



13-001-33-33-011-2018-00067-01

Cartagena de Indias D. T y C, Cinco (5) de Junio de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13001-33-33-011-2018-00067-01
Demandante	MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA Y OTROS
Demandado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF
Magistrado Ponente	ARTURO MATSON CARBALLO
Tema	VULNERACIÓN A LA VIDA, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO, SEGURIDAD SOCIAL, FAMILIA, NIÑEZ Y MÍNIMO VITAL.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No.01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por el apoderado judicial de las accionantes, contra la sentencia de fecha 20 de Abril de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se rechazó por improcedente el amparo tutelar deprecado por las señoras MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA, MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA, DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA, NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ, CARMEN ELENA VEGA MONTES, NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES, ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA, NIMIA DEL NARVÁEZ CRESPO, CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS y SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ, a fin de que protegieran sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.

II.- ANTECEDENTES

2.1 Hechos

El apoderado, de las diez (10) accionantes - Madres Comunitarias: MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA, MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA, DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA, NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ, CARMEN ELENA VEGA MONTES, NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES, ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA, NIMIA DEL NARVÁEZ CRESPO, CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS y SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ; radicó el día 10 de abril del 2018 ante el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, acción de tutela con el objetivo de que le sean protegidos los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad, trabajo, debido proceso, seguridad social, familia, niñez y al mínimo vital, basándose en las pretensiones que se señalan a continuación.





2.2 Pretensiones

2.2.1. Solicitan las madres comunitarias, que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad, seguridad social, mínimo vital, niñez, trabajo y debido proceso de cada una de las madres comunitarias, vinculadas al programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

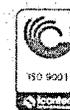
2.2.1.2. Asimismo requieren las accionantes, que se ordene al ICBF, que adelanten el trámite administrativo oportuno para que reconozcan y cancelen a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes los aportes parafiscales en pensiones al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar desde la fecha en que se vincularon al programa Hogares Comunitarios de Bienestar, según los hechos de la demanda, hasta el 12 de febrero del año 2014 o hasta la fecha que con anterioridad hayan estado vinculadas y como resultado alcancen su pensión, teniendo en cuenta la legislación aplicable; y además, que dichos aportes pensionales sean depositados y pagados a la Administradora del Fondo de Pensiones en el que se encuentren afiliadas o desee afiliarse cada una de las accionantes.

2.2.1.3. Por último solicitan las accionantes ordenar al ICBF, que por medio de su representante legal, se les certifique el tiempo de servicio y reconozcan y paguen a cada una de las actoras, los aportes parafiscales en pensiones al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar desde la fecha en que se vincularon al respectivo programa hasta el año 2014, a efecto de obtener cada una su pensión de acuerdo a la legislación aplicable. Dichos aportes deben ser consignados y pagados a la Administradora de Fondo de Pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria.

2.3. Contestación

2.3.1 Ministerio del Trabajo

El Ministerio del Trabajo, mediante escrito enviado el 21 de marzo de 2018 al Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, expone que no le asiste legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no tiene injerencia en el Programa de Madres Comunitarias de Bienestar que maneja el ICBF. Añade además que hay improcedencia de la acción de tutela para





13-001-33-33-011-2018-00067-01

reclamar el reconocimiento del contrato realidad y su consecuente pago de aportes a la Seguridad Social; así como la posibilidad de aplicar la Sentencia T-480 de 2016 y el Auto 186 de 2017, sin transgredir la normatividad dispuesta para el Fondo de Solidaridad Pensional, debido a que para todas las madres comunitarias no es la disposición más favorable porque no se cumpliría con el propósito de dicho Auto, que es el de contar con una ingreso en su vejez.

2.3.2 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

La accionada manifestó mediante comunicación¹ del día 16 de abril de 2018, emitida por la Doctora LUZ KARIME FERNÁNDEZ CASTILLO - Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, da respuesta a la solicitud presentada por la parte accionante, por medio de la cual expresa que "no tiene la posibilidad de establecer la veracidad del tiempo de actividad"², con fundamento en lo pronunciado por la Corte Constitucional a través del Auto 186 de 2017, la cual señala que las madres comunitarias ejercían una actividad civil y por consiguiente dicha entidad no tuvo la obligación legal de constituir expedientes administrativos de cada uno de los hogares comunitarios.

Debate además la accionada, la improcedencia de la acción de tutela por carecer de los principios de inmediatez, irremediabilidad y subsidiariedad; debido a que se pretende a través del mecanismo excepcional de tutela, el reconocimiento laboral supuestamente causado hace más de tres (3) años, tiempo que supera ampliamente el término de prescripción previsto en la Ley. Siendo que no resulta razonable el tiempo transcurrido entre la supuesta vulneración de derechos que fue con fecha doce (12) de febrero del año 2014, año desde el cual, las madres comunitarias devengan el salario mínimo mensual legal vigente y la fecha de interposición de la acción de tutela, siendo que estas se pueden resolver por la justicia ordinaria. Denotándose así el no cumplimiento del requisito de inmediatez.

Por otra parte el ICBF explica, que tratándose de reconocimiento de relación laboral y aportes en pensión, existen en el ordenamiento jurídico colombiano, acciones laborales o contenciosas administrativas en las cuales se pueden resolver los problemas jurídicos idénticos a los que proponen las accionantes en dicha demanda, por lo que considera que no se cumple el requisito de subsidiariedad, consecuentemente con las pruebas aportadas por las accionantes, ya que las mismas no cumplen con las condiciones sociales,

¹Folios (205-223).

²Folio 120.





13-001-33-33-011-2018-00067-01

culturales o económicas que declaró la Corte Constitucional cuando valoró las 106 madres comunitarias³.

