

72

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, doce (12) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

ACCIONANTE : ANA LORENA FLÓREZ PRADA
**ACCIONADO : INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR -ICBF-**
RADICACIÓN : 150013333011-201700061-00
ACCIÓN DE TUTELA

ASUNTO A RESOLVER:

Decide el Despacho en primera instancia la acción de tutela instaurada por la señora ANA LORENA FLOREZ PRADA en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-.

I. ANTECEDENTES:

1. La acción (fl. 1-11):

La señora ANA LORENA FLÓREZ PRADA, a través de apoderada judicial solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, dignidad humana, seguridad social, y salud, y los que denominó reconocimiento de los derechos legales de las personas de especial protección reforzada de la tercera edad, primacía de la realidad sobre las formalidades, "afiliación (...) cesantías y el derecho al reconocimiento de pensión de vejez" (fol. 10). Como consecuencia de lo anterior, pretende i) se ordene a la entidad accionada pagar el retroactivo de todos los emolumentos salariales y prestacionales dejados de cancelar desde el día de su vinculación como madre comunitaria hasta la fecha, dado su estado de indefensión y vulnerabilidad en que se encuentra y ii) se declare la existencia del contrato realidad con el ICBF.

Los hechos que soportan las pretensiones son los siguientes:

Afirma la accionante que tiene 28 años de edad, que ha dedicado su vida a desarrollar el programa de hogares comunitarios del

bienestar familiar en el hogar denominado "Meseticas" ubicado en el Municipio de Güicán, que laboró de manera personal y directa desde el 5 de febrero de 2009 y hasta el año 2011, cumpliendo 2 años de tiempo de servicio, que es de escasos recursos, hace parte de un nivel bajo del SISBEN y cuenta con un estado de salud bueno.

Aclara que su labor consistía en cuidar niños que están inscritos en el programa de bienestar y que su labor comienza desde la 5:00 de la mañana cuando a lista su hogar para recibir a los niños a las 07:00 am, les da desayuno, luego realiza actividades de cuidado, les prepara y da refrigerio y les realiza actividades lúdicas; luego a las 12:30 de la tarde les sirve el almuerzo de acuerdo a la minuta del ICBF; recoge el menaje; continúa con el cuidado de los niños y realizando actividades recreativas; les toma el registro de talla, de peso, de medicamentos requeridos y lleva a cabo demás actividades que haya definido la supervisora de zona; finalmente a las 4:30 de la tarde hace entrega de los niños a sus padres y sobre las 7:00 pm comienza a organizar y hacer aseo de la casa, alistar el menú del día siguiente, etc. Adicionalmente, cada mes debe diligenciar unos documentos del ICBF, atender supervisoras, recibir mercados, elaborar material didáctico, hacer seguimiento nutricional y de salud, asistir a reuniones y a capacitaciones.

Aduce que como contraprestación de sus servicios como madre comunitaria el ICBF le ha pagado en especie (mercados), subsidios, rebajas por impuestos y/o en sumas de dinero llamadas becas; sin embargo, considera que ello no constituye salario y vulnera su derecho al mínimo vital como a la seguridad social, pues la entidad insiste en burlar sus prestaciones sociales al ubicar su contratación por tercerización.

Refiere que después de tanta lucha un grupo de 106 madres comunitarias en sede de revisión de tutela T-480 de 2016 obtuvieron *"el reconocimiento de la existencia de la relación laboral a través de un "contrato-realidad"*, por lo que en atención a lo anterior radicó petición ante el ICBF, no obstante la entidad continua vulnerando sus derechos laborales con el argumento de 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..."* (fl. 2). Por lo que considera que la presente acción constitucional es el mecanismo idóneo para proteger sus derechos.

2.- Contestación de la tutela:

2.1. El Instituto Colombiano del Bienestar Familiar –ICBF– (fl. 29-46 y 47-63).

En cuanto a los hechos señala que es parcialmente cierto que i) de acuerdo con la documentación allegada se puede verificar la fecha de ingreso de la accionante como madre comunitaria, pero desconoce el nivel del SISBEN y el estado de salud pues no se acredita; ii) desconoce las particularidades del trabajo de la accionante con el operador; iii) la remuneración de la madres comunitarias está determinada por la ley y no puede tomarse como un salario; iv) dio respuesta al derecho de petición interpuesto por la interesada; v) la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cobrar acreencias laborales.

