

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

44/2c

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

Cartagena de Indias, trece (13) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	130013333001-2018-00018-01
Accionante	DORA GÓMEZ GÓMEZ Y OTROS
Accionado	INSTITUTO COLOMBIA DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF
Vinculado	CONSORCIO COLOMBIA MAYOR
Tema	SEGURIDAD SOCIAL DE MADRES COMUNITARIAS
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRÍCIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de decisión 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por las accionantes, contra la sentencia de fecha nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó el amparo deprecado frente a algunas accionantes y rechazo por improcedente respecto de otras.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

1.1 Hechos relevantes planteados por la accionante

- 1.1.1** El Gobierno Nacional, por medio de la Ley 89 de 1988, creó el Programa de Hogares de Bienestar, entendidos éstos como aquellos que se constituyen a través de becas del ICBF a las familias, con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país.
- 1.1.2** Como consecuencia de lo anterior, se hizo necesaria la prestación personal del servicio por parte de personas que atendieran a los menores en estado de vulnerabilidad y con ello surge la figura de las madres comunitarias.
- 1.1.3** Como contraprestación por los servicios personales, el Decreto 2019 de 1989, asignó a las madres comunitarias, recursos denominados "becas".
- 1.1.4** Las madres comunitarias desde la creación del programa y hasta la fecha, cumplen un horario de trabajo que, sin importar la modalidad en la que presten su servicio, nunca es inferior a 10 horas diarias de lunes a viernes.
- 1.1.5** El ICBF desconoció la relación laboral que sostenía con éstas, llamándolas voluntarias, hasta el 11 de febrero de 2014 cuando accedió a la firma de contratos de trabajo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

- 1.1.6** La labor que desempeñan estas trabajadoras, es regulada por el ICBF mediante el Manual Operativo proferido por la Comisión Intersectorial de Primera Infancia, antes denominados Lineamientos Técnicos Administrativos, que fungen como reglamentos de trabajo.
- 1.1.7** En todo momento el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ejerció actividades propias de empleador, como lo son la disposición de funciones y el ejercicio de la facultad disciplinaria y del ius variandi.
- 1.1.8** Las accionantes presentan las siguientes condiciones de tiempo de servicio como madres comunitarias:

	NOMBRES Y APELLIDOS	DOMICILIO	FECHA DE INGRESO	TIEMPO DE SERVICIO	
				AÑOS	MESES
1	DORA GÓMEZ GÓMEZ	Cartagena	27/04/1989	28	9
2	ANA ISABEL PEREZ DIAZ	Cartagena	10/09/2006	11	4
3	DAIRIZ GÓMEZ ORTIZ	Cartagena	10/11/1996	21	2
4	NINFA ORTÍZ DE GÓMEZ	Cartagena	27/04/1989	28	9
5	NERIS ROMERO CONTRERAS	Cartagena	27/04/1989	28	9
6	LUZ NERIS GÓMEZ ROMERO	Cartagena	09/03/1998	19	10
7	MARLENE HERRERA OLEA	Cartagena	27/03/1998	19	10
8	DEYANIRA LÓPEZ OROZCO	Cartagena	27/04/1989	28	9
9	ONIRIS GÓMEZ ORTÍZ	Cartagena	12/03/2003	14	10
10	VIRGILIA DE LOS REYES CABRERA GIL	El Bagre Antioquia	17/06/1987	24	7
11	ROSA GÓMEZ CAMPO	Cartagena	5/11/1992	25	2
12	MARGARITA ROSA HERNÁNDEZ OSORIO	Cartagena	5/11/1992	25	2
13	EVERLIDES GUZMAN GÓMEZ	Cartagena	18/12/1989	28	1
14	MARIA DE LA CRÚZ GARCÍA TORRES	Cartagena	27/04/1989	28	9
15	OSNEY MARRUGO VEGA	Cartagena	27/04/1989	28	9
16	GRACIELA PEREIRA CARMONA	Cartagena	27/04/1989	28	9
17	MARÍA DALIS ARENILLA GONZÁLEZ	Cartagena	27/04/1989	28	9
18	LORENZA GIRALDO DE VILLAR	Cartagena	27/04/1989	28	9
19	MIRELSY MARTÍNEZ VALDÉS	Cartagena	01/08/1993	24	5
20	GÉNESIS DEL CARMEN GÓMEZ	Cartagena	04/04/2003	14	9
21	LUDIS DEL CARMEN GONZÁLEZ BURGOS	Cartagena	27/04/1989	28	9



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

22	MIRTHA ELENA ROCHA JULIO	Cartagena	05/12/1992	25	1
23	ALEIDA GÓMEZ VALIENTE	Cartagena	27/04/1989	28	9
24	ODILSA REALES MORELOS	Cartagena	27/04/1989	28	9
25	NELYS DEL CARMEN DÍAZ ORTÍZ	Cartagena	27/04/1989	28	9
26	ALEJANDRINA GONZÁLEZ MORALES	Cartagena	01/02/2012	5	11
27	NUBIA GÓMEZ ALCAZAR	Cartagena	27/04/1989	28	9
28	ROSARIO GÓMEZ ORTEGA	Cartagena	27/04/1989	28	9
29	MARÍA NANCY LUNA IRIARTE	Cartagena	27/04/1989	28	9
30	MARTHA SANTANDER FIGUEROA	Cartagena	27/07/1988	28	9
31	DIGNA DEL CARMEN HERNÁNDEZ GENES	Cartagena	09/05/1992	25	8
32	NURIS LLERENA SANDOVAL	Cartagena	20/12/1988	29	1
33	ANA CARMELA HERNÁNDEZ ANILLO	Cartagena	18/06/1999	18	7
34	SOCORRO CERVANTES MARTÍNEZ	Cartagena	02/04/1987	30	9
35	ZENITH QUIROZ MARTÍNEZ	Cartagena	30/10/1997	20	3
36	YOJAIRA ZAMBRARO ZURITA	Cartagena	01/04/2001	16	9
37	NANCY DEL CARMEN VERGARA CONTRERAS	Cartagena	01/09/1987	30	04
38	MAGALY OSPINO TORRES	Cartagena	01/09/1987	30	04
39	CONCEPCIÓN BONFANTE DE MUÑOZ	Cartagena	01/09/1987	30	04
40	MARGARITA SIERRA RUÍZ	Cartagena	01/09/1987	30	4
41	DOLORES MARÍA ALMEIDA NIETO	Cartagena	18/12/1988	28	1
42	CECILIA MARÍA CUADRADO	Cartagena	18/12/1992	25	1
43	ODALIS BALCEIRO ARRIETA	Cartagena	18/12/1988	29	1
44	TOMASA OVIEDO MEJÍA	Cartagena	18/12/1988	29	1
45	OSIRIS AHUMADA YANES	Cartagena	19/12/1988	29	1
46	EDILSA MARÍA RAMOS SILGADO	Cartagena	19/12/1988	29	1
47	ALEIDA GAMBIN MORILLO	Cartagena	16/06/1989	28	7
48	LEONOR MARÍA OLAVE RODRÍGUEZ	Cartagena	16/02/1998	19	11



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

49	CARMEN CECILIA ÁVILA DE LA ROSA	Cartagena	03/08/1988	29	4
50	EDITH VEGA VALENCIA	Cartagena	02/08/1988	29	5

2. Las actoras reciben salario y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, desde el 12 de febrero de 2014, en virtud del Decreto 289 de 2014 y del acuerdo al que llegó el ICBF con el sindicato al que están afiliadas.
3. El ICBF omitió pagarles un porcentaje del salario mínimo legal mensual vigente, además de prestaciones sociales, aportes parafiscales a la seguridad social en salud, pensiones, riesgos laborales y otros emolumentos, desde la fecha de vinculación de cada una como madre comunitaria hasta el 11 de febrero de 2014.
4. Las condiciones en que venían desempeñando o desempeñaron su trabajo, no han variado desde la fecha de su vinculación al programa de Hogares Comunitarios, realizando las mismas actividades que desarrollaban cuando eran calificadas como voluntarias.
5. El ICBF, en ejercicio de su facultad sancionadora a través del Coordinador del Centro Zonal o quien haga sus veces, de la jurisdicción a la cual pertenece el Hogar Comunitario de Bienestar, puede decretar, incluso de oficio, el cierre temporal o definitivo de éste de conformidad con la Resolución 706 de 1998, que reglamenta el Acuerdo 050 de 1996.
6. Las actoras tienen el status de personas de la tercera edad y a pesar de haber laborado en su gran mayoría más de 20 años al servicio del ICBF, no cuentan con las semanas cotizadas en el Sistema de Seguridad Social en Pensión, por la omisión en que incurrió la entidad durante la relación laboral.
7. Por la sola condición de madres comunitarias, adquieren la titularidad de prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo.
8. El Fondo de Solidaridad Pensional debe subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias, sin importar su edad y siempre que se acredite 1 año de servicio como tales. Además, debe garantizar la priorización al acceso al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando las aludidas no cumplan los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional.
9. Toda esta situación afecta la atención integral a que tienen derecho los niños, ya que por la edad que tienen las accionantes, no cuentan con la vitalidad que se requiere para atender a 14 niños, afectando con ello sus derechos.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

10. Las actoras tienen derecho a que el ICBF, conforme al Auto 186 de 2017, efectúe el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, omitidos durante su relación laboral hasta el 12 de febrero de 2014 y/o durante todo el tiempo que tienen de estar vinculadas con la entidad.
11. Es aplicable a este caso el precedente judicial recogido en las Sentencias T- 480 de 2016, T- 693 de 2017, T- 142 de 2017 de la Corte Constitucional.
12. Las accionantes impetraron ante el ICBF solicitud para el reconocimiento y pago de todas las prestaciones laborales y de la seguridad social, aquí reclamadas, sin lograr contestación positiva.
13. De igual forma, deprecaron a la Regional del ICBF certificación del tiempo que llevan adscritas al programa Madres Comunitarias, pero la entidad se negó a ello argumentando que la vinculación no les atribuía la condición de trabajadoras subordinadas.
14. La entidad lleva todo el registro de las madres comunitarias en sus diferentes modalidades, pues con base en ello realiza los contratos de aporte con los operadores del programa.

1.1 Pretensiones.¹

- 1.1.1 TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital, a la niñez, al trabajo y al debido proceso de cada una de las accionantes.
- 1.1.2 DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF- y cada una de las actoras desde la fecha de vinculación como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.
- 1.1.3 ORDENAR al ICBF adelantar el respectivo trámite administrativo para que reconozca y pague a favor de cada una de las accionantes, los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir desde la fecha de vinculación, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan prestado sus servicios; lo mismo que los aportes parafiscales en pensiones al Sistema de Seguridad Social, a efectos de obtener su pensión, dirigidos a la administradora de fondo de pensiones en que se encuentre afiliada cada madre comunitaria.

¹ Folio 3-4



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

2 Actuación procesal relevante.

2.1. Admisión y notificación.

La solicitud de amparo fue admitida mediante auto del día treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018)², en el que se dispuso notificar en calidad de accionado al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF– y se le corrió traslado del escrito de tutela para que dentro del término de UN (1) día, diera respuesta sobre los hechos y pretensiones de la solicitud. El anterior auto fue notificado por correo electrónico, remitido al buzón institucional de notificaciones judiciales de dicha entidad³.

En la providencia que dispuso sobre la admisión de la solicitud de tutela, también se decretó como prueba requerir al ICBF para que indicara el tiempo de servicio de cada una de las accionantes, especificando la fecha de inicio y la de finalización de los mismos.

Atendiendo solicitud efectuada por el ICBF, la Ad quo mediante providencia de fecha siete (7) de febrero de dos mil diecisiete (2017), ordenó la vinculación del Fondo de Solidaridad Pensional, al Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor. Para el ejercicio de defensa y contradicción les otorgó el plazo de veinticuatro (24) hora contadas desde el recibo de la necesaria comunicación para que presentaran informe. Las notificaciones se efectuaron a través de mensaje de datos remitidos a los correos habilitados para notificaciones judiciales dispuestos por esas entidades (fol. 227 al 232).

3 Respuesta de la autoridad accionada.

3.1 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.⁴

Solicita que se declare que no ha incurrido en acción u omisión con fundamento en los artículos 123, 210 y 365 de la Constitución, así como en la línea jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional en Sentencias T 269 de 1995, SU 224 de 1998, T 668 de 2000, T 990 de 2000, T 1081 de 2000, T -1117 de 2000, T -1173 de 2000, T -1605 de 2000, T -1674 de 2000, T -158 de 2001, T -159 de 2001 y T -1029 de 2001, que ha determinado que entre el ICBF y las madres comunitarias no existe vínculo laboral. Como consecuencia de lo anterior, deprecia que se denieguen las pretensiones encaminadas al reconocimiento de un contrato realidad y el pago de salarios y demás emolumentos laborales.

Sostiene que, el programa Hogares Comunitarios de Bienestar — HCB se creó como una estrategia prioritaria para fomentar la organización y la participación activa y sistemática de la comunidad alrededor de acciones que conllevaran a mejorar la vida diaria de la población y a crear nuevas formas de relación entre padres e hijos, vecinos y pobladores, adultos y niños, buscando condiciones más

² Folio 184 al 186

³ Folio 187-189

⁴ Folios 190 al 215



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

humanas y articuladas a procesos de responsabilidad cívica, social y administrativa de los municipios.

