Cartagena de Indias D. T. y C., seis (06) de junio de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
Radicado	13001-33-33-**005-2018-00084**-00
Demandante	RAMONA MENDOZA FUENMAYOR Y OTRAS
Demandado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-CONSORCIO COLOMBIA MAYOR-MINISTERIO DEL TRABAJO
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Tema	Seguridad social.

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia de tutela del ocho (08) de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la acción de tutela.

III.- ANTECEDENTES

- **Pretensiones.** (Fl. 1-2)

"Que se tutelen los derechos constitucionales fundamentales presuntamente vulnerados, los cuales son: derecho a la vida, dignidad humana, igualdad, seguridad social, mínimo vital y móvil, adulto mayor, niñez y al debido proceso de cada una de las Madres Comunitarias de Bienestar accionantes vinculadas al programa hogares comunitarios de Bienestar".

"Que se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- que adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madre comunitaria, a efecto de que obtenga su pensión, así mismo, se ordene al ICBF que certifique el tiempo que de servicio adelante el correspondiente trámite administrativo para que reconozcan y paguen a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes ya relacionadas, los aportes parafiscales en pensiones al sistema de seguridad social".

- **Hechos** (Fl. 2-5)

En el libelo de la tutela se narra la parte fáctica de la siguiente manera:

> "El Gobierno Nacional, por medio de la ley 89 de 1988, creó el Programa de Hogares de Bienestar, en virtud de esto se hizo necesaria la prestación personal del servicio por parte de personas que atendieran a los menores en estado de vulnerabilidad.
>
> Con la expedición del Decreto 2019 de 1989 y a través del Ministerio de Salud creó la figura de madres comunitarias y para su gestión asignó recursos bajo la denominación de becas, como contra prestación por sus servicios personales.
>
> Desde la fecha de vinculación de cada una de las reclamantes como madres comunitarias en Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 11 de febrero de 2014, el ICBF omitió pagar a los poderdantes aportes parafiscales a la seguridad social en pensiones.
>
> Las actoras han tenido y tienen, entre otros factores de motivación para desempeñar como Madres Comunitarias de Bienestar, la remuneración dineraria que como contraprestación por sus servicios reciben desde el primer día de labores, antes conocida como "beca" y a partir del 12 de febrero de 2014 en la actualidad como salario.
>
> Las madres comunitarias que solicitaron a la regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, certificar el tiempo de vinculación que tiene en el programa madres comunitarias, desde la fecha en que iniciaron y hasta el día 12 de mes de febrero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa.
>
> Que el ICBF denegó sin causa alguna la petición que le formularon las actoras sobre la certificación el tiempo de vinculación que tiene el programa, hasta el 12 de febrero de 2014, aduciendo que las madres comunitarias no son trabajadoras de dicho instituto".

- **CONTESTACIÓN**

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El ICBF argumenta que no tiene legitimación en la causa por pasiva, dado que la Corte Constitucional en forma expresa señala que el hecho de que los particulares realicen funciones administrativas no los convierte en funcionarios públicos, y en relación con los aportes a pensión, se reitera que, mediante auto 186 de 2017, se ordenó la vinculación del Consorcio Colombia Mayor y el Ministerio del trabajo, el primero como administrador y el segundo como representante legal del Fondo de Solidaridad Pensional-FSP, la vinculación se sustenta en régimen jurídico de las Madres Comunitarias, quienes eran beneficiarias de dicho fondo, según lo dispuesto en el artículo 25 de la ley 100 de 1993 y subsiguientes, en consecuencia, la vinculación de las citadas entidades es indispensable.

Por estas razones, como pretensión principal solicita que se declare al ICBF que no ha incurrido en acción u omisión, puesto que la normatividad y la jurisprudencia señala que la entidad que representa no tiene obligaciones frente a los aportes a pensión de las madres comunitarias, de manera subsidiaria, pide que se declare la nulidad de lo actuado desde la admisión de la acción de tutela, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 133 y 161 del CGP, y como consecuencia de ello, suspender el proceso por el auto 186 de 2017, proferido por la Corte Constitucional.

Consorcio Colombia Mayor 2013 – Fiduprevisora S.A, Fiducoldex S.A y Fiducentral S.A.-.

Esta parte accionada señala que existe para la misma, una indebida legitimación en la causa por pasiva, toda vez que de acuerdo con toda la normatividad que expuso, y los aspectos relacionados con el reconocimiento y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que le puedan corresponder a las accionantes, sostiene que el Consorcio carece de facultades para realizar este tipo de diligencias, motivo por el cual no le asiste competencia de la que se pueda inferir que la entidad pueda dar respuesta favorable a las pretensiones de la actora.

Así mismo, arguye que las accionantes no pueden considerarse como sujetos de especial protección por su edad, también que la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas y que falta al principio de inmediatez y al de subsidiariedad. Por lo anterior, indica que cuenta con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa.

Con fundamento en lo previo, solicita que se denieguen las pretensiones de los accionantes, dado que no se ha vulnerado a su juicio, derecho fundamental alguno de la parte accionante.

Ministerio del Trabajo.

No dio contestación ni rindió el informe requerido en el plazo otorgado.