2.3.3 Consorcio Colombia Mayor 2013.

Sostiene el Consorcio Colombia Mayor 2013, en informe presentado el 13 de abril de 2018 ante el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que el Fondo de Solidaridad Pensional se creó como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo y los de esta cuenta especial por mandato legal son administrados en fiducia y en razón a ello y conforme al acuerdo consorcial del 30 de noviembre de 2012, se constituyó una alianza estratégica conformada por las sociedades fiduciarias: Fiduprevisora S.A., Fiducoldex S.A. y Fiducentral S.A., estableciéndose así el CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013 y cuya actividad se limita a observar las instrucciones y ordenamientos formulados por el Ministerio del Trabajo, en virtud del Contrato de Encargo Fiduciario No.216 de 2013. Además este Consorcio tiene a su cargo el manejo de dos cuentas, la primera llamada Subcuenta de Solidaridad, la cual financia el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión – PSAP y la segunda, llamada Subcuenta de Subsistencia, con la cual se financia el Programa Colombia Mayor.

Así mismo explica el Consorcio que el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión tiene relación especial con el régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, siendo el único régimen que cumple con los requisitos que impone el artículo 26 de la Ley 100 de 1993. Que operativamente este programa inicia desde cuando la persona se inscribe al mismo y se valida por el Consorcio el cumplimiento de los requisitos que exige el Decreto 1833 de 2016; luego Colpensiones, previa afiliación de los beneficiarios, genera un talonario con recibos para que esa persona efectúe su aporte obligatorio al programa, y luego que el beneficiario realice el aporte en Colpensiones, esa entidad debe enviar al Consorcio una cuenta de cobro que corresponde a los subsidios que deben desembolsarse a nombre del beneficiario, conforme con lo dispuesto en el artículo 2.2.14.1.26 del Decreto 1833 de 2016; el Consorcio recibe la cuenta, procesa la nómina respectiva y

³ Sentencia T-480/2016. Referencia: Expedientes T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, AC. Acciones de tutela instauradas por Ines Tomasa Valencia Guejada (Expediente T-5.457.363), María Rogelia Calibá De Chingac y otras (Expediente T-5.513.941) y Ana de Jesús Arciniegas Herrera y otras (Expediente T-5.516.632), contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –DPS-. Magistrado ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS. Bogotá D.C., primer Tribunal Administrativo de Bogotá, dieciséis (2016).





13-001-33-33-011-2018-00067-01

efectúa el giro del subsidio a la Administradora del Fondo de Pensiones, todo esto previa validación de la información que registra en el aplicativo web y que es operado exclusivamente por Colpensiones.

Estima que, si bien los proveídos señalados con anterioridad, previeron la procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso de las madres comunitarias, no puede perderse de vista que las actoras en el caso sub examine, no acreditan hacer parte del segmento social que identificó la corte en caso estudiado, así como, tampoco se encuentra demostrado que se encuentren afrontando problemas de salud o problemas socioeconómicos que permitan colegir que sean sujetos de especial protección constitucional, especialmente, si se tiene en cuenta que se encuentran vinculadas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el año 2014.

Además, sostiene que la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas y que en la presente tutela no cumple con el requisito de la inmediatez, ni el de subsidiariedad y precisa que la vinculación del Consorcio Colombia Mayor conlleva una indebida legitimación en la causa por pasiva, ya que el Consorcio carece de facultades para el reconocimiento y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que le puedan corresponder a las accionantes.

2.4. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, analizó sobre la procedencia la acción de tutela, concluyendo que la parte accionante puede acudir a otro mecanismo legal en defensa de los derechos laborales reclamados, teniendo en cuenta que la acción de tutela es un instrumento procesal subsidiario ante el tipo de situación presentada por las accionantes; por consiguiente la acción se torna improcedente; teniendo en cuenta que en el actual asunto, la parte actora acude a la tutela como mecanismo para lograr que por esta vía se declare la existencia de un contrato realidad, existente entre cada una de las madres comunitarias y el ICBF, lo que implicaría el reconocimiento del vínculo laboral, que conllevaría al pago de los valores correspondientes a salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social en pensión.

Además resalta el a quo, el pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional donde por regla general manifiesta que la procedencia de la acción de tutela en un caso similar, en donde una persona que prestó sus servicios dentro de un programa asistencial del ICBF, solicitaba por esta misma





13-001-33-33-011-2018-00067-01

vía el reconocimiento de un contrato realidad y el pago de acreencias laborales, pues consideraba que la falta de este reconocimiento vulneraba sus derechos fundamentales al trabajo digno y a la seguridad social; pero en esta ocasión se tuvo en cuenta su situación personal y económica, con el fin de establecer la procedencia del amparo constitucional y así determinar si se disponía de otro mecanismo ordinario de protección judicial que resultara idóneo para reclamar sus derechos fundamentales.

En el análisis de la Honorable Corte, manifiesta que la acción de tutela no es el medio adecuado para solucionar las controversias que se ocasionen en tema de presuntas vinculaciones laborales, teniendo en cuenta que el legislador de lo contencioso administrativo, ha dispuesto determinados mecanismos de defensa judicial para tramitar este tipo de demandas y que en algunas circunstancias la acción constitucional desplaza el mecanismo ordinario de defensa judicial, por resultar eficaz en medida y oportunidad frente a la situación particular de quien reclama, pudiendo configurarse dicha protección de manera definitiva o transitoria.

