



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, dieciséis (16) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.-

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, interpuesta por intermedio de apoderada judicial, por la señora **ROSALBA LEAL DE BARON** en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.**, por la presunta vulneración a sus derechos y garantías fundamentales a la igualdad, mínimo vital, dignidad, seguridad social, pensión de vejez, primacía de la realidad sobre las formalidades, derecho a la salud, de sujeto de protección Especial Reforzada de la Tercera Edad¹.

I. ANTECEDENTES

1. Derechos invocados como violados.

La Señora **ROSALBA LEAL DE BARON**, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y a través de apoderada judicial, acude ante esta jurisdicción, a fin de que le sean protegidos sus derechos y garantías fundamentales a la igualdad, mínimo vital, dignidad, seguridad social, pensión de vejez, primacía de la realidad sobre las formalidades, derecho a la salud, de sujeto de protección especial reforzada de la tercera edad.

2. Hechos que dan lugar a la acción.

La apoderada señaló que la accionante cuenta con **74 años**, que se ha desempeñado como madre comunitaria dentro del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar en el Hogar denominado EL MOSCO ubicado en el municipio de Güicán (Boy.), laborando de manera personal y directa desde el 1 de noviembre de 1987 hasta el año 1995 cumpliendo a la fecha 8 años de servicio.

Aseguró que es de escasos recursos, que pertenece al nivel bajo del SISBEN, a la población de la tercera edad y contar con regular estado de salud.

Explicó que dicho Hogar Comunitario fue creado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –en adelante I.C.B.F.-, a fin de que mujeres de zonas marginales, rurales y de escasos recursos, acogieran en el seno de su hogar a los niños menores de 7 años en estado de vulneración, para que ellas impartieran de manera personal y directa especial cuidado en la protección, alimentación, amor, educación y en actividades recreativas para los niños inscritos ante ese Instituto brindándoles un ambiente hogareño para su proceso de socialización y formación psicobiológica.

Dijo que dentro de sus labores se encuentra levantarse a las 5:00 am para alista su hogar y recibir a partir de las 7:00 a.m. a los niños pertenecientes al programa, les brinda desayuno, luego les realiza las actividades de cuidado, cambio de pañal, aseo personal, preparación de refrigerios, actividades lúdicas que hacia las 12:30 m., sirven la minuta

¹ A la titular del Despacho le fue concedido permiso para ausentarse de sus labores durante el viernes 12 de mayo de 2017 por medio de la Resolución No. 0055 del 26 de abril de los corrientes suscrita por el Presidente del Tribunal Administrativo de Boyacá.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
 Accionante: ROSALBA LEAL DE BARÓN
 Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.–

ordenada por el ICBF; recogen su menaje, continúan en el periodo de la tarde cuidando los niños, desarrollando con ellos actividades lúdicas y todas las actividades que la supervisora de zona han dispuesto para ellas, que entre las 4:30 pm y las 7:00 p.m., hace entrega de los niños a sus padres y finalmente organiza muebles, hace aseo, lava la loza, tiende camas y alista el menú del día siguiente.

Señaló que dentro de dicha labor debe mensualmente diligenciar los documentos que el I.C.B.F tiene diseñados para el programa, atiende a las supervisoras, recibe los mercados, elabora su material didáctico, hace seguimiento nutricional y de salud de los niños, asiste a las reuniones y capacitaciones que esa entidad ha dispuesto para ellas concluyendo que cumple labores de ecónoma, enfermera, docente, contadora, psicóloga, recreacionista, nutricionista, aseadora, lavadora, cocinera, celadora, almacenista, entre otras; para dar cumplimiento cabal a las directrices dispuestas por el ICBF.

Adujo que como contraprestación al servicio prestado por las madres comunitarias reciben pago en especie y sumas de dinero llamadas "becas", aduciendo que este es un trabajo "voluntario" que no se ajusta a la realidad, toda vez que al ser una labor que se presta de manera personal debe ser cancelado con un salario, lo cual no ha ocurrido durante 29 años de existencia de los hogares, vulnerando los derechos fundamentales invocados.