Realiza un análisis del régimen de las madres comunitarias, indicando que es un régimen especial cuya estructura ha sido construida por la reiterada jurisprudencia, que en atención a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 7/79, tiene entre sus funciones asistir al Presidente de la República en la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común que tenga como objetivo la protección de la familia y de los menores de edad, que para el presente caso son las asociaciones administradoras del programa, por lo que considera que de dicha función de inspección y vigilancia no puede inferirse la existencia de una relación de subordinación de las madres comunitarias con el ICBF ni por la prestación personal que realicen ya que no se hace a nombre ni en beneficio de la institución sino de las familias a las que prestan sus servicios. Además, las madres comunitarias tienen la calidad de trabajadoras independientes las cuales son responsables del pago de su seguridad social, por lo que los beneficios prestacionales dependen de sus aportes y del subsidio que como independientes les brinde el Estado.

Asegura que la labor de las madres comunitarias ha sido remunerada, a través de una aporte entregado por el ICBF al operador (denominado beca o remuneración), sumado a la cuota de participación que durante todos estos años ha sido cancelada por los usuarios del programa.

Aclara que el régimen jurídico de las madres comunitarias se encuentra en un periodo de transición, como quiera que con la expedición del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, se estableció

que para la vigencia 2013 el valor de la beca correspondería al valor del SMLMV, así mismo, se dispuso que para la vigencia 2014 se formalizaría laboralmente a las madres comunitarias, por lo que las asociaciones de padres de familia o a las entidades privadas que contratan con el ICBF son responsables de contratar a las madres comunitarias, así como de pagarles todas y cada una de las acreencias laborales establecidas en el ordenamiento laboral colombiano.

Alega que existe cosa juzgada constitucional, como quiera que en la sentencia T-480 de 2016 se dispuso que el programa de normalización o cesación de los derechos fundamentales de las madres comunitarias se implementaría de forma gradual y escalonada con los criterios de priorización señalados por la Corporación y de acuerdo al Decreto 1068 de 2015, por lo que considera que en el presente caso no puede emitirse orden adicional ya que implicaría desconocer el principio de progresividad y sostenibilidad fiscal, además se afectaría el presupuesto de la atención a la primera infancia.

Indica que para la procedencia de la acción constitucional no es necesario realizar un examen exhaustivo de la existencia de los requisitos generales de procedencia como son, la existencia de la legitimación por activa y por pasiva; no obstante, si es necesario analizar la inmediatez y subsidiariedad, encontrando que en el presente asunto no se cumple con dichos principios, toda vez que la accionante no agotó el mecanismo administrado previsto en el artículo 6º del CST y/o la interposición de la demanda ante el respectivo juez ordinario, además no prueba la configuración del perjuicio irremediable como es afrontar mal estado de salud ni tampoco es persona de la tercera edad.

Aduce que se no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados como quiera que según pronunciamientos de la Corte Constitucional (T-628/12, T-478/13 y T-508/15) no existen obligaciones directas o solidarias entre el ICBF y los trabajadores de los operadores del servicio público de bienestar familiar, incluidas las madres comunitarias, relacionados con la protección de la vejez y la obligación de realizar aportes a pensión, ya que los contratos de aportes que celebre el ICBF con personas naturales o jurídicas no generan relación laboral entre ellos para que dé lugar a la existencia de un contrato realidad; además de que las madres comunitarias no son funcionarias o empleadas del instituto ni siquiera contratistas, sino que son nombradas y dependen de la

Asociación de Padres de Familia quienes administran los hogares de bienestar y con quienes el ICBF solo tiene un contrato de aporte donde ejerce funciones de supervisión, por lo que solicita se niegue por improcedente la presente acción constitucional.

Alega que existe cosa juzgada constitucional, como quiera que en la sentencia T-480 de 2016 se dispuso que el programa de normalización o cesación de los derechos fundamentales de las madres comunitarias se implementaría de forma gradual y escalonada con los criterios de priorización señalados por la Corporación y de acuerdo al Decreto 1068 de 2015, por lo que considera que en el presente caso no puede emitirse orden adicional ya que implicaría desconocer el principio de progresividad y sostenibilidad fiscal, además se afectaría el presupuesto de la atención a la primera infancia.

