

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 022

Audiencia número: 263

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificadorio del artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación formulado contra la sentencia número 115 del 21 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por MARIA NELLY LOPEZ DE ORTIZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.

AUTO NUMERO: 835

Reconocer personería a la abogada MARIA SARA SALAS GARCIA, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.094.940.452, con tarjeta profesional número 268.713 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF., de conformidad con el memorial poder aportado de manera virtual.



Igualmente, se reconoce RECONOCER personería a la doctora YOLANDA HERRERA MURGEITTIO, identificada con la cédula de ciudadanía número 31.271.414, con tarjeta profesional número 180.706 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES.

ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de SANDRA PATRICIA RODRIGUEZ NUÑEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 665.772.780, abogada con tarjeta profesional número 256635 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

La anterior decisión quedará notificada con la sentencia que a continuación se profiere.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La mandataria judicial de la actora, al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, reitera las pretensiones de la demanda, argumentando además, que si bien las madres comunitaria adscritas al ICBF no ostentan la calidad de empleados, ni generan vínculo laboral, pero se les brinda la posibilidad y el derecho a acceder a un beneficio pensional con relación a sus aportes, citando para ello precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, pero que a la fecha ICBF no ha normalizado los aportes que corresponden a la actora que le permiten adquirir el derecho pensional.

De otro lado, la apoderada del ICBF, afirma que entre esa entidad y la actora no ha existido relación laboral, aceptando que la señora María Nelly López fue madre comunitaria, que ello es una contribución voluntaria, un servicio a la comunidad, sin que se configuren los elementos del contrato de trabajo y por lo tanto no hay fundamento para acceder a las pretensiones de la demanda.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0232



Pretende la demandante que se declare que estuvo vinculada laboralmente con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, desde el 15 de mayo de 1993 al 04 de enero de 2016, desempeñando el cargo de Madre Comunitaria. Por lo anterior, se condene a esa entidad a pagar el cálculo actuarial a COLPENSIONES, que corresponde al período del 15 de mayo de 1993 al 30 de septiembre de 1996, para que sea sumado en la historia laboral.

Solicita, además, que se declare que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se le concede la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Además, le sean reconocidos los intereses moratorios o la indexación.

En sustento de esas pretensiones anuncia la actora que nació el 30 de agosto de 1950, que desde el 15 de mayo de 1993 al 04 de enero de 2016 tuvo como único empleador al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF., desempeñándose como Madre Comunitaria, que por su labor recibió: “bonificación, remuneración, sueldo o salario”.

Que la demandante a través del régimen subsidiado de pensiones asumió el pago de los aportes desde el 01 de octubre de 1996, faltando los aportes desde el 15 de mayo de 1993 al 30 de septiembre de 1996, cuya obligación está en cabeza del ICBF.

Que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, pero ésta le fue negada a través de la Resolución 105482 del 2010, al considerar que no acredita el número de semanas que exige la Ley 797 de 2003.

Que la actora continuó asumiendo el pago de aportes hasta el 31 de septiembre de 2016, en contravía de su derecho más que satisfecho, encontrándose ICBF en mora de los aportes en el período antes enunciado.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF por medio de apoderado judicial da respuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, anunciando que el Sistema de Bienestar Familiar fue creado a través de la Ley 7 de 1979, como un servicio público a cargo



del Estado, dirigido a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país; y se hizo a través de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, denominado contrato de aportes. Expresando que no ha existido vínculo laboral con la demandante debido a que las personas vinculadas laboralmente con ICBF son empleados públicos, que son de carrera administrativa o de libre nombramiento y remisión y que cumplen con las funciones que desarrolla y la ubicación del empleo en la planta de personal. Haciendo un recuento normativo y jurisprudencial sobre el funcionamiento de la entidad e la inexistencia del contrato realidad.