Arguyó que la accionada ha venido engañando a la madre comunitaria en la medida que a pesar que en un primer momento pagó con mercados, después con una beca, luego con subsidios, rebajas de impuestos, lo cierto es que no reconoció prestaciones salariales atendiendo su contratación por tercerización desconociendo la existencia de la relación laboral, aun cuando se le solicitó que diera cumplimiento a la sentencia de la Corte Constitucional T 480 de 2016.

Que presentó derecho de petición a la accionada para el reconocimiento de sus derechos, frente al cual está negó dicha solicitud remitiéndose únicamente al marco normativo del programa de madres comunitarias.

Afirmó que pese a que la Corte Constitucional en sentencia T 480 de 2016, reconoció la existencia del vínculo laboral entre el ICBF y las madres comunitarias y exhortó a ese Instituto a efectuar un plan para el pago de los derechos de aquellas, ese Instituto sigue desconociendo dicha orden judicial en la cual sí se reconocieron dicho derecho a 106 madres comunitarias, como la calidad que tiene la demandante.

Consideró que es procedente esta acción constitucional a favor de la accionante dada la vulneración de sus derechos fundamentales, por el principio de inmediatez, por el estado de necesidad en que se encuentra y que es el mecanismo idóneo y principal para restablecer aquellos derechos que el ICBF viene vulnerando a aquella.

Finalmente sostuvo que el derecho al pago de aportes a pensión se puede solicitar a través de tutela dado que la seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible y por lo tanto se pueden reclamar en cualquier tiempo.

3. Objeto de la acción.

De la lectura del escrito contentivo de la acción de tutela se observa que la demandante solicita le sean protegidos sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, dignidad, seguridad social, pensión de vejez, primacía de la realidad sobre las formalidades, derecho a la salud, de sujeto de protección Especial Reforzada de la Tercera Edad, y de manera literal solicita como pretensiones las siguientes:

“ PRIMERA: Que se tutelen los derechos fundamentales al Mínimo Vital, la Dignidad Humana, la Igualdad, la Afiliación a Seguridad Social, las Cesantías y el derecho a APORTES DE PENSION dejados de cancelar LA MADRE COMUNITARIA AQUÍ TUTELANTE.(sic)

SEGUNDA. Ordenar el pago del retroactivo de todos los emolumentos salariales y prestacionales dejados de cancelar desde el día de su vinculación hasta la fecha, en favor

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
 Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
 Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.–

de mi mandante dado su estado de indefensión y vulnerabilidad en que se encuentra, y que están sido (sic) vulnerados abierta, continua y sistemáticamente por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF

TERCERA: Declarar la existencia del contrato realidad en materia laboral entre mi mandante y el ICBF" (fls. 10-11).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F. (fls 30-46).

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la accionada en cuanto a los hechos manifestó que, al primero no le consta debido a que los anexos allegados con el escrito de la presente tutela, no reposa certificación alguna que corrobore la información consignada y en cuanto a los demás indicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 7/79, el ICBF 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.

Arguye que la labor de las madres comunitarias ha sido remunerada, a través de un 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.

Expreso que la beca cancelada a la madre comunitaria llegó a ascender para los años 2008 a 2011, al 70% del salario mínimo legal mensual, de acuerdo con el horario y número de niños atendidos, con sujeción a la Ley 1187 de 2011.

Agregó que la interpretación realizada por la Corte Constitucional en Sentencia T-480 de 2016, no es pacífica, que sus efectos son inter partes, en consecuencia, no se pueden extender los efectos de la decisión a todas las madres comunitarias, aunado a que el pasado 17 de abril la sala plena de la Corte Constitucional, declaró la nulidad de dicha sentencia al considerar que contrariaba la jurisprudencia constitucional aplicable.

Sostuvo que entre la accionante y el Instituto no existe un contrato de trabajo, por cuanto El ICBF ejerce funciones de inspección y vigilancia, de lo cual no se puede inferir la existencia de una relación de subordinación de las madres comunitarias, además que la prestación personal por parte de las madres comunitarias, nunca se hace a nombre del ICBF ni en beneficio de la institución, sino de las familias a las que se les presta el servicio.

Agregó que la labor de las madres comunitarias no ha involucrado ninguna vinculación laboral con el ICBF, siendo las EAS (Entidades Administradoras del Servicio) quienes tienen la condición de único empleador, erigiéndose como trabajadoras dependientes de las mismas, y que no se debe perder de vista que no son funcionarias o empleadas del Instituto, ni siquiera contratistas, concluyendo que son nombradas y dependen de la Asociación de Padres de Familia de la cual hace parte su hogar de bienestar.

Refirió que al manifestar la madre comunitaria que existe subordinación por el hecho que se cumpla un horario no lo determina en sí, puesto que el cumplimiento de un horario, por sí solo no es suficiente para configurar la subordinación, ha dicho en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia, el cumplimiento de un horario, es tan sólo un elemento indiciario más no una prueba definitiva.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.-

Indicó que de acuerdo a las definiciones de la Corte Constitucional, en ninguna de ellas establece que por la existencia de una norma en la cual exista un horario, se determina la subordinación, en otras palabras, la Ley no es prueba de la subordinación.

Manifestó que es claro que, de esta función de inspección y vigilancia, no se puede inferir la existencia de una relación de subordinación de las madres comunitarias respecto del ICRE, pues aceptar esto sería lo mismo que decir que la Superintendencia Financiera es la empleadora de los bancos, al citar un ejemplo concreto.

En cuanto a los medios probatorios, refirió que las decisiones judiciales deben fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, para lo cual trajo a colación la sentencia T-153/11, en donde señaló: *"Si bien la acción de tutela tiene como una de sus características la informalidad, el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso"*.

Refirió el salvamento de voto de la Magistrada Doctora María Victoria Calle Correa para concluir que los contratos de aportes que celebra el ICBF, con personas naturales o jurídicas no generan relación laboral entre ellos y que dicha relación laboral se crea en virtud de la ley, pero entre el operador del servicio y el personal vinculado por éste para la prestación del mismo, por lo que no existen pruebas suficientes que conlleven a determinar la existencia de los elementos que configuran el contrato realidad.

Hizo referencia al principio de subsidiariedad o perjuicio irremediable, y a la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales en el caso de la referencia, indicando que la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver el presente asunto debido a la gran magnitud probatoria y a los términos tan cortos que tiene el Juez constitucional y la accionada para abordar con rigurosidad y detalle el mismo.

Indicó que de los hechos y los medios probatorios no se determina la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que las accionantes en las pruebas documentales aportadas señalaron *"...inicie labores en NOVIEMBRE DE 1987 (sin certificación)..."*, por lo que debe considerarse que para la citada fecha se encontraba en vigencia el artículo 25 de la Ley 100 de 1993, norma que creó el fondo de solidaridad pensional, cuyo objeto se refiere a *"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 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"*.

Arguyó que en cuanto al marco normativo citado, la afiliación de las madres comunitarias al Sistema de Seguridad Social en Pensiones la efectuaban directamente cada una de ellas y la cotización era subsidiada con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional en cuantía del 80% del valor de la cotización liquidada sobre un salario mínimo legal mensual, según lo establecen las leyes 797 de 2003 y 1187 de 2008, el restante 20% lo asumía la madre comunitaria.

Respecto del precedente judicial, dijo que éste se refiere a la sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un nuevo caso, en materia de patrones fácticos y problemas jurídicos, en las que la ratio decidendi fija una regla para resolver la controversia y sirve para solucionar un nuevo asunto.

Posteriormente, citó línea jurisprudencial de la Corte Constitucional relacionada con el contrato de aportes y la vinculación de las madres comunitarias con el ICBF, concluyendo que no existen obligaciones directas o solidarias entre el ICBF y los trabajadores de los operadores del servicio público; reiteró que los contratos por aportes que celebra el ICBF con personas vinculadas a los Hogares Infantiles no configuran relación laboral con la entidad accionada y que la misma surge es entre el operador del servicio y el personal vinculado por éste para su prestación.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
 Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
 Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.–

Analizó el régimen jurídico de las madres comunitarias para afirmar que el ICBF no es el empleador y por ende no tiene la obligación legal de realizar los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias, al tiempo que sostiene que dicho régimen se encuentra en un período de transición, en tanto, con la expedición de la Ley 1607 de 2012, se fijó que para la vigencia 2013 el valor de la beca correspondería a un salario mínimo mensual vigente y para la vigencia 2014 ordenó la formalización laboral de las madres comunitarias, por lo que son las asociaciones de padres de familia o las entidades privadas que contratan con el ICBF las responsables de contratar a las madres comunitarias.

En cuanto al régimen de pensiones, sostuvo que la ley 100 de 1993, cobija a las madres comunitarias, dijo que ellas tendrán derecho a pensión siempre y cuando cumplan con las semanas de cotización y edad y en caso de que no se hubieran afiliado o que no hubieran cotizado la totalidad de semanas tendrán la posibilidad de acceder al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, el cual es un instrumento concreto que permite la protección en la vejez de las madres comunitarias que no lograron incorporarse a los mecanismos contributivos del régimen pensional.

Alegó que el ICBF no ha incurrido en acción u omisión y que por el contrario ha actuado acatando el ordenamiento jurídico y la interpretación de los altos tribunales, por lo que si llegan a acogerse las pretensiones de la demanda se afectará gravemente el interés público y se vulnerarían los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues el presupuesto de la atención a la primera infancia deberá destinarse al pago de las órdenes de tutela.

Con base en lo expuesto solicitó al Despacho negar por improcedente la acción de tutela.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es de la esencia de la acción de tutela el procedimiento breve, sumario y antiformalista que finaliza con un fallo que expresa medidas concretas para que cese o se evite la violación de un derecho fundamental; protección que debe prestarse de inmediato, en tanto que busca evitar o superar un daño evidente, grave e irreparable.

Ahora bien, en este contexto y ante las pretensiones de la accionante deben realizarse las siguientes consideraciones:

1. Problemas jurídicos.

Corresponde resolver en primer lugar, si en el presente asunto la acción de tutela es procedente, bajo los términos del Decreto 2591 de 1991, artículo 6².

En caso de ser afirmativa la respuesta, deberá determinarse si el ICBF vulneró los derechos a la igualdad, al mínimo vital, a la dignidad, a la seguridad social, a la pensión de vejez, primacía de la realidad sobre las formalidades de la señora ROSALBA LEAL DE BARÓN, por existir en su parecer un vínculo laboral con ella, durante el tiempo comprendido entre el 1º de noviembre de 1987 a 1995, por su desempeño como madre comunitaria en el

² Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 150013333012 - 2017 - 00059 - 00
Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -I.C.B.F.-

municipio de Guicán, y que generó a su favor el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes pensionales correspondientes.

2. Tesis que se sostendrá.

Sobre el particular, debe advertirse que este despacho no amparará los derechos fundamentales reclamados, lo anterior bajo los argumentos y sub argumentos que a continuación se exponen.

3. Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia contempla la acción de tutela para que las personas puedan reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Dicha norma superior también establece que la acción constitucional en comento sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La norma superior antes referida fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, el cual, en su artículo 2º, señala que los derechos que constituyen el objeto de protección de la acción de tutela son los consagrados en la Carta Política como fundamentales, o aquellos que por su naturaleza permitan su amparo para casos concretos.

Así pues, debe decirse que en el presente caso la accionante invoca como derechos presuntamente vulnerados: el mínimo vital, dignidad humana, seguridad social, primacía de la realidad y igualdad, por lo que en principio resulta procedente su amparo por esta vía procesal.

Ahora bien, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece la procedencia de la acción de tutela, indicando que su interposición es viable contra toda **acción u omisión** de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que establece el mismo Decreto, siempre que con éstas se vulnere o amenace cualquiera de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, o que por su naturaleza se consideren como tal. Con todo, dicha disposición prevé que la procedencia de la acción de tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

De otra parte, el artículo 6º del mencionado Decreto señala las causales de improcedencia de la acción de tutela, indicando, entre otros eventos, aquellos en los cuales se presenta la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, exceptuando la situación en la cual esta acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La misma norma señala, además, que la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficiencia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

En suma, puede decirse que la acción de tutela se estructura como un mecanismo judicial que se tramita a través de un procedimiento preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos que la ley establece, al cual puede acudir solamente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable que, según la jurisprudencia nacional³, debe entenderse como un daño inminente e irreparable que por su gravedad amerita el amparo inmediato de manera transitoria.

³ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejera ponente: María Inés Ortiz Barbosa Bogotá D.C., Febrero veintiséis (26) de dos mil cuatro (2004) Radicación número 25000-27-23-000-2003-2581-01 (AC) Actor: Coomeva E.P.S. S.A. Demandado: Ministerio de la Protección Social.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
 Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
 Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.–

En el asunto bajo estudio, se alegó por la parte demandante en los hechos 5 y 6 que radicó ante la entidad accionada un derecho de petición solicitando el pago de sus salarios, prestaciones sociales y demás acreencias a las que considera tiene derecho, tal situación se corrobora con la documental allegada con el libelo demandatorio⁴ y aunque no existe prueba de que la entidad le hubiera respondido a su solicitud, de todas maneras la parte actora puede acudir a demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa el acto ficto a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011. No obstante, como se expuso en anterioridad, si la parte actora demuestra la existencia de un perjuicio irremediable o la ineficacia de ese medio de control, inmediatamente se habilita al juez para estudiar de fondo el caso concreto.

Bajo este orden de ideas, y en cuanto a la procedencia de la tutela frente a las pretensiones laborales y prestacionales en el caso de las madres comunitarias en sede de tutela, el Tribunal Administrativo de Boyacá, luego de estudiar ampliamente el contenido de la sentencia T-480 de 2016 proferida por la Corte Constitucional, extractó las siguientes reglas y sub reglas jurisprudenciales, que deben cumplirse para que proceda la acción de amparo respecto del mencionado grupo poblacional:

"De lo anotado se puede inferir que, respecto a los requisitos de:

- 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: En efecto las demandantes, desde la fecha de vinculación al programa de hogares comunitarios de bienestar ICBF, por sus servicios como madres comunitarias, recibían un pago mensual "beca" la cual fue equivalente al salario mínimo sólo desde el 1 de febrero de 2014.*
- ii) *Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente: de conformidad con el artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996, los "Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados". (Destaca la Sala). Con lo cual se enmarcan dentro de esa situación de desventaja.*
- iii) *Pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo: este elemento se encuentra relacionado con el primer aspecto, ya que, el hecho de que, hayan tenido un ingreso inferior a un salario mínimo durante tanto tiempo, ubica a las madres comunitarias en dicho grupo. Situación que perduró en el tiempo.*
- iv) *Status personal de la tercera edad: teniendo en cuenta que la Corte Constitucional, tiene en cuenta para este caso especial de madres comunitarias, la edad de 60 años o más, como grupo de la tercera edad (...)*
- v) *Afrontar un mal estado de salud: respecto de este punto, dentro del expediente no se encuentra probado que alguna de las tutelantes se encuentre con un deterioro en su salud."⁵*

Teniendo claras las pautas para determinar si el conocimiento de las pretensiones elevadas pueden ser estudiadas en sede de tutela, en el caso concreto se procederá a analizarlas una a una de la siguiente manera:

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

⁴ Derecho de petición No. E-2016-604876-1500 de 28 de noviembre de 2016 folios 13-16

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá. Magistrado Ponente Doctor Oscar Alfonso Granados Naranjo, sentencia de 01 de marzo de 2017. Acción de Tutela No. 15001-33-33-005-2017-00001-01 promovida por María Edilma González Rodríguez y otras 15 madres comunitarias contra el ICBF. Providencia reiterada en sentencia proferida por la Magistrada Calara Elisa Cifuentes Ortiz el 23 de marzo de 2017 dentro de la Acción de Tutela No. 150013333002-2017-00015-01.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
 Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
 Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.–

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 comunitarias⁶ 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 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 país⁷, labor la cual es ejercida por las madres comunitarias⁸ en su respectiva población, y **iii)** pertenecer 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 2012 y el Decreto 289 de 2014, se está tratando de llevar a cabo de forma gradual o 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.

Debe aclarar el Despacho que de acuerdo a lo explicado por la providencia referenciada, los mismos se entienden acreditados, toda vez que la entidad demandada no desvirtuó las afirmaciones de la accionante, por lo que se tendrá como cierto que la demandante efectivamente cumplía con funciones de madre comunitaria.

Resta ahora, verificar el cumplimiento de alguno de los requisitos cuarto o quinto, esto son: **iv)** status personal de la tercera edad y/o **iv)** afrontar un mal estado de salud, los cuales han sido considerados como determinantes para la procedencia de acción en atención al principio de subsidiariedad.

En cuanto al Status personal de la tercera edad, debe decirse que frente a las madres comunitarias la Corte Constitucional fijó este grupo en las personas que tengan 60 años o más. En el presente caso, se puede observar que a folio primero del plenario, en el hecho primero la parte actora manifiesta tener 74 años de edad, pues indica que nació el 26 de abril de 1942, por lo que para la fecha de presentación del medio constitucional de la referencia, esto es, el 27 de abril de 2017 (Fl.18), la actora contaba con 75 años de edad, en consecuencia cumple con el citado requisito.

En lo que respecta a su estado de salud, en el hecho primero del introductorio se afirmó "Estado de Salud: Regular" (fl. 1), no obstante y pese a que en el expediente no obra prueba fehaciente que demuestre tal situación, atendiendo la edad avanzada de la accionante, este despacho dará total credibilidad al estado de salud manifestado por la accionante.

⁶ Ley 1607 de 2012. "Por la cual se expiden normas en materia tributaria Gy 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.

⁷ 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."

⁸ "Ibidem (...) 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."

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.–

Precisado lo anterior, es evidente que se encuentra acreditado el primer examen de procedencia que prevé la Corte Constitucional, para analizar en sede de tutela y desplazar los mecanismos ordinarios previstos para ordenar el reconocimiento de ciertas prestaciones sociales en los casos de madres comunitarias.

4. Procedencia de la tutela en cuanto a la declaratoria del contrato realidad de las madres comunitarias.

Para el presente caso alejados de los conceptos de inmediatez y subsidiariedad que fueron concretados por la Corte, y que por lo mismo no han de ser tenidos en cuenta en esta acción como argumento para negar el amparo; entrará este despacho a analizar la realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, a la luz del artículo 53 de la C.P/91 y el artículo 23 del C.S.T.

El Código Sustantivo del Trabajo determina el alcance del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, al señalar que, una vez verificados los elementos esenciales de prestación personal del servicio, continuada subordinación o dependencia y salario, se entiende que existe contrato de trabajo y que éste no deja de serlo por razón del nombre o denominación que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

La primacía de la realidad sobre las formalidades es sin lugar a dudas uno de los principios constitucionales más preponderantes en materia laboral, ya que su aplicación constituye una garantía en la protección efectiva de los derechos laborales de las mujeres, cuando tales derechos han sido desconocidos por empleadores (ya sea del sector público o privado) que utilizan estrategias jurídicas encaminadas a ocultar o simular el contrato de trabajo real, a fin de evadir las verdaderas obligaciones que deberían asumir frente a las trabajadoras.

El artículo 53 de la Carta Política enlista los siguientes principios mínimos fundamentales que deben ser observados en el campo laboral: (i) igualdad de oportunidades para los trabajadores; (ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; (iii) estabilidad en el empleo; (iv) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; (v) facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; (vi) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; (vii) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; (viii) garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; y (ix) protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El aparte final del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo determina el alcance del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, al señalar que, una vez verificados los elementos esenciales de prestación personal del servicio, continuada subordinación o dependencia y salario, se entiende que existe contrato de trabajo y que éste no deja de serlo por razón del nombre o denominación que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Frente al tema la Corte Constitucional ha indicado:

"la primacía de la realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, la jurisprudencia ha sido sólida en señalar que es un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, en dicho sentido, no importa la denominación que se le de (sic) a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad".

Aunado a lo anterior, ha precisado que se denomina contrato realidad aquél que, si bien se le ha otorgado una determinada apariencia, por sus contenidos materiales realmente proyecta una verdadera relación laboral, es decir, es el resultado de lo primado de la sustancia sobre la forma.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
 Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
 Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.–

La primacía de la realidad sobre las formas también es aplicable a aquellas relaciones de trabajo de naturaleza pública. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado, en sentencia T-174 de 1997, lo siguiente:

"principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En un Estado social de derecho, fundado en el trabajo (CP art. 1), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo."

Ahora bien, para efectos de declarar la existencia de un contrato realidad en las madres comunitarias la Corte Constitucional ha indicado en sentencia T-480 de 2016, que es necesario que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 23 del CST, tales como "i). La prestación personal de una labor, entendida como aquella labor que realiza el trabajador por sí mismo"; 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 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".¹⁰ 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."¹¹

De igual forma, ha sostenido que si se comprueba el cumplimiento de los mencionados 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"¹² y podrá por tanto declararse la existencia de un contrato laboral y con ello, el reconocimiento de las prestaciones sociales¹³.

Ahora bien, es necesario analizar si en el caso que nos ocupa concurren los tres elementos que prevé el ordenamiento jurídico para que se configure la existencia de un contrato realidad, sin importar la formalidad bajo la cual se configuró, pues debe verificarse la situación real en que se encuentra el trabajador respecto del empleador, la realidad de los hechos y las situaciones objetivas y subjetivas surgidas entre estos.

Considera el Despacho que la prestación personal de una labor, en el caso que nos ocupa no se acreditó pues no obra prueba alguna en el expediente que así lo corrobore, que si bien se aduce en la demanda que "ha dedicado su vida a desarrollar el programa DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR FAMILIAR, en el hogar denominado EL MOSCO, ubicado en el Municipio de GUICAN laborando de manera personal y directa desde 01-11-87 y hasta 1995 cumpliendo a la fecha 8 años. Tiempo de servicio de manera personal" (fl. 1), también es cierto que dichas afirmaciones no pueden tenerse por ciertas y suficientes para acreditar este requisito, máxime cuando el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar solo fue legalmente implementado con la entrada en vigencia de la Ley 89 del 29 de diciembre de 1988, además de que la labor de las madres comunitarias, al igual que el programa fue posteriormente reglamentado con el Acuerdo 21 de 1996 para efectos de su organización y funcionamiento.

Adicionalmente, tampoco puede suplirse este requisito con las normas que regulan la labor de las madres comunitarias, por el hecho de que el artículo 11 del Acuerdo 21 de 1989 indique 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.", como quiera que para poder determinar si existe o no una relación laboral y dar aplicación al

⁹ Ver T-480 de 2016 y T-018 de 2016.

¹⁰ Ver T-018 de 2016.

¹¹ Ibídem.

¹² Fallo T-616 de 2012.

¹³ Ver T-335 de 2015.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00059 – 00
 Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
 Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F.–

principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es necesario tal como advirtió la Corte Constitucional: "*orientarse por la situación fáctica concreta en que se desarrolló la labor y no por la regulación o denominación formal que estas le hayan otorgado al vínculo.*"¹⁴.

No pasa por alto el despacho que en el auto admisorio se solicitó a la entidad demandada que allegara el expediente administrativo de la demandante, sin embargo, la entidad refirió no tenerlo en su poder por cuanto no ha existido un vínculo laboral con la accionante y no cuenta con un software que contenga dicha información, de tal suerte que no es posible dar aplicación al principio de veracidad consagrado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, pues en todo caso, se emitió respuesta frente al informe solicitado.

Específicamente en materia probatoria, el despacho comparte el criterio adoptado por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia proferida el 7 de abril de 2017, con ponencia del Doctor FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA, donde, en un caso de similares contornos al que hoy ocupa la atención del despacho, se hizo referencia a la carga probatoria que recae en la parte demandante, en materia de acciones de tutela relacionadas con el contrato realidad, y a la imposibilidad de aplicar el principio de veracidad cuando la entidad da contestación, señalando textualmente lo siguiente:

El artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 consagra respecto de la presunción de veracidad que:

"Artículo 20. Presunción de veracidad. Sí el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa."

Contrario a lo preceptuado en la disposición transcrita, en el presente asunto la entidad accionada allegó informe sobre los hechos objeto de la tutela (Fis. 15-36), en los que discutió o controvertió algunos supuestos fácticos expuestos por la actora, entre ellos, los siguientes:

Después de realizar el anterior cuadro comparativo, la Sala estima que no es cierto que la entidad haya callado o guardado silencio acerca de los supuestos fácticos o se haya sustraído sin razón alguna de la orden impartida por el A quo para evadir la obligación de allegar la documentación que se le requirió, contrario sensu, esgrimió las razones por las cuales no podía expedir los certificados solicitados, al igual mencionó que las madres comunitarias podrían dirigir sus reclamaciones a las asociaciones donde se encontraban inscritas a fin de obtener dicha información, debido a que en sus archivos no reposaba ese tipo de documentos.

De esa manera, no se puede atribuirle exclusivamente en cabeza de la demandada la carga de la prueba con el simple argumento de que le corresponde desvirtuar el dicho de la actora al invertirse la prueba, además no puede desconocerse que para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, le incumbe al interesado hacer uso de todos los medios de prueba necesarios para acreditar la concurrencia de los elementos esenciales del contrato laboral, tal como lo indicó el Consejo de Estado², así:

"..se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta,; requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,. Para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

¹⁴ Sentencia T-018 de 2016.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 - 2017 - 00059 - 00
 Accionante: ROSALBA LEAL DE BARON
 Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -I.C.B.F.-

De tal manera, que aun cuando a partir de la normatividad que regula el programa de madres comunitarias puede advertirse que a la accionante se le exigió la prestación personal de un servicio y recibía una beca como contraprestación de dicha labor, no existe dentro de la plenaria prueba concreta de los extremos temporales de la relación contractual entre la actora y el ICBF o la cooperativa o asociación a la que hubiese estado vinculada. Del mismo modo, no se encuentra en el expediente documento alguno que acredite la relación de dependencia u subordinación de la que era presuntamente objeto en su condición de madre comunitaria.

Ahora bien, vale resaltar que inclusive cuando la tutela tiene un trámite o procedimiento preferente y sumario y está excluido de todo tipo de formalidad o técnica jurídica, no puede ser ajena a que el interesado ejerza una activa tarea probatoria, menos cuando la tutelante no manifestó que haya solicitado la documentación pertinente a la demandada para demostrar su supuesto y esta haya sido negada.

si bien el juez de tutela cuenta con amplias potestades inquisitivas para recopilar todas las pruebas necesarias a fin de adoptar una decisión que proteja los derechos fundamentales amenazados, cierto es que no puede coaccionar a la entidad a que acepte con la expedición de los certificados un hecho que se encuentra en discusión; por lo tanto, la demandante debía acudir a otros medios o mecanismos probatorios para probar la relación laboral que aparentemente había sostenido con el ICBF; sin embargo, solo adjuntó el carnet que la acreditaba como madre comunitaria, elemento probatorio que para la Sala resulta insuficiente para demostrar los 3 presupuestos del contrato de trabajo".

Entonces, conforme a lo expuesto por la Honorable Corporación, al no encontrarse acreditada la prestación personal de la labor por no haberse demostrado tiempo de servicios efectivamente laborado por la accionante, ya que no existe prueba sumaria que así lo evidencie, el Despacho se abstendrá del estudio de los dos elementos restantes, tales como remuneración y subordinación, los cuales deben concurrir para la existencia de un contrato realidad, así las cosas se negará el amparo de los derechos fundamentales solicitados por la accionante.

Por lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

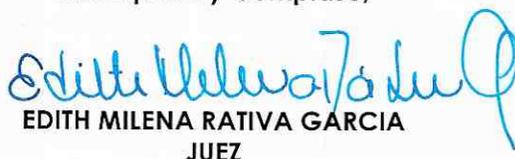
PRIMERO.- NEGAR la acción de tutela instaurada por **ROSALBA LEAL DE BARON** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF"**, de conformidad con la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO.- Para los efectos de notificación de las partes procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, a través de la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja.

TERCERO.- La presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) siguientes a su notificación.

CUARTO.- Ordenar que en el evento de no ser impugnada la decisión, se remita el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
 JUEZ