



Cartagena de Indias D. T. y C., tres (03) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
Radicado	13-001-33-33-010-2018-00059-01
Demandante	SILVIA MARY ZAMBRANO DEL TORO Y OTROS
Demandado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF Y OTROS
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Tema	Seguridad social.

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por los accionantes, contra la sentencia de tutela del dieciséis (16) de abril de 2018, proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió rechazar por improcedente la acción de tutela.

III.- ANTECEDENTES

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

Tutelar los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social integral, a la familia, a la niñez, al adulto mayor, al mínimo vital y al debido proceso, de cada una de las Madres Comunitarias de Bienestar vinculadas al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.

Que se ordene al ICBF, 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.

Así mismo que certifique el tiempo de servicio, y adelante el correspondiente trámite administrativo para que reconozcan y paguen a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes, los aportes parafiscales en pensiones al sistema de seguridad social.

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

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.

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.

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.

Del marco constitucional, legal y reglamentario se concluye que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no ha vulnerado los derechos fundamentales, pues las madres comunitarias eran consideradas trabajadoras independientes, situación que a su vez implica que estaban obligadas a afiliarse al Sistema General de Pensiones, así como a realizar la cotización correspondiente al porcentaje que no cubría el subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional – FSP, finalmente se advierte que solo se tiene derecho al subsidio cuando efectivamente se realiza el pago del porcentaje del aporte que les correspondía, es decir, la entidad que no ha tenido obligaciones



constitucionales o legales frente a los aportes a pensión de este grupo poblacional.

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

Conforme al marco constitucional, legal y reglamentario y los apartes jurisprudenciales, resulta viable a la luz de los convenios internacionales que el Estado colombiano garantizara una posibilidad de pensión alternativa a las madres comunitarias, que de ser consideradas como trabajadoras independientes, estaban obligadas a afiliarse al Sistema General de Pensiones, así como a realizar la cotización correspondiente al porcentaje que no cubriría el subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional administrado por el Consortio.

Por tal motivo solicita que se deniegue las pretensiones de las accionantes, debido a que el Consortio no ha vulnerado derecho fundamental alguno, se desvincule el trámite, por falta de legitimación en la causa por pasiva; que se declare improcedente por no ser el medio idóneo para el reconocimiento, que falta el principio de inmediatez y subsidiariedad.

Ministerio del Trabajo.

No es posible en el caso que nos ocupa, aplicar las disposiciones del Auto 186 de 2017 proferido por la Corte Constitucional, sin transgredir la normatividad dispuesta para el Fondo de Solidaridad Pensional, además, que para todas las madres comunitarias no es favorable porque no cumpliría con el propósito del Auto de la Corte que es el de contar con un ingreso en su vejez, por esa razón se debe estudiar cada caso de manera separada analizando la mejor opción para la madre comunitarias, por lo que solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Ministerio, por cuanto no es la entidad llamada a responder sobre las pretensiones de las accionantes, sino el ICBF.

- Sentencia de Primera Instancia (Fl. 136-142)

El Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 16 de abril de 2018, resolvió rechazar por improcedente, argumentando entre otras cosas que:

"En atención a que el objeto principal de la presente acción de tutela es la declaratoria de contrato realidad, es decir la existencia de un vínculo laboral entre las accionantes y el ICBF, el Despacho advierte la existencia de otro medio procesal, mediante el cual se podrá debatir y/o analizar los supuestos que permitan determinar que entre las partes lo que existió fue una relación de carácter laboral.



Al respecto, es menester destacar que la Corte Constitucional en el Auto 186 de 2017, declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, específicamente en lo que atañe al reconocimiento de la existencia del contrato laboral y la orden de pago de los salarios y las prestaciones sociales causados y dejados de percibir; ya que precisamente se acreditó que en efecto existe un precedente judicial consagrado en la sentencia SU-224 de 1998 y T-269 de 1995, en las que la Corte negó el vínculo laboral existente entre las madres comunitarias y el Sistema de Bienestar Familiar.

Esto quiere decir que las accionantes si bien tiene la posibilidad de solicitar el reconocimiento de una relación contractual; en lo que atañe al caso bajo estudio, se estima que no median los fundamentos facticos y elementos materiales probatorios que permitan desvirtuar la subsidiariedad de tutela y con ello analizar en esta instancia bajo la primacía de la realidad sobre las formas, si entre las partes se configuran los supuestos de un contrato realidad, ya que se considera que bien puede incoar un proceso ordinario.

(...)

En tal virtud, estima el Juzgado que, en el caso bajo estudio, no se avizoran las mismas situaciones especiales, que permiten adoptar de manera irrestricta la misma orden que se estableció frente a las cotizaciones o aportes en pensión. Es decir, que, de acuerdo a los planteamientos expuestos por la parte accionante, no se observa la inminencia de un perjuicio irremediable, pues las accionantes no acreditaron que se encuentren en unas condiciones económicas deplorables, ni que en la actualidad alguna de ella padezca algún tipo de enfermedad o alguna condición patológica que torne en imperiosa o inaplazable el ejercicio de este dispositivo constitucional."

- La impugnación. (Fls.182-191)

Los tutelantes por intermedio de su apoderada judicial, impugnaron la sentencia adoptada por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito de Cartagena puesto que, no comparten la decisión contenida en el fallo de tutela; que lo planteado en el problema jurídico a resolver, produjo un yerro jurídico inconcebible, pues los aportes parafiscales en pensiones al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar a las Madres Comunitarias de bienestar desde la fecha en que se vincularon las accionadas al programa Hogares Comunitarios de Bienestar tiene como sustento jurídico la aplicación de la tesis acogida en el precedente judicial contenido en la sentencia T-480 de 2016. Modificado. Auto 186 de 2017, cuya tesis establece una obligación legal mas no contractual laboral, en cuanto al pago por parte del ICBF de los aportes parafiscales en pensiones, al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar a las madres comunitarias.

Que las edades altas de las madres comunitarias accionantes, le violenta sus derechos fundamentales a la vida, pues una persona de edad avanzada en un riesgo a la vida y a la integridad personal realizar labores físicas y extremas como son las múltiples labores que tienen que realizar las madres comunitarias, en la atención de 13 infantes, pues están expuestas a sufrir accidentes irreparables, pues una persona a la edad de las accionadas no tienen las condiciones físicas óptimas para seguir realizando la labor de madre comunitaria a plenitud y de manera eficaz.



Que en ese caso se está frente a una flagrante violación del derecho fundamental a la seguridad social integra, pues el no pago de los aportes parafiscales en pensión a la seguridad social, es una obligación que tiene el Estado de derecho.

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 1991¹ y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional².

Revisada la demanda se observa que las accionadas tienen domicilio en la ciudad de Santa Marta, sin embargo, en el capítulo de competencia de la demanda encontramos que el apoderado de las accionadas eligen el foro de Cartagena *"toda vez que fue en su jurisdicción en la que se presentó la agresión a los derechos fundamentales de las acciones por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar"*, y manifiesta que la notificación de la parte actora esta ciudad, así las cosas con base a la ley y a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional³, es competente este Tribunal para resolver de la Impugnación.

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.** (negritas de la Sala)

² Auto 002/15

Normas que determinan la competencia en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

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.

³ Auto 074/16.



- PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala fija nº 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar deberá determinar si 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 revocará la sentencia de primera instancia, porque el mecanismo de defensa judicial ordinario carece de eficacia, puesto que en estos casos, las demandantes hacen parte de un segmento situado en posición de desventaja, consiste precisamente en pertenecer a los sectores del país más deprimidos económica y socialmente, por lo que hace procedente la acción y en su lugar negará la acción de tutela, debido a que las accionantes no probaron los elementos esenciales de un contrato laboral, para que se le pudiera reconocer el derecho reclamado.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Los artículos 86 de la Constitución Política y 1º 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

La Corte Constitucional, con fundamento en las normas referidas, ha especificado unos criterios de interpretación que precisan el alcance de estas disposiciones. En esa dirección ha señalado:

"(i) Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, declararse incompetente y remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.

(ii) Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 no autoriza al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso.

(iii) Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquéllos que se presentan por la aplicación o interpretación del factor de competencia territorial del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación).

(iv) Ninguna discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia, ni siquiera aparente. Por tanto, en el caso que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales relativas a las normas de reparto. Lo anterior no obsta para que esta Corporación o el superior funcional al que sea enviado un supuesto conflicto de competencia, proceda a devolver el asunto, conforme a las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa de la acción de tutela fruto de una manipulación grosera de las reglas de repartos contenidas en el mencionado acto administrativo, como sería el caso de la distribución equivocada de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial emanada de una de las Altas Cortes. **(negrillas por fuera del texto)**



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.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MADRES COMUNITARIAS FRENTE AL ICBF

"De los hogares comunitarios de bienestar y las madres comunitarias

65. La creación de los hogares comunitarios de bienestar (en adelante HCB) se inscribe en el documento CONPES de 1986 que aprobó el plan de lucha contra la pobreza absoluta y para la generación de empleo[23]. La Ley 089 de 1988 materializó ese propósito mediante la instauración de los HCB con el objeto de complementar la alimentación y control nutricional de los niños, y para apoyar la generación de empleo, vinculando a la mujer en los procesos productivos del país, para enfrentar la pobreza[24].

66. El parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 089 de 1988 definió los HCB 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".

67. Por su parte, el parágrafo del artículo 1º del Acuerdo 21 de 1996 estableció que el "Programa de hogares comunitarios de bienestar está dirigido a fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, la participación comunitaria en la autogestión y solución de sus problemas, orientando sus recursos y trabajo solidario en beneficio de los niños".

68. De conformidad con el artículo 2º del Decreto 1340 de 1995, la coordinación del programa está en cabeza de la junta directiva del ICBF, la cual establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento de los HCB. Lo anterior, "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"[25].

69. Los HCB se financian a través de i) los recursos que asigna el Gobierno Nacional por medio del ICBF; ii) los aportes que asignen las entidades territoriales para el desarrollo del programa; iii) las cuotas de participación de los padres de familia y el trabajo solidario de la comunidad y iv) los aportes de personas naturales y jurídicas públicas y privadas y los organismos internacionales[26].

70. En lo relativo al trabajo concreto de los HCB, el ordenamiento jurídico establece que su funcionamiento y desarrollo "será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del programa, que se constituirán en Asociaciones de Padres u otra forma de organización comunitaria y quienes una vez tramitada su personería jurídica ante el ICBF, celebrarán contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad. 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"[27].



71. De forma más específica, los HCB funcionan bajo el cuidado de una madre comunitaria escogida por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria. La figura de madre comunitaria debe observar el siguiente perfil: "hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños"[28].

72. La normatividad también establece que los HCB "podrán funcionar en la casa de la madre comunitaria, en espacio comunitario o en espacio cedido por persona pública o privada". Estos lugares "deben garantizar mínimas condiciones físicas, ambientales y de seguridad que permitan realizar actividades con los niños para proporcionar su normal crecimiento y desarrollo y evitar posibles riesgos"[29].

73. Los niños que son atendidos en los HCB tienen edades entre cero y siete años. El servicio público de bienestar se presta "en horarios definidos con la comunidad de acuerdo con las necesidades de los niños y los padres de familia o personas responsables del cuidado de estos, en jornadas no inferiores a cuatro horas y de hasta ocho horas diarias"[30].

74. De acuerdo con el artículo 4° del Decreto 1340 de 1995 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 Comunitarios", 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".

75. De este modo, para realizar sus actividades el HCB y la madre comunitaria reciben una beca por parte del ICBF. "Por beca se entiende los recursos que se asignen a las familias para atender a los niños y por lo tanto se destinarán a la madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos. Para la ejecución de estos recursos las asociaciones de padres o las organizaciones comunitarias deberán observar estrictamente los lineamientos del ICBF".

76. En armonía con lo expuesto, el literal j) del artículo 5° del Acuerdo 21 de 1996 señaló 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 por la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia. La junta directiva de las Asociaciones de Padres de Familia velarán porque las madres comunitarias se vinculen al régimen de seguridad social en salud y pensiones".

77. El artículo 2 de la ley 1187 de 2008 precisa que "el fondo de solidaridad pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales". El artículo 6 de la ley 509 de 1999 fijó el monto del subsidio en el "ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión" y estipula su duración "por el término en que la madre comunitaria ejerza esta actividad".

78. Además, el mencionado artículo 2 de la ley 1187 de 2008 prescribe que "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".



79. Por su parte, la Ley 509 de 1999 modificada por la Ley 1023 de 2006 establece algunos "beneficios en favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social". De este modo, el artículo 1º señala que "se afiliarán con su grupo familiar al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud y se harán acreedoras de todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del mismo". El artículo de la misma legislación señala que cotizarán mensualmente como aporte al sistema "un valor equivalente al cuatro por ciento (4%) de la suma que reciben por concepto de bonificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar". Finalmente, en lo relativo al sistema de riesgos profesionales, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 previó que "se les reconocerá un incremento que, como trabajadoras independientes, les permita en forma voluntaria afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales".

80. El ICBF ha justificado el régimen jurídico de las madres comunitarias en el criterio de aportación voluntaria y solidaria de las participantes del programa y en el principio de responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas. En su intervención ante la Corte, el ICBF señaló:

En cumplimiento de su misión, el ICBF coordina la ejecución del programa, teniendo en cuenta que por disposición constitucional es una corresponsabilidad del Estado, la familia y la comunidad como principales actores involucrados. Así, las madres comunitarias, quienes desde su inicio, fueron escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria, aceptaron su vinculación al programa como trabajo solidario y voluntario, por el cual recibían una beca o beneficio, teniendo en cuenta que debían disponer del tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños.

81. En diversas sentencias esta corporación ha descrito el régimen normativo de las madres comunitarias recién expuesto. En la sentencia SU-224 de 1998[31] la Corte estudió el caso de una madre comunitaria que cuestionó por vía de tutela el cierre del hogar comunitario que regentaba. El ICBF había procedido de esta manera al constatar que la actora sobrepasaba el límite de edad aceptado por la normatividad vigente para pertenecer al programa[32].

82. Al abordar el análisis la Sala consideró que el vínculo jurídico entre la madre comunitaria y el ICBF era de carácter civil y por ello la disputa no podía resolverse a la luz de la legislación laboral como lo pretendía la demandante. Al respecto, recordó que en la sentencia T-269 de 1995 "se determinó que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de bienestar es de naturaleza contractual, de origen civil...". Advirtió que en el asunto concreto no se reunían los requisitos que configuran la relación laboral, y por ello negó la tutela del derecho al trabajo[33].

83. Por su parte, el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante Comité PIDESC) también ha evaluado el marco normativo que regula la vinculación de las madres comunitarias. En el examen del informe presentado por Colombia en el marco de las sesiones 32, 33 y 35 celebradas los días 21 y 22 de noviembre de 1995 expresó "su preocupación por la existencia de un gran número de niños abandonados, o niños de la calle, privados de todos sus derechos (ambiente familiar, educación, sanidad, vivienda...). Preocupa al Comité el hecho de que el "Programa de madres comunitarias" destinado a ayudar a los niños no cuente con fondos suficientes, habida cuenta de la importante labor social que llevan a cabo esas mujeres sin la formación adecuada y en malas condiciones de trabajo". Por ese motivo, recomendó al Estado Colombiano "mejorar la formación de las "madres comunitarias y regularizar su situación laboral, tratándolas a todos los fines como trabajadores empleados por una tercera persona" [34].

84. Posteriormente, al analizar el cuarto informe periódico del Estado colombiano sobre la aplicación del Pacto en sus sesiones 61 y 62, celebradas el 14 de noviembre de 2001, el Comité PIDESC expresó entre sus principales motivos de preocupación el hecho de que el Estado colombiano no aportara información suficiente sobre las



medidas concretas que había adoptado "para tener en cuenta y aplicar las recomendaciones contenidas en las observaciones finales aprobadas por el Comité en 1995 en relación con el tercer informe periódico" y, en particular, sobre la discriminación de que son objeto las mujeres y la situación de las "madres comunitarias"[35].

85. También manifestó que "Preocupa al Comité la reducción del presupuesto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para las "madres comunitarias", que se ocupan de casi 1,3 millones de niños. Deplora que las madres comunitarias sigan sin ser reconocidas como trabajadoras ni perciban el salario mínimo legal". De forma consecuente, reiteró sus recomendaciones de 1995 de formalizar la condición laboral de las madres comunitarias y "considerarlas como trabajadoras para que tuvieran derecho a percibir el salario mínimo, mejorar su formación y regularizar su situación laboral, tratándolas a todos los fines como trabajadores empleados por una tercera persona"[36].

86. Con fundamento en las recomendaciones del Comité PIDESC, la postura de la sentencia SU-224 de 1998 fue matizada en la sentencia T-628 de 2012[37]. En esta providencia la Sala Octava de Revisión estimó que las normas que regulan la situación de las madres comunitarias establecen un "régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente". Sobre este punto manifestó que "el análisis del régimen jurídico actual de las madres comunitarias revela, de un lado, características propias del trabajo subordinado tales como la limitación de la jornada laboral a ocho horas diarias y, de otro, divergencias importantes con los trabajadores independientes en lo que toca con la seguridad social pues no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, lo cual obedece a la lógica misma del Programa, cual es la responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas. De modo tal que, hoy en día, las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente".

87. En la misma decisión, la Corte estimó que el régimen especial de las madres comunitarias comportaba una discriminación contra la mujer frente al régimen laboral ordinario en lo relacionado con la retribución económica que percibían por su labor en los HCB. En particular, porque i) "ante una jornada laboral máxima de igual duración, a los trabajadores subordinados se les otorga un salario mínimo legal mensual y a las madres comunitarias se les fija una retribución económica menor al mismo"; ii) "la diferenciación descrita tiene por objeto no reconocer a las madres comunitarias la remuneración mínima vital, consagrada en el artículo 53 de la Constitución como parte del derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas" y iii) "aunque según el artículo 5 del Acuerdo 21 de 1996 tanto hombres como mujeres pueden ser madres comunitarias, y en ese sentido la distinción afectaría tanto a hombres como mujeres, existen dos razones que demuestran que la diferenciación sí está basada en el sexo. La primera es que, en la práctica, son solo mujeres las que se dedican a la labor de madre comunitaria[38]. La segunda, y la más importante, es que las actividades que desarrollan las madres comunitarias son "típicamente femeninas" -cuidado de menores de edad, alimentación, aseo, etc.-, es decir, son tareas que históricamente la sociedad ha asociado al sexo femenino[39]. Así, se asigna una retribución económica por debajo del salario mínimo mensual a una alternativa laboral desarrollada solo por mujeres y que consiste precisamente en ejercer su rol tradicional"[40].

88. La sentencia T-628 de 2012 estimó que en virtud de los artículos 13 y 43 de la Constitución y del artículo 2, ordinal f de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Estado colombiano estaba en la obligación de tomar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar las normas o políticas que contienen la discriminación contra la mujer que se ha puesto en evidencia. En razón de ello, ordenó al ICBF que "de forma inmediata inicie, lidere y coordine un proceso interinstitucional y participativo de diseño y



adopción de tales medidas, el cual deberá asegurar que, de forma progresiva pero pronta, las madres comunitarias de tiempo completo del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente. Con este fin, deberá convocar a (i) la Presidenta de la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República, (ii) la Alta Consejera Presidencial para la Equidad de la Mujer, (iii) el Ministerio de Hacienda, (iv) el Departamento Nacional de Planeación, (v) la Mesa Nacional de las Organizaciones de Madres Comunitarias y (vi) representantes de las Asociaciones de Padres de Familia y Organizaciones Comunitarias que participan en el Programa".

89. Posteriormente, la Ley 1607 de 2012 en su artículo 36 estableció que durante el transcurso del año 2013 se otorgaría a las madres comunitarias y sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. "De manera progresiva durante el año 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". Igualmente, dispuso que la segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se haría a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las madres comunitarias estarían formalizadas laboralmente y devengarían un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al programa.

90. El Decreto 289 de 2014 del Ministerio del Trabajo desarrolló el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012. El decreto dispuso que las madres comunitarias se vincularán laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del programa de HCB y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el código sustantivo del trabajo. Así mismo, precisó que el ICBF no tendría la calidad de empleador ni respondería solidariamente por el eventual incumplimiento del empleador. Finalmente, el artículo 7° señaló que el ICBF inspeccionará, vigilará y supervisará la gestión de las entidades administradoras del programa de HCB con el fin de garantizar la calidad en la prestación del servicio y el respeto por los derechos de los niños beneficiarios del programa, atendiendo la naturaleza especial y esencial del servicio público de bienestar familiar.

91. Por su parte, la Ley 1450 de 2011 en sus artículos 164 y 166 estableció dos beneficios de protección para la vejez de las madres comunitarias consistente en un subsidio del fondo de subsistencia pensional y el pago de un cálculo actuarial sobre determinados periodos de cotización. En relación con el primero, el artículo 2° del Decreto 605 de 2013 que desarrolló la precitada ley, estableció que tendrán acceso al beneficio 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 complementario de los beneficios económicos periódicos BEPS.

92. Frente al beneficio de cálculo actuarial, el artículo 7° del Decreto 605 de 2013 establece que las madres comunitarias que adquirieron tal calidad por primera vez entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008, y no tuvieron acceso al fondo de solidaridad pensional durante ese periodo, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo."

De lo anterior se extrae que después de un análisis de derechos fundamentales que realizó la Corte llegó a la conclusión que las madres comunitarias pueden tener derecho a lo estipulado en el Decreto 289 de 2014 "del Ministerio del Trabajo desarrolló el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012. El decreto dispuso que las madres comunitarias se vincularán laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del programa de HCB y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el código sustantivo del trabajo", con



anterioridad a este siempre y cuando se cumplan los requisitos de la relación laboral.

CASO CONCRETO.

Las accionantes solicitan la tutela de sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social integral, a la familia, a la niñez, al adulto mayor, al mínimo vital y al debido proceso. Señala que el ICBF vulneró sus derechos al negar el pago de los aportes parafiscales en pensión entre la fecha de vinculación al Programa de Madres Comunitarias de Bienestar y el 12 de febrero de 2014. La autoridad accionada sostiene, por su parte, que la accionante no tiene derecho a las cotizaciones reclamadas, pues el régimen jurídico de las madres comunitarias no contemplaba el pago de ese tipo de obligaciones

A continuación, la Sala abordará el estudio del caso concreto. En particular, determinará si la acción de tutela es procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados de las accionantes. En este sentido, deberá establecer si en el caso concreto los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada, o si se advierte la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Del material probatorio que se encuentra en la foliatura del expediente se tiene declaraciones juramentadas extrajudicialmente ante la Notaria Primera y Segunda del Circuito de Santa Marta donde las personas ahí declarantes manifiestan en términos generales *"conozco de vista, trato y comunicación...del mismo conocimiento me consta que se desempeña como madre comunitaria"* y cédulas de ciudadanía de las tutelantes.

Por consiguiente, no se encuentra probado sumariamente un perjuicio irremediable que haga procedente este medio judicial, por lo que las accionantes cuentan con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa para plantear sus reclamos y buscar la protección de los derechos que consideran conculcados. En ese proceso, también, tienen la posibilidad de emplear el mecanismo de protección cautelar dispuesto en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011. Esta situación, en principio, tornaría improcedente el estudio de fondo de la acción de tutela.

Colorario de lo anterior tal y como la ha manifestado la Corte Constitucional⁴, que el mecanismo de defensa judicial ordinario carece de eficacia, porque en estos casos, las demandantes hacen parte de un segmento situado en posición de desventaja, en tanto uno de los presupuestos de acceso al

⁴ Sentencia T-018/16



programa de madres comunitarias consiste precisamente en pertenecer a los sectores del país más deprimidos económica y socialmente. Adicionalmente sostuvo que, estas también pertenecen a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho constitucional al trabajo, por lo que su análisis formal de procedibilidad debe flexibilizarse.

Por lo anterior hace procedente la presente acción para la protección de los derechos de un grupo de personas de desigualdad social, por lo que se procede a su estudio de fondo.

Alegan los actores que reciben un salario y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo desde el 12 de febrero de 2014, en virtud del decreto 289 de 2014⁵; por las mismas actividades que desarrollaban cuando eran llamadas voluntarias, desde la entrada en vigencia del decreto 2019 de 1989.

El Decreto 289 reglamenta la vinculación laboral de las Madres Comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, desde el 12 de febrero de 2014, fecha en que entra en vigencia la ley. Y, el Decreto 2019, estableció en su artículo 4, que la vinculación no implica relación laboral; esta disposición no supone un obstáculo para analizar si la vinculación de las accionantes con el ICBF constituyó un contrato laboral, ya que el artículo 53 de la Constitución plasmó el principio de "Primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" y así lo dispuso la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que las solicitantes plantean en la acción el pago de parafiscales en pensiones faltante al Sistema de Seguridad Social desde su vinculación hasta la entrada en vigencia del Decreto 289, que reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias lo que conlleva a que en la demanda se persiga la existencia de una relación laboral con el ICBF, debido a que el aporte para pensión es una obligación patronal que surge de un contrato de trabajo.

Por lo que la Sala deberá establecer si en realidad se configuró una relación laboral, legal y reglamentaria, pues de ser así la accionada tendría la carga de pagar los aportes parafiscales en pensiones en la entidad que estén afiliadas las accionadas, en virtud del régimen que había estado vigente.

De acuerdo con este postulado, para determinar si entre las partes existe o no una relación laboral es pertinente orientarse por la situación fáctica concreta en que se desarrolló la labor y no por la regulación o denominación formal que estas le hayan otorgado al vínculo. Los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo

⁵ Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones



del Trabajo⁶ define y establece los elementos esenciales del contrato de trabajo y señala que toda relación contractual que reúna estas características se presumirá regida por un contrato realidad de trabajo.

Pues bien, sería del caso establecer si entre las accionantes y el ICBF se presentó una actividad personal por parte de las presuntas trabajadoras, la continuada subordinación o dependencia de esta respecto del probable empleador y un salario como retribución del servicio. En el evento de acreditarse dicha circunstancia, la Sala debería ordenar el correspondiente traslado de los aportes pensionales, pues esta es una de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Revisado el expediente, no es posible declarar la existencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF, pues las documentaciones aportadas al proceso por las demandantes no demuestran la concurrencia de los elementos esenciales del contrato realidad de trabajo.

Así, aunque a partir de la normatividad que regulaba el Programa de Madres Comunitarias puede advertirse que a las participantes se les exigía la prestación personal de un servicio y recibían una beca como contraprestación de este, no existe prueba concreta de los extremos temporales de la relación contractual entre las actoras y el ICBF. Tampoco reposan documentos que den cuenta de una relación de dependencia o subordinación, pues las accionantes no allegaron al expediente elementos de juicio que demuestren esa situación.

6 ARTICULO 22. DEFINICIÓN.

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 concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

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.



Por ese motivo, la Sala revocará la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena. En su lugar, negará la tutela de los derechos invocados por las solicitantes. 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 a 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. REVÓCASE la sentencia de 16 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito de Cartagena, En su lugar, **NEGAR** la tutela de los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social integral, a la familia, a la niñez, al adulto mayor, al mínimo vital y al debido proceso de las accionantes.

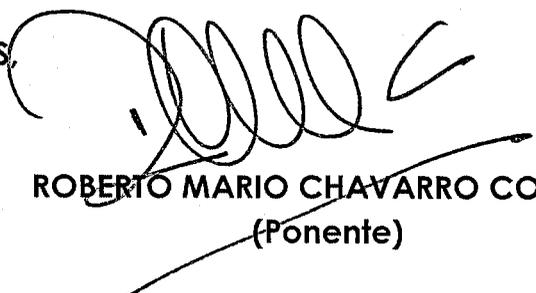
SEGUNDO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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)


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


ARTURO MATSON CARBALLO