Formula las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de un contrato laboral entre la demandante y el ICBF, imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo, inexistencia o falta de causa para demandar, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad pensional, prescripción, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES a través de mandataria judicial expone que, de acuerdo con la historia laboral, no se evidencia cotizaciones para el año 1993 y que las realizadas a través de los hogares comunitarios del ICBF datan del año 2014 a 2016 y de acuerdo con las pretensiones, la solicitud del cálculo actuarial correspondería al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y no hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez por falta de requisitos legales. En su defensa formula las excepciones de innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, carencia del derecho y prescripción

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió mediante sentencia en donde la juez de instancia absolvió a COLPENSIONES e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF de todas las pretensiones. Al considerar que la labor de la actora se hizo a través de la Asociación de Padres de Familia, mediante un contrato de aportes, regido por la Ley 80 de 1993, por lo tanto, que no se demostró por ningún medio probatorio la existencia de la relación de trabajo de la demandante y el ICBF. Citando como fundamento la sentencia SU 79 de 2018, donde esa Corporación hizo un pronunciamiento unificado sobre las madres comunitarias, donde



consideró que con el ICBF no se estructuró relación laboral con las madres comunitarias porque la ley y la jurisprudencia no prevé la existencia de ese vínculo.

En relación con la petición del reconocimiento de la pensión de vejez, establece que la actora, de acuerdo con la historia laboral, se afilió al sistema pensional desde el año 1996, por lo tanto, su reclamo está regido por la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que es aplicable porque la última cotización es del año 2016. Pero no acredita el número de semanas que exige la ley, porque sólo acumula 878.02 semanas, número inferior, porque debía acreditar 1300 semanas.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte actora formula el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de esa providencia, argumentando para tal fin, que si bien la Corte Constitucional en la sentencia SU 079 de 2018, donde se dice que no existe vínculo laboral de las madres comunitaria y el ICBF, pero no se desconoció dentro de ese pronunciamiento los aportes a la seguridad social. Se ha visto como esa entidad demandada ha solicitado cálculo actuarial para el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, por lo tanto, solicita que el ICBF debe pagar ese cálculo actuarial en los términos solicitados para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen de transición.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme los argumentos expuestos en el recurso de alzada, observa esta Sala de Decisión que los problemas jurídicos a resolver son: **i)** determinar si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debe asumir los aportes a pensión a favor de la demandante, y como consecuencia de lo anterior, **ii)** se analizará si la demandante resulta beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para ello, la reforma que sobre el particular estableció el Acto Legislativo No. 01 de 2005, **iii)** y en caso afirmativo, determinar si cuenta con los requisitos para acceder a la prestación de vejez contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 y su Decreto aprobatorio 758 del mismo año, o en cualquier otro régimen pensional.



SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Encuentra la Sala que en el presente asunto no es materia de debate probatorio:

- La fecha de nacimiento de la actora 30 de agosto de 1950, conforme la copia de la cédula de ciudadanía, vista a folio 14 del expediente digital.
- La negativa del reconocimiento de la pensión de vejez que hizo COLPENSIONES a la demandante según Resolución SUB 196532 del 14 de septiembre de 2017, acto administrativo que hace alusión a la Resolución 105482 del 29 de julio de 2010, que le negó la pensión y la Resolución GNR 193212 del 26 de julio de 2013 que le reconoce a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma única de \$2.015.600.

Para darle solución a la controversia planteada, parte la Sala por recordar la creación de los Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, cuando se inscriben en el documento CONPES de 1986 que aprobó el plan de lucha contra la pobreza absoluta y para la generación de empleo, luego a través de la Ley 89 de 1988, se materializó ese propósito, se creó el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, donde se definen los mismos como *“aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país”*.

Luego, por medio del artículo 4 del Decreto 1340 de 1995, se estableció que el trabajo de las personas que participen en el programa de Hogares de Bienestar, es una contribución voluntaria, puesto que la obligación de asistir a los menores es de la familia y la sociedad, por lo tanto, su vinculación no constituye relación laboral con ninguna entidad. Y en el artículo 2 de ese mismo decreto, estableció que la Coordinación del programa está en cabeza de la Junta Directiva del ICBF, la cual establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento de los hogares comunitarios de bienestar y se financian con los recursos que asigna el gobierno nacional por medio del ICBF, además, con los aportes que asignen las entidades territoriales para el desarrollo del programa, así, como las cuotas de participación de los padres de



familia y los aportes de personas naturales, jurídica privadas y públicas y organismos internacionales. Imponiendo, además, que esos hogares comunitarios deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente, definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados.

La Ley 1607 de 2012, otorgó a las madres comunitarias y sustitutas una beca por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indicó que, de manera progresiva durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicara otorgarles la calidad de funcionarias públicas.

En desarrollo de la anterior disposición, se expidió el Decreto 289 de 2014 reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Así, establece el artículo 2 que *“Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante 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”*.

Del mismo modo, el artículo 3 prevé que *“las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF”*.

Al Congreso de la República, se presentó el Proyecto de Ley número 127 de 2015 Senado 277 de 2016 Cámara, por medio de la cual se establecen lineamientos para el trabajo desarrollado por las personas que prestan sus servicios en los programas de atención integral a la primera infancia y protección integral de la niñez y adolescencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), sus derechos laborales, se establecen garantías en materia de seguridad alimentaria y se dictan otras disposiciones. Dentro de esa normatividad encontramos la siguiente:

“Artículo 4º. Del vínculo contractual de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas y tutoras. La vinculación contractual de las madres comunitarias y FAMI que prestan el servicio público de atención integral a la primera infancia en los



*Programas del ICBF será de carácter laboral y se adelantará **en forma directa con el ICBF o** mediante la contratación de las organizaciones conformadas por madres comunitarias, madres sustitutas, tutoras y FAMI. En todo caso, se deberá garantizar su vinculación con vocación de estabilidad laboral y contrato a término indefinido, garantizando todas las prestaciones sociales y de seguridad social a las que tienen derecho.*

Su remuneración no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente o proporcional al tiempo de dedicación al programa.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar descontará y pagará los aportes a seguridad social y prestaciones sociales a favor de las madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales sin que ello genere relación laboral alguna con la entidad retenedora.

(...)

Este proyecto de ley ante las objeciones presidenciales, llegó a la Corte Constitucional y mediante sentencia C -110 de 2019, la guardiana de la Constitución declaró fundada la objeción formulada por el Gobierno Nacional contra el artículo 4º parcial del proyecto de ley bajo examen. En consecuencia, declara la inconstitucionalidad de la expresión “*en forma directa con el ICBF o*” de la referida disposición. Indica el pronunciamiento de la Corte Constitucional que la impugnación, presentada por el Ejecutivo, era ante el desconocimiento el artículo 154 de la Constitución dado que las medidas legislativas relativas a la determinación de la estructura de la administración nacional son de iniciativa exclusiva del Gobierno. Presentado como motivación:

“La Corte concluyó que la habilitación general para que una entidad del orden nacional establezca vínculos laborales y permanentes con las madres comunitarias y FAMI constituye una modificación sustancial de la estructura de la administración nacional por varias razones:

- (i) tendría un impacto significativo en la gestión, organización y administración del ICBF;*
- (ii) atribuye al ICBF, de hecho, una nueva función bajo su responsabilidad directa que no tiene capacidad de atender;*
- (iii) se trata de una reforma del régimen jurídico vigente en materia de vinculación de las madres comunitarias y sustitutas¹ en los programas promovidos por el ICBF. Igualmente, en segundo lugar,*

¹ Sobre la naturaleza del régimen aplicable puede consultarse, por ejemplo, la sentencia SU079 de 2018.



(iv) constituye un régimen contractual que, además de ser permanente, implicaría un impacto trascendental en la configuración y desarrollo de los diferentes programas a cargo de esa entidad. La vinculación laboral de las madres comunitarias y las madres FAMI

(v) incidiría significativamente en la estructura de la administración nacional teniendo en cuenta que, según información aportada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las primeras se acercan a un número de 44.563 al paso que las segundas corresponden a 9.632. Constituye entonces, de implementarse,

(vi) una transformación que se refleja en la parte estática de la administración nacional a través de la modificación del régimen laboral del ICBF mediante la inserción de nuevo personal.

(vii) la medida comporta una forma atípica de acceso al empleo público distinta a las previstas en el artículo 123 de la Constitución², puesto que supone que las personas que “prestan el servicio público de atención integral a la primera infancia en los Programas del ICBF” serán contratadas laboralmente a término indefinido, figura que se contempla en el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo y que tratándose de entidades públicas solo se aplica a trabajadores oficiales, sin que ello haya sido objeto de precisión por parte del proyecto de ley. Cabe indicar que el ICBF es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio³ y se compone principalmente de empleados públicos, a los cuales se adicionarían, mediante contratos de trabajo, un significativo número de personas. Finalmente,

(viii) dada la naturaleza del ICBF, su actividad contractual se encuentra sujeta al Estatuto General de la Contratación Estatal⁴, no estando prevista, hasta el momento, la vinculación de personal en los términos fijados en el artículo cuestionado⁵”.

Además, en la sentencia C -110 de 2019, la Corte Constitucional ordenó devolver a la Presidencia de la Cámara de Representantes el expediente legislativo con el fin de que trámite a la subsanación del vicio de procedimiento identificado a partir del cuarto debate en la plenaria de dicha cámara legislativa.

Nuevamente se pronuncia la Corte Constitucional en sentencia C 451 de 2020, que corresponde a las objeciones del mismo proyecto de ley, una vez subsanado, declarando que

² “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

³ Creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979. Mediante Decreto No. 4156 de 2011 fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

⁴ Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015), Ley 1474 de 2011, Decreto 019 de 2012, entre otras.

⁵ Ver *supra* num. 37.



la en la reelaboración del proyecto ley número 127 de 2015 Senado, 277 de 2016 Cámara, en relación con el artículo 4º del mismo, el Congreso vulneró lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 167 de la Constitución Política. En consecuencia, declara INEXEQUIBLE el artículo 4º del proyecto de ley.

De acuerdo con el recuento normativo, la vinculación laboral de las madres comunitarias se da a partir del 12 de febrero de 2014, con la expedición del Decreto 289, porque como se citó el Decreto 1340 de 1995, claramente estableció que la vinculación de las madres comunitarias en dicho programa *“no implica relación laboral”*.

Pero aparte de las sentencias de constitucionalidad citadas, que declararon inexecutable el articulado que permitía la declaratoria del contrato laboral como empleador directo el Instituto Colombiano de Bienestar Familia, la Corte Constitucional, se ha pronunciado en las siguientes sentencias:

1. T-269 de 1995 y SU 224 de 1998, en la que la Guardiana de la Constitución sostuvo que el ICBF nunca ostentó la calidad de empleado, que la vinculación fue de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el I.C.B.F.; consensual, puesto que no requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada. Posición que fue pacífica, expuestas entre otras en pronunciamientos del 2000 (T-668, T-990, T-1081, T-1117, T-1173, T-1605 y T-1674 de 2000, T-158, T-159 y T-1029 de 2001), que refirieron a las particularidades del vínculo entre las madres comunitarias y el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, reiterando que era de carácter contractual civil.

2. Con la T-628 de 2012, se modifica la jurisprudencia, al sostenerse que la relación entre las madres comunitarias y el ICBF tenían un régimen jurídico intermedio entre el



trabajo subordinado e independiente. En este sentido expuso: *“Las características dadas a esta actividad por las normas legales y reglamentarias vigentes denotan que es una forma de trabajo que, aunque en principio no es subordinado y no genera relación laboral, sí permite a las personas que la ejercen dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales.”*

3. A través de la T- 478 de 2013, expone que el sistema legal relacionado con las madres comunitarias se encontraba en *“un período de transición”*, puesto que en el año 2014 debía transitar del régimen jurídico intermedio al de una relación laboral *“por la que devengarán un salario mínimo legal vigente”*.

4. Situación particular se dio en la sentencia T- 480 de 2016 donde se analizaron los casos de 106 madres comunitarias que consideraron vulnerados sus derechos por no pagarles los aportes para pensión entre el momento en que se vincularon y el 31 de enero de 2014. En esa ocasión la Guardiana de la Constitución sostuvo que entre ICBF y las accionantes, madres comunitarias, si existió contrato de trabajo realidad desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, toda vez que en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, como garantía de la protección efectiva de los derechos que reclamaban las accionantes, se encontraron reunidos los tres elementos esenciales del contrato de trabajo.

5. Posteriormente, en Auto 186 de 2017, la Sala Plena declaró la nulidad parcial de la sentencia antes citada, al considerar que se estructuró la causal denominada cambio de jurisprudencia, en tanto se desconoció la sentencia SU 224 de 1998 sobre la inexistencia del contrato laboral en las relaciones de las madres comunitarias y el ICBF, la cual constituía la jurisprudencia en vigor, sin que se hubiera cumplido con la carga de justificar el apartamiento de la misma. Pero la Corte mantuvo el amparo respecto de los derechos fundamentales a la



dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital de las accionantes, a fin de que se realicen los aportes faltantes al sistema de seguridad social, con el propósito de permitirles acceder a una pensión. Ordenando al ICBF adelantar el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de las accionantes *“los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madre comunitaria, a efecto de que obtenga su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este auto”*. Pero aclaró que el amparo no puede extenderse respecto del derecho al trabajo invocado por las demandantes, en la medida que como se ha dicho no se acreditó la existencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

En consecuencia, con la declaratoria de nulidad parcial se suprimieron las siguientes declaraciones: 1. El amparo del derecho fundamental al trabajo, 2. La declaratoria del contrato de trabajo realidad entre el ICBF y las demandantes, 3. El trámite administrativo para el reconocimiento de acreencias laborales y 4. Exhorto al ICBF para la promoción e implementación de medidas idóneas y eficientes para la efectividad de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

6. A través del Auto 217 de 2017 la Corte Constitucional se ocupó de resolver las solicitudes de nulidad presentadas por el Consorcio Colombia Mayor de 2013 y el Ministerio del Trabajo contra el Auto 186 de 2017, considerando las entidades citadas que los yerros que motivan esa petición, se generaban en la indebida integración del contradictorio, falta de notificación, desconocimiento del principio de sostenibilidad fiscal y vulneración del principio de congruencia, reproches que atendió la Gardiana de la Constitución, considerando que el Auto 186 de 2017 desbordó el deber legal que le ha sido impuesto al referido fondo, en relación con el valor a asumir como subsidio de los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias; declarando la nulidad parcial del Auto 186 de 2017, a través del Auto 546 de 2018.

7. En la sentencia SU 079 de 2018, indicó que las madres comunitarias en calidad de titulares del derecho a la seguridad social, eran responsables de su vinculación y



permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan o modifican, providencia en donde también concluyó que: *“...con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional.”*

8. SU 273 del 19 de junio de 2019, dicha Corporación expresó que la legislación frente al derecho a la seguridad social de las madres comunitarias y sustitutas ha variado de la siguiente manera:

“(i) antes del cambio de Constitución y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no estaban obligadas a cotizar.

(ii) a partir de la Ley 100 de 1993, fueron vinculadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, por lo que tenían derecho a la atención en salud, pero no al reconocimiento de las prestaciones económicas.

(iii) con la Ley 509 de 1999, son vinculadas al sistema en el régimen contributivo mediante un subsidio a la cotización, adquiriendo así, las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo. Y

(iv) a través de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014 deben cotizar como trabajadoras sujetas al régimen del Código Sustantivo del Trabajo.”

Ahora bien, retornando la pretensión del reconocimiento de la pensión de vejez, es necesario dilucidar la existencia o no de la relación laboral, dado que esa prestación está relacionada con el trabajo, bien se de manera dependiente o independiente. Para ello, partimos de la documental allegada con la demanda y que hace parte del expediente digital, a folios 19, que



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL**

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA NELLY LOPEZ DE ORTIZ
VS. COLPENSIONES e ICBF
RAD. 76-001-31-05-002-2018-00003-01

corresponde a una certificación expedida por el Representante Legal de los Hogares Comunitarios de Bienestar Familia Manuela Beltrán 3., en la que informa que la señora NELLY LOPEZ, trabajó en la Asociación Manuela Beltrán 3 desde el 15 de mayo de 1993 al 04 de enero de 2016 desempeñando su trabajo como madre comunitaria. Documento que traemos a esta providencia:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA NELLY LOPEZ DE ORTIZ
VS. COLPENSIONES e ICBF
RAD. 76-001-31-05-002-2018-00003-01



HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR FAMILIAR

MANUELA BELTRAN 3

REPRESENTACION LEGAL NIT 800209439-0

A QUIEN PUEDA INTERESAR

Que la señora NELLY LOPEZ Identificada con CC 31.249.445 de Cali, trabajo en la Asociacion Manuela Beltrán 3 desde el 15 de Mayo de 1993 hasta el 04 de Enero de 2016 desempeñando su trabajo como madre comunitaria responsablemente.

Cualquier información adicional comunicarse al teléfono 4233055 o al correo asmmanuela3@hotmail.com.

Atentamente,


Yurisan Sánchez C
YURISAN SANCHEZ CORTEZ
Representante Legal



Con la anterior prueba, la parte actora cumplió con su deber de acreditar la prestación del servicio como madre comunitaria. Por consiguientes, en atención al artículo 24 del CST o artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, se presume que toda actividad laboral fue precedida de una relación de trabajo, correspondía a la parte demandada, en este caso al ICBF, desvirtuar esa presunción y por el contrario, ese documento no fue desconocido por a la parte pasiva y al haberse desempeñado la actora como Madre Comunitaria, cumplió uno de los objetivos del ICBF, como es la atención a la población infantil (Ley 89 de 1988).

Precisado lo anterior lo que sigue es desentrañar qué función cumplen las madres comunitarias en relación con el ICBF y de acuerdo con la Ley 89 de 1988, ellas apoyan a los padres de familia en la atención y cuidado de sus descendientes en las poblaciones más vulnerables del país; sin que se pueda por ello calificar que la labor es de mantenimiento o construcción de obras civiles, por lo tanto, tendría la calidad de empleada pública y no sería esta jurisdicción la competente, por lo tanto, sólo nos limitaremos al estudio de la pretensión de la pensión de vejez.

Si bien, de acuerdo con parte del recuento normativo y jurisprudencial, citado en esta providencia, el legislador no previó la existencia de un contrato laboral para las madres comunitarias, sólo con la Ley 1607 de 2012, en su artículo 36 estableció que durante el transcurso del año 2013 se otorgaría a las madres comunitarias una beca equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y dispuso que para el año 2014 todas las madres comunitarias estarían formalizadas laboralmente y devengarían un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al programa.

A través del Decreto 289 de 2014, se desarrolló el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, disponiendo que las madres comunitarias se vincularán laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Al retomar la certificación laboral, permite a la Sala concluir que la actividad desplegada por la demandante como madre comunitaria lo ha sido desde el año 1992 a 2012, y si bien, sólo se reglamenta la vinculación para esta clase de oficio, a través de contrato laboral, en el año 2012, el que se hace realidad con el Decreto 289 de 2014., Observándose que en el curso



de la historia, a la madre comunitaria se le ha menoscabado su labor, al desconocérsele derechos laborales. Así lo precisó la Magistrada de la Corte Constitucional, Dra. Diana Fajardo Rivera, en el salvamento de voto que hizo a la sentencia SU 273 de 2019, cuyo aparte citamos:

“Por ello, la importancia del trabajo de estas personas, invisibilizado en muchas ocasiones, no puede admitir el desamparo estatal. Todo lo contrario. Observar que la función de las madres comunitarias ha sido imprescindible para fortalecer la sociedad obliga a que la misma sea institucionalmente atendida y protegida de forma inmediata. Esto es aún más significativo cuando se tiene en cuenta que, en el centro del asunto, está la educación y la preservación de los intereses de los menores de edad, como parte estructural de los caminos que conducirán a la superación de los ciclos de pobreza, así como de las violencias que, históricamente, han convivido en Colombia.

De esta forma, aun cuando encuentro importante esclarecer la naturaleza de la relación jurídica entre las accionantes y el ICBF, de lo cual ya se ha ocupado esta Corte en otras ocasiones, la tarea esencial de la Sala, en este momento, radicaba en encontrar un remedio constitucionalmente adecuado para enfrentar la desprotección constitucional en el que las madres comunitarias se encuentran, elemento que echo de menos en la Sentencia SU-273 de 2019. Reitero, entonces, mi desacuerdo con la respuesta negativa dada a las madres comunitarias, especialmente porque otras propuestas, más razonables y justas, fueron puestas en consideración y descartadas, sin mayor reflexión, por parte de la mayoría. En este punto, resalto alternativas sugeridas durante el debate agotado al interior de la Sala Plena, tales como declarar ineficaz la exclusión del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión de 67 de las 106 actoras, que reúnen las exigencias legales para acceder a una pensión mínima de vejez.”

“(....)”

“En el caso concreto, considero que, a pesar de que a través de los años ha habido una evolución normativa tendiente a proteger los derechos de las madres comunitarias, las normas que en un principio regularon la labor realizada por las accionantes responden a, por lo menos, dos estereotipos de género, cuyas consecuencias negativas aún se siguen dando. El primero sugiere que el rol de cuidado es una característica inherente a la mujer, no representa un trabajo para ella y, en consecuencia, no debe ser remunerado. El segundo hace referencia a que las mujeres deben comportarse siempre de forma solidaria, y estar dispuestas a ayudar a los demás miembros de la sociedad de forma desinteresada, sin considerar que se trata de un verdadero trabajo.

2.6. Por tanto, el contexto jurídico en el que se circunscribe la situación de las demandantes ha hecho que, por años, las madres comunitarias deban soportar cargas que no les corresponden, como lo es trabajar sin recibir una remuneración digna ni prestaciones sociales, lo que a su vez les ha impedido asegurar sus contingencias pensionales. Todo esto, bajo el argumento de que se trata de una expresión de solidaridad, propia de una madre, comportamiento que



se ha exigido históricamente a las mujeres, y que resulta natural a los ojos de la mayoría. Reitero, entonces, que la Corte debió, en ejercicio de su compromiso constitucional por evitar las formas de diferenciación arbitraria, visibilizar este escenario de discriminación contra las mujeres, mantenido en el tiempo, y tomar las medidas necesarias para eliminarlo, así como buscar alternativas para lograr la reparación de los perjuicios causados.

3. La sentencia representa un retroceso y desconoce el estado actual de protección jurídica a las madres comunitarias

3.1. Por otra parte, considero que la Sala no atendió a la evolución histórica que se ha dado sobre la protección jurídica de las madres comunitarias. La Sentencia SU-273 de 2019⁶ surgió en un contexto normativo en el que se ha logrado el reconocimiento de la titularidad del derecho a la seguridad social de las madres comunitarias, tanto a nivel constitucional como legislativo e internacional. Por consiguiente, adoptar decisiones como las de la presente providencia, la cual negó la posibilidad de que las madres accedan a una prestación de naturaleza pensional, es entorpecer el desarrollo del mencionado derecho, y desconocer la prohibición de regresividad en materia de protección de derechos fundamentales. En este punto, es importante resaltar que en el año 2016, en ejercicio de la función de control de efectividad de las normas internacionales del trabajo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT emitió un Comentario en el que se refirió a la situación de las madres comunitarias, y pidió al Gobierno de Colombia informar sobre los avances realizados en esta materia, así como tomar las medidas para garantizar la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres.⁷ (negrillas fuera del texto)

La Sala comparte las consideraciones expuestas en el salvamento de voto, porque históricamente a la mujer madre comunitaria ha sido discriminado su trabajo al servicio de niños de escasos recursos, no se calificado como un contrato laboral, sino como un gesto de solidaridad de esa madre comunitaria a quien la normatividad jurídica le da un trato insolidario, calificando la vinculación con denominaciones diferentes al contrato laboral, omitiendo el propio artículo 53 de la Constitución Política, esto es, la primacía de la realidad, siempre interponiendo justificaciones, como las que se han visto en el recuento normativo tratando esa relación como civil, luego cuando se quiso declarar el contrato de trabajo directamente con el ICBF, el gobierno se escuda en la modificación de la estructura del Estado y en el principio de sostenibilidad del sistema, omitiendo el derecho fundamental a la seguridad social de quienes por décadas han dedicado el servicio a favor de la niñez desamparada. Razón por la cual, la Sala se aparte de las sentencias de unificación: SU 079 de 2018 y SU 273 de 2019, máxime que son pronunciamientos posteriores a la presentación

⁶ M.P. Carlos Bernal Pulido.

⁷ Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2016, Publicación: 106ª reunión CIT (2017) Convenio sobre igualdad de remuneración.



de la demanda, 23 de septiembre de 2015 (fl. 38); además, de darse aplicación con efectos *ex tunc* a las sentencias de la Corte Constitucional, se estaría contrariando lo dispuesto como norma general en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, que establece lo opