madres comunitarias ejercían una actividad civil.

Es por ello, que el ICBF no tuvo la obligación legal de construir expedientes administrativos de cada uno de los hogares comunitarios, precisando que, la entidad contrataba con asociaciones de padres, entidades públicas o privadas para que ejecutaran el programa y en consecuencia, la entidad no cuenta con registros administrativos que determinen si efectivamente las accionantes fueron o no madres comunitarias.

Con respecto a los hechos relacionados en el auto 186 de 2017, que ordenó realizar trámite administrativo para reconocer los aportes a pensión a 106 madres comunitarias, la Sala plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad por falta de integración del Litis consorcio necesario y en consecuencia, los razonamientos de derecho no tienen efectos jurídicos.

Además, hace la anotación la accionada que, este mecanismo de tutela es improcedente cuando se disponga de otro medio de defensa judicial, pero puede excepcionalmente proceder cuando sucede lo del caso de las 106

¹ Fols. 135- 154 Cdno 1

madres comunitarias (Auto 186 de 2017), es decir, que todas cumplieran por lo menos con cuatro de las cinco condiciones físicas, sociales, culturales o económicas, para ello establecidas, y que además en el caso que nos ocupa, deberán las tutelantes acreditar que se hallan en el estatus de personal de tercera edad o afrontar un mal estado de salud, ya que el asunto que se está discutiendo, se trata de un problema jurídico de carácter legal que debería resolverse por la justicia ordinaria.

Alega también, que el ICBF, no tiene legitimación en la causa por pasiva, pues la interpretación constitucional de la Corte Constitucional en forma expresa, señala que, el hecho de que los particulares realicen funciones administrativas no los convierte en funcionarios públicos.

En consecuencia, pretenden que se declare que el ICBF, no ha incurrido en acción u omisión, toda vez que, la normatividad y jurisprudencia, señalan que, el ICBF, no tiene obligaciones frente a los aportes a pensión de las madres comunitarias, así mismo, solicita que se ordene la vinculación del Consorcio Colombia Mayor y del Ministerio del Trabajo.

Más adelante, en respuesta al requerimiento hecho por el Jgado Décimo Quinto Administrativo, en el auto N° 073 de fecha 17 de mayo de 2018, en fecha 22 de mayo de 2018, el ICBF informó ante el primer requerimiento que, en el periodo comprendido entre la creación del programa de hogares comunitarios el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014, fecha en la cual se publicó el Decreto 289, las madres comunitarias eran trabajadoras independientes.

Por lo que manifestaron a esta Corporación, que el ICBF, no ha tenido ni tiene la obligación de realizar pagos de aportes pensionales de la accionante, por cuanto no existe vínculo laboral entre la accionante y el ICBF, puesto que, el ICBF no tiene la obligación legal o jurisprudencial del pago de aportes pensionales de las aquí accionantes.

En lo que tiene que ver con el segundo requerimiento, expuso que, el ICBF no tiene la posibilidad de establecer la veracidad del tiempo de actividad, es decir, fecha de inicio y fecha de terminación, ya que como lo señaló la Corte Constitucional a través del auto 186 de 2017, las madres comunitarias ejercían una actividad civil.

En razón a lo anterior, el ICBF no tuvo obligación legal de constituir expedientes administrativos de cada uno de los hogares comunitarios, al respecto, precisaron que, de conformidad con la normatividad legal, la entidad contrataba con asociaciones de padres, entidades públicas o privadas para que estas, ejecutaran el programa y consecuente con ello, la entidad no cuenta con registros administrativos que determinen si efectivamente las accionantes fueron o no madres comunitarias.

4.3.2. Consorcio Colombia Mayor 2013².

Por medio de escrito allegado a este proceso, el consorcio como administrador fiduciario del fondo de solidaridad pensional, manifiesta que este fondo, se crea como cuenta especial de la Nación, reglamentado por el Decreto 1833 del 10 de noviembre de 2016, los recursos de este fondo son públicos, le pertenecen a la Nación y manejan dos cuentas financieras, subcuenta de solidaridad, que financia el programa de subsidio al aporte en pensión y la subcuenta de subsistencia, que financia el programa Colombia mayor.

En lo que se refiere, a las madres comunitarias, manifiestan que, una vez consultada la base de datos de beneficiarios del fondo de solidaridad pensional (FSP), encontraron respecto a las accionantes que, las condiciones laborales de la madres comunitarias fueron reguladas expresamente mediante Decreto 289 de 2014, razón por la cual las madres comunitarias no pueden ser beneficiarias del programa de subsidio al aporte de pensión (PSAP) del fondo de solidaridad pensional, administrado actualmente por el consorcio Colombia mayor 2013, ya que su régimen pensional se encuentra en el contributivo y no en el subsidiado.

A su vez, el consorcio Colombia mayor 2013, resaltó que, es evidente que no tienen ningún tipo de obligación con las accionantes, al igual manifestaron que, es competencia del ICBF realizar todo el proceso de selección de beneficiarios sin que el Consorcio Colombia Mayor intervenga en el proceso ni determine que beneficiarios deben ingresar.

Asimismo, la accionada sostiene que la tutela falta al principio de inmediatez, ya que según las manifestaciones, las accionantes, fueron vinculadas laboralmente como madres comunitarias, con todas las garantías del Código

² Fols. 156 - 172 Cdno 1

Sustantivo del Trabajo, en febrero de 2014, es decir, que hace cuatro años se materializó los derechos que estiman vulnerados, y tan solo hasta ahora pretenden se paguen supuestos aportes al sistema de seguridad social en pensiones; además de faltar al principio de subsidiariedad, por existir un juez natural para hacer efectivos sus derechos.

Sustenta la entidad, que en el caso existe una indebida legitimación en la causa por pasiva, toda vez que de acuerdo con toda la normatividad expuesta, y los aspectos relacionados con el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que le pueden corresponder a las accionantes, el Consorcio carece de facultades para realizar ese tipo de diligencias, motivo por el cual no le asiste competencia de la que se pueda inferir que la entidad pueda dar respuesta favorable a las pretensiones de la actora.

En lo que a la acción constitucional se refiere, la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar reconocimiento de prestaciones económicas, toda vez que existe la posibilidad de acudir a la jurisdicción natural para debatir esos asuntos.

Por lo anterior, concluyen solicitando que se denieguen las pretensiones de las actoras, por no vulnerar derecho fundamental alguno, por existir falta de legitimación en la causa por pasiva, así mismo, que se declare improcedente la acción, por no ser este el medio idóneo para el reconocimiento de prestaciones de carácter económico y que se declare improcedente la acción de tutela denegándose las pretensiones por falta de los principios de inmediatez y subsidiariedad.

4.3.3. Ministerio del Trabajo³

A través de informe la asesora de la oficina asesora jurídica de esta entidad, responde a la acción de tutela, manifestando la falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que el ministerio del trabajo no tiene injerencia alguna en el programa de madres comunitarias que maneja el ICBF, por lo que desconoce de manera absoluta la relación existente entre dicha entidad y la parte accionante, considera que por lo tanto debe desvincularse de la presente acción por no ser esta entidad quien presuntamente vulneró los derechos fundamentales reclamados por las accionantes.

³ Fols. 222 – 232 Cdo 1

Además, considera la accionada que este mecanismo de tutela es improcedente para declarar un contrato realidad y su consecuente pago a la seguridad social, toda vez que las accionantes han desconocido la finalidad de la acción constitucional, pues la misma es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario, es decir, que solo procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

Con respecto a la aplicabilidad del auto 186 de 2017, estima la entidad, que no se puede deducir la existencia de una relación laboral, que las situaciones fácticas presentadas en la acción de tutela no son las mismas que las expuestas en las acciones de tutela que llevaron a proferir la sentencia T-480 de 2016, por lo tanto, la conclusión que se podría obtener de estas serían las mismas a las que llevaron a declarar la nulidad parcial de aquella sentencia.

Frente a los hechos antes señalados, solicita el Ministerio del Trabajo, se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto no es la entidad la llamada a responder sobre las pretensiones de las accionantes, sino el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

4.4-FALLO IMPUGNADO⁴.

El Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 24 de mayo 2018, hizo su pronunciamiento de fondo, referente al asunto bajo estudio, considera el *a quo*; es necesario advertir que, tal y como lo ha decantado la múltiple jurisprudencia constitucional no es dable en sede de tutela reconocer relación laboral.

Enfatizó en que, en el expediente obran pruebas de que las accionantes se desempeñaron como madres comunitarias tales como las declaraciones extra juicio, las manifestaciones del Ministerio del Trabajo y el Consorcio Colombia Mayor 2013 con respecto al otorgamiento del subsidio a los aportes en pensión como madres comunitarias, sin embargo, no existe pruebas del tiempo durante el cual ejercieron como madres comunitarias.

Asimismo, frente al hecho N° 15 donde las accionantes solicitan el reconocimiento y pago de todas y cada una de las prestaciones laborales y de la seguridad social, da cuenta el *a quo*, que esa pretensión no es

⁴ Fols. 241 - 265 Cdno 1