En atención al requerimiento efectuado por el Despacho en el auto admisorio de la acción de la referencia (fl. 24 vto.), se allegó la siguiente respuesta:

2.2. El ICBF Regional Boyacá (fl. 69-70), solicita se tenga en cuenta la contestación allegada por la Oficina Jurídica de la Sede de la Dirección General del ICBF, y aclara que conforme a lo expresado en la respuesta de tutela y ante la inexistencia de vínculo laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, dicha certificación de tiempo de servicios y los expedientes administrativos, deben ser expedidos y allegados por parte de los diferentes operadores de los contratos por aportes con quien la accionante haya prestados sus servicios y así mismo, son los responsables de atender las solicitudes de la tutelante.

II. CONSIDERACIONES:

1. Problema jurídico:

Corresponde entonces al Despacho establecer si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, dignidad humana, seguridad social, y salud invocados por la ciudadana ANA LORENA FLÓREZ PRADA en la demanda de tutela, y si es posible a través del mecanismo constitucional de tutela ordenar pagar el retroactivo de todos los emolumentos salariales y prestacionales dejados de cancelar como contraprestación a la labor de madre comunitaria que realizó desde

el día de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF hasta cuando estuvo vinculada a dicho programa, y declarar la existencia de un contrato realidad con el ICBF.

Para desatar el problema jurídico, el Despacho abordará los siguientes aspectos:

2. Cuestión previa

Previo a abordar el fondo del presente asunto, el Despacho advierte que a través de la sentencia T-480 de 1º de septiembre de 2016, la Corte Constitucional fijó su postura en relación con el tema de la procedencia por vía de tutela para conceder los derechos laborales y prestacionales que las madres y padres comunitarios reclaman en atención a su permanencia en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF. La mencionada providencia fue proferida en ejercicio del control concreto de constitucionalidad, la cual al quedar ejecutoriada hizo tránsito a cosa juzgada constitucional.

Sin embargo, manifiesta la entidad accionada que a la fecha cursa ante la Sala Plena de la Corte Constitucional un incidente de nulidad en contra del fallo de tutela, por lo que el Despacho se comunicó vía telefónica con la Relatoría de dicha Corporación para verificar la existencia de la decisión respecto de la solicitud de nulidad; frente a lo cual, se informó al Juzgado que a la fecha no existe comunicado oficial y menos aún providencia judicial en firme al respecto, por cuanto se encuentra en proceso de elaboración.

Así pues, como quiera que la sentencia T-480 de 2016 cobró ejecutoria al no ser susceptible de recursos, esta conserva su validez hasta tanto el juez colegiado declare por medio de una providencia los efectos de la nulidad alegada. Por tanto, el presente asunto se abordará bajo los criterios fijados en la referida providencia, en armonía con el precedente desarrollado por dicha Corporación en anteriores pronunciamientos, a saber, en la sentencia T-018 de 2016.

3.- De la procedencia de la acción de tutela para amparar la situación jurídica de las madres comunitarias del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF para reclamar el reconocimiento de prestaciones laborales y la existencia de un contrato realidad.

La Corte Constitucional¹ *"ha establecido que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular²."*

Sin embargo, ha definido una serie de requisitos mínimos para la procedencia de la acción de tutela de forma general, a saber:

- i)** Legitimación en la causa por activa, que refiere *"(i) (...) a que toda persona puede instaurar "por sí misma o por quien actúe a su nombre"; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos³, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal⁴."*
- ii)** Legitimación en la causa por pasiva, que hace *"referencia a la aptitud legal de la persona (natural o jurídica) contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental⁵."* Al respecto el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 prevé que procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar derechos fundamentales y también contra acciones u omisiones de particulares;
- iii)** Trascendencia *iusfundamental* del asunto, *"se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental⁶;"*
- iv)** Inmediatez, implica *"que la acción de tutela debe ser utilizada en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios y/o amenazantes de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo*

¹ Sentencia T-480 del 1º de septiembre de 2016. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

² Ver Sentencias T-724 de 2004 y T-623 de 2005, reiteradas en la T-069 de 2015 y T-083 de 2016.