- **Sentencia de Primera Instancia** (Fl. 154-167)

El Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 08 de mayo de 2018, resolvió denegar las pretensiones de la acción de tutela, argumentando entre otras cosas que:

"En virtud de la anterior normatividad, considera el Despacho que para poder dar aplicación al derecho a la igualdad, las accionantes debían acreditar estar en las condiciones previstas en dicho régimen jurídico especial con el fin de garantizarles su derecho a la seguridad social en materia pensional, encontrándose que en el presente asunto conforme la información suministrada por el Consorcio Colombia Mayor además de la condición de madres comunitarias hay unas exigencias normativas que deben cumplirse para poder acceder al subsidio, por lo que no todas las accionantes ni todas las madres comunitarias serían beneficiarias de dicho subsidio por haber sido retiradas del programa conforme a las causales allí contempladas que tiene que ver, primero con la inscripción y luego con cierta fidelidad en los aportes que a ellas les corresponde.

El Despacho encuentra escaso el material probatorio aportado para hacer un reconocimiento general y dar una orden al ICBF y las otras accionadas para dar cumplimiento a la normatividad del subsidio a los aportes en pensión, que no puede ser antes del 1ro de enero de 1995 porque con anterioridad a dicha fecha no existía, sin obrar certeza del cumplimiento de requisitos previstos, como tampoco se acredita que además de las edades de las accionantes, ellas se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razones de salud y socioeconómicas; sin que pueda acudir el juez de tutela a los lineamientos del auto 186 de 2017, inaplicable al presente asunto dada su nulidad parcial declarada en auto AUTO 217/18 en el que además del aspecto procesal relativo a la falta de vinculación del Consorcio Colombia Mayor y el Ministerio del Trabajo, la corte anuncia "(...) que lo ordenado al Fondo de Solidaridad Pensional en unos aportes del Auto 186 de 2017 desbordó, en criterio de la Corte Constitucional, el deber legal que le ha sido impuesto a dicho Fondo, en relación con el valor a asumir como subsidio de los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias (...)", en tales condiciones no es posible ordenar pago de subsidio alguno, cuando estuvieron inscritas debieron recibir el subsidio mientras fueron cotizantes pero que lo perdieron al dejar de hacer la cotización correspondiente, sumado al hecho de que como se dijo las accionantes no acreditan que hayan dejado de ser madres comunitarias para que se de aplicación a lo establecido en la ley 1450 de 2011. Y en caso de no reunir las exigencias para acceder al referido derecho pensional, deberán seguir cotizando al sistema de seguridad social para ser beneficiarias de todas las prerrogativas habidas en el ordenamiento jurídico para tal efecto.

Así las cosas, se denegará la presente acción".

- **La impugnación.** (Fls.182-191)

Los tutelantes por intermedio de su apoderado judicial, impugnaron la sentencia adoptada por el Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena, fundamentándose en lo subsiguiente:

"Qué las accionadas no fundamentaron la acción de tutela en el Derecho Fundamental al Trabajo, como erróneamente lo señala el Juez de Primera Instancia, para fundamentar su fallo. Que las pretensiones de la demanda no incluyen la declaración de contrato laboral realidad alguno entre las accionantes y el ICBF. Que las accionadas no fundamentaron la acción de tutela en el derecho fundamental al trabajo, pues no existe razón fáctica ni jurídica para ello, porque las pretensiones de la demanda no dependen de la declaración de la existencia de un contrato laboral realidad, pues la fuente de la obligación sobre el pago de los aportes parafiscales pensionales al sistema general de la seguridad social. Que las pretensiones de la demanda no incluyen el reconocimiento ni pago de acreencias laborales. Que el pago de los aportes parafiscales en pensión al sistema general de la seguridad social en pensiones de las madres comunitarias en Colombia, cuyo sistema especial tiene como

fuente las siguientes normas: los artículos 15 y 29 de la ley 100 de 1993, los artículos 2,3,12 de la ley 797 de 2003, la ley 509 de 199, el artículo 2 de la ley 1187 de 2008, el Decreto 605 de 2013, ley 1187 de 2008, Decreto 1340 de 1995, ley 1023 de 2006, ley 2013 de 2006, ley 509 de 199 y el documento Conpes 2753 del 21 de diciembre de 1994, que establece que el Fondo de solidaridad Pensional subsidiará los aportes al régimen general de pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera que sea su edad.

Que el pago de los Aportes Parafiscales en Pensión al Sistema General de la Seguridad Social en Pensión tiene como fuente Jurisprudencial las sentencias contenidas en el Auto 186 de 2017 modificatoria de la Sentencia T 480 de 2016, sentencia T 639 de 2017 de la Honorable Corte Constitucional.

En virtud de la anterior normatividad y del precedente judicial contenido en el Auto 186 de 2017 de la Honorable Corte Constitucional, es claro entonces, que a la Madres comunitarias vinculadas al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar les asiste el derecho a la seguridad social en material pensional, durante todo el tiempo que estuvieron vinculadas como simples voluntarias, es decir, hasta el día 31 del mes de enero de 2014.

Que así las cosas, tenemos que tanto las accionadas, las vinculadas y el a quo, no se detuvieron a analizar ni rebatir las pretensiones precisas de la demanda, y lo más seguro se ciñeron a un formato referido a desvirtuar legal y jurisprudencialmente la existencia de un contrato realidad respecto de las madres comunitarias, lo cual implica, por un lado, que las accionadas y vinculadas no rebatieron de fondo las pretensiones de la demanda y sus hechos y, por otro lado, el a quo incurrió en una falsa motivación del fallo, lo cual se observa en la formulación que hizo del problema jurídico a resolver: determinar la existencia de un contrato laboral realidad y la consecuente pago de acreencias laborales, partiendo del supuesto erróneo de que las accionadas reclaman la tutela del derecho fundamental al trabajo, lo cual no es cierto y constituye una postura subjetiva del a quo".

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 207 del CPACA, se efectúa el control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

V.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política, lo desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991[1] y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional[2].

---

[1] *Artículo 37. Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, **los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud. (negrillas de la Sala)***

[2] *Auto 002/15*
Normas que determinan la competencia en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

- **PROBLEMA JURÍDICO.**

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala fija n° 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar deberá determinar sí la acción de tutela es procedente de manera excepcional para solicitar el pago de las acreencias laborales reclamadas en el presente asunto.

En el evento de ser procedente, le corresponde a la Sala resolver: ¿El no pago de los aportes parafiscales en pensiones comporta afectación a los derechos fundamentales deprecados por las accionantes?

- **TESIS**

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, puesto que de conformidad con la Jurisprudencia Constitucional, la acción de tutela de referencia se torna procedente dado que las accionantes se hallan en un segmento situado en posición de desventaja por pertenecer a la comunidad de las madres comunitarias, el cual es uno de los sectores más deprimidos económica y socialmente, así mismo se confirma la providencia, por cuanto las accionantes no demostraron en virtud del principio de "*autorresponsabilidad probatoria*", el tiempo en que las madres comunitarias fungieron como tal en el Programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

Los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591, establecen que toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, podrá ejercer acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. En este último caso, en los eventos señalados en la Ley.

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

---

5. Esta Corporación ha sostenido que el Decreto 1382 de 2000 únicamente establece las reglas para el reparto de la acción de tutela, es decir, no señala las reglas que definen la competencia de los despachos judiciales.
*6. En su lugar, son los artículos 86 de la Carta política y 37 del Decreto 2591 de 1991, las normas que determinan la competencia en materia de acciones de tutela. El artículo 86 de la Constitución, **señala que las acciones de tutela pueden ser interpuestas ante cualquier juez** y el 37 del Decreto 2591 de 1991, prevé la competencia territorial de las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación, la cual es asignada a los jueces de circuito.*

- **REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

- ***Legitimación en la causa por activa***

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial preferente y sumario, por medio de la cual, cualquier persona puede acudir cuando sus derechos fundamentales resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, en los casos taxativamente previstos por el legislador.

De esta manera, la legitimación en la causa por pasiva se acredita con los siguientes presupuestos con fundamento en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de los representantes legales (casos de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial o (iv) mediante agentes oficioso. [3]

- ***Legitimación en la causa por pasiva***

La legitimación pasiva en sede tutela hace referencia a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quién está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando esta resulte demostrada; la cual procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares, según el artículo 86 de la Constitución Política.

- ***Trascendencia Iusfundamental del asunto***

La Corte Constitucional ha señalado que una acción de tutela es procedente cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gire en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental[4]. La Sala encuentra que en la controversia jurídica del presente asunto, radica en que 10 ciudadanas solicitan, en común, la protección constitucional frente a la supuesta negativa del ICBF de pagar, durante un lapso prolongado, los aportes al sistema de seguridad social en pensión, por haber desempeñado la laboral de madre comunitaria desde la fecha en que se vincularon al Programa Hogares Comunitarias de Bienestar, hasta el día 11 de febrero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.

Así las cosas y en palabras del Tribunal Constitucional, se pone de manifiesto que el asunto en discusión se halla inmerso en una controversia *iusfundamental*, puesto que gira en torno al presunto desconocimiento sistemático por parte de una autoridad pública frente a los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad, seguridad social,

---

[3] [3] *Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2011 Magistrado Ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO*
[4] *Corte Constitucional. Sentencia SU 617 de 2014. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ*

mínimo vital y móvil, adulto mayor, niñez y al debido proceso de personas que pertenecen a uno de los sectores más deprimidos económica y socialmente del país. Lo anterior sin duda alguna amerita un análisis detallado por parte del Juez de Tutela en cuanto al contenido, alcance y goce de dichos derechos.

- ***Subsidiariedad***

El recurso de amparo es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la amenaza y vulneración de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[5].

Bajo esta óptica, el Tribunal Constitucional ha señalado que la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, en tanto que la acción de tutela no puede desplazar los mecanismos judiciales específicos previstos en la correspondiente regulación común.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que se prescindirá del examen de subsidiariedad, cuando la acción de tutela la ejerzan sujetos de especial protección constitucional, tal es el caso de las madres comunitarias, una vez se verifiquen las cualquiera de las condiciones particulares siguientes:

> *"(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 un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente.*
>
> *(iii). hallarse en el estatus personal de la tercera edad*
>
> *(iv). afrontar un mal estado de salud*
>
> *(v.) ser madre cabeza de familia y/o víctima del desplazamiento forzado"* [6]

Con base en lo previo, el Tribunal Constitucional precisó que tan solo basta con que unas de las anteriores circunstancias se acrediten para que el Juez de Tutela implemente un examen flexible de procedibilidad de la acción de tutela presentada por aquellas personas que han ejercido la labor de madre comunitaria en el ICBF, análisis que se debe ajustar a las condiciones físicas, sociales, culturales o económicas que han puesto en estado de debilidad manifiesta a ese grupo de personas por un tiempo considerablemente prolongado.

- ***Principio de inmediatez***

---

[5] *Corte Constitucional. Sentencia T 639 de 2017. Magistrado Ponente:* ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
[6] *Corte Constitucional. Sentencia T 480 de 2016 Magistrado Ponente:* ALBERTO ROJAS RÍOS

La Corte Constitucional ha considerado que para constatar el cumplimiento de este requisito, el juez de tutela debe comprobar cualquiera de estas situaciones:

> *"Si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y, el día en que el derecho de acción se ejerció mediante la formulación de la acción de tutela y/o si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo tutelar".* [7]

Además de las dos condiciones, cuando se trate de asuntos 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 destacó que en tratándose de asuntos donde se reclama el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas relacionadas con derechos pensionales, específicamente en el caso de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social, la Corte Constitucional precisó que:

> "en virtud de su naturaleza, los derechos prestaciones son imprescriptibles, es decir, **pueden ser reclamadas las pensiones 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". (Negrillas de la Sala). [8]

En ese orden, como en el presente asunto se reclama el pago de aportes en materia de seguridad social en pensiones, el principio de inmediatez no se tendrá en cuenta, porque involucra la presunta violación de un derecho imprescriptible.

- **EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS DE LAS MADRES COMUNITARIAS:**

La Corte Constitucional ha sido enfática al afirmar que la seguridad social es un derecho que le corresponde a todas las personas y que tiene una relación directa con el derecho fundamental al trabajo, debido a que se constituye como una garantía a favor de quienes contraen o han mantenido una relación laboral[9].

De igual manera, el Tribunal Constitucional ha aseverado que el derecho fundamental a la seguridad social ampara a las personas que se encuentran en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le

---

[7] *Corte Constitucional. Sentencia T-480 de 2016. Magistrado Ponente:* ALBERTO ROJAS RÍOS
[8] *Corte Constitucional. Sentencia T 262 de 2014. . Magistrado Ponente:* NILSON PINILLA PINILLA
[9] *Corte Constitucional. Sentencia T 639 de 2017. Magistrado Ponente:* ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

permitan llevan una vida digna a causa de contingencias como la vejez, el desempleo, la enfermedad, la incapacidad laboral y/o la muerte.[10]

Si bien el derecho a la seguridad social tiene un carácter prestacional o económico, ello no da lugar para excluirlo de su reconocimiento como fundamental, ya que todo derecho que esté consagrado en la Constitución, sin distinción alguna, ostenta esa calidad.

- **EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS**

El origen data del año 1972 cuando fueron creados los denominados centros comunitarios para la infancia CCI. Durante los años 1979 a 1981 fue responsabilidad de padres y vecinos y, mediante el CONPES (1986) se aprobó el proyecto Hogares Comunitarios de Bienestar.

Mediante la Ley 89 de 1988 se asignaban recursos a los hogares comunitarios a través de Becas. Posteriormente, el Decreto Reglamentario 2019 de 1989 dispuso que el programa "Hogares de Bienestar" se fundamenta en el trabajo solidario de la comunidad encaminado a garantizar a los niños, la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual.

En efecto, el Decreto 1471 de 1990, estableció que los programas que adelante el ICBF, en cumplimiento del servicio público de Bienestar Familiar, se fundamentarán en: a) responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos; b) participación de la comunidad; y c) determinación de la población prioritaria.

El Decreto 1340 de 1995 estableció que la vinculación de las madres comunitarias (así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de "Hogares de Bienestar"), mediante 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 participen.

Ahora bien, 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 presente ley.

[10] *Corte Constitucional. Sentencia T 122 DE 2010 Magistrado Ponente HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO*

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***".[11] *(Negritas y subrayado de la Sala).*

En consonancia con las anteriores disposiciones legales, se expidió la Ley 509 de 1999 y las madres comunitarias fueron vinculadas al SGSS en salud a través del régimen subsidiado, a partir del 3 de agosto de 1999. Posteriormente, la Ley 1023 de 2006 modificó la afiliación y dispuso que las madres comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del ICBF se afiliarán con su grupo familiar al régimen contributivo, adquiriendo las mismas prestaciones asistenciales y económicas y obligadas al pago de una cotización mensual. De esta forma, se establecieron beneficios en materia de Seguridad Social en favor de las madres comunitarias. Entre tales prerrogativas se destacan las siguientes:

> *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.*
>
> *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.*
>
> *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.*
>
> *El Fondo de Solidaridad Pensional administrará los recursos que cubren el subsidio a los aportes de las madres comunitarias.*[12]

Posteriormente, el artículo 2° de la Ley 1187 de 2008 dispuso 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*". En su artículo 4° estableció que la bonificación mensual de las madres comunitarias se incrementaría al 70% del salario mínimo legal

---

[11] DECRETO 3771 DE 2007
12 *Corte Constitucional. Sentencia T 639 DE 2017 Magistrado Ponente* ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

mensual vigente a partir del 1° de enero de 2008, sin perjuicio de los posteriores incrementos que se realicen.

Tres años después, se sancionó la Ley 1450 de 2011 con la cual el legislador dispuso: (i) las personas que dejen de ser madres comunitarias y no cumplan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos del régimen subsidiado en pensiones y por tanto reúnan las condiciones para acceder a la misma, tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional; (ii) el ICBF efectuará la identificación de las posibles beneficiarias a este subsidio; y (iii) las madres comunitarias que tuvieron esta condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008 y no accedieron al fondo de solidaridad pensional durante este período, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado período.

Luego, con el Decreto Reglamentario 605 de 2013, el Ejecutivo estableció las "*condiciones para el acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para obtener una pensión, ni sean beneficiarias del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS); y definir las reglas para la determinación del cálculo actuarial establecido en el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011*".

Finalmente, a través de la Ley 1607 de 2012 se otorgó a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Allí se estipuló que -de manera progresiva- (en el 2013) se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que ello implique otorgarles la calidad de funcionarias públicos.

Relación jurídica entre las madres comunitarias y las entidades administradoras del Programa Hogares Comunitarios del Bienestar. Reiteración jurisprudencial.

El artículo 4° del Decreto 1340 de 1995 estableció que "*La vinculación de la madre comunitaria, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participan en el Programa Hogares de Bienestar, mediante trabajo solidario, constituye contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y por consiguiente,* ***dicha vinculación no implica relación laboral*** *con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo.*" (Lo resaltado no es del texto original)

De igual manera, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999 "*por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el*

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones "señaló que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF **en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas**, pues dicha participación es un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta.

En igual sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que:

"En ninguno de los casos que se revisan, las actoras prestan un servicio personal al ICBF, porque aunque desarrollan su labor siguiendo los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativas que les señala esta entidad, no lo hacen bajo subordinación; tampoco reciben salario como retribución a su servicio, sino el valor de una beca por cada niño que atienden para satisfacer las necesidades básicas del hogar comunitario para su normal funcionamiento y que tiene como fin la obtención de material didáctico de consumo y duradero, ración, reposición de la dotación, aseo y combustible de los menores a su cargo. Por tanto, no aparecen demostrados ninguno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Tampoco existe una relación legal y reglamentaria que las vincule como empleadas de dicho instituto, porque no se dan los presupuestos jurídicos ni fácticos conforme a los cuales pueda configurarse una vinculación de esta naturaleza.

De lo expresado se concluye que a pesar de que el ICBF establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento del Programa de Hogares Comunitarios del Bienestar de Bienestar, éste no es el empleador de las madres comunitarias; por tal razón no existe contrato laboral ni ninguna otra clase de relación laboral entre las actoras y el ICBF, sino una relación contractual de origen civil entre la madre comunitaria y la Asociación de Padres de Familia con la cual colabora". [13]

No obstante, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) dentro del tercer informe presentado por Colombia en el año 1995, manifestó su preocupación en torno al desarrollo del Programa de madres comunitarias, razón por la cual recomendó "*mejorar la formación de las madres comunitarias y regularizar su situación laboral.*"

Acogiendo parcialmente la anterior recomendación, Colombia incluyó a las madres comunitarias en el Sistema de Seguridad Social, con algunas particularidades. En el año 2016, el Comité del PIDESC reiteró la recomendación realizada en el año 1995 en el sentido de regularizar la condición laboral de las madres comunitarias y considerarlas como trabajadoras para que tuvieran derecho a percibir un salario mínimo.

En este punto, resulta importante resaltar la Sentencia T-628 de 2012, en la que la Corte, al estudiar el caso de una señora portadora de VIH, quien tras ser retirada del programa de madres comunitarias, según ella por su enfermedad, después de haber desempeñado dicha actividad por 21 años, esta Corporación determinó respecto de la naturaleza de la relación entre el

[13] Corte constitucional T-990 DE 2000 Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL

Estado y las madres comunitarias según las normas legales y reglamentarias vigentes frente al derecho a la igualdad sexual y la obligación estatal de eliminar toda forma de discriminación contra la mujer que:

"Si bien la legislación debe evolucionar progresivamente en el sentido recomendado por el Comité del PIDESC, ***el hecho de que las normas actuales excluyan la relación laboral entre las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones que participan del Programa de Hogares Comunitarios del Bienestar de Bienestar no es violatorio per se del derecho a la igualdad de las mujeres.*** *En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución, la naturaleza laboral de una relación no depende de lo que lo que estipulen las normas o los contratos sino de si en la realidad se presentan las características de tal relación, especialmente la subordinación. Con base en dicho principio constitucional, toda persona, incluida cualquier madre comunitaria,* ***puede solicitar ante los jueces competentes el reconocimiento de una relación laboral****, acreditando los requisitos necesarios para ello según el ordenamiento jurídico vigente.*

Serán violatorias del derecho a la igualdad aquellas diferencias entre el ***régimen del trabajo subordinado y el régimen especial de las madres comunitarias*** *que configuren discriminación contra la mujer."* [14] *(Se resalta fuera del texto original)*

En este orden, la Corte indicó que se ha constituido una discriminación que viola el derecho a la igualdad de las mujeres dentro del programa de madres comunitarias, toda vez que estas reciben una retribución económica que no equivalga al menos al salario mínimo legal mensual de los trabajadores subordinados, a pesar de no existir ninguna diferencia entre estos en cuanto al sistema de seguridad social (aportes a seguridad social)[17] y jornada de trabajo.

"Podría argumentarse que la diferencia que se acusa de discriminatoria tiene una justificación debido a que las madres comunitarias no tienen, por regla general, una relación laboral con el ICBF ni con las instituciones que participan en el Programa de Hogares Comunitarios del Bienestar de Bienestar y por esta razón el Estado no está obligado a tratarlas de la misma forma que a los trabajadores subordinados.

Sin embargo, el anterior argumento no es de recibo al tener en cuenta que, como se vio, el régimen jurídico de las madres comunitarias no es el de las personas que trabajan por contrato de prestación de servicios, sino uno intermedio entre el trabajo subordinado y el independiente, el cual fue configurado autónomamente por el ICBF. Al hacerlo, esta entidad escogió dotarlo de una jornada máxima igual a la de los trabajadores subordinados y al hacerlo no podía, al mismo tiempo, excluir el salario mínimo mensual, sin incurrir en discriminación sexual en el sentido ya indicado." [15]

En aquella oportunidad, la Corte Constitucional ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que iniciará un proceso interinstitucional y participativo de diseño y adopción de todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar que, de forma **progresiva pero pronta**, las madres comunitarias de tiempo completo del Programa de Hogares Comunitarios de

[14] Corte Constitucional Sentencia T-628 de 2012 Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
[15] Corte Constitucional Sentencia **T-628 de 2012 Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto**

Bienestar devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente para entonces.

Con fundamento en lo anterior, y con el fin de eliminar toda clase de discriminación contra la mujer como lo estableció la Corte Constitucional y lo recomendó el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 dispuso:

*"**Durante el transcurso del año 2013**, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas 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 sustitutas 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."*

Dentro de esta secuencia, la Corte encuentra que entre los años 2013 y 2015 y particularmente, **a partir del año 2014**, el régimen jurídico de las madres comunitarias pasó de ser un régimen jurídico especial a convertirse en un régimen laboral con ciertas especificidades. El primer paso estuvo en la citada Ley 1607 de 2012 que dispuso que **durante el año 2013** la *beca* o *bonificación* que recibían las madres comunitarias debía equivaler al valor de un salario mínimo legal mensual vigente; además, se mantuvo el subsidio especial otorgado a las madres comunitarias para sus aportes al Sistema General de Pensiones por medio del Fondo de Solidaridad Pensional. El segundo avance se produjo con la expedición del Decreto 289 de 2014 reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar[16], de manera que cuenten con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social.

En relación con la transición gradual del régimen jurídico anterior a uno nuevo, en la sentencia T-478 de 2013 esta Corporación revisó los fallos de tutela proferidos dentro de la acción de tutela formulada por una madre comunitaria que exigía el restablecimiento de sus derechos que estimaba vulnerados,

[16] Corte Constitucional Sentencia T-130-15 Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez

porque se le dejó de pagar el subsidio a los aportes a pensión. En ese caso, la Corte analizó el régimen legal aplicable a las madres comunitarias y encontró que el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 había establecido medidas progresivas tendientes a mejorar la situación de quienes realizan actividades como madres comunitarias, entre otras, la asignación gradual de una remuneración que llegue a equivaler al valor del salario mínimo legal vigente y finalmente, la formalización laboral. En este fallo, la Corte concluyó que:

"(...) el régimen jurídico de las madres comunitarias actualmente se encuentra en un ***período de transición, ya que en el año 2014*** *debe pasar de ser un régimen jurídico especial, a una relación laboral por la que devengarán un salario mínimo legal vigente. Finalmente, debe destacarse que durante este año 2013, la beca o bonificación que reciben las madres comunitarias debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente". (Se resalta)*[17]

Ahora bien, aunque está claro el régimen jurídico actual aplicable a las madres comunitarias, en virtud de las reformas mencionadas, la Sala advierte que subsiste la situación de aquellas personas que laboraron durante varios años en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar bajo el sistema especial anterior a 2012 y dejaron de ser madres comunitarias antes de que entrara en vigencia el nuevo régimen jurídico. Para atender la situación de estas personas, el legislador creó un **subsidio de subsistencia** cuyas particularidades se verán en el acápite siguiente.

Régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social Integral de las madres comunitarias

La Ley 100 de 1993 por medio de la cual se crea y reglamenta el Sistema de Seguridad Social Integral, establece como unos de sus objetivos la implementación de mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, garanticen a la población sin capacidad económica suficiente, como lo son las madres comunitarias, acceder al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

En este sentido, se encuentra que el Acuerdo 21 de 1996 por medio del cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dicta lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, dispuso en su artículo 5°, literal j, que "*las madres comunitarias como titulares del derecho a la seguridad social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado en el Ley 100 de 1993 sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia.*".

- **Sistema de Seguridad Social en Pensiones**

[17] Corte Constitucional Sentencia T 639-17 Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo

En materia pensional, la Ley 100 de 1993 dispone la existencia de un *fondo de solidaridad pensional,* el cual ampliará la cobertura del sistema para los sectores con características y condiciones socioeconómicas que no les permiten acceder al mismo, mediante un subsidio[18] que será concedido parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, para lo cual, el trabajador que quiera hacerse acreedor al subsidio deberá acreditar su condición de afiliado del régimen general de seguridad social en salud, pagar la porción del aporte que allí le corresponda, no tener capacidad económica para pagar la totalidad del aporte y no tener una cuenta de ahorro pensional voluntario.

El parágrafo del artículo 28 de la citada ley, establece específicamente en relación al subsidio otorgado a las madres comunitarias o trabajadoras solidarias de los Hogares Comunitarios de Bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que este será mínimo el 50% de la cotización establecida en la misma ley.

En concordancia con lo dispuesto en el Documento Conpes 2753 de 1994[19], la Ley 509 de 1999 determinó que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará y administrará en una cuenta independiente los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias de cualquier edad, siempre y cuando estas hayan cumplido por lo menos un (1) año de servicio como tales, subsidio que se otorgará en un 80% del total de la cotización, durante el tiempo que aquellas ejerzan dicha actividad.

Posteriormente, la Ley 797 de 2003 reformó algunas disposiciones del sistema general de pensiones previstas en la Ley 100 de 1993, entre las cuales se encuentra el artículo 13, literal "i" que prevé la existencia de un Fondo de Solidaridad Pensional para los sectores que por sus características y condiciones socio económicas no pueden acceder al sistema, eliminando en esta oportunidad como parte de esta población, a los campesinos e indígenas, e incorporando como beneficiarios de este subsidio a los desempleados.

Así mismo, estableció la creación de una subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, destinado a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo origen, monto y regulación se establece en esta ley. La edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el sistema general de pensiones para los afiliados.

---

[18] T-130 Martha Victoria Sáchica Méndez
[19] T-130 Martha Victoria Sáchica Méndez

En el año 2008, la Ley 1187 reforma parcialmente la anterior disposición al establecer que el Gobierno Nacional garantizará la priorización en el acceso de las madres comunitarias al subsidio de la subcuenta de subsistencia prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, cuando éstas no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional, Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido con el requisito de edad, no cumpla con el número de semanas de cotización exigidas por le ley.

La misma ley señaló que se podrá perder la condición de beneficiario del Fondo de Solidaridad Pensional, cuando haya incurrido en mora o retirado en cualquier tiempo de manera voluntaria con anterioridad a la vigencia de la presente ley; sin embargo, podrán reactivar su condición manifestando su voluntad de regresar nuevamente al fondo.

Finalmente, la Ley 1607 de 2012, artículo 36, parcialmente reglamentado por el Decreto 289 de 2014 establece que las madres Comunitarias (i) serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las administradoras del programa de Hogares Comunitarios del Bienestar (ii) devengarán un salario mínimo mensual legal vigente y en consecuencia, (iii) las administradoras del programa deberán asumir las obligaciones de la ley en materia de afiliación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social.

Lo anterior quiere decir, que a partir del **12 de febrero del año 2014**, fecha en la cual se publicó el Decreto 289, las Madres Comunitarias cuentan con las mismas garantías de un trabajador dependiente como lo es la afiliación por parte de su empleador al Sistema de Seguridad Social General Integral (salud, pensión, riesgos laborales).

Ahora bien, para aquellas personas que desarrollaron actividades como madres comunitarias y dejaron de pertenecer al Programa con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen jurídico, en desarrollo del artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, el Decreto 605 de 2013 creó un **subsidio de subsistencia** de las madres comunitarias retiradas, el cual busca atender las difíciles circunstancias en las que se encuentran las personas que ejercieron la labor de madres comunitarias, bajo un régimen jurídico especial, estuvieron excluidas durante varios años del sistema de seguridad social y por ende no cuentan con pensión para su vejez. Es evidente, que la precaria remuneración que recibían a través de una beca y de los exiguos auxilios y subsidios para el pago de aportes a la seguridad social, muchas de esas personas no pudieron realizar los respectivos aportes a pensión, a lo que se agrega la circunstancia de que la situación laboral de las madres comunitarias solo se reguló con la Ley 1607 de 2012, que ordenó su formalización laboral.

Según lo estipula el artículo 2° del Decreto 605 de 2013, *"Tendrán acceso al subsidio otorgado por la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, el cual será complementado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las personas que dejaron de ser madres comunitarias a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 y no reúnan los requisitos para tener una pensión ni sean beneficiarias del Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS)*. Para acceder a este beneficio, el artículo 3° del mismo Decreto, exige: a) Ser colombiano; b) Tener como mínimo 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, edad que a partir del 1o de enero de 2014 aumentará en dos años; c) Residir durante los últimos diez años en el territorio nacional; d) Acreditar la condición de retiro como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011.

- **CONTENIDO Y ALCANCE DE LA AUTORRESPONSABILIDAD DEL ACCIONANTE EN UNA TUTELA**

El ordenamiento procesal colombiano consagra de manera clara e inequívoca un sistema de "autorresponsabilidad probatoria", consistente en que quien alega un hecho, tiene la carga de demostrar que lo que sostiene corresponde con la realidad. En ese orden, es un sistema que se constituye como la regla general, el cual se evidencia en el nuevo Código General del Proceso al señalar en el inciso 1° del artículo 167 que "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".

Lo anterior es una carga procesal, la cual demanda una conducta de realización facultativa, establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él, consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Obsérvese que las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley, conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de ese modo, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa".

De igual manera, en los procesos de tutela, la carga procesal de probar los hechos que sustentan su acusación, recae por regla general en quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental, en la medida en que

ello sea posible[20]. Le corresponde al accionante entonces, probar aquellos hechos que estén en su posibilidad material de hacerlo, de manera que a la otra parte le corresponde desvirtuar lo alegado en su contra.

En esa línea, si bien uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que:

> ***"Un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario[21]".*** (Negritas de la Sala).

Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, fundamentándose en el principio "*onus probandi incumbit actori*" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.

CASO CONCRETO.

En el proceso de tutela de referencia, las accionantes solicitan que le protejan sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad, seguridad social, mínimo vital y móvil, adulto mayor, niñez y al debido proceso por la presunta negativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de pagar los aportes parafiscales en pensión entre la fecha de vinculación de las accionantes al programa de Madres Comunitarias de Bienestar hasta el 12 de febrero de 2014. Por el contrario, la accionada sostiene que carece de legitimación en la causa por pasiva en virtud de que la normatividad y la jurisprudencia señalan que no tienen obligaciones frente a los aportes a pensión de las madres comunitarias.

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra probado que las accionantes ostentan la calidad de madres comunitarias a excepción de la señora Francisca Aguilar Zambrano, toda vez que acreditan dicha condición con las declaraciones extra juicio que obran a folios (18 a 69), en conjunto con que se hallan registradas como beneficiarias

---

[20] *Corte Constitucional. Sentencia C 086 de 2016. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.*
[21] *Corte Constitucional. Sentencia T 702 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero.*

del programa de subsidio al aporte en pensión y por la omisión de la accionada ICBF de desvirtuar dichas pruebas, considerando que en su informe no las controvirtió, de conformidad con el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991.

En cuanto a las declaraciones extra juicio a pesar de consagrar el tiempo en que las accionantes permanecieron como madres comunitarias del ICBF, a la Sala no le genera certeza dicha información, por cuanto dichas declaraciones *per se* no se constituyen como prueba idónea para demostrar dicha afirmación.

Así mismo, en el libelo de tutela, las accionantes señalan que presentaron una petición ante el ICBF solicitando el pago de los aportes parafiscales en materia de pensiones, sin embargo, la parte accionante no allegó documento contentivo del derecho petición para acreditar el recibo del mismo por parte de la entidad pública.

Teniendo en cuenta el marco fáctico probado, la Sala procederá a responder los problemas jurídicos planteados *ab initio* de este proveído.

En lo que respecta a determinar la procedencia de la presente acción de tutela, la Corte Constitucional ha señalado que aunque la parte accionante cuente con un medio de defensa judicial ordinario, como en el presente caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que tienen disponible las accionantes, el Juez de Tutela flexibilizará el análisis de subsidiariedad, cuando la acción de tutela la ejerzan sujetos de especial protección constitucional como las madres comunitarias del *súb judice*, puesto que las mismas se hallan en una situación económica precaria que afecta su mínimo vital y por pertenecer a un segmento social situado en una posición de desventaja, debido a que devengan un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente y por ser un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho constitucional al trabajo[22].

Por lo anterior, la acción de tutela resulta procedente estudiarla de fondo, en aras de analizar la presunta violación de los derechos fundamentales en perjuicio de un grupo de personas que se encuentran en desigualdad social.

Siendo así las cosas, esta Corporación Judicial resolverá el planteamiento de sí la falta de pago de los aportes parafiscales en pensiones en favor de las accionantes, constituye una afectación a sus derechos fundamentales.

En estos términos, en primer lugar se analizará si entre las accionantes y el ICBF existió una relación laboral mediante contrato realidad porque así la accionada tendría la obligación de pagar los aportes parafiscales en pensiones en la entidad en que estén afiliadas de conformidad con los

[22] *Corte Constitucional. Sentencia T 130 de 2015. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez*

artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo[23], en este sentido, la parte accionante en virtud del "*onus probandi incumbit actoris*[24]", debía demostrar los presupuestos esenciales para que esta Judicatura declare un contrato de trabajo, no obstante, omitió observar dicho principio probatorio, de esta manera, no se encuentra probado con la documentación que aportó la parte accionante, que se cumpla una de las circunstancias *sine qua non* para decretar el contrato realidad, el cual es la continuada subordinación o dependencia de las accionantes con el ICBF.

Bajo este entendido, es una consecuencia lógica que de no decantarse en el *sub examine* un contrato de trabajo por primacía de la realidad, no habría obligación por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de sufragar los aportes en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Sin perjuicio de lo precedente, la Jurisprudencia Constitucional ha ordenado el pago de contribuciones parafiscales en pensión aún sin constatarse la existencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, puesto que las madres comunitarias son acreedoras de dicho derecho, considerando que el ordenamiento jurídico sí les consagra el derecho a la seguridad[25].

Pese a ello, la parte accionante no concurrió al proceso de tutela asumiendo un rol activo, cumpliendo con el deber de diligencia en el tiempo de servicio como madres comunitarias que debían probar, en razón a que las declaraciones extra juicio, no son suficientes ni conducentes para cotejar los periodos en que fungieron como madres comunitarias, de manera que la

---

[23] ***ARTICULO 22. DEFINICION.***
1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.
2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.
ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. *Subrogado por el art. 1, Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:*
1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran 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
NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-686 de 2000, bajo los condicionamientos señalados en el numeral 2.4 de la parte motiva de esta sentencia.
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.
[24] Corte Constitucional. Sentencia T 131 de 2007. Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.
25 Corte Constitucional. Sentencia 639 de 2017. Antonio José Lizarazo Ocampo. Artículo 25 y 26 de la Ley 100 de 1993. 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 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.

parte accionante obró con inercia produciéndole consecuencias adversas en la presente decisión. Dicho de otra forma, no cumplió con el principio de la "*autorresponsabilidad probatoria*", en el que las aquí accionantes por alegar la vulneración a sus derechos fundamentales, les correspondía probar el hecho de haber estado vinculadas al programa de madres comunitarias desde la fecha en que iniciaron y hasta el día 12 de febrero de 2014 o hasta la fecha en que presuntamente hayan estado vinculadas con anterioridad al mencionado programa de hogares comunitarias.

Por otra parte, las accionantes tampoco pueden acogerse a la Ley 1450 de 2011 y al Decreto 605 de 2013 para tener acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional, debido a que de conformidad con el artículo 3 de la primera norma citada, las madres comunitarias que solicitan esta protección, no acreditaron la condición del retiro en su calidad de madres comunitarias del programa Hogares Comunitarios de Bienestar a partir de la entrada en vigencia de la ley 1450 de 2011.

Dentro de este contexto, esta Corporación Judicial está de acuerdo con el razonamiento jurídico del *a quo*, en manifestar que es escaso el material probatorio aportado para adoptar la decisión que tomó la Corte Constitucional en sentencia T 639 de 2017, de efectuar un reconocimiento general y dar una orden al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que pague a nombre de las acciones identificadas a folio 1 del libelo de tutela, los aportes parafiscales al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Por consiguiente, no hubo violación alguna a los derechos fundamentales de las accionantes, por no demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del Juez de Tutela, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.

Por las razones de *facto* y de *jure* anteriormente expuestas, la Sala confirmará la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual, se negaron las pretensiones de la parte accionante, esto, sin perjuicio del derecho al acceso a la administración de justicia que le asiste, en virtud del cual puede acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para plantear sus reclamos y pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV- FALLA

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia de 08 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

ARTURO MATSON CARBALLO

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ
Salvo voto