



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

SENTENCIA No. 063

Santiago de Cali, veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde al despacho proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada por la señora MARÍA DEL CARMEN BENJUMEA GUTIÉRREZ en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante, ICBF.

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

La accionante adujo que prestó sus servicios en forma ininterrumpida al servicio del ICBF desde el 2 de febrero de 1991 hasta el 15 de agosto de 2008, en calidad de madre comunitaria y/o sustituta de dicha entidad en el Hogar Comunitario del Bienestar Familiar; refiere que dentro de las labores asignadas estaba la de cuidar 15 niños aproximadamente, los cuales eran asignados por el ICBF y que debía alimentarlos, organizar, realizar actividades pedagógicas y estar al tanto de su salud e higiene.

Explica que las labores eran realizadas en jornada laboral diaria que iniciaba a las 5:00 am con alistamiento de la casa y preparación alimentos para los niños, quienes llegaban a las 8:00 am para dar inicio a labores lúdicas, mismas que debían finalizar a las 4:00 pm pero dicho horario se extendía hasta que los padres recogieran a todos los menores.

Asegura que su trabajo era realizado en forma permanente, personalizada y subordinada ante el ICBF, pues recibía capacitación para desempeñar sus labores

y están eran asignadas y supervisadas por dicha entidad; explica que con ocasión de los servicios prestados, recibía el pago mensual de una suma de dinero denominada beca o compensación, sin embargo, el ICBF nunca pagó las prestaciones sociales debidas ni los aportes parafiscales al sistema de seguridad social, como es el caso de los pensionales, lo que ha traído consigo el incumplimiento de las semanas cotizadas para efectos de obtener el reconocimiento y pago de una pensión de vejez.

Considera que durante el tiempo que prestó sus servicios al ICBF y teniendo en cuenta los argumentos ya expuestos, se configuró una verdadera relación laboral en cuanto estuvieron presentes los elementos: subordinación, salario y prestación del servicio.

A través de petición radicada ante el ICBF solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, así como el pago de aportes pensionales necesarios para alcanzar su derecho pensional, la cual fue resuelta en forma negativa.

Por último, indica que en la actualidad cuenta con 66 años de edad, que el ejercicio de una acción ordinaria lesionaría sus derechos fundamentales y que no tiene forma de sufragar los gastos que de ello se derivaría; además, que Colpensiones negó el derecho a su pensión de vejez por contar con 743 semanas y asegura que de haberse incluido el tiempo laborado al servicio el ICBF hubiera sido procedente el reconocimiento pensional.

1.2. PRETENSIONES

Se pretende por este medio la protección de los derechos fundamentales a la igualdad –protección especial por su edad y situación de debilidad manifiesta-, trabajo, seguridad social, debido proceso y mínimo vital y que en consecuencia se ordene al ICBF reconocer a favor de la accionante los aportes pensionales causados durante la relación laboral y las prestaciones sociales en aplicación del principio de la primacía de la realidad frente a las formas o la medida que se considere más eficaz.

II. TRÁMITE PROCESAL

Al reunir los requisitos previstos en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, la

solicitud de tutela fue admitida por medio del Auto Interlocutorio No. 706 del 06 de octubre de 2017, en el que se ordenó la notificación de la entidad accionada, concediéndosele un término de 03 días para que se rindiera informe documentado sobre los hechos que motivan la acción, decisión que le fue notificada a las partes a través de télex (fls. 22-25).

Por medio de Auto Interlocutorio N° 738 de 19 de octubre de 2017 se ordenó vincular en calidad de accionado al Fondo de Solidaridad pensional (fls. 26-33).

III. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADA

3.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.- no rindió el informe respectivo.

3.2 FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL – CONSORCIO COLOMBIA MAYOR.- informa que una vez consultada la base de datos del Fondo de Solidaridad Pensional se encontró que la accionante se afilió al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (PSAP) desde el 1° de agosto de 1996 en el grupo poblacional *“trabajador independiente urbano”* y fue retirada el 27 de abril de 2011 por la legal *“cuando cumpla el periodo máximo para el otorgamiento del subsidio”*.

Explica que a través del Auto N° 186 de 2017 emitido por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el que se declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, se resolvió el caso concreto de 106 madres comunitarias por lo que no se puede entender que sus efectos sean erga omnes; trámite en el que alega, la Corte Constitucional incurre en un defecto procedimental absoluto al omitir la vinculación del Consorcio Colombia Mayor como administrados del Fondo de Solidaridad Pensional, arrebatándole así la oportunidad de pronunciarse frente a los argumentos esbozados por el ICBF y vulnerando los derechos de defensa y contradicción.

Asegura que la acción de tutela es improcedente para pretender obtener el reconocimiento de prestaciones económicas derivadas de un contrato laboral, como quiera que dichas pretensiones pueden ventilarse ante la jurisdicción ordinaria; además, indica que en el presente asunto se desconoce el principio de inmediatez pues al accionante refiere haber prestado sus servicios hasta el 15 de agosto de 2008, situación que antecede por 9 años a la presentación de la acción de tutela y desvirtúa que se trate de pretender un mecanismo transitorio de defensa o que estemos frente a un perjuicio irremediable.

Alega que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que la acción debe encaminarse en contra de quien presuntamente se encuentre vulnerando los derechos fundamentales del accionante, quien para este caso sería el ICBF pues el Consorcio ninguna injerencia tiene frente al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

Finalmente, solicita que se nieguen las pretensiones de la accionante y se desvincule al Consorcio Colombia Mayor 2013 del presente trámite constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES.- Los requisitos indispensables para la válida conformación de la relación jurídica procesal deben ser motivo de estudio antes de centrarse en el fondo del presente asunto litigioso.

Respecto de la competencia no existe reparo alguno, toda vez que este Despacho es competente para resolver sobre la protección constitucional solicitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y el párrafo 2° del numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

La capacidad para ser parte, para obrar procesalmente, se manifiestan ostensiblemente en el caso de autos, tanto en el accionante quien se encuentra facultado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, así como por la entidad accionada que es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de la Protección Social, creado por la Ley 75 de 1968, reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7ª de 1979 y su Decreto Reglamentario 2388 de 1979.

Con relación a la solicitud, se atempera a los requisitos legales.

4.2. NORMAS LEGALES APLICABLES.- los derechos a la igualdad, trabajo, seguridad social, debido proceso y mínimo vital se encuentran consagrados en los artículos 13, 25, 48, 29 y 53 de la Constitución Política, respectivamente.

4.3. EL PROBLEMA PLANTEADO. De acuerdo con los hechos fundamento de la solicitud de tutela corresponde a este despacho dar respuesta al interrogante, a saber:

¿Se probó la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante a igualdad, trabajo, seguridad social, debido proceso y mínimo vital por parte de la entidad accionada al no reconocer la existencia de una relación laboral y proceder al respectivo pago de salarios, prestaciones sociales y aportes pensionales correspondientes?

4.4. FUNDAMENTO LEGAL JURISPRUDENCIAL.-

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.-

La Corte Constitucional en sentencia T – 729 del 19 de septiembre de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada, sobre el tema señaló:

“La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente:

“La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por las Naciones Unidas en 1966, aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968 y ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969 afirma que:

“Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por Ley 319 de 1996 prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia, que les permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

DERECHO AL MÍNIMO VITAL Y VIDA DIGNA

Frente a este derecho la Corte Constitucional ha indicado que es *“el que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna (...)”*¹, derecho que también ha indicado no puede ser evaluado desde un punto cuantitativo sino también cualitativo, es decir, su evaluación y aplicación no es general sino que se debe adecuar al caso en concreto, verificándose *“el nivel de vida”* de quien deprecia su amparo, lo que constituyen para aquel sus necesidades básicas y sí su insatisfacción detenta contra el derecho a la dignidad humana (*Consúltese la Sentencia T-581 A del 25 de julio de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo*).

En efecto, la Alta Corporación en materia constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues *“constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”*².

DERECHO A LA IGUALDAD

El artículo 13 de la Constitución Nacional dispone que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”*.

A su turno, la Corte Constitucional en sentencia T-178 de 2014 ha considerado respecto de la citada norma que la igualdad comporta un conjunto de mandatos independientes, como son: (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada

¹ Ver entre muchas, sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1735 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-054 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-552 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

² Sentencia T-184 de 2009.

con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO.-

La Constitución Política que nos rige en su artículo 29 consagra el deber de aplicar el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Dicha norma consagra un derecho fundamental que tienen todos los administrados de que en las actuaciones que se adelanten en su contra ante cualquier entidad se cumpla con las normas que rigen cada procedimiento; los actos administrativos que se expidan se ajusten al ordenamiento que nos rige; y se asegure el derecho de defensa.

DERECHO AL TRABAJO.-

El artículo 25 constitucional dispone que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado; igualmente consagra que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Frente a su protección, la Corte Constitucional ha señalado que no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El Despacho debe referirse a la sentencia T-480 de 2016 proferida por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, oportunidad en la cual dicha

Corporación amparó los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de 106 madres comunitarias accionantes; declaró la existencia de contrato de trabajo realidad entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF y cada una ellas desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa; ordenó al ICBF que en el término de un mes siguiente a la notificación de la sentencia, adelantara el respectivo trámite administrativo para que reconociera y pagara a favor de las accionantes, los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir desde y hasta las fechas ya citadas, en cuanto no estuvieran prescritos; igualmente, ordenó que dentro del mismo término, el ICBF adelantara el correspondiente trámite administrativo para reconocer y pagar los aportes parafiscales en pensiones causados y dejados de pagar desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa, aportes que deberían ser consignados al fondo de pensiones en que se encontraran afiliadas las accionantes.

Consideró la Sala Octava de revisión que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de las ciento seis (106) demandantes, ante la negativa de pagar los aportes parafiscales pensionales durante un lapso prolongado, en razón a las labores de madres comunitarias que esas accionantes desempeñaron; en efecto, se encontró que respecto de las 106 accionantes estaban acreditados los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, esto es, actividad personal desempeñada en calidad de madres comunitarias, pago de salario como retribución al servicio prestado y subordinación o dependencia en las labores ejecutadas.

La sentencia en cita fue declarada nula parcialmente a través Auto N° 168 de 2017 al encontrar próspero el cargo relativo al yerro por cambio de jurisprudencia, situación que conllevó a violar el debido proceso por desconocimiento del precedente jurisprudencial en materia de la naturaleza jurídica de la vinculación de las personas que desempeñan la labor de madre comunitaria en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF, desconociendo así

mencionado fallo SU-224 de 1998, así como la jurisprudencia en vigor contenida en la línea jurisprudencial T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001; incluso, argumentó 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.

En dicha oportunidad la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

Tal circunstancia, junto al desconocimiento de la sentencia de SU-224 de 1998 evidenciado, conducen a la declaratoria de nulidad de la providencia T-480 de 2016. Sin embargo, la Corte advierte que dicha decisión tendrá alcance parcial dado que es preciso mantener el amparo del derecho de las 106 madres comunitarias a que se realicen los aportes faltantes al sistema de seguridad social, con el propósito de permitirles acceder a pensión, de conformidad con los términos de la legislación aplicable y con fundamento en lo que a continuación se resume.

11. Sea lo primero reiterar que en la tutela T-480 de 2016 se estudió el asunto acumulado de 106 madres comunitarias que instauraron acción de tutela contra el ICBF, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo, ante la negativa del pago de los aportes pensionales, con ocasión de la labor de madre comunitaria que desempeñaron desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF hasta el 31 de enero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad estuvieron vinculadas a dicho programa.

12. La Corporación encuentra que la vulneración iusfundamental alegada por las demandantes específicamente se enmarca en la falta de pago de contribuciones pensionales causadas en un tiempo específico, por lo que resulta apropiado e imperativo la observancia del marco normativo que para esa época regulaba el sistema de seguridad social en pensiones de las madres comunitarias.

13. Si bien para el lapso comprendido entre el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho 1988 (Fecha en la cual se implementó el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar con la expedición de la Ley 89 de 1988.) y el doce (12) de febrero de dos mil catorce (Data en la cual entró en vigencia el Decreto 289 de 2014 que reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar) tanto la ley como la jurisprudencia no establecieron una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cierto es que el ordenamiento jurídico sí prevé el derecho a la seguridad social de las madres comunitarias bajo unas particularidades especiales. Veamos.

13.1. 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.” El objeto de ese fondo es “subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad

con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.” (Subraya fuera de texto original).

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

(i) 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.

(ii) **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.**

(iii) **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.**

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

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

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

...

Se aclara que el amparo no puede extenderse respecto del derecho al trabajo invocado por las demandantes, en la medida que como se ha dicho no se acreditó la existencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. No obstante lo anterior, la Sala advierte que en eventuales y futuras resoluciones de casos que involucren circunstancias fácticas y probatorias distintas a las que ahora son objeto de decisión en los asuntos acumulados que originaron la providencia T-480 de 2016, y en virtud de los efectos inter partes de esta providencia, los operadores judiciales podrán valorar la eventual existencia de contrato realidad entre el ICBF y las demás ciudadanas y ciudadanos que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario antes del 12 de febrero de 2014, con la estricta observancia de los elementos materiales de prueba a que haya lugar.

5. DESARROLLO DEL PROBLEMA.-

5.1. PRUEBAS.

Conforme las pruebas aportadas, se tiene por acreditado que:

La accionante nació el 15 de agosto de 1951 y en la actualidad tiene 66 años de edad (fl. 1-2).

Conforme certificación obrante a folio 3 del plenario, la accionante laboró en la Asociación de Hogares de Bienestar Marroquín 1B desde el 2 de febrero de 1991 hasta el 15 de agosto de 2008 desempeñando el cargo de Madre Comunitaria, teniendo a su cargo 15 niños de 0 a 5 años y recibiendo una bonificación de \$308.000.00.

La accionante a través de apoderado, elevó petición ante el ICBF el día 08 de febrero de 2017 solicitando el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar, esto es, cesantías, intereses a las cesantías, primas legales y extralegales, recargos nocturnos y dominicales, indemnización por despido injusto, entre otros; también solicitó se expidiera copia de las constancias de pago, estudios, capacitaciones, dotaciones y demás que le han sido reconocidas (fls. 6-9).

Frente a ello, el ICBF emite el 14 de marzo de 2017 respuesta negativa a las pretensiones de la hoy accionante, indicándole la naturaleza jurídica de la relación entre las madres comunitarias y las entidades o personas que participan en el programa conforme el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995; además, concluyó que no es posible predicar la existencia de una relación laboral porque (i) existen normas de carácter legal y reglamentario que excluyen de manera expresa el vínculo laboral entre el ICBF, las asociaciones de padres y/o comunitarias y las madres comunitarias; (ii) inexistencia de vínculo contractual alguno entre las madres comunitarias y el ICBF; e (iii) inexistencia de subordinación frente a las madres comunitarias (fls. 11-14).

Conforme reporte obrante a folio 50 la actora estuvo afiliada al PSAP –Programa de Subsidio al aporte en pensión- desde el 1º de agosto de 1996 hasta el 27 de abril de 2011.

5.1.1. ANÁLISIS PROBATORIO.- De acuerdo con las pruebas aportadas, tenemos por cierto que la accionante en virtud del tiempo durante el cual prestó sus servicios como madre comunitaria, elevó el 15 de agosto de 2008 petición ante el ICBF tendiente a que se reconociera su relación laboral con dicha entidad

y el pago de salarios y prestaciones sociales que de allí se derivan, la cual fue resuelta en forma negativa, también está acreditada su afiliación al PSAP desde el 1º de agosto de 1996 hasta el 27 de abril de 2011.

5.2. CASO EN CONCRETO

El estudio de la presente acción se encaminará a determinar la vulneración de los derechos fundamentales del accionante a la igualdad, trabajo, seguridad social, debido proceso y mínimo vital, teniendo en cuenta que le ICBF se ha negado a aceptar la existencia de una relación de carácter laboral y el correspondiente pago de salarios y prestaciones sociales que de allí se derivan.

Para tal efecto, el Despacho tendrá en cuenta las pautas fijadas en el Auto N° 186 de 2017, pues conforme lo allí expuesto debe abordarse el estudio de lo pretendido a través de la presente acción constitucional.

En efecto, las pretensiones de la accionante se contraen al reconocimiento de la relación laboral que aduce sostuvo con el ICBF así como el pago de aportes pensionales y prestaciones sociales causadas durante el tiempo que prestó sus servicios en calidad de madre comunitaria; lo anterior, dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Frente a ello el Despacho abordará el estudio separadamente, esto es, primero respecto del reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales y luego frente al reconocimiento de los aportes pensionales.

En cuanto al reconocimiento de la relación laboral y pago de las prestaciones sociales, encuentra el Despacho que en el citado Auto 186 de 2017 la Corte Constitucional facultó a los operadores judiciales para valorar la eventual existencia de contrato realidad entre el ICBF y las demás ciudadanas y ciudadanos que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario antes del 12 de febrero de 2014, con la estricta observancia de los elementos materiales de prueba a que haya lugar; téngase en cuenta que al indicarse en la aludida providencia que se podrá realizar dicho estudio, ello no implica que el mismo resulte imperativo para el juez de tutela.

En este orden de ideas, considera esta instancia judicial que en el presente asunto no se encuentran acreditadas circunstancias fácticas que hagan viable el estudio de una posible relación laboral entre la actora y el ICBF por vía de tutela, debiendo esta acudir a la vía ordinaria que corresponda con el fin de ventilar sus pretensiones.

En efecto, no se advierte en el plenario ninguna circunstancia que permita inferir que la accionante es un sujeto de especial protección conforme se indicó en el citado Auto - Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente; hallarse en el estatus personal de la tercera edad; afrontar un mal estado de salud-. Ciertamente, debe tenerse en cuenta que la accionante al haber nacido el 15 de agosto de 1951 (fl. 1) a la fecha cuenta con 66 años de edad, sin embargo, no puede ser considerada como de la tercera edad, conforme pasa a explicarse.

Desde la sentencia T-138 de 2010 se fijó como criterio para considerar a alguien de la tercera edad, que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia; frente a ello, el DANE³ certifica para el quinquenio 2015-2020 que la esperanza de vida al nacer de los hombres es de 73.08 años y para las mujeres de 79.39 años; así las cosas, debe concluirse que la edad de la accionante está por debajo del límite fijado por el DANE y ello imposibilita a esta instancia judicial dar un tratamiento especial a la señora María del Carmen Benjumea Gutiérrez; como tampoco se probó que tuviera problemas de salud o alguna otra circunstancia excepcional que la hiciera un sujeto que requiera de una protección especial de Estado.

En este orden de ideas, debe recordarse que la acción de tutela es un especial mecanismo de protección constitucional instituido con el fin de amparar de manera urgente y efectiva a quien considere que uno de sus derechos fundamentales se encuentra en inminente peligro, pero bajo ninguna circunstancia está llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales que el ordenamiento jurídico tiene previstos para su protección.

Así las cosas, lo cierto es que la actora tiene a su alcance un medio idóneo para intervenir en procura de la protección de sus derechos y con el fin de ventilar sus

³https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf

pretensiones, esto es, el medio de control denominado nulidad y restablecimiento del derecho que se adelanta ante la jurisdicción contencioso administrativa y por medio del cual puede pedir que se declare la nulidad del acto administrativo que negó la existencia de la relación laboral y el restablecimiento del derecho que se pretenda; sin que se advierta con fundamento en lo acreditado en el plenario, la inminencia de un perjuicio irremediable⁴ que hiciera viable, vía de excepción, el análisis de la relación laboral a través de la acción de tutela; en virtud de lo anterior y atendiendo lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 esta pretensión será rechazada por improcedente

Ahora bien, en cuanto al pago de los aportes pensionales causados durante el tiempo que la accionante prestó sus servicios en calidad de madre comunitaria, el Despacho considera que sí es procedente acceder a lo pretendido en protección al derecho fundamental a la seguridad social y teniendo en cuenta que de ello depende necesaria e ineludiblemente el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo dispuesto en la ya citado Auto N° 186 de 2017 en el que se dio la posibilidad de analizar este punto por medio de la acción de tutela y en el que además se indicó que si bien solo hasta el año 2014 a través del Decreto 289 se reguló el tema de la vinculación laboral de las madres comunitarias, con anterioridad y a través de las Leyes 100 de 1993, 509 de 1999 y 1187 de 2008 —antes relacionadas— ya se había regulado el tema de los aportes pensionales de las madres comunitarias, razón por la cual el amparo pretendido resulta procedente.

Cabe aquí indicar que la prueba obrante a folio 3 del plenario no fue desvirtuada por la entidad y con base en ella el Despacho da por cierto que la actora prestó sus servicios como madre comunitaria en un hogar comunitario administrado por el ICBF; lo anterior, se aclara, sin que ello quiera decir que se encuentra probada la relación laboral aducida por cuanto este tópico, se considera, no es susceptible de ser analizado por esta vía, como ya se indicó.

Así las cosas, se ordenará al ICBF que adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de María del Carmen

⁴ Ver Sentencia T – 326 del 5 de junio de 2013, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Benjumea Gutiérrez identificada con C.C. N° 31.249.793 los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social teniendo en cuenta el tiempo efectivamente acreditado como madre comunitaria, a efectos de que obtenga su pensión de conformidad con la legislación aplicable, los cuales deberán ser consignados a Colpensiones, Fondo al que conforme se indicó en el escrito de tutela se encuentra afiliada la accionante.

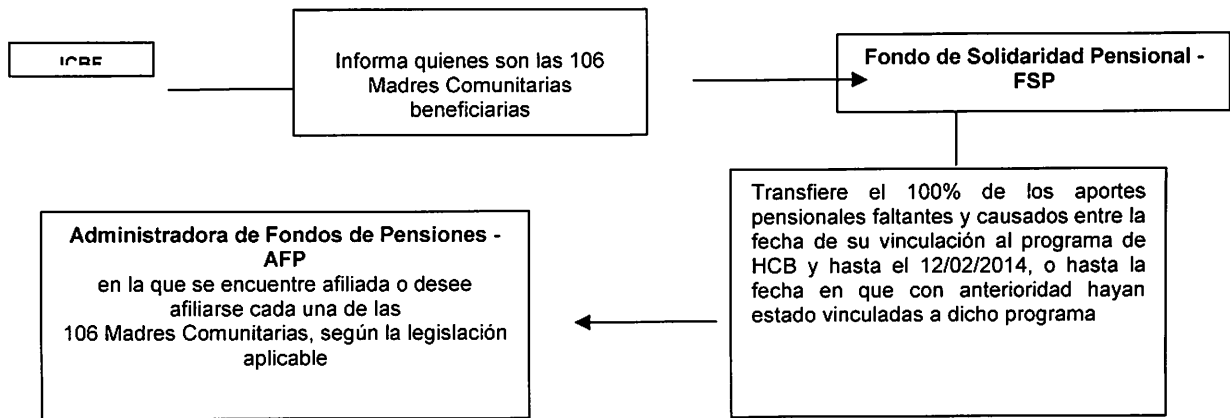
En este punto de aclararse que si bien en la certificación obrante a folio 3 del plenario se indica que la accionante prestó sus servicios como madre comunitaria desde el 2 de febrero de 1991 hasta el 15 de agosto de 2008, la orden de pagar los aportes pensionales no puede extenderse durante todo este lapso, como quiera que de conformidad con el Reporte de la base de datos del Consorcio Colombia Mayor 2013 obrante a folio 50, es evidente que la accionante fue beneficiaria del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión – PSAP desde el 1° de agosto de 1996 hasta el 27 de abril de 2011; en virtud de lo cual durante este periodo no se ordenará pago alguno de aportes pensionales con miras a que no se configure un doble pago por el mismo concepto.

Lo anterior, implica que para el periodo corrido entre el 1° de agosto de 1996 y el 27 de abril de 2011 la accionante efectivamente cotizó a pensión y por ello la orden aquí impartida solo podrá cobijar el lapso comprendido desde el 2 de febrero de 1991 –fecha en que inició la prestación de servicios como madre comunitaria conforme la certificación obrante a folio 3- y hasta el 31 de julio de 1996 –téngase en cuenta que la afiliación al PSAP inició el 1° de agosto de 1996 conforme se observa a folio 50-.

Ahora bien, en el referido auto No. 186 de 2017 la Corte Constitucional indicó en su numeral 10.2 cual era el trámite respectivo para lograr el pago de los aportes pensionales de las madres comunitarias, así:

"Dicho trámite administrativo se puede ilustrar de la siguiente manera:

Tabla 2. Esquema de financiamiento del subsidio pensional en favor de las 106 madres comunitarias en el marco de las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008



Más adelante en su numeral 17, la Corte expone los parámetros que se deberán cumplir por el ICBF, así:

“17. En virtud de la protección iusfundamental mantenida en esta decisión, se ordena al ICBF que adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las ciento seis (106) demandantes relacionadas en esta providencia, los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con lo establecido en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, sin menoscabo de su petición por vía ordinaria.

La Corporación señala que para efectuar lo anterior el ICBF debe gestionar los trámites necesarios para que:

17.1. Las ciento seis (106) accionantes sean reconocidas como beneficiarias del subsidio pensional previsto en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008. Dicha afiliación tendrá cobertura para el período comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y 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.

17.2. El Fondo de Solidaridad Pensional, en ejercicio de su deber legal, transfiera a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones en la que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada una de las 106 actrices según la legislación aplicable, los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en el período comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Para tal efecto, la Corte advierte que se deberán observar las siguientes precisiones:

(i) Dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las ciento seis (106) accionantes, aunado al propósito de evitar cargas económicas desproporcionadas que generen mayores traumatismos y que obstaculicen la obtención de su pensión, y con la finalidad de que efectivamente se materialice plenamente la protección iusfundamental mantenida en el presente pronunciamiento, resulta razonable que el monto del subsidio pensional a reconocer y transferir no sea equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio efectivo y comprobado de su labor de madre comunitaria, en el período comprendido entre la fecha en que se hayan vinculado como tales al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y 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.

(ii) Esas cotizaciones pensionales faltantes deben realizarse tomando como referencia el salario mínimo legal mensual vigente con la respectiva indexación en los casos en que hubiere lugar.

(iii) En atención a las excepcionales y especiales circunstancias que rodean el presente asunto, se advierte que la transferencia de los recursos correspondientes al subsidio pensional que se realizará a las respectivas administradoras de pensiones con ocasión de esta decisión no causará intereses moratorios de ninguna índole. (...).”

Siguiendo este precedente, el Despacho ordenará entonces que se reconozca el 100% de los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo antes indicado, esto es, 2 de febrero de 1991 y hasta el 31 de julio de 1996; tomando como referencia el salario mínimo legal mensual vigente en

cada momento con la respectiva indexación a que haya lugar, disponiendo además que sobre tales montos no podrá causarse ni cobrarse por la Administradora de Fondos de Pensiones - COLPENSIONES - en la que se indicó se encuentra afiliada la actora-, intereses moratorios de ninguna índole.

Para lograr lo anterior, el ICBF deberá entonces:

En el término máximo de un mes deberá adelantar el correspondiente trámite administrativo para que se reconozca y pague a nombre de la accionante los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con lo establecido en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008, lo anterior en el periodo antes indicado.

Por su parte, el Fondo de Solidaridad Pensional, una vez el ICBF haya adelantado los trámites respectivos, en ejercicio de su deber legal, transferirá en el término máximo de 48 horas, a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones - COLPENSIONES, los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en el período antes enunciado y siguiendo las pautas antes dadas en cuanto al monto e indexación respectiva, sin lugar a intereses moratorios.

Posterior a ello, si a bien lo tiene la actora, podrá reiniciar el trámite de su solicitud pensional.

Por último, esta instancia judicial considera necesario puntualizar que en sub lite no se configura violación alguna al principio de inmediatez., como quiera que si bien la prestación de los servicios de la accionante se dio desde el año 1991 hasta el año 2008, en el presente asunto se debate el pago de aportes pensionales, reclamación que puede elevarse en cualquier tiempo teniendo en cuenta el carácter imprescriptible del derecho pensional de la demandante, mismo que se encuentra directamente relacionado con el pago de los aludidos aportes; adicionalmente, se tiene que los pronunciamientos de la Corte Constitucional en cuanto al tema de las madres comunitarias son recientes -1º de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017- y en ellos se habilita a los jueces de tutela para estudiar de fondo asuntos como el aquí debatido.

Así las cosas, el Despacho amparará el derecho fundamental del accionante a la seguridad social en los términos antes indicados y rechazará por improcedente la acción en lo que al reconocimiento de la relación laboral y pago de prestaciones sociales se refiere, conforme lo hasta aquí expuesto.

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social del cual es titular la señora María del Carmen Benjumea Gutiérrez identificada con C.C. N° 31.249.793, vulnerado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.

SEGUNDO.- las entidades accionada y vinculada deberán proceder de la siguiente forma:

El ICBF deberá en el **término máximo de un mes** deberá adelantar el correspondiente trámite administrativo para que se reconozca y pague a nombre de la accionante, señora María del Carmen Benjumea Gutiérrez identificada con C.C. N° 31.249.793, los aportes parafiscales en pensiones al Sistema de Seguridad Social causados desde el 2 de febrero de 1991 y hasta el 31 de julio de 1996, a efecto de que obtenga su pensión, de conformidad con lo establecido en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008, lo anterior en el periodo antes indicado.

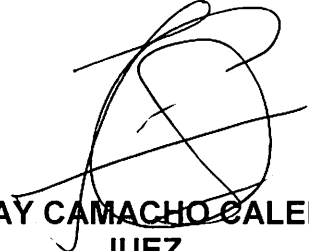
Por su parte, el **Fondo de Solidaridad Pensional**, una vez el ICBF haya adelantado los trámites respectivos, en ejercicio de su deber legal, transferirá **en el término máximo de 48 horas**, a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones - COLPENSIONES, los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en el periodo antes enunciado y siguiendo las pautas antes dadas en cuanto al monto e indexación respectiva, sin lugar a intereses moratorios.

Para el adecuado seguimiento al cumplimiento del presente fallo de tutela, la orden se extenderá hasta la obligación de la entidad accionada de informar a este Despacho Judicial, en el término de la distancia, sobre el acatamiento a lo aquí dispuesto (artículo 27 del Decreto 2591 de 1991).

TERCERO.- RECHAZAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela incoada por la señora María del Carmen Benjumea Gutiérrez identificada con C.C. N° 31.249.793 en cuanto al reconocimiento de una relación laboral y consecuente pago de prestaciones sociales derivadas de ella, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

CUARTO.- ENVÍESE la presente actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si NO fuere impugnada, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