³ "Respecto a las calidades del tercero fijadas en la última regla, en esa misma providencia de unificación, esta Corte, entre otras cosas, especificó: representante puede ser, por una parte, el representante legal (cuando el titular de los derechos sea menor de edad, incapaz absoluto, interdicto o persona jurídica), y por otra, el apoderado judicial (en los demás casos). Para ser apoderado judicial, la persona debe ser abogado titulado y a la acción debe anexar poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo³." Ver T-480 de 2016.

⁴ Dichas reglas fueron reiteradas en la Providencia T-083 de 2016.

⁵ Cfr. Fallos T-1015 de 2006 y T-780 de 2011. Posición reiterada en T-008 de 2016 y T-009 de 2016.

⁶ Al respecto, ver SU-617 de 2014, entre otras.

excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional⁷.”⁸

- v)** Subsidiariedad, *“implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues la acción tutelar no puede desplazar los mecanismos judiciales específicos previstos en la correspondiente regulación común.”⁹*

Ahora bien, en lo que atañe a las tutelas promovidas por madres comunitarias del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF la Corte Constitucional¹⁰ les ha dado la el calificativo de *“sujetos de especial protección constitucional”* y ha flexibilizado el requisito de subsidiariedad al determinar para su procedencia el cumplimiento de las siguientes condiciones particulares:

- 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 vigente¹¹;*
- ii) Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente¹²;*
- iii) Pertener a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo¹³;*
- iv) Hallarse en el estatus personal de la tercera edad¹⁴;*
- v) Afrontar un mal estado de salud;*
- vi) Ser madre cabeza de familia; y/o*
- vii) Ser víctima del desplazamiento forzado¹⁵.*

Adicionalmente, señala que dicho estudio se debe *“ajustar a las condiciones físicas, sociales, culturales o económicas que han*

⁷ Al respecto, consultar, entre otras, las Providencias SU-961 de 1999 y T-291 de 2016.

⁸ *“Para constatar el cumplimiento de este requisito, el juez de tutela debe comprobar cualquiera de estas situaciones: (i) si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y, el día en que el derecho de acción se ejerció mediante la formulación de la acción de tutela⁸; y/o (ii) si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo tutelar⁸.”* Ver T-480 de 2016.

⁹ Ver T-480 de 2016.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Ver Providencias T-978 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001 y T-159 de 2001, entre otras.

¹² Consultar el Fallo T-018 de 2016.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *“Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen; (...).”*

¹⁵ En cuanto a las condiciones especiales (iv) a (vii), ver la Sentencia T-628 de 2012.

puesto en estado de debilidad manifiesta a ese grupo de personas por un tiempo considerablemente prolongado."¹⁶. En el caso concreto analizado en la referida providencia, la Corte consideró que era suficiente con que se verificara el cumplimiento de tres de las primeras cinco condiciones previamente citadas.

Así pues, para determinar cuáles de las anteriores situaciones deben ser verificadas por el Despacho para determinar si la acción constitucional resulta ser procedente en cada caso, es necesario hacer alusión al reciente pronunciamiento emitido por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁷, en el que se determinó que además de encontrar acreditadas las tres condiciones particulares que las hace sujetos de especial protección, esto es, 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; y iii) pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo; debe concurrir una de las siguientes: **iv) Hallarse en el estatus personal de la tercera edad y/o v) Afrontar un mal estado de salud.**

3. De la procedencia excepcional de la tutela para solicitar la declaratoria del contrato realidad

Para efectos de declarar la existencia de un contrato realidad definido como *"aquél que, si bien se le ha otorgado una determinada apariencia, por sus contenidos materiales realmente proyecta una verdadera relación laboral"*¹⁸, la Corte Constitucional ha indicado¹⁹ que es necesario que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 23 del CST, como se pasa a explicar:

- (i)** La prestación personal de una labor, *entendida como aquella labor que realiza el trabajador por sí mismo*²⁰;
- (ii)** La subordinación o dependencia, *"del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle*

¹⁶ Ver T-480 de 2016.