Como sucedió en el caso estudiado por la Corte Constitucional, el cual se ha referenciado en el análisis de esta demanda, el objeto de debate ha sido la postura del ICBF en relación con la negativa a reconocer la existencia de un vínculo laboral con dichas madres y padres, situación que es generalmente adoptada a través de los actos administrativos que expiden dichas entidades y que forman la razón primordial por la que los interesados tienen a su disposición medios de defensa ordinarios como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Observó que las accionantes no acreditaron la existencia de algún acto administrativo por parte del accionado, en el que se plasme la posición negativa sobre las pretensiones que aquí se reclaman, es decir no se probó que las accionantes habían iniciado actuación administrativa frente a la institución demandada, lo que constituiría la carga mínima para acudir en defensa de sus derechos. Sin embargo se debe establecer si ese mecanismo resulta idóneo y eficaz, porque teniendo en cuenta las pretensiones formuladas por las accionantes estas se ajustan al mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho cuyo objeto es indemnizar y reparar los daños ocasionados por el acto administrativo lesionador a partir de la declaratoria de nulidad, que para el presente caso, sería la comunicación del ICBF negando el reconocimiento del vínculo laboral y el pago de las acreencias laborales generadas, poniendo en práctica lo expuesto por la Corte con





13-001-33-33-011-2018-00067-01

respecto a que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho resulta eficaz pues las medidas cautelares en lo contencioso administrativo permite la suspensión de los actos administrativos con el fin de salvaguardar y garantizar, el objeto del proceso y la seguridad de la Sentencia.

Ahora bien, la acción de tutela es necesaria para evitar un perjuicio irremediable y de acuerdo a lo expuesto por las accionantes, no observó el a quo la inminencia de un daño irreparable, puesto que no documentaron que se encuentran en condiciones económicamente lamentables, ni que padezcan de enfermedad o alguna condición patológica que les impida seguir prestando el servicio como madres comunitarias o que les impida algún tipo de ingreso que garantice su subsistencia, lo que deja ver que no existe daño grave ni que este próximo a ocurrir ni tampoco requiera de medidas urgentes para prevenirlo.

Entonces concluyó que la acción de tutela presentada, no es procedente para amparar los derechos invocados como vulnerados por las aquí accionantes, por lo que resuelve el a quo, fallar declarando la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por las madres comunitarias, el 10 de abril de 2018.

2.5. Impugnación de la Sentencia.

A folio 261 del cuaderno de primera instancia, obra memorial radicado por el apoderado judicial de las actoras, a través de cual manifiesta que impugna el fallo de fecha 20 de abril de 2018 proferido por el Juzgado Décimo Primero Administrativo de esta ciudad.

2.6. Trámite de la Impugnación.

A través del Auto No. 390 de fecha tres (3) de mayo del 2018, el A quo concedió la impugnación, siendo repartida al Despacho del ponente el cuatro (4) de mayo de 2018, ingresando al Despacho, el día 7 de mayo del año en curso.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.





3.2. Legitimación en la causa por activa en las acciones de tutela.

Sobre el particular el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 dispone, que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, como en el caso en concreto, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

De igual manera, en su artículo 10, el Decreto 2591 de 1991 señala:

"La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quién actuara por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando la circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."

De conformidad con lo anterior, en efecto, el abogado Efrain Miranda Cañate, actuando como apoderado judicial, se encuentra legitimado por activa para reclamar la protección de los derechos fundamentales alegados en la presente Acción de Tutela, toda vez que ha sido en su favor en quienes las pluricitadas diez (10) madres comunitarias, otorgaron debidamente poder, los cuales se evidencian así:

ACCIONANTE	PODER
MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA	Folio 23
MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA	Folio 24
DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA	Folio 26
NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ	Folio 27
CARMEN ELENA VEGA MONTES	Folio 28
NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES	Folio 29
ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA	Folio 30
NIMIA DEL NARVÁEZ CRESPO	Folio 31
CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS	Folio 33
SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ	Folio 34



13-001-33-33-011-2018-00067-01

Cuestión diferente es que luego de que se lleve a cabo el análisis de la situación de fondo, eventualmente se concluya que no ha habido vulneración de dichos derechos fundamentales.

3.3. Legitimación en la causa por pasiva.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, considera la Sala que no existe tampoco ningún inconveniente, pues la entidad accionada es la que ha sido señalada por la parte actora como aquella que presuntamente le está vulnerando sus derechos fundamentales a las accionantes.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negritas fuera de texto)

De manera que es el ICBF, quien las accionantes, han identificado como la entidad que presuntamente está vulnerando sus derechos fundamentales objeto de la presente acción; lo cual per se los legitima por pasiva, independientemente de que posteriormente se logre evidenciar que lo reclamado a manera de amparo, esto es la obligación de realizar el pago de los aportes parafiscales en pensión que reclaman las accionantes, no le corresponda o sea obligación cumplir por parte del ICBF. Por estar vinculadas al presente trámite de tutela por el juez de primera instancia, el Ministerio del Trabajo y el Consorcio Colombia Mayor 2013, se entienden igualmente legitimadas por pasiva, por tener interés en las resultados del proceso.

3.4. PRESUPUESTOS GENERALES DE PROCEDENCIA.

Decantado lo anterior, pasaremos a continuación a analizar como primera medida si la acción de tutela instaurada por las diez (10) madres comunitarias, reúne los requisitos generales de procedencia.

Al respecto, esta Corporación considera que la presente acción, sí reúne los requisitos generales de procedencia por lo que la decisión del a quo en ese aspecto será confirmada y como esta aseveración no es gratuita ni carente





13-001-33-33-011-2018-00067-01

de fundamentos, la Sala pasará a continuación a explicar por qué sostiene lo anterior.

En primer lugar, está suficientemente decantado que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, es un mecanismo constitucional de protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares que presten servicios públicos, cuyas acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo; o particulares respecto de los cuales el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Para el caso del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF y el MINISTERIO DEL TRABAJO, es claro que son autoridades públicas, perteneciente al orden nacional, contra las cuales pueden interponerse acciones de tutela. En lo que respecta al Consorcio Colombia Mayor 2013 al ser una alianza entre fiduciarias del sector público y en su calidad de administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, es claro también, que ésta es una autoridad pública contra la cual de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, puede interponerse acción de tutela.

En cuanto al carácter fundamental de los derechos a la vida, dignidad humana, igualdad, seguridad social, mínimo vital, niñez, trabajo y debido proceso que consideran las accionantes les están siendo vulneradas por las accionadas, no existe tampoco ninguna duda.

En efecto, con relación al derecho a la seguridad social que alegan los tutelantes le está siendo vulnerado, se encuentra reconocida en nuestra constitución política en los artículos 48 y 49, conforme a la jurisprudencia constitucional, es un derecho fundamental cuya efectividad se deriva de su carácter irrenunciable, su reconocimiento como tal en convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano, y de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Solo es susceptible de protegerse por vía de tutela cuando adquiere los rasgos de un derecho subjetivo, cuando la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna.

Frente al derecho a la vida digna, la Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el





13-001-33-33-011-2018-00067-01

constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana⁴, reconocido en el artículo 1º de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho.

En sentencia SU-062/99⁵ este Tribunal, en lo pertinente, precisó que:

"Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano".

Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad. Así las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la vida, sólo se entiende bajo condiciones de dignidad, lo que comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano,

Respecto del derecho a la igualdad y debido proceso, estos por disposición expresa de los artículos 13 y 29 Constitucional son derechos fundamentales de aplicación inmediata.

Por todos estos aspectos que se han mencionado en principio se puede concluir que la tutela presentada es procedente, porque vemos de una parte que va dirigida contra autoridades públicas y por otra que los derechos calificados como vulnerados por las accionantes efectivamente tienen la categoría de fundamentales, pero para poder concluir de manera definitiva si la acción de tutela bajo examen es o no procedente debemos también analizar lo atinente a la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, ya que no podemos perder de vista que la acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario o residual, pues en los términos del artículo 86 constitucional en concordancia con el numeral 1º del art. 6º del Decreto 2591 de 1991 no procede cuando se tiene otro recurso o mecanismo

⁴ Ver sentencia T-860 de 1999 (MP. Ciro Cruz) (Sylvia Díaz).

⁵MP. Vladimiro Naranjo Mesa.





13-001-33-33-011-2018-00067-01

de defensa de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, claro está a menos que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que vale aclarar no es la situación por cuanto en la acción de tutela no se manifestó que estuviera utilizando este mecanismo constitucional de manera transitoria.

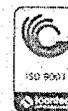
En ese sentido, esta acción de tutela instaurada por las señoras MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA, MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA, DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA, NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ, CARMEN ELENA VEGA MONTES, NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES, ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA, NIMIA DEL NARVÁEZ CRESPO, CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS y SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF; en atención al status de sujetos de especial protección constitucional y al estado de vulnerabilidad que ha dicho la Corte, se encuentran estas, hace que la tutela se torne en el mecanismo principal para la protección de los derechos fundamentales de los cuales busca se amparen.

Pues bien respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso de las madres de hogares comunitarios del ICBF la Corte Constitucional se ha pronunciado recordando que la aplicación del requisito de subsidiariedad requiere el examen de las circunstancias particulares del accionante, y establecido algunos aspectos que el juez debe valorar para establecer si la pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios o si, por el contrario las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración denunciada se prolongue de manera injustificada.⁶

La corte también ha puntualizado que si bien el derecho fundamental a la acción de tutela es predicable de todas las personas (Art. 86 CP), en aplicación del artículo 13 superior se debe tener en cuenta que si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, en condición de diversidad funcional, cabeza de familia, en situación de pobreza, etc.) o de individuos que se encuentran en posiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad de la acción de tutela se flexibiliza ostensiblemente, en razón de la tutela reforzada predicable de estos grupos de especial protección.

Para el caso concreto de las madres comunitarias, la Corte Constitucional expreso, que si bien las tutelantes cuentan con un mecanismo de defensa

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-721 de 2012





13-001-33-33-011-2018-00067-01

judicial diferente a la tutela para obtener la protección de sus derechos, éste resulta ineficaz, dadas las condiciones especiales que rodean a éste grupo (físicas, sociales, culturales, económicas, las cuales se han postergado a lo largo del tiempo), por ende, someterlas a un trámite común resultaría tardío y desproporcionado para ellas.⁷

En la referida sentencia la Corte manifiesta que las madres comunitarias resultan ser sujetos de especial protección cuando: (i) se encuentren 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; ii) Sea parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente. iii) pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo, iv) afrontar un mal estado de salud y, v) tercera edad.

Así lo expresó en su oportunidad:

"Tal determinación se debe a que no hay duda que las 106 madres comunitarias son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto se verifica que todas ellas tienen, por lo menos, tres de las siguientes cinco condiciones especiales:

(i) 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. En efecto, desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF por sus servicios prestados como madres comunitarias, las 106 accionantes recibieron el pago mensual de una suma de dinero denominada "beca", la cual, únicamente a partir del 1 de febrero de 2014 se igualó al monto de un salario mínimo mensual legal vigente. Es decir, alrededor de 32 años devengaron un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, lo cual claramente constituyó una afectación a su mínimo vital que se perpetuó por todos esos años.

(ii) Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente. No existe dificultad alguna para demostrar que todas las madres comunitarias tienen esta condición especial, por cuanto, en los siguientes términos, así lo establece el artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996[65]: "(...) 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".

(iii) Pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo. El cumplimiento de este aspecto está íntimamente ligado a la primera circunstancia constatada anteriormente, puesto que el simple hecho de que todas las demandantes hayan tenido un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente durante 32 años, aproximadamente, ello evidentemente

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-480 de 2016





13-001-33-33-011-2018-00067-01

las ubica en un grupo de mujeres que histórica y tradicionalmente han sido marginadas de sus garantías laborales. Esta condición especial es quizá la razón principal que sustenta el válido reclamo iusfundamental que en esta oportunidad solicitan las madres comunitarias ante el juez de tutela, ya que, sin justificación alguna, su situación de vulnerabilidad se ha mantenido incólume en el tiempo, toda vez que. Al parecer, el Estado Colombiano no ha adoptado las medidas necesarias para solucionar efectivamente dicha situación.

(iv) Hallarse en el estatus personal de la tercera edad. Como se evidenció en la tabla N° 2 visible en las páginas 4 a 6 de la presente sentencia, la mayoría de las accionantes se hallan en el estatus personal de la tercera edad o adulto mayor de conformidad con lo establecido y definido en los artículos 1 y 7 (literal b) de la Ley 1276 de 2009[66J, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto la protección a las personas de la tercera edad (o adultos mayores) de los niveles I y II de Sisbén, a través de los Centros Vida, como instituciones que contribuyen a brindarles una atención integral a sus necesidades y mejorar su calidad de vida. (...) Artículo 7°. Definiciones. Para fines de la presente Ley se adoptan las siguientes definiciones. (...) b). Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55. Cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen: (... J. " En efecto, según las respectivas cédulas de ciudadanía obrantes en los expedientes acumulados, de las 106 demandantes en total, 95 cuentan con 60 años de edad o más. Incluso, de las 106 madres comunitarias, 88 de ellas cuentan con 70 años o más

(v) Afrontar un mal estado de salud. En cuanto a este punto, con base en lo consignado en las historias clínicas que fueron aportadas a los procesos tutelares de acumulación, 25 madres comunitarias de las 106 en total afrontan un mal estado de salud, por cuanto padecen diferentes enfermedades de consideración. Entre tales afecciones se encuentran, a modo de ejemplo, las siguientes gastritis crónica no atrófica activa con metaplasia intestinal, fractura por aplastamiento del cuerpo vertebral T12 carcinoma de seno derecho, artrosis no especificada, insuficiencia renal crónica terminal, diabetes mellitus insulínica dependiente con aplicaciones múltiples, dependencia de diálisis renal, trastorno de la refracción, hipertensión esencial e hipercolesterolemia pura. Ahora, en la sentencia referida, la Corte Constitucional, estima procedente los 106 casos estudiados en sede de revisión, al considerar que cumplen con cuatro de los cinco requisitos ya señalados, así lo expresó:

"Por último, es un trato discriminatorio de relevancia constitucional, por cuanto **se produjo contra 106 mujeres que tienen las siguientes condiciones particulares que las hace sujetos de especial protección constitucional:** (i) 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; (ii) ser parte de uno de los sectores más deprimidos económica y socialmente; y (iii) pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo. **Además, de esas 106 accionantes: (iv) 95 se hallan en el estatus personal de la tercera edad y (v) 25 afrontan un mal estado de salud**".



13-001-33-33-011-2018-00067-01

Así las cosas, la Sala pasa en primer lugar a determinar si las aquí demandantes acreditan las condiciones señaladas por la Corte Constitucional y determinar si es procedente la acción de tutela en cada caso:

Accionante	Fecha de ingreso	Edad	Condiciones especiales
MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA	07/11/1995	60	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Estatus personal de tercera edad. -Sector deprimido económica y socialmente. -Grupo poblacional marginado de las garantías laborales.
MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA	02/10/1992	66	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Estatus personal de tercera edad. -Sector deprimido económica y socialmente. -Grupo poblacional marginado de las garantías laborales.
DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA	01/10/1990	58	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Sector deprimido económica y socialmente. -Grupo poblacional marginado de las garantías laborales.
NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ	02/11/1992	70	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Estatus personal de tercera edad. -Sector deprimido económica y socialmente. -Grupo poblacional marginado de las garantías laborales.
CARMEN ELENA VEGA MONTES	15/07/1992	57	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Sector deprimido económica y socialmente. -Grupo poblacional marginado de las garantías laborales.
NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES	02/03/1996	64	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Estatus personal de tercera edad. -Sector deprimido económica y socialmente. -Grupo poblacional marginado de las garantías laborales, estatus personal de tercera edad.
ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA	20/08/1993	61	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Estatus personal de tercera edad. -Sector deprimido económica y socialmente. -Grupo poblacional marginado de las garantías laborales.
NIMIA DEL NARVÁEZ CRÉSPO	0/0/2000	52	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Sector deprimido económica y socialmente. -Grupo poblacional marginado de las garantías laborales.
CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS	15/07/1992	70	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Estatus personal de tercera edad. -Sector deprimido económica y socialmente.



13-001-33-33-011-2018-00067-01

			-Grupo poblacional marginado de las garantías laborales.
SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ	01/01/1989	68	-Ingreso inferior a 1 smmlv. -Estatus personal de tercera edad. -Sector deprimido económica y socialmente. -Grupo poblacional marginado de las garantías laborales.

De lo anotado se puede inferir que, respecto a los requisitos de:

- i) 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: En efecto las demandantes, desde la fecha de vinculación al programa de hogares comunitarios de bienestar ICBF, por sus servicios como madres comunitarias, recibían un pago mensual "beca" la cual fue equivalente al salario mínimo sólo desde el 1 de febrero de 2014.
- ii) Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente: de conformidad con 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". (Destaca la Sala) Con lo cual se enmarcan dentro de esa situación de desventaja.
- iii) Pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo: este elemento se encuentra relacionado con el primer aspecto, ya que, el hecho de que, hayan tenido un ingreso inferior a un salario mínimo durante tanto tiempo, ubica a las madres comunitarias en dicho grupo. Situación que perduró en el tiempo.
- iv) Estatus personal de la tercera edad: teniendo en cuenta que la Corte Constitucional, tiene en cuenta para este caso especial de madres comunitarias, la edad de 60 años o más, como grupo de la tercera edad, del cuadro expuesto, se evidencia que dicho requisito lo cumplen las siguientes accionantes: MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA, MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA, NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ, NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES, ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA, CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS y SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ.

❖ **DE LA INMEDIATEZ**





13-001-33-33-011-2018-00067-01

Respecto de este requisito, la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-480 de 2016, que los casos en que se reclama el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas relacionadas con derechos pensionales, estos pueden ser reclamados en cualquier tiempo, así lo indicó

"3. Además de las dos pautas referidas en precedencia, tratándose de asuntos en donde se reclama el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas relacionadas con derechos pensionales, como es el caso de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social, esta Corporación ha sido enfática al precisar lo siguiente: "en virtud de su naturaleza, los derechos prestacionales, como las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, son imprescriptibles. Es decir, pueden ser reclamados en cualquier tiempo por lo que se descarta la posibilidad de que un juez se abstenga de reconocerlos bajo el argumento de que la acción de tutela resulta improcedente por razones de inmediatez, al no haber sido instaurada en un término razonable, pues tales derechos siempre serán actuales" (Destaca la Sala).

Así las cosas, encuentra la Sala satisfechos los requisitos mínimos que se deben acreditar para la procedencia de la acción de tutela, para las accionantes MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA, MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA, DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA, NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ, CARMEN ELENA VEGA MONTES, NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES, ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA, NIMIA DEL NARVÁEZ CRESPO, CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS y SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ, razón por la cual se procede a realizar un estudio de fondo respecto del asunto, para cada una de las accionantes.

Pero el hecho que la tutela sea procedente en cuanto al cumplimiento de los requisitos generales, no significa per sé que le asista razón a las accionantes en cuanto a la prosperidad de sus pretensiones, por lo cual es necesario que esta Sala proceda de inmediato a analizar el fondo del asunto y así poder dar respuesta a los problemas jurídicos que surgen del caso bajo examen, a saber:

3.5. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala procede de inmediato a analizar el fondo del asunto y así poder dar respuesta a los problemas jurídicos que surgen del caso bajo examen, a saber:

¿Reúnen las accionantes, quienes alegan su condición de madres comunitarias de los Hogares comunitarios del ICBF, los requisitos para beneficiarse del principio de la primacía de la realidad sobre las formas?





13-001-33-33-011-2018-00067-01

¿Vulnera el ICBF a las accionantes los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social, a la familia, a la niñez, y al mínimo vital consagrado en la Constitución Política de Colombia por no declarar la existencia del contrato realidad

3.6. TESIS DE LA SALA.

La Sala REVOCARÁ la sentencia de fecha 20 de abril de 2018 proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por las diez (10) madres comunitarias y en contra del ICBF; para en su lugar, declarar que no se cumple el primer requisito para la existencia del contrato de trabajo realidad entre cada demandante y el ICBF, esto es, la prestación personal del servicio.

Ahora bien, como respuesta al segundo problema jurídico la Sala, en consideración a que no se probó la existencia de la relación laboral entre las accionantes y el ICBF, no le queda otra opción que la de denegar el amparo a los derechos fundamentales invocados en la presente acción tuitiva, y, por ende el reconocimiento de los aportes parafiscales en pensión al sistema de seguridad social de las diez (10) madres comunitarias.

3.7. PRUEBAS RELEVANTES AL CASO

1. Cédula de ciudadanía de las señoras: MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA, MARÍA DOLORÉS CASTRO BATISTA, DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA, NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ, CARMEN ELENA VEGA MONTES, NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES, ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA, NIMIA DEL NARVÁEZ CRESPO, CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS y SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ.
2. Declaraciones extraprocesal rendidas ante distintas notarías, a través de las cuales, las diez (10) madres comunitarias pretenden acreditar el tiempo que han durado vinculadas al programa que lleva a cabo el ICBF, así:

Nº	Nombres y Apellidos	Folios	Fecha de Ingreso	Tiempo de servicio	Edad





13-001-33-33-011-2018-00067-01

1	MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA	37-38	07/11/1995	22 años 4 meses	60
2	MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA	41-44	02/10/1992	25 años 5 meses	66
3	DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA	47	01/10/1990	27 años 5 meses	58
4	NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ	50-51	02/11/1992	25 años 4 meses	70
5	CARMEN ELENA VEGA MONTES	54-55	15/07/1992	25 años 8 meses	57
6	NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES	58-59	02/03/1996	22 años	64
7	ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA	62-63	20/08/1993	24 años 8 meses	61
8	NIMIA DEL CARMEN NARVÁEZ CRESPO	65-68	0/0/2000	18 años	52
9	CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS	71-72	15/07/1992	25 años 8 meses	70
10	SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ	75-76	0/0/1989	29 años	68

3. Copia de los registros civiles de nacimiento de las diez (10) madres comunitarias, visibles a folios: 36, 40, 46, 49, 53, 57, 61, 64, 70 y 74.

3.8. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

❖ Generalidades de la acción de tutela

La Acción de Tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Mediante ella toda persona puede reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, por un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública.

Esta procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de los derechos fundamentales. Sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.





13-001-33-33-011-2018-00067-01

Esta acción tiene dos particularidades esenciales, a saber:

- La subsidiariedad: por cuanto sólo 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 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.

❖ RÉGIMEN DE LA FUNCIÓN DE LAS MADRES COMUNITARIAS

El ICBF ha desarrollado diferentes modelos de atención al niño menor de 7 años, buscando alternativas y metodologías de trabajo para vincular a la familia y la comunidad al proceso de atención con el fin de lograr un mayor impacto familiar y social

En el año 1972 se creó en todo el país 100 Centros Comunitarios para la Infancia. CCI para dar atención a las necesidades de los niños menores de siete años, mediante servicios educativos preventivos y promocionales con participación de la comunidad.

Luego, con la expedición de la Ley 27 del 20 de diciembre de 1974 que determinó la atención al preescolar a través de la creación de los Centros de Atención al Preescolar, CAIP, —hoy llamados Hogares Infantiles— financiados con el 2% del valor de las nóminas mensuales de entidades públicas y privadas

En 1977, dado que el programa no respondía a las necesidades reales de la población y ante la presión de los sectores empresariales y de algunos organismos internacionales, se empezó a cuestionar por sus costos el modelo CAIP, porque la atención institucional al niño, separándolo de su propio contexto familiar y social, excluía a los padres de su compromiso y responsabilidad en el proceso de atención y reducía la posibilidad de aprovechar su propio ambiente como recurso pedagógico y por la muy escasa cobertura, frente a la población objetivo.

Mediante la Resolución 1822 de 1979, se estableció que padres y vecinos debían asumir la administración de los Hogares Infantiles y se les reconocía su papel educativo





13-001-33-33-011-2018-00067-01

Con el apoyo de UNICEF, se amplió la cobertura de la atención al niño menor de 7 años, y se llegó a plantear un cambio de las políticas del preescolar con el apoyo técnico y financiero del ICBF

Luego, mediante de la Ley 89 de 1988 "por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones" en el parágrafo 2º del artículo 1 definió la figura de los hogares comunitarios como "... Aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - 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".

Dichos hogares fueron reglamentados por el Decreto 2019 de 1989 derogado posteriormente por el Decreto 1340 de 1995 el cual en el artículo 4º y respecto de las madres comunitarias, estableció lo siguiente

"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 su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y 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 participen"

En cumplimiento de los derechos que le asisten a los menores consagrados en la Constitución Política de Colombia, el Decreto 1340 de 1995 radica la competencia compartida del desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar entre el Instituto Colombiano Bienestar Familiar⁸ y las asociaciones de padres de familia o de otras organizaciones comunitarias⁹.

Hasta este punto, es claro que la relación de las madres comunitarias con el ICBF no configura ningún tipo de vínculo laboral, sino que, según la Corte Constitucional, se debía entender que la naturaleza de la relación tenía origen civil. Al respecto, el máximo órgano Constitucional expuso:

⁸ Al respecto, en el artículo 1 del Decreto ibidem establece "El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de su Junta Directiva, establecerá los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, dando cumplimiento a la obligación del Estado, en concurrencia con la familia y la sociedad de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Para la ejecución del Programa, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, coordinará sus acciones con las Entidades Territoriales, otras entidades públicas y privadas y organizaciones no gubernamentales"

⁹ Artículo 3. Decreto 1340 de 1995





13-001-33-33-011-2018-00067-01

"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 requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte la beca mencionada"¹⁰ (Destaca la Sala).

Posteriormente, en aras de otorgarles una mayor protección a las madres comunitarias, a través del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, se dispuso:

"Durante el transcurso del año 2013 se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustituidas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas.

La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa Las madres sustituidas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del 2014 proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes". (Destaca la Sala).

Por lo anterior, mientras se realizaba la efectiva formalización laboral de las madres comunitarias, estas se encontraban en un régimen de transición y solo hasta la promulgación del Decreto 289 de 2014, adquirieron su efectiva vinculación laboral, dejando claro que esta situación no les otorga la calidad de servidoras públicas y que su empleador debe ser únicamente cualquiera de las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios.¹¹

¹⁰ Sentencia T - 269 de 1995. M P Jorge Arango Mejía

¹¹ Decreto 289 de 2014. " Artículo 3 Calidad de las madres comunitarias. De conformidad con el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012. las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF "





13-001-33-33-011-2018-00067-01

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T 480 de 2016, expresó:

"Como se observa, si bien la labor de madre comunitaria del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, desde sus inicios, fue concebida como una actividad que supuestamente no implicaba una relación laboral, lo cierto es que solo a partir del año 2012 se desechó tal postura e inició el reconocimiento y adopción gradual de su verdadera naturaleza, lo cual se materializó con la expedición del Decreto 289 de 2014, mediante la suscripción de contratos de trabajo para que las madres comunitarias tengan todas las garantías y derechos consagrados en el Código Sustantivo de Trabajo.

Sin embargo, y pese a que la labor de madre comunitaria se ha desempeñado bajo las mismas condiciones de modo, tiempo y lugar, es claro que, desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, las madres comunitarias no contaron con las garantías y derechos laborales que a la fecha gozan, razón por la cual, en esta ocasión, 106 ciudadanas que realizaron dicha laboren el transcurso de ese lapso solicitan el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo". (Destaca la Sala).

3.9. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS DE CARA AL MARCO JURÍDICO.

Esta Sala verificará si existió o se dan los presupuestos para declarar la existencia de la relación contractual entre cada demandante y el ICBF- desde el 1 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 12 de febrero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa debido a que el pago de los aportes a pensión es una obligación inherente a una relación laboral.

Para tal fin, se verificará la configuración de cada uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) un salario como retribución del servicio; y (iii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

3.9.1 ACTIVIDAD PERSONAL DE LAS MADRES COMUNITARIAS

A continuación se relacionan los documentos aportados por las accionantes en aras de determinar el primero de los requisitos de la relación contractual.





13-001-33-33-011-2018-00067-01

Accionante	Fecha de ingreso	Documento aportado
MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA	07/11/1995	Declaraciones extra proceso en las que se indica que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria.
MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA	02/10/1992	Declaraciones extra proceso en las que se indica que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria.
DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA	01/10/1990	Declaraciones extra proceso en las que se indica que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria.
NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ	02/11/1992	Declaraciones extra proceso en las que se indica que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria.
CARMEN ELENA VEGA MONTES	15/07/1992	Declaraciones extra proceso en las que se indica que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria.
NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES	02/03/1996	Declaraciones extra proceso en las que se indica que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria.
ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA	20/08/1993	Declaraciones extra proceso en las que se indica que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria.
NIMIA DEL CARMEN NARVÁEZ CRESPO	0/0/2000	Declaraciones extra proceso en las que se indica que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria.
CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS	15/07/1992	Declaraciones extra proceso en las que se indica que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria.

Visto lo precedente, la Sala encuentra que con los documentos aportados las tutelantes no acreditan el primer requisito de la relación laboral, toda vez que la misma por su precariedad probatoria es insuficiente para demostrar que las accionantes hayan ejercido la actividad personal como madre comunitaria, por tanto no se encuentra verificado el primer requisito de la existencia de la relación laboral como lo es el de la prestación personal del servicio.

El artículo 22 del C. S. T. señala que contrato de trabajo es aquel a través del cual una persona se compromete a prestar un servicio de manera personal a otra, que puede ser natural o jurídica, bajo la subordinación o dependencia de la segunda, mediante una remuneración.

Para que exista contrato de trabajo, es necesario que se den los requisitos consagrados en el artículo 23 ibídem así: La actividad personal del trabajador;





13-001-33-33-011-2018-00067-01

es decir, realizada por sí mismo; la continuada subordinación o dependencia del trabajador; un salario como retribución del servicio.

Además si se tiene que probada la prestación personal del servicio, los elementos subsiguientes entran en el plano de la presunción tal y como lo establece el artículo 24 de la misma obra, modificado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990; que en tratándose de una presunción legal, puede ser desvirtuada por quien se vea afectado, acreditando que la relación estuvo desprovista del elemento subordinación o dependencia.

En tratándose de acciones de tutela el procedimiento se debe regir por la noción de celeridad. Si bien es cierto que en cualquier proceso la demora injustificada no sólo es indeseable, sino que de hecho es sancionable por considerarse violatoria del debido proceso, también es cierto que en materia de tutela la rapidez es un factor primordial. Por tanto, le corresponde al actor tutelar, traer al Juez constitucional los elementos probatorios mínimos necesarios para sustentar la vulneración a los derechos fundamentales previamente alegados.

Así las cosas, en principio, la carga de la prueba recayó en las diez (10) madres comunitarias: MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA, MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA, DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA, NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ, CARMEN ELENA VEGA MONTES, NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES, ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA, NIMIA DEL NARVÁEZ CRESPO, CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS y SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ; a quienes les correspondía acreditar la concurrencia del primero de los elementos, esto es, la prestación personal del servicio en calidad de madres comunitarias de bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Concluido el primer problema jurídico planteado, pasa la Sala a exponer sus consideraciones respecto del segundo problema jurídico, esto es, si el ICBF vulnera los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social, a la familia, a la niñez, y al mínimo vital consagrado en la Constitución Política de Colombia por no declarar la existencia del contrato realidad, de las diez (10) madres comunitarias.

Al respecto es claro que ante la no demostración de las accionantes de la existencia de la relación laboral, la conclusión indefectible es que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, no ha vulnerado derecho fundamental alguno, y por ende se denegara el reconocimiento y pago de los





13-001-33-33-011-2018-00067-01

aportes parafiscales en pensión al sistema de seguridad social de las señoras MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA, MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA, DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA, NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ, CARMEN ELENA VEGA MONTES, NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES, ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA, NIMIA DEL CARMEN NARVÁEZ CRESPO, CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS y SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ, de quienes se alega en el escrito de tutela, fungen como madres comunitarias.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Fija de Decisión No 1, del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO REVOCAR la sentencia impugnada, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha 20 de abril de 2018, a través de la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela presentada por las diez (10) madres comunitarias, y en contra del ICBF, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR que se ha configurado una relación laboral en modalidad de contrato realidad entre las señoras MABEL DE JESÚS MENDOZA LARA, MARÍA DOLORES CASTRO BATISTA, DENIS MARGOTH BENÍTEZ ACUÑA, NANCY ELENA REYES GONZÁLEZ, CARMEN ELENA VEGA MONTES, NELLIS DEL SOCORRO MEJÍA DE MONTES, ELSY DEL SOCORRO CARO DE VIANA, NIMIA DEL CARMEN NARVÁEZ CRESPO, CARMEN MAGALY YÉPEZ ARIAS y SONIA MÓRELO DE RAMÍREZ y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: NEGAR el amparo a los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad, trabajo, debido proceso, seguridad social, familia, niñez y al mínimo vital, y por ende, el reconocimiento y pago de los aportes parafiscales en pensión al sistema de seguridad social, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados



13-001-33-33-011-2018-00067-01

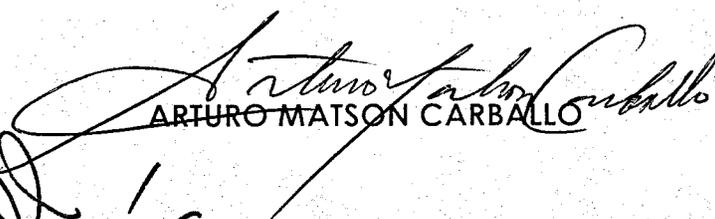
QUINTO: POR SECRETARIA remítase copia de la presente decisión al Despacho de origen.

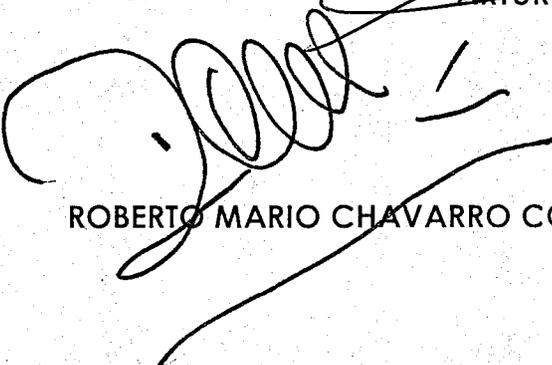
SEXTO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia"

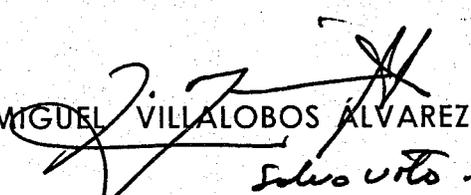
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ
Salvo voto.



~~Handwritten scribbles and faint markings, possibly a signature or initials, located in the middle-left section of the page.~~