Afirma que el apoderado de las accionantes pretende hacer incurrir en error, al determinar que el Programa de Hogares Sustitutos, como una modalidad de los Hogares Comunitarios, tiene la misma reglamentación de estos últimos. Aclara entonces, que los HCB fueron concebidos con el objeto de complementar la alimentación y control nutricional de los niños; apoyar la generación de empleo, vinculando a la mujer en los procesos productivos del país para enfrentar la pobreza, así como también para que con la acción mancomunada de los vecinos y usando un alto contenido de recursos locales se atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos pobres del país.

Explica que los hogares sustitutos, por su parte, se constituyeron como una modalidad familiar y comunitaria, caracterizada por ser temporal (no debe exceder los 6 meses) y que está orientada a prevenir la privación afectiva de los niños, niñas y adolescentes que se encontraban en el ICBF, acogiendo menores de edad, principalmente extraviados, en peligro o en proceso de adopción.

Sostiene que la parte accionante busca darle el carácter de empleador al ICBF frente a las madres comunitarias, en razón a las funciones que ellas cumplen y a aspectos como el horario en que desempeñaban sus labores. Sin embargo, estima que no está de por medio la subordinación y dependencia propia de las relaciones laborales, sino que se trata de una descentralización por colaboración entre las entidades de carácter público y las entidades de carácter privado, en virtud de la obligación constitucional de asistir y proteger a los niños por parte de la sociedad, la familia y el Estado, además de que en el caso particular de los horarios, estos son determinados por las madres comunitarias a través de acuerdo con la Asociación y los padres de familia.

Señala que no puede atribuírsele la condición de empleador por el hecho de que cuente con facultades para asignar funciones e imponer sanciones, debido a que ello es producto de la delegación de competencias del Presidente de la República, efectuada a través de la Ley 75 de 1968. Esto según su criterio, involucra la función de inspección, vigilancia y control de todas las asociaciones, entidades privadas o públicas que ejecuten el Sistema Público de Bienestar Familiar, lo que a su vez implica la capacitación adecuada del personal que integran los HCB.

Enfatiza en que lo que perciben las actoras por parte del ICBF, a la luz de la Ley 89 de 1989, tiene como destino la financiación del programa HCB, máxime cuando según el artículo 4 del Acuerdo 21 de 1996, por beca se entiende los recursos, que se asignen a las familias para atender a los niños y en ese orden dicha prebenda, hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto 289 de 2014, no constituye salario.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

Destaca que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 13, 15 y 19 de la Ley 100 de 1993, las madres comunitarias son trabajadoras independientes y por ende estaban obligadas a afiliarse al Régimen General de Pensiones y a realizar las cotizaciones, por lo que no es cierto que el ICBF deba complementar los aportes faltantes. En este punto, explica que con la Ley 100 de 1993, el aporte a pensión de las madres comunitarias era subsidiado por el Estado, subsidio que se incrementó al 80% del valor del aporte desde la vigencia de la Ley 509 de 1999, pero desde el 12 de febrero de 2014 hasta la fecha, las aludidas son vinculadas mediante contrato de trabajo y prestan sus servicios a las entidades administradoras del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, siendo estas entonces las empleadoras y las responsables de realizar los aportes.

Por otro lado, expresa que le corresponde al Fondo de Solidaridad Pensional administrar los recursos que cubren el subsidio a los aportes de las madres comunitarias, pero que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que el reclamo y reconocimiento de este tipo de acreencias no es competencia del juez de tutela.

Manifiesta que, no tiene la posibilidad de establecer la veracidad del tiempo de actividad (fecha de inicio y fecha de terminación) de las actoras, toda vez que, como lo señaló la Corte Constitucional mediante Auto 186 de 2017, las madres comunitarias ejercían una actividad civil y por tanto el ICBF no tuvo obligación legal de constituir expedientes administrativos, pues la entidad contrataba con Asociaciones de Padres y entidades públicas o privadas para que ejecutaran el programa.

Señala que, no se cumple con el requisito de inmediatez, pues se pretenden reconocimientos supuestamente causados hace más de 3 años y ya han transcurrido 4 desde que las madres comunitarias devengan el salario mínimo mensual legal vigente, y si bien la Corte ha indicado que los derechos prestaciones pensionales son imprescriptibles y pueden ser reclamados en cualquier tiempo, en los casos en que se llegó a dicha conclusión se trataba de trabajadores que habían cumplido con sus obligaciones constitucionales y legales como afiliarse y realizar aportes al Sistema General de Pensiones, lo que no ocurre en el sub judice.

Además, indica que en el ordenamiento existen acciones laborales y contenciosas que les permiten a las actoras la defensa de sus intereses, y que si bien existe el precedente de que la Corte resolvió de manera excepcional el caso de 106 madres comunitarias, en el caso objeto de estudio no se reúnen las calidades advertidas por el Máximo Tribunal, en la medida en que las accionantes están actualmente vinculadas a los diferentes HCB, es decir han devengado durante los últimos años el salario mínimo mensual legal vigente y por ello no existe afectación al mínimo vital; no está demostrado que pertenezcan a un grupo social marginado, ni que pertenezcan a la tercera edad o que tuvieran dificultades de salud, además de que varias de tienen puntaje igual o superior a 50 en el SISBEN, lo que imposibilita considerarlas población vulnerable por su estrato socioeconómico.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

Citó además, el precedente contenido en la Sentencia SU-224 de 1998, el cual a su juicio, define que en el período comprendido entre la creación del Programa de Hogares Comunitarios (29 de diciembre de 1988) y el 12 de febrero de 2014 — fecha en que se publicó el Decreto 289- las madres comunitarias eran trabajadoras independientes y por último resaltó que en el presente caso no se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

3.2 Consorcio Colombia Mayor.⁵

Solicita que se denieguen las pretensiones al estimar que está demostrado que no vulneró ningún derecho, fuera de que considera que existe falta de legitimación de su parte y que resulta improcedente la acción, por falta del cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, no siendo este el medio idóneo para el reconocimiento de prestaciones de carácter económico. Manifiesta que el Fondo de Solidaridad fue creado como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de la Protección Social hoy Ministerio del Trabajo, destinada a ampliar la cobertura mediante un subsidio a las cotizaciones para pensiones de los grupos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los sistemas de seguridad social y que carezcan de recursos para efectuar la totalidad del aporte pensional, así como el otorgamiento de subsidios económicos para la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema.

Señala que por mandato legal, los recursos de dicha cuenta son administrados en fiducia y así terminó conformándose el Consorcio Colombia Mayor 2013, cuya actividad se limita a observar las instrucciones y ordenamientos formulados por el Ministerio del Trabajo.

Expone las condiciones particulares de cada una de las actoras en relación con su afiliación al Fondo y seguidamente explica algunas causales por las que las mismas pudieron haber sido excluidas de beneficios, entre estas, la no cancelación de aportes por ciertos períodos de tiempo, destacando al respecto que la entidad que informa al Consorcio el no pago de los aportes y que tiene la obligación de garantizar el debido proceso antes de reportar la mora, es Colpensiones, y por tanto no tuvo injerencia alguna en la desvinculación de las accionantes en el Programa.

Señala también como causal para la cancelación de beneficiarios la capacidad de pago, indicando que el retiro de las accionantes del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (PSAP) por paso al Régimen Contributivo, procedió debido a la formalización laboral de las Madres Comunitarias con las entidades administradoras del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, que les permitió contar con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo. De igual forma, destaca como causal alcanzar los 65 años, edad en la que se cesa la obligación de efectuar cotizaciones.

⁵ Folios 233 al 271



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

Enfatiza que, las Madres Comunitarias no pueden ser beneficiarias del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (PSAP) del Fondo de Solidaridad Pensional, ya que su régimen pensional se encuentra en el contributivo, y no en el subsidiado. En ese sentido, a su parecer no tiene ningún tipo de obligación con las accionantes, pues son sus respectivos empleadores quienes conforme a la normativa laboral deben realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y garantizar el pago oportuno de sus salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

Sostiene que, el Decreto 1833 de 2016, en su artículo 2.2.14.3.1 y siguientes, contempla la posibilidad que las personas que dejen de ser madres comunitarias y que no reúnan los requisitos para acceder a una pensión, ni sean beneficiarias del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos, tengan acceso a un subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, que es complementado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, siempre y cuando reúnan las condiciones para acceder a éste. Así las cosas, estima que es competencia del ICBF realizar el proceso de selección de beneficiarios, sin que el Consorcio Colombia Mayor, intervenga en dicho proceso.

En relación con la aplicación del Auto 186 de 2017, se pronunció señalando que la jurisprudencia constitucional y la doctrina han indicado que los efectos del fallo de tutela son inter partes y no erga omnes, pues estos últimos se predicen únicamente del control abstracto de constitucionalidad o de aquellos fallos que se profieran en desarrollo de la función unificadora de la jurisprudencia. Así mismo, sostiene que la referida providencia no goza de ejecutoriedad como quiera que junto con el Ministerio del Trabajo acudió bajo incidente de nulidad, estando pendiente que la Corte resuelva.

Por otro lado, destaca que la acción de tutela no es el mecanismo judicial para el reclamo de prestaciones económicas, sin que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que haga eludible la posibilidad de acudir vía proceso laboral o a través de los medios establecidos por el CPACA. De igual forma, resalta el hecho de que las accionantes fueron desvinculadas hace más de un año como madres comunitarias, lo que desdibuja el cumplimiento del requisito de inmediatez.

Propone su falta de legitimación en la causa, al considerar que dentro de sus competencias legales, reglamentarias y contractuales, no se encuentra consagrada la posibilidad de decidir sobre el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, que le puedan corresponder a las accionantes, pues ello debe ser resuelto por el ICBF.

Por último, considera que además de la inscripción y validación en el Programa de Subsidio en Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional, que resulta viable a la luz de los convenios internacionales, la reglamentación legal estableció la obligatoriedad de que las madres comunitarias realizaran los aportes, correspondientes al porcentaje que no cubría el Subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional administrado por el Consorcio.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

4. Sentencia de primera instancia⁶

Mediante sentencia de fecha 9 de febrero de 2018, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, negó el amparo solicitado por las señoras DORA GOMEZ DE GOMEZ, NINFA ORTIZ DE GOMEZ VIRGILIA DE LOS REYES CABRERA GIL, MARGARITA ROSA HERNANDEZ OSORIO, EVERLIDES GUZMAN GOMEZ, MARIA DALIS ARENILLA GONZALEZ, LORENZA GIRADO DE VILLAR, MIRTHA ELENA ROCHA JULIO, MARIA NANCY LUNA IRIARTE, SOCORRO CERVANTES MARTINEZ, ZENITH QUIROZ MARTINEZ, YOJAIRA ZAMBRARO ZURITA, MAGALY OSPINO TORRES, CONCEPCION BONFANTE DE MUÑOZ, MARGARITA SIERRA RUIZ, DOLORES MARIA ALMEIDA NIETO, CECILIA MARIA CUADRADO HERNANDEZ, TOMASA OVIEDO MEJIA y EDILSA MARIA RAMOS SILGADO, y rechazó por improcedente la acción frente a las demás accionantes.

Como sustento para su decisión la A quo sostuvo que en el presente caso se satisfacía el requisito de inmediatez, como quiera que se trataba de prestaciones periódicas que tienen el carácter de imprescriptibles. Sin embargo, estimó que no ocurre lo mismo con el requisito de subsidiariedad, pues si bien la Corte Constitucional les ha otorgado a las madres comunitarias la calidad de sujetos de especial protección constitucional, en consideración a que pertenecen a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías laborales o por ser parte de un segmento situado en posición de desventaja social o económica —presupuestos que se satisfacen el presente caso—, también ha afirmado que es la jurisdicción contencioso administrativa el escenario idóneo para determinar la naturaleza de la vinculación existente entre las madres comunitarias y el ICBF, y que en ese marco se puede hacer uso de las medidas cautelares en general o de las de urgencia.

En consonancia con la anterior, consideró la Juez A quo que se hace necesario para que se configure la procedencia de la acción, que se acredite la existencia de un perjuicio irremediable, pero ello no ocurre en el sub judice.

Señaló que a las demandantes que conforme a las pruebas se encuentran en la tercera edad, no se les vulneró el derecho a la seguridad social, pues se hallaban vinculadas al Fondo de la Seguridad Social y se hicieron beneficiarias del subsidio de los aportes a pensión en el porcentaje dispuestos en la Ley 100 de 1993, Documento CONPES No 2753 del 21 de diciembre de 1994²³ y la ley 509 de 1999²⁴. Y en cuanto a las demás acreencias laborales reclamadas, indicó que su reconocimiento está supeditado a la demostración en cada caso particular de los supuestos fácticos que permitan afirmar la existencia de un vínculo laboral, lo cual no resulta viable en el presente caso, dado que solo se tiene acreditado que se desempeñaron como madres comunitarias, pero se cuenta con el impedimento de que no es posible establecer el lapso temporal de prestación de tales servicios, aspecto determinante para descartar la eventual

⁶Folios 323 al 342



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

configuración de la prescripción; lo mismo que no se tienen elementos que den cuenta de las condiciones en que ejercían su labor.

Lo anterior, lo sustentó la A quo en la Sentencia 018 de 2016, en la que la Corte en un caso similar negó el amparo deprecado, en atención a que no existían pruebas que permitieran determinar los extremos temporales de la relación contractual entre la accionante y el ICBF, como tampoco reposaban documentos que dieran cuenta de una relación de dependencia o subordinación. Así mismo, la Juez de primera instancia indicó que las consideraciones de la sentencia T-480 de 2016 que llevaron a la Corte Constitucional a afirmar la existencia de un vínculo laboral entre las madres comunitarias y el ICBF no pueden ser tenidas en cuenta dada la declaratoria de nulidad parcial de la mencionada providencia, correspondiéndole entonces valorar la eventual configuración de un contrato realidad con estricta observancia de los elementos materiales de prueba a que haya lugar, a la luz del Auto 186/1726.

En cuanto a las accionantes que no pertenecen a la tercera edad, manifestó la falladora de primera instancia que, no acreditaron circunstancias físicas o de salud que ameritaran la adopción de medidas urgentes e impostergables por parte del juez constitucional, como tampoco demostraron haber desplegado alguna actividad ante el ICBF tendiente a obtener el reconocimiento de los derechos laborales que se invocan a través de la presente acción, pues si bien afirmaron haber elevado peticiones en tal sentido, las mismas no fueron aportadas al plenario.

5. Impugnación⁷

La parte accionante, inconforme con la decisión de primera instancia, la impugnó, solicitando su revocatoria parcial, para que en su lugar se tutelén los derechos fundamentales a LA DIGNIDAD HUMANA, LA IGUALDAD, AL TRABAJO y LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONEXIDAD CON LA VIDA, LA DIGNIDAD HUMANA Y EL MÍNIMO VITAL, de las accionantes.

Como argumentos para lo anterior, la parte actora manifestó que el problema jurídico planteado por la A quo sólo abordó parcialmente la lis, pues debieron estudiarse los siguientes aspectos: **i)** procedencia de la acción de tutela para resolver la existencia de un contrato laboral y las acreencias laborales y pensionales derivadas de dicha vinculación; **ii)** si se encuentran acreditados los presupuestos necesarios para declarar la existencia de una relación laboral entre las accionadas y el ICBF por estar vinculadas al programa Hogares Comunitarios de Bienestar en calidad de madres comunitarias, y **iii)** si las accionantes tienen derecho al reconocimiento de acreencias laborales y pensionales derivadas de dicha relación laboral.

⁷ Folios 377 al 380



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

En esa medida, señaló que en la formulación del Problema Jurídico a Resolver, el Juez de primera instancia se limitó a la existencia de un contrato laboral entre las actoras y el ICBF y esto produjo un yerro jurídico inconcebible, pues los aportes parafiscales en pensiones al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar a las madres comunitarias de Bienestar desde la fecha en que se vincularon al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, tienen como sustento jurídico la aplicación de la tesis acogida en el precedente judicial contenido en la Sentencia T-480 de 2016 modificado por el Auto 186 de 2017.

Señala entonces que independientemente de la declaratoria de la relación laboral, no se estudió lo planteado a través de las pretensiones de ordenar al ICBF adelantar los trámites necesarios para el reconocimiento y pago de los aportes parafiscales y el referente a certificación del tiempo de servicio.

Concluye indicando que el pago de los aportes parafiscales en pensiones al Sistema de Seguridad Social de las madres comunitarias no es consecuencia de la declaratoria de un contrato realidad, sino que debe tenerse en cuenta que la Sentencia T-480 de 2016, tomó como fuente de la obligación el mandato legal que reglamenta de manera especial el pago de estos aportes.

2. Trámite procesal de segunda instancia.⁸

Mediante auto de fecha veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018), se concedió la impugnación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1 Competencia.

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2 Legitimación en la causa.

2.1 Por Activa.

Las accionantes, al ser titulares de los derechos invocados como violados, gozan de legitimación en la causa por activa para actuar en esta acción de tutela, para lo cual otorgaron poder de representación judicial al profesional del derecho Álvaro Francisco Cortes Lobo.

2.2 Por pasiva.

⁸ Folio 382



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, está legitimado en la causa por pasiva conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, al ser la entidad a la que se le endilga la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Las **vinculadas Fondo de Solidaridad Pensional, Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor**, comparecen al trámite en calidad de terceras interesadas en las resultas del proceso, pues de acuerdo con lo señalado por la Ad quo pueden resultar afectadas con la decisiones que se adopten, decisión que comparte este Tribunal al considerar que estas entidades al ser las encargadas de la administración del sistema de seguridad social en pensiones subsidiadas tienen un interés en el presente trámite en el que se está ventilando la afiliación de las madres comunitarias al sistema de seguridad social.

3 Problema jurídico.

En consideración a una lectura de los hechos y pretensiones que motivan la presente solicitud de amparo, y la impugnación de la entidad accionada, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Se debe revocar y/o confirmar la sentencia de primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales de las accionantes de la tercera edad y lo rechazó por improcedente respecto de las demás?

En caso de ser procedente la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las accionantes, la Sala entrará a definir sí:

¿ A través de la acción de tutela, es viable que el juez constitucional declare la existencia de un contrato realidad entre el ICBF y las accionantes, así como el reconocimiento y pago de los derechos laborales y todas las prestaciones a que tiene derecho un trabajador?

4 Tesis del Tribunal.

La Sala sostendrá que en el caso sub lite, la sentencia se debe confirmar parcialmente, por cuanto no se encuentra superado el requisito de subsidiariedad, en la medida en que las actoras no agotaron en sede administrativa la reclamación de las acreencias laborales que requieren vía tutela ni demostraron la ocurrencia de un perjuicio irremediable a un derecho iusfundamental, en caso de que el juez constitucional deje de actuar para salvaguardo.

Revocará el numeral primero, en cuanto negó el amparo de los derechos fundamentales de las accionantes que consideró son de la tercera edad y en esa medida concluyó la A-quo son sujetos de especial protección.

5 Marco jurídico y jurisprudencial.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala estudiará los siguientes temas:

5.1 Generalidades de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

5.2 Sobre la seguridad social en pensiones de las Madres Comunitarias.

En Auto 186 de 2017, la Corte Constitucional sobre el tema precisó que las madres comunitarias tienen derecho a la seguridad social que se garantiza a través del Fondo de Seguridad Pensional del Estado:

"3. Si bien para el lapso comprendido entre el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) tanto la ley como la jurisprudencia no establecieron 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, lo cierto es que el ordenamiento jurídico sí prevé el derecho a la seguridad social de las madres comunitarias bajo unas particularidades especiales. Veamos.

4. La Ley 100 de 1993 creó el fondo de solidaridad pensional "como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

presente ley." El objeto de ese fondo es "subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional." (Subraya fuera de texto original).

5. En consonancia con las anteriores disposiciones legales se expidió la Ley 509 de 1999, mediante la cual se establecieron beneficios en materia de Seguridad Social en favor de las madres comunitarias. Entre tales prerrogativas se destacan las siguientes:

5.1. Las madres comunitarias serán titulares de las prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo establecido por la Ley 100 de 1993.

5.2. El Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias, sin importar su edad y siempre que se acredite un (1) año de servicio como tales.

5.3. El valor del subsidio equivaldrá al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su permanencia se mantendrá por el lapso en que la madre comunitaria realice esta actividad.

5.4. El Fondo de Solidaridad Pensional administrará los recursos que cubren el subsidio a los aportes de las madres comunitarias.

6. A su turno, el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008 dispone que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, sin importar su edad y tiempo de servicio. Adicionalmente, el referido precepto legal prevé: "El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido."

7. En virtud de la anterior normatividad, en aplicación del derecho a la igualdad, es claro entonces que a las 106 accionantes se les podría extender excepcionalmente las especificaciones previstas en dicho régimen jurídico especial con el fin de garantizarles su derecho a la seguridad social en materia pensional. Al respecto, en providencia T-130 de 2015 la Corte Constitucional concedió el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de una madre comunitaria y, en consecuencia, ordenó al ICBF que realizara los trámites necesarios para cancelar a Colpensiones, fondo al cual estaba afiliada la accionante, los aportes faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en un tiempo determinado...."

5.3 Sobre la figura del contrato realidad en relación con la prestación laboral desarrollada por las Madres Comunitarias.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

En lo relacionado con el tema de acreencias laborales y su declaratoria vía acción de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T-335 de 2015, precisó:

"4.1.2. Tal como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, por regla general no procede la acción de tutela cuando se trata de satisfacer pretensiones de contenido patrimonial o económico, ni acreencias laborales, pues para ello el legislador ha previsto mecanismos ordinarios para su reclamo. Al respecto se ha establecido:

"[...] El amparo laboral, en lo que concierne al pago oportuno de los salarios adeudados, tiene carácter excepcional. En primer término, la vía de la tutela sólo se reserva para situaciones límite en las que la falta de pago del salario expone al trabajador a sufrir una situación crítica económica y psicológicamente. En segundo término, la tutela es procedente, "siempre que concurren las condiciones de procedibilidad de la misma", esto es, "cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" (C.P. art., 86). Estas dos condiciones de fondo no le restan eficacia ni validez a los derechos de los trabajadores, cuya defensa se garantiza a través de los procedimientos ordinarios y especiales diseñados por el Legislador, y por conducto de la jurisdicción ordinaria. De otro lado, se reconoce el carácter subsidiario de la acción de tutela, que no puede desconocerse a riesgo de que la jurisdicción constitucional olvide su verdadero cometido institucional y termine por invadir de manera ilegítima e inconveniente la competencia constitucional y legal de la jurisdicción ordinaria. Ni la Corte Constitucional, ni los jueces de tutela, pueden ni deben sustituir a los jueces de la jurisdicción ordinaria encargados de ordenar la ejecución y pago de las deudas laborales y demás derechos de los trabajadores".

4.1.3. No obstante, de manera excepcional es posible que el juez de tutela ordene el pago de las acreencias, cuando se comprueba la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable o la inidoneidad del mecanismo judicial ordinario. Así, cuando el pago del salario constituye el único sustento para el accionante y su núcleo familiar, al estar destinado a suplir el mínimo vital, es necesario que el juez de tutela intervenga para la protección de los derechos fundamentales.

4.1.4. Para ello, es necesario que quien alega la configuración del perjuicio irremediable, como quiera que la ausencia del pago de su salario o prestaciones sociales afecta su mínimo vital, debe acompañar su petición de una prueba, siquiera sumaria, que evidencie la situación de urgencia e inminencia del daño. Sin que ello reemplace la carga mínima probatoria que le corresponde al peticionario, esta Corporación ha consagrado ciertos criterios que le permiten al juez de amparo, demostrar el perjuicio irremediable y así, ordenar el reconocimiento de las acreencias laborales, como son:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

"(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). Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a), (iv) probar, si quiera sumariamente que cumple con los requisitos legales para acceder a la pretensión."

(...)

4.1.6. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha acudido a los requisitos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, para desarrollar la prevalencia de la realidad sobre las formas, en las relaciones laborales. De acuerdo a la disposición normativa:

"1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."

5.4 Madres Comunitarias como sujetos de especial protección constitucional -Corte Constitucional Auto 186 de 2017-

En este Auto, la Corte señaló:

"... Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente. No existe dificultad para demostrar que **todas las madres comunitarias tienen esta condición especial**, por cuanto así lo establece el artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996: "(...) Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados".

6. Caso Concreto.

6.1 Hechos relevantes probados.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

6.1.1 De acuerdo con las declaraciones extra juicio y las copias de las cédulas de ciudadanía allegada al expediente entre los folios del 27 al 181, las accionantes se han desempeñado como madres comunitarias durante los siguientes tiempos y tienen la siguiente edad:

	NOMBRES Y APELLIDOS	EDAD	FECHA DE INGRESO	TIEMPO DE SERVICIO	
				AÑOS	MESES
1	DORA GÓMEZ GÓMEZ	70	27/04/1989	28	9
2	ANA ISABEL PÉREZ DÍAZ	41	10/09/2006	11	4
3	DAIRIZ GÓMEZ ORTIZ	43	10/11/1996	21	2
4	NINFA ORTIZ DE GÓMEZ	62	27/04/1989	28	9
5	NERIS ROMEROS CONTRERAS	49	27/04/1989	28	9
6	LUZ NERIS GÓMEZ ROMERO	46	09/03/1998	19	10
7	MARLENE HERRERA OLEA	49	09/03/1998	19	10
8	DEYANIRA LOPEZ OROZCO	57	27/04/1989	28	9
9	ONIRIS GÓMEZ ORTIZ	38	12/03/2003	14	10
10	VIRGILIA DE LOS REYES CABRERA GIL	68	17/06/1987	24	7
11	ROSA GÓMEZ CAMPO	60	5/11/1992	25	2
12	MARGARITA ROSA HERNÁNDEZ OSORIO	61	5/11/1992	25	2
13	EVERLIDES GUZMAN GÓMEZ	68	18/12/1989	28	1
14	MARIA DE LA CRUZ GARCIA TORRES	59	27/04/1989	28	9
15	OSNEY MARRUGO VEGA	50	27/04/1989	28	9
16	GRACIELA PEREIRA CARMONA	55	27/04/1989	28	9
17	MARIA DALIS ARENILLA GONZÁLEZ	61	27/04/1989	28	9
18	LORENZA GIRADO DE VILLAR	63	27/04/1989	28	9
19	MIRELSY MARTÍNEZ VALDES	50	01/08/1993	24	5
20	GÉNESIS DEL CARMEN GÓMEZ	47	04/04/2003	14	9
21	LUDIS DEL CARMEN GONZÁLEZ BURGOS	56	27/04/1989	28	9



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

22	MIRTHA ELENA ROCHA JULIO	67	05/12/1992	25	1
23	ALEIDA GÓMEZ VALIENTE	49	27/04/1989	28	9
24	ODILSA REALES MORELOS	53	27/04/1989	28	9
25	NELYS DEL CARMEN DIAZ ORTIZ	54	27/04/1989	28	9
26	ALEJANDRINA GONZÁLEZ MORALES	47	01/02/2012	5	11
27	NUBIA GÓMEZ ALCAZAR	52	27/04/1989	28	9
28	ROSARIO GÓMEZ ORTEGA	54	27/04/1989	28	9
29	MARIA NANCY LUNA IRIARTE	62	27/04/1989	28	9
30	MARTHA SANTANDER FIGUEROA	54	27/07/1988	28	9
31	DIGNA DEL CARMEN HERNÁNDEZ GENES	59	09/05/1992	25	8
32	NURIS LLERENA SANDOVAL	No hay información	20/12/1988	29	1
33	ANA CARMELA HERNNADEZ ANILLO	52	18/06/1999	18	7
34	SOCORRO CERVANTES MARTÍNEZ	66	02/04/1987	30	9
35	ZENITH QUIROZ MARTÍNEZ	62	30/10/1997	20	3
36	YOJAIRA ZAMBRARO ZURITA	60	01/04/2001	16	9
37	NANCY DEL CARMEN VERGARA CONTRERAS	54	01/09/1987	30	04
38	MAGALY OSPINO TORRES	64	01/09/1987	30	04
39	CONCEPCIÓN BONFANTE DE MUÑOZ	64	01/09/1987	30	04
40	MARGARITA SIERRA RUIZ	66	01/09/1987	30	4
41	DOLORES MARIA ALMEIDA NIETO	66	18/12/1988	28	1
42	CECILIA MARIA CUADRADO	66	18/12/1992	25	1
43	ODALIS BALCEIRO ARRI ETA	54	18/12/1988	29	1
44	TOMASA OVIEDO MEJIA	67	18/12/1988	29	1



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

45	OSIRIS AHUMADA YANES	48	19/12/1988	29	1
46	EDILSA MARIA RAMOS SILGADO	66	19/12/1988	29	1
47	ALEIDA GAMBIN MORILLO	50	16/06/1989	28	7
48	LEONOR MARIA OLAVE RODRIGUEZ	53	16/02/1998	19	11
49	CARMEN CECILIA AVILA DE LA ROSA	59	03/08/1988	29	4
50	EDITH VEGA VALENCIA	58	02/08/1988	29	5

6.1.2 De acuerdo con la información rendida por el Consorcio Colombia Mayor, las accionantes presentan la siguiente situación con relación a los subsidios por aportes de pensiones en el sistema pensional subsidiado.

No.	NOMBRES Y APELLIDOS	SUBSIDIO APOORTE EN PENSIÓN/SITUACION ACTUAL
1	DORA GOMEZ DE GOMEZ	RETIRADA POR EDAD (fl. 297)
2	ANA ISABEL PEREZ DIAZ	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 297)
3	DAIRIZ GOMEZ ORTIZ	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 298)
4	NINFA ORTIZ DE GOMEZ	RETIRADA POR MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 298)
5	NERIS ROMERO CONTRERAS	RETIRADA MORA SUPERIOR A 6 MESES (fl. 299)
6	LUZ NERIS GOMEZ ROMERO	RETIRADA MORA SUPERIOR A 6 MESES (fl. 299)
7	MARLENE HERRERA OLEA	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 300)
8	DEYANIRA LOPEZ OROZCO	RETIRADA MORA SUPERIOR A 6 MESES (fl. 300)
9	ONIRIS GOMEZ ORTIZ	RETIRADA MORA SUPERIOR A 6 MESES (fl. 301)
10	VIRGILIA DE LOS REYES CABRERA GIL	ACTIVO (fl. 301)
11	ROSA GOMEZ CAMPO	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 302)
12	MARGARITA ROSA HERNANDEZ OSORIO	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 302)
13	EVERLIDES GUZMAN GOMEZ	RETIRADA POR PASO AL REGIMEN CONTRIBUTIVO (fl. 303)
14	MARIA DE LA CRUZ GARCIA TORRES	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 303)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

15	OSNEY MARRUGO VEGA	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 304)
16	GRACIELA PEREIRA CARMONA	RETIRADA MORA SUPERIOR A 6 MESES (fl. 304)
17	MARIA DALIS ARENILLA GONZALEZ	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 305)
18	LORENZA GIRADO DE VILLAR	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 305)
19	MIRELSY MARTINEZ VALDES	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 306)
20	GENESIS DEL CARMEN CARMONA GOMEZ	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 306)
21	LUDIS DEL CARMEN GONZALEZ BURGOS	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 307)
22	MIRTHA ELENA ROCHA JULIO	RETIRADA POR EDAD (fl. 307)
23	ALEIDA GOMEZ VALIENTE	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 308)
24	ODILSA REALES MORELOS	SUPENDIDO BDUA - CAPACIDAD DE PAGO (fl. 243 y 308)
25	NELYS DEL CARMEN DIAZ ORTIZ	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 309)
26	ALEJANDRINA GONZALEZ MORALES	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 309)
27	NUBIA GOMEZ ALCAZAR	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 310)
28	ROSARIO GOMEZ ORTEGA	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 310)
29	MARIA NANCY LUNA IRIARTE	RETIRO VOLUNTARIO (fl. 311)
30	MARTHA SANTANDER FIGUEROA	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 311)
31	DIGNA DEL CARMEN HERNANDEZ GENES	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 312)
32	NURIS LLERENA SANDOVAL	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 245)
33	ANA CARMELA HERNANDEZ ANILLO	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 312)
34	SOCORRO CERVANTES MARTINEZ	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 313)
35	ZENITH QUIROZ MARTINEZ	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 313)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

36	YOJAIRA ZAMBRARO ZURITA	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 314)
37	NANCY DEL CARMEN VERGARA CONTRERAS	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 314)
38	MAGALY OSPINO TORRES	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 315)
39	CONCEPCION BONFANTE DE MUÑOZ	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 315)
40	MARGARITA SIERRA RUIZ	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 316)
41	DOLORES MARIA ALMEIDA NIETO	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 316)
42	CECILIA MARIA CUADRADO HERNANDEZ	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 317)
43	ODALIS BALSEIRO ARRIETA	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 317)
44	TOMASA OVIEDO MEJIA	RETIRADA POR EDAD (fl. 318)
45	OSIRIS AHUMADA YANES	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 318)
46	EDILSA MARIA RAMOS SILGADO	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 319)
47	ALEIDA GAMBIN MORILLO	RETIRADA POR CAPACIDAD DE PAGO (fl. 319)
48	LEONOR MARIA OLAVE RODRIGUEZ	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 320)
49	CARMEN CECILIA AVILA DE LA ROSA	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 320)
50	EDITH VEGA VALENCIA	RETIRADA POR LA MODIFICACION EN LA CONDICION DE BENEFICIARIO (fl. 321)

6.2 Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial.

Aplicando el marco jurídico y jurisprudencial a los hechos que resultaron probados, la Sala llega a la conclusión que la sentencia de primera instancia se debe confirmar parcialmente en cuanto rechazó por improcedente la acción de tutela con respecto a algunas accionantes y precisará que dicha acción resulta improcedente respecto a todas ellas por no cumplirse el requisito de subsidiariedad de la misma y por no encontrarnos ante un perjuicio de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

naturaleza de irremediable frente a ninguna de ellas, por lo que revocará el numeral primero que negó el amparo solicitado por las señoras DORA GÓMEZ DE GÓMEZ, NINFA ORTIZ DE GÓMEZ, VIRGILIA DE LOS REYES CABRERA GIL, MARGARITA ROSA HERNÁNDEZ OSORIO, EVERLIDES GUZMAN GÓMEZ, MARIA DALIS ARENILLA GONZÁLEZ, LORENA GIRALDO DE VILLAR, MIRTA ELENA ROCHA JULIO, MARIA Nanci LUNA HIRIARTE, SOCORRO CERVANTES MARÍNEZ, ZENITH QUIROZ MARTÍNEZ, YOHAIIRA ZAMBRANO ZURITA, MAGALY OSPINA TORRES, CONCEPCIÓN BONFANTE DE MUÑOZ, MARGARITA SIERRA RUIZ, DOLORES MARIA ALMEYDA NIETO, CECILIA MARIA CUADRADO HERNÁNDEZ, TOMASA OVIEDO MEJÍA Y EDILSA MARÍA RAMOS SILGADO.

Los argumentos que sustentan la anterior decisión, se concretan en los siguientes:

Las accionantes, pretenden con la impugnación del fallo de primera instancia la declaración de un contrato realidad y con ello el subsiguiente reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales como madres comunitarias por parte del ICBF durante todo el tiempo en que desempeñaron dicha labor, así como la cotización en seguridad social en pensiones en aras de obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación; en otras palabras, buscan el cumplimiento de obligaciones prestacionales y la obtención de sumas de dinero.

Frente a lo anterior, lo primero que debe precisar la Sala es que conforme quedó señalado en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia de la acción de tutela en los escenarios en los que se reclama el reconocimiento y pago de acreencias laborales se debe demostrar que, además de que quien reclama es un sujeto de especial protección, debe haber efectuado un mínimo de actuación administrativa tendiente a obtener la satisfacción de lo peticionado.

En el caso concreto, si bien las actoras aducen ser madres comunitarias y en ese sentido la H. Corte Constitucional las ha elevado a la categoría de sujetos de especial protección, no demostraron que previo a la interposición de la presente acción de tutela hubiesen elevado reclamación administrativa tendiente a obtener el reconocimiento de los derechos prestacionales solicitados en sede de tutela, pues a través de prueba oficiosa que ordenó la Magistrada ponente en auto de fecha 12 de abril de la anualidad que avanza, mediante la cual requirió al apoderado de las actoras para que aportara el derecho de petición que dijo haber presentado para reclamar tales acreencias, no lo allegó al expediente.

En ese orden, no se vislumbra el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues como se afirmó, si bien la Corte Constitucional les ha otorgado a las madres comunitarias la calidad de sujetos de especial protección constitucional, en consideración a que pertenecen a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías laborales o por ser parte de un segmento situado en posición de desventaja social o económica –presupuestos que se satisfacen en el presente caso–, también ha afirmado que es la jurisdicción contencioso administrativa la vía idónea para determinar la naturaleza de la vinculación existente entre las madres comunitarias y el ICBF, la cual a juicio de la misma se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

constituye en un medio eficaz para resolver dicha controversia y en ese orden, cuentan con el medio judicial de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en el marco del cual pueden solicitar al juez, no solo la nulidad del acto que les niegue el derecho, sino también la medida cautelar de suspensión provisional del mismo, que está prevista en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A, gracias a que el legislador, al reglamentar la suspensión provisional, ha buscado ofrecer a los particulares un medio eficaz y oportuno, que se materialice desde la admisión misma de la demanda, para evitar que sus derechos sean vulnerados de manera flagrante por la administración.

Por lo anterior, y como en la sentencia de primera instancia la A-quo consideró que las señoras DORA GÓMEZ DE GÓMEZ, NINFA ORTIZ DE GÓMEZ, VIRGILIA DE LOS REYES CABRERA GIL, MARGARITA ROSA HERNÁNDEZ OSORIO, EVERLIDES GUZMAN GÓMEZ, MARIA DALIS ARENILLA GONZÁLEZ, LORENA GIRALDO DE VILLAR, MIRTA ELENA ROCHA JULIO, MARIA Nanci LUNA HIRIARTE, SOCORRO CERVANTES MARÍNEZ, ZENITH QUIROZ MARTÍNEZ, YOHAIIRA ZAMBRANO ZURITA, MAGALY OSPINA TORRES, CONCEPCIÓN BONFANTE DE MUÑOZ, MARGARITA SIERRA RUIZ, DOLORES MARIA ALMEYDA NIETO, CECILIA MARIA CUADRADO HERNÁNDEZ, TOMASA OVIEDO MEJÍA Y EDILSA MARÍA RAMOS SILGADO, por ser de la tercera edad, son sujetos de especial protección y en esa medida la acción de tutela resulta procedente para estudiar de fondo si el ICBF vulneró sus derechos fundamentales, la Sala la revocará, al no estar demostrado que se encuentren ante un perjuicio irremediable y no haber acreditado el reclamo administrativo ante el ICBF de los derechos laborales a los que presuntamente tienen derecho con antelación al 12 de febrero de 2014.

Por lo precedente, la Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia y revocará el numeral primero que negó el amparo a algunas de las accionantes.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Revocar el numeral primero de la sentencia de fecha nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 17/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333001-2018-00018-01

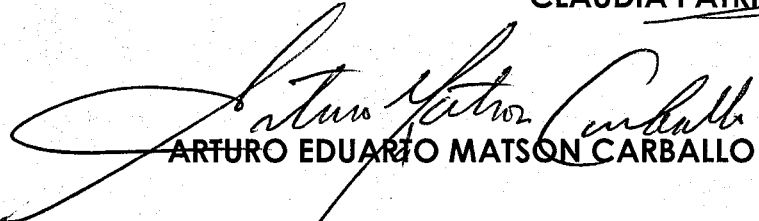
TERCERO: Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Ausente con permiso

Medio de Control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	130013333001-2018-00018-01
Accionante	DORA GÓMEZ GÓMEZ Y OTROS
Accionado	INSTITUTO COLOMBIA DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF
Vinculado	CONSORCIO COLOMBIA MAYOR
Tema	SEGURIDAD SOCIAL DE MADRES COMUNITARIAS
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE