



Cartagena de Indias D. T. y C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Impugnación Acción de Tutela
Radicado	13001-33-33-011-2018-00044-01
Demandante	Consuelo María Polo Castro y otros
Demandado	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Asunto	Pensión madres comunitarias

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir la impugnación de tutela presentada por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de abril de 2018, mediante la cual el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, la declaró improcedente.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Demanda (fs. 1-21)

a). Pretensiones.

Las demandantes formularon, las siguientes pretensiones:

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

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

TERCERA: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF – que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, **CERTIFICAR** el tiempo de servicio adelante el correspondiente trámite



administrativo para que reconozcan y paguen a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes ya relacionadas, los **APORTES PARAFISCALES EN PENSIONES** al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar desde la fecha en que se vincularon al Programa de Madres Comunitarias del Bienestar, según los hechos de la demanda, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable. Tales aportes pensionales deberán ser consignados, pagados a la administradora de fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria".

b) Hechos.

Las demandantes afirman, en resumen, lo siguiente:

El Gobierno Nacional en el año 1988 creó el Programa Hogares de Bienestar para atender las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estrato bajos del país; el año siguiente creó la figura de madres comunitarias, las cuales recibían como contraprestación por su labor, unos recursos llamados becas.

Existen varias modalidades de madres comunitarias (tradicionales, sustitutas y FAMI), las cuales, sin excepción, cumplen un horario no inferior a 10 horas diarias de labores de lunes a viernes, desempeñando las mismas funciones desde que ingresaron al citado programa hasta la actualidad.

A pesar de cumplir con todos los requisitos para ser reconocidas como trabajadoras, fueron denominadas por la accionada como voluntarias, desconociéndoles todos sus derechos laborales.

A partir del 11 de febrero de 2014, se reconoció la relación laboral entre las madres comunitarias y la accionada, para lo cual suscribieron contratos de trabajo en virtud de los cuales reciben un salario y prestaciones sociales.

El ICBF ejerció las actuaciones propias de un empleador, asignando a las madres comunitarias funciones, tareas y responsabilidades contenidas en el manual operativo. De igual forma, desplegó su facultad disciplinaria y variaba la prestación del servicio de los empleados según las necesidades de la entidad.

La accionada no les canceló los salarios y demás componentes de la seguridad social a los que tienen derecho por disposición legal, desde su vinculación al programa hasta el 11 de febrero de 2014.



Esta situación afecta a los niños beneficiarios del programa, toda vez que, las accionantes quienes en su mayoría han laborado por más de 20 años, no cuentan con la vitalidad para atender a 14 niños.

Se encuentran en igualdad de circunstancias de las accionantes beneficiadas del Auto 186 de 2017, emitido por la Corte constitucional y en consecuencia, tienen derecho al reconocimiento y pago de los aportes en pensión omitidos durante la relación laboral.

En el presente caso es aplicable el precedente judicial establecido en las sentencias T 480 de 2016, T 639 de 2017, entre otras.

Solicitaron ante la accionada el reconocimiento y pago de todas las acreencias que se reclaman en la presente acción, sin obtener una respuesta satisfactoria por parte de la accionada.

3.2. Contestación

a). ICBF (fs.126-154)

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) manifestó que su representada no tiene la posibilidad de establecer la fecha de inicio ni de terminación de la actividad de las accionantes, pues no tiene la obligación legal de constituir archivos administrativos de los hogares comunitarios, dado que la entidad contrataba la ejecución de los programas con asociaciones de padres de familias, entidades públicas y privadas.

Las madres comunitarias son particulares que cumplen funciones administrativas y que no poseen vínculo laboral con el ICBF o con las asociaciones que ejecutan el programa de hogares comunitarios del Bienestar, razón por la cual fueron trabajadoras independientes hasta el 12 de febrero de 2014.

Las accionantes no cumplen con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en el auto 186 de 2017, mediante el cual se consideró que 106 madres comunitarias eran sujetos de especial protección constitucional y tampoco han probado siquiera sumariamente ser madres comunitarias, por lo anterior, tachó de falsas las declaraciones hechas por aquellas ante notario, en las que manifiestan serlo.

Solicitó que se declare improcedente la acción de tutela, porque carece de los principios de inmediatez, irremediabilidad y subsidiariedad, así como la falta de legitimación por pasiva.



b). Consorcio Colombia Mayor 2013 (fs. 93-123)

Explicó las condiciones de funcionamiento del Fondo y los recursos que administra, y aportó información disponible en su base de datos sobre cada una de las demandantes.

Concluyó que las accionantes no pueden ser beneficiarias del Programa de Subsidios al Aporte en Pensión –PSAP- del Fondo de Solidaridad Pensional que administra, por pertenecer al régimen contributivo y no al subsidiado, y que no tiene ninguna obligación con las demandantes, toda vez que, estas fueron retiradas del referido programa al vincularse laboralmente.

Como administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, brinda una protección económica a las madres comunitarias que no lograron una pensión y que tampoco son beneficiarias de los BEPS.

Finalmente, solicitó se declarará improcedente la acción de tutela para reconocer prestaciones económicas; falta a los principios de inmediatez y subsidiariedad; falta de legitimación por pasiva; la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa sin que se configure un perjuicio irremediable y la prescripción de acreencias laborales.

- Ministerio del Trabajo - Fondo de Solidaridad Pensional- (Fis. 187-197)

La Asesora Jurídica del Ministerio de Trabajo indicó que su representada no tiene injerencia en el Programa de Madres Comunitarias que maneja el ICBF; que desconoce la relación existente entre ésta y las accionantes, y que es totalmente ajena a los hechos y las pruebas relacionadas en la demanda.

Invocó la falta de legitimación por pasiva; la improcedencia de la acción de tutela para declarar el contrato realidad y su consecuente pago de aportes a la seguridad social y, la imposibilidad de aplicar la sentencia T480 de 2016 y el Auto 186 de 2017.

III.- FALLO IMPUGNADO (Fis. 200-207 C.2)

El A-quo, mediante sentencia de 4 de abril de 2018, declaró improcedente la acción de tutela.

Para sustentar su decisión citó la normativa que creó los hogares comunitarios, la cual dispuso que la vinculación de las madres comunitarias, por medio de su trabajo solidario, es un aporte voluntario y que "dicha vinculación no implica una relación laboral con las asociaciones u



organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en el participen", criterio que fue reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al decidir que el mencionado vínculo no constituía una relación laboral.

A partir del Decreto 289/14, las madres comunitarias gozan de un vínculo laboral con las administradoras del Programa de Hogares Comunitarios del Bienestar y les son aplicables las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las normas del Sistema de Seguridad Social, pero no tienen la calidad de empleadas públicas.

La Corte Constitucional, en sentencia T-480 de 2016, reconoció la existencia del contrato realidad entre 106 madres comunitarias y el ICBF, por lo que ordenó el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes pensionales causados durante un tiempo determinado. No obstante, mediante el Auto 186 del 17 de abril de 2017, se declaró la nulidad de la citada providencia por desconocer el precedente obligatorio de la sentencia SU-224 de 1998, en la que se estableció que no existía relación laboral entre las partes mencionadas, decisión que también fue impugnada y que aún no se ha resuelto.

La Corte Constitucional ha establecido la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de acreencias laborales, por cuanto pueden reclamarse mediante otros medios de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa,

Las accionantes no están amenazadas por alguna situación que conlleve al juez constitucional a tomar medidas urgentes, y no se demostró que alguna de ellas esté en condiciones deplorables, o que padezca alguna enfermedad que no les permita desarrollar labores productivas. Por tanto, la falta de reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo o el pago de los aporte a pensión, no constituyen un perjuicio irremediable que haga procedente el presente mecanismo constitucional.

IV.- IMPUGNACIÓN (FL. 210 C.2)

El apoderado judicial de las accionantes impugnó la sentencia de primera instancia y reiteró la solicitud de amparo.

V. - CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma, y por ello se decidirá de fondo.



VI.- CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

6.2. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si la acción de tutela es el medio procedente para que el juez constitucional ordene el reconocimiento y pago de los derechos laborales y las prestaciones a que tiene derecho un trabajador.

En caso afirmativo, establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, si la entidad demandada ha vulnerado los derechos fundamentales de las accionantes al no reconocerles los aportes parafiscales en pensión.

6.3. Tesis de la Sala.

La Sala confirmará la decisión del A quo, por cuanto no es procedente la acción de tutela, dado que, no se comprobó que las accionantes se encuentren en peligro de sufrir un perjuicio irremediable por no haber consignado la accionada los aportes a la seguridad social en pensiones. Lo anterior, porque no se cumplen por lo menos tres de las cinco condiciones descritas en la sentencia T-480 de 2016 para la procedencia de la acción de tutela en casos como el presente; y cuentan con otros mecanismos judiciales para lograr el amparo solicitado.

VII.- MARCO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO

7.1. Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela es un medio para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos se vean amenazados o vulnerados por las autoridades o los particulares en los casos que la ley señala. Esta acción tiene un carácter residual, es decir, solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa para exigir la protección de los derechos fundamentales vulnerados o cuando a pesar de la existencia de un mecanismo de defensa judicial este no es idóneo o no resulta ágil para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.



Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T731 de 2014 de la siguiente manera:

Por su propia naturaleza, esta acción tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección*". Precisamente, en atención a su naturaleza eminentemente subsidiaria, esta Corporación ha establecido que el amparo constitucional no está llamado a prosperar cuando a través de él se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial.

Con sujeción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela es procedente en tres ocasiones específicas, a saber: (i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, el mismo no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual, procede el otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia.

7.2. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales.

La Corte Constitucional en su sentencia T196 de 2016, señaló:

(...)La acción de amparo constitucional sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual "procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección". El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficiente-mente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia T 457 de 2011 indicó:

(...)Por regla general, la resolución de las controversias relativas al incumplimiento en el pago de acreencias laborales, entre ellas el salario o contraprestación mensual, es un asunto que compete a la



jurisdicción laboral. (...) Sin embargo, la sólida línea jurisprudencial que por varios años ha trazado esta Corporación, plantea de forma pacífica una única excepción sobre la improcedencia general anotada. Ella se presenta en aquellos eventos en los que el no pago de la prestación tiene como consecuencia directa la afectación de derechos fundamentales, concreta y especialmente, el del mínimo vital.

7.3. Reconocimiento de derechos laborales de las madres comunitarias a través de la acción de tutela

La Corte Constitucional en sentencia T-480 de 2016, reiteró que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el reconocimiento de acreencias de tipo monetario, ordenó el pago de prestaciones económicas a un grupo de 106 madres comunitarias, al considerarlas sujetos de especial protección constitucional, por cumplir, por lo menos, con tres de cinco requisitos establecidos por ésta, para ser beneficiarias de dicho amparo.

Dichos requisitos son los 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. No existe dificultad alguna para demostrar que todas las madres comunitarias tienen esta condición especial, por cuanto, en los siguientes términos, así lo establece el artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996 "(...) Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados". (...)
- (iii) Pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo. (...)
- (iv) Hallarse en el estatus personal de la tercera edad. (...)
- (v) Afrontar un mal estado de salud.

7.4. Criterios para establecer el estatus de la tercera edad.

Por medio de la sentencia T-037 de 2016, la Corte constitucional estableció que,

(...) "El criterio para considerar a alguien de "la tercera edad", es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia"

(...)

En la presente sentencia será adoptado como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE correspondiente a los 74 años. Así, el análisis de la procedencia



de la acción de tutela como mecanismo definitivo se flexibiliza para aquellas personas que alcancen la mencionada edad pues en estos casos, generalmente, la jurisdicción ordinaria no resulta ser lo suficientemente eficaz e idónea.

Por medio del Auto 186 de 2017, la Corte Constitucional anuló parte de la sentencia T 480 de 2016 y expresó que,

(...)4. Según lo expuesto en precedencia, la Sala Plena observa que la sentencia SU-224 de 1998 sí constituía precedente vinculante al caso decidido en la providencia T-480 de 2016, toda vez que en dicho pronunciamiento de unificación se concluyó que no existía amenaza o vulneración del derecho fundamental al trabajo, ya que ello no se podía deducir de un vínculo que no constituía una relación laboral.

5. Esta Sala Plena considera que la *ratio decidendi* contenida en la providencia SU-224 de 1998, en relación con la naturaleza jurídica de la vinculación de las madres comunitarias, fue desconocida en el caso resuelto en el fallo T-480 de 2016, dadas las siguientes particularidades:

5.1. En el análisis del caso concreto de la sentencia SU-224 de 1998, la Corte inició por reiterar lo dicho en la tutela T-269 de 1995, específicamente 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".

5.2. Luego, el Pleno de ese entonces manifestó que los requisitos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal del servicio, subordinación y salario) no se encontraban reunidos, lo cual descarta la existencia de "una vinculación contractual de carácter laboral" (...).

VIII. – PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR

- Copias del documento de identidad de cada una de las accionantes (fls. 35, 41, 47, 51, 55, 59, 65, 69, 73, 79).
- Copias de las declaraciones extra juicio suscritas por cada una de las demandantes, en las que manifiestan que se desempeñan como madres comunitarias y la fecha de inicio de dichas actividades (fls. 37, 43, 49, 53, 57, 61, 67, 71, 75, 77).

IX.- CASO CONCRETO

En el caso sub-examine, las accionantes solicitan la protección de sus derechos fundamentales que consideran vulnerados por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por lo que solicitan que se ordene a la accionada el reconocimiento y pago de "los aportes parafiscales en pensiones al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar desde la fecha en que se vincularon al Programa de Madres Comunitarias



del Bienestar, según los hechos de la demanda, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)".

Las entidades accionadas alegan que la acción de tutela no es el medio idóneo para el reclamo de prestaciones laborales y económicas y que el sistema jurídico colombiano ofrece otros medios de control eficaces para el reclamo de dichas acreencias, por tanto, invocan la improcedencia de la presente acción.

Para demostrar la afectación de los derechos mencionados, las demandantes se limitaron a aportar copia de sus cédulas de ciudadanía y declaraciones extrajuicio en las que manifiestan que se desempeñan como madres comunitarias y la fecha en que iniciaron dichas labores. Así mismo, consideran que están en igualdad de circunstancias que las 106 madres comunitarias amparadas en la sentencia T-480 de 2016 y que les es aplicable lo dispuesto en dicha providencia.

Si bien la sentencia mencionada fue declarada nula mediante Auto 186 del 17 de abril de 2017, lo cierto es que éste fue impugnado y no ha sido resuelto, por lo que aún no se encuentra ejecutoriado, por lo tanto la Sala analizará si las demandantes cumplen con los requisitos establecidos en la misma.

Se comprobó que actualmente las demandantes se encuentran activas laboralmente por medio de su vinculación al Programa de Hogares Comunitarios del ICBF a través de sus operadores, vínculo que les permite recibir como contraprestación por sus servicios un salario mínimo, por tanto, tienen garantizado el derecho fundamental al trabajo y cuentan con ingresos para cubrir sus necesidades. En consecuencia, no se puede afirmar que padecen una situación precaria.

En cuanto al requisito de poseer el estatus de persona de la tercera,

NOMBRE	EDAD
Consuelo María Polo Castro	62
Senobia Mercedes Redondo De La Rosa	55
Miriam del Carmen Torres Mesino	55
Emilse Rosa Rocha Ardila	57
Marina Echenique Ortega	62
Eufemia Guerrero Polo	65
Nubia Esther Grazziani Villalobos	58
María de la Cruz Rojas Martínez	54
Enarilis De la Rosa Redondo	54
Enith Marina Osorio Gonzalez	64



Los documentos de identidad de las accionantes demuestran que ninguna hace parte de la tercera edad, dado que no alcanzan los 74 años establecidos como criterio por la Corte Constitucional, para poseer o no dicho estatus.

Tampoco demostraron siquiera sumariamente que se encuentran un grave estado de salud.

De acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia el constitucional, se presume que todas las madres comunitarias hacen parte de los sectores más deprimidos social y económicamente.

Por lo anterior, este Despacho puede afirmar que las demandantes cumplen con solo uno de los cinco requisitos establecidos por la Corte para los efectos señalados, por tanto, no están en las mismas condiciones de las 106 madres comunitarias ya mencionadas y no pueden ser consideradas sujetos de especial protección en los términos de la citada sentencia.

Para ésta Sala, los documentos obrantes en el expediente no brindan los elementos de juicio suficientes para considerar que, por la falta reconocimiento y pago de los aportes parafiscales reclamados, las accionantes se encuentren en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, que haga procedente, de manera excepcional la presente acción, y mucho menos que exista alguna afectación a su mínimo vital que haga necesario la implementación de medidas urgentes para contrarrestarlo.

Este Despacho estima que la negativa por parte del ICBF de reconocer y cancelar los conceptos reclamados, puede ser abordada desde la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, regulada en el artículo 138 del CPACA, como lo afirmó el A-quo.

Po lo anterior, la Sala confirmará la decisión impugnada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

X.- FALLA

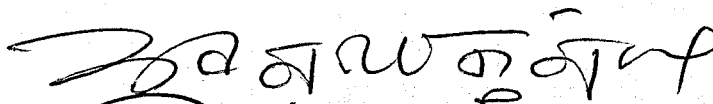
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 04 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

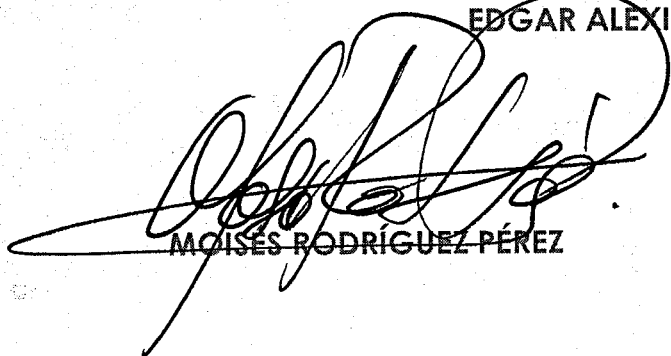


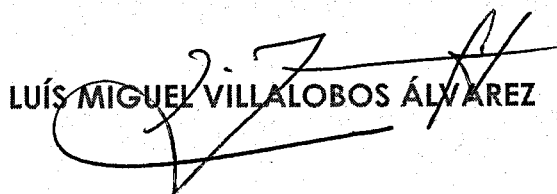
SEGUNDO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