¹⁷ Sentencia de 1º de marzo de 2017. Exp.15001-33-33-0005-2017-00001-01. Accionante: María Edilma González Rodríguez y otras. M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

¹⁸ Ver T-480 de 2016.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Ver T-480 de 2016 y T-018 de 2016.

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".²¹

(iii) Un salario en contraprestación al trabajo prestado, el cual *"alude al reconocimiento o pago de una suma de dinero a cargo del empleador y a favor del trabajador, en razón al servicio prestado por este último."*²²

De igual forma, ha sostenido que si se comprueba el cumplimiento de esos 3 requisitos, *"es irrelevante bajo qué otras calificaciones las partes acordaron el cumplimiento de una labor o la prestación de un servicio, lo cierto es que en ese caso la relación es laboral de acuerdo con la realidad, en tanto que supera ampliamente las formalidades establecidas por los sujetos que intervienen en ella"*²³ y podrá por tanto declararse la existencia de un contrato laboral y con ello, el reconocimiento de las prestaciones sociales²⁴.

4. Régimen jurídico de las madres comunitarias²⁵

El programa de Hogares Comunitarios del Bienestar tuvo lugar con la expedición del documento CONPES *"Plan de Lucha contra la Pobreza Absoluta y para la Generación de Empleo"* aprobado en 1986 como una estrategia orientada a atender a la población infantil de extrema pobreza del país.

La Ley 89 de 1988²⁶ en su artículo 1º párrafo 2º precisó que se entiende por *"Hogares Comunitarios de Bienestar, 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."*

²¹ Ver T-018 de 2016.

²² *Ibidem*.

²³ Fallo T-616 de 2012.

²⁴ Ver T-335 de 2015.

²⁵ Ver sentencia T-018 de 2016.

²⁶ *"Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones"*

Posteriormente el Acuerdo 21 de 1989²⁷ reiteró lo anterior e indicó en su artículo 11 que: "Cada **Hogar Comunitario de Bienestar funcionará bajo el cuidado de una madre comunitaria, y cada día** una madre o un familiar de los niños que asistan al mismo, debe participar con la madre comunitaria en las actividades que desarrolle con los menores." (Negrilla fuera del texto)

Por su parte, el Acuerdo 21 de 1996²⁸ reafirmó que dichos Hogares Comunitarios de Bienestar **funcionarían "bajo el cuidado de una madre comunitaria** si es Hogar Comunitario Familiar o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria quienes deben tener 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." (Artículo 5º literal c *ibídem*). (Negrilla fuera del texto).

Para el funcionamiento de dichos hogares comunitarios reiteró que recibirían una beca que "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." (Artículo 4º del Acuerdo 21 de 1996). (Negrilla fuera del texto).

Al respecto de la vinculación de las madres comunitarias, el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995²⁹ dispuso que la vinculación de estas "... así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de "Hogares de

²⁷ "Por el cual se dictan procedimientos para el desarrollo del programa hogares comunitarios de bienestar"

²⁸ Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar

²⁹ "Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar."

Bienestar", mediante su trabajo solidario, **constituye contribución voluntaria**, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; **por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participan.**" (Negrilla fuera del texto).

Adicionalmente, la citada norma también 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". (Artículo 5º literal i *ibídem*). (Negrilla fuera del texto).

En relación con la seguridad social de las madres comunitarias, la Ley 509 de 1999³⁰ modificado por la Ley 1023 de 2006³¹, en su artículo 1º dispuso que estas "...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. En cuanto a los aportes indicó que cotizarían mensualmente "...al Sistema General de Seguridad Social en Salud un valor equivalente al cuatro por ciento (4%) de la suma que reciben por concepto de bonificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar."³²

Por su parte la Ley 1187 de 2008³³, en su artículo 2º precisó 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."

³⁰ "Por la cual se disponen unos beneficios en favor de las Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional."

³¹ "Por la cual se vincula el núcleo familiar de las madres comunitarias al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones."

³² "PARÁGRAFO. Las Organizaciones Administradoras del Programa Hogares de Bienestar recaudarán las sumas citadas, mediante la retención y giro del porcentaje descrito, a la Entidad Promotora de Salud, EPS, escogida por la Madre Comunitaria, dentro de la oportunidad prevista por la Ley para el pago de las cotizaciones."

³³ "Por la cual se adiciona un parágrafo 2º al artículo 2º de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones"

En materia pensional la Ley 1450 de 2011³⁴ dispuso a favor de las madres comunitarias i) el acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la Ley 797 de 2003, cuando dejaran de ostentar tal calidad y no reunieran los requisitos para pensionarse o no fueron beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos (BEPS) del régimen subsidiado en pensiones (artículo 164) y ii) que la bonificación que se les reconoce tendría durante las vigencias 2012, 2013 y 2014 un incremento correspondiente al doble del IPC publicado por el DANE (artículo 165).

Adicionalmente, estableció el beneficio del ajuste del cálculo actuarial de las cotizaciones a aquellas madres comunitarias que hubieran adquirido dicha condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008 y no tuvieran acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante este periodo (artículo 166).

Posteriormente en sede de tutela la situación jurídica de las madres comunitarias, fue analizada por la Corte Constitucional en sentencia T-628 de 2012 ³⁵ quien *"consideró que las normas que regulan la situación de las madres comunitarias establecen un **"régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente..."***. Además *"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.**"*

Debido a esa discriminación contra la mujer, ordenó en sede de tutela 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..."***.

En atención a lo anterior, se expidió la Ley 1607 de 2012³⁶, que en su artículo 36 abordó la necesidad de equiparar la beca otorgada a las madres comunitarias a un SMLMV, en los siguientes términos:

"Durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca

³⁴ "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014."

³⁵ Sentencia T-628 del 10 de agosto de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto.

³⁶ "Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones."

equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas.

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

La anterior disposición fue reglamentada por el Decreto 289 de 2014³⁷ que dispuso en su artículo 2º que la modalidad de vinculación laboral de las madres comunitarias sería por "contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social." Así mismo, aclaró que no tendrían la calidad de servidoras públicas, que su único empleador sería las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios a quienes prestarían sus servicios, sin que haya lugar a solidaridad patronal con el ICBF (Artículo 3º ibídem).

5. CASO CONCRETO:

La accionante solicita que le sean reconocidos los emolumentos salariales y prestacionales dejados de cancelar desde su vinculación como madre comunitaria a la fecha, precisando que pretende que por esta vía se reconozca los aportes a pensión.

De acuerdo a lo pretendido y conforme a lo expuesto en precedencia, se advierte que la presente acción cumple con los siguientes requisitos generales de procedencia, esto es:

- **Legitimación en la causa por activa:** Con el escrito introductorio se allegó poder conferido por la accionante para interponer la presente acción.

³⁷ Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones.

- **Legitimación en la causa por pasiva:** En la sentencia T-480 de 2016, se precisó que es el ICBF quien cuenta con la aptitud legal para ser "llamado a responder por el presunto desconocimiento de los derechos fundamentales invocados".
- **Trascendencia iusfundamental del asunto:** Resulta relevante el presente asunto, como quiera que la accionante pretende la defensa de sus derechos laborales e integra un grupo de personas cuyas garantías en materia de trabajo no han sido debidamente aplicadas.

Respecto del **principio de inmediatez** como requisito de procedibilidad, la Corte Constitucional ha señalado que la interposición de la tutela debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados. En la citada sentencia³⁸ se señaló en relación con el pago de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social que **"por ser un asunto acumulado donde se solicita el reconocimiento y pago de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social, dicho reclamo puede efectuarse en cualquier tiempo, debido al carácter imprescriptible del derecho pensional involucrado (pensión de vejez) y por tratarse de una presunta afectación actual y continua de los derechos invocados por las 106 madres comunitarias, especialmente frente al derecho fundamental a la seguridad social."**

No obstante, a juicio del Despacho, **no se abordó el tema de inmediatez frente a las pretensiones relacionadas con salarios y demás prestaciones sociales**, frente a los cuales es posible desvirtuar la inminencia de la protección constitucional, considerando los siguientes aspectos:

(i) "Si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y, el día en que el derecho de acción se ejerció mediante la formulación de la acción de tutela³⁹; y/o

(ii) Si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo tutelar."

³⁸ T-480 de 2016

³⁹ Ver, entre otros, los Fallos T-135 de 2015 y T-291 de 2016.

Así es que desde la fecha de vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, como madres comunitarias, ellas recibieron el pago mensual de una suma de dinero denominada "beca" por sus servicios prestados y fue por virtud del Decreto 0289 de 2014 "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones", que "a partir del 1 de febrero de 2014 se igualó al monto de un salario mínimo mensual legal vigente"⁴⁰; por lo que en este momento la accionante tuvo certeza del supuesto desmedro salarial y prestacional que venía soportando. Por tanto, no es de recibo para el Despacho que habiendo transcurrido más de 3 años desde el momento en que varió la remuneración salarial, se alegue la inminencia de la afectación invocada, pues ante un eventual perjuicio irremediable debió presentar la acción constitucional de manera inmediata. Al respecto, señaló la Corte Constitucional:

"La inmediatez, la cual refiere que la tutela debe ser ejercida en un término prudencial, "con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios y/o amenazantes de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional"⁴¹.

La Corte ha establecido que es procedente reconocer el pago de acreencias laborales y prestaciones sociales, "cuando (i) se logre probar la existencia de un perjuicio irremediable que torne ineficaz o no idóneo el mecanismo ordinario de defensa judicial; y (ii) que se pruebe sumariamente la titularidad de los derechos reclamados"⁴². En estos casos, se ha señalado que debe ser evidente la situación de urgencia e inminencia del daño de quien alega el perjuicio irremediable por la afectación a su mínimo vital; situación que en el presente caso fue desvirtuada con el lapso que ha transcurrido desde que la interesada tuvo conocimiento de su nueva situación laboral.

Por lo anterior y concluyendo que en relación con el pago de salarios y demás prestaciones no se encuentra acreditado el requisito de inmediatez lo que conlleva que tales pretensiones resulten improcedentes en sede de tutela, el Despacho analizará el

⁴⁰ Ver T-480 de 2016.

⁴¹ Al respecto, consultar, entre otras, las Providencias SU-961 de 1999 y T-291 de 2016.

⁴² Sentencia T- 335 del 02 de junio de 2015. M.P.: Mauricio González Cuervo.

requisito de **subsidiariedad** restante, solo respecto de la pretensión de aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social.

- **Subsidiariedad:** La jurisprudencia de la Corte ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad a que no exista otro medio de defensa o que existiendo no sea expedito u oportuno o sea necesario el amparo para evitar un perjuicio irremediable. No obstante, ha flexibilizado dicho requisito en los casos en que atendiendo al examen de las circunstancias particulares, se advierte que la tutelante se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

En este punto, se procede a analizar la concurrencia de los requisitos de procedencia en los casos de las madres comunitarias. Se advierte que según consta en la certificación suscrita por la Asociación de Padres de Familia de Hogares Comunitarios de Bienestar Sector Güicán, la señora ANA LORENA FLÓREZ PRADA ostentaba la calidad de madre comunitaria, por lo que asume el Despacho que debido a su oficio la accionante es un sujeto de especial protección constitucional, toda vez que debido a la situación que atraviesan las madres se presume y concurren las siguientes 3 condiciones, a saber:

- 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"***, lo anterior tiene justificación en razón a que solo reciben por su labor una remuneración denominada "beca" que no puede tomarse como un salario, y debido a esa desigualdad el legislador dispuso de forma transitoria la formalización de la vinculación laboral de las madres comunitarias⁴³ lo cual no ha concluido.
- ii) "Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente"***; lo anterior debido

⁴³ Ley 1607 de 2012. "Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones." (...) ARTÍCULO 36. Durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas. La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa. Las madres sustitutas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del 2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes.

a que el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar fue concebido como una estrategia del Gobierno Nacional dirigida atender a la población infantil perteneciente a los sectores de extrema pobreza del país⁴⁴, labor la cual es ejercida por las madres comunitarias⁴⁵ en su respectiva población.

iii) "Pertener a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo"; lo anterior obedece a que la labor desempeñada por las madres comunitarias por muchos años ha estado desprovista de las garantías que ofrece la legislación laboral, entre otros, trabajo igual salario igual, primacía de la realidad sobre las formalidades, pues solo hasta con la expedición de la Ley 1607 de 2012⁴⁶ y el Decreto 289 de 2014⁴⁷ se está tratando de llevar a cabo de forma gradual igualar la beca a un SMLMV o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa, y de reglamentar y poner en marcha la formalización laboral la cual aún no ha concluido.

Ahora bien explicado lo anterior, es necesario analizar si además concurre una de las siguientes condiciones que han sido consideradas como determinantes para la procedencia de acción en atención al principio de subsidiariedad, a saber:

i) "Hallarse en el estatus personal de la tercera edad"; De acuerdo con lo señalado en la sentencia T-480 de 2016, es considerado persona de la tercera edad o adulto mayor conforme a la Ley 1276 de 2009, quién encontrándose en nivel I o II del SISBEN, además "cuenta con sesenta (60) años de edad o más" o "siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen".

⁴⁴ "Acuerdo 021 de 1989 "Por el cual se dictan procedimientos para el desarrollo del programa hogares comunitarios de bienestar". (...) ARTÍCULO PRIMERO. <Ver Notas de Vigencia> El programa Hogares Comunitarios de Bienestar es un conjunto de acciones del Estado y de la comunidad, encaminado a propiciar el desarrollo sicosocial, físico y moral de los niños menores de siete (7) años pertenecientes a los sectores de extrema pobreza, mediante el estímulo y apoyo a su proceso de socialización y el mejoramiento de la nutrición y de las condiciones de vida. Está dirigido a fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, con su trabajo solidario y el de la comunidad en general."

⁴⁵ "Ibídem (...) ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. Cada Hogar Comunitario de Bienestar funcionará bajo el cuidado de una madre comunitaria, y cada día una madre o un familiar de los niños que asistan al mismo, debe participar con la madre comunitaria en las actividades que desarrolle con los menores."

⁴⁶ "Por la cual se expiden normas en materia tributaria Gy se dictan otras disposiciones."

⁴⁷ "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones."

Sobre el particular se encuentra acreditado que la accionante se encuentra inscrita en el SISBEN con un puntaje asignado de 8.12 (fl. 71), que de conformidad con lo previsto en la Resolución 3778 de 2011⁴⁸, en concordancia con el documento CONPES 117 de 2008⁴⁹, equivale a que se encuentra ubicada en nivel 1 del SISBEN. Además, según se desprende del registro civil de nacimiento y de su cédula de ciudadanía vista a folios 13 y 14 del expediente, a la fecha tiene 28 años de edad, por lo que no se satisface esta condición, tal como lo advirtió la entidad demandada en su contestación.

ii) **"Afrontar un mal estado de salud"**: No obra en el expediente prueba alguna que evidencie que la accionante padece de alguna enfermedad de consideración, por el contrario afirma en la demanda frente a su estado de salud que se encuentra "bien" (fol. 1).

En consecuencia, si bien en el presente caso se encuentran acreditados los requisitos que de manera general establece la Corte respecto de la procedencia de la acción de tutela, también lo es, que no se encuentran acreditados ninguno de los anteriores dos requisitos y por ende la existencia de un perjuicio irremediable para el estudio de la acción constitucional en el caso de madres comunitarias, por lo que resulta improcedente a través de esta acción constitucional reemplazar los mecanismos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico para declarar la existencia de una relación laboral, pues no se satisface el principio de subsidiariedad ni tampoco el de inmediatez como señaló en renglones anteriores, por lo que es del caso negar por improcedente el amparo solicitado, lo cual guarda coherencia con lo decidido recientemente por el Tribunal Administrativo de Boyacá⁵⁰ en un caso similar al que aquí nos ocupa.

Finalmente, se advierte a la accionante que en atención a su derecho que tiene de acceder a la administración de justicia podrá acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para reclamar lo aquí pretendido.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando

⁴⁸ Por la cual se establecen los puntos de corte del Sisbén metodología III y se dictan otras disposiciones.

⁴⁹ Por medio del cual se hace la actualización de los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios de programas sociales.

⁵⁰ Sentencia de tutela del 23 de marzo de 2017. Expediente: 15001333300220170001501. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por la ciudadana ANA LORENA FLÓREZ PRADA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En el evento de no ser objeto de impugnación esta decisión, remítase ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dejándose las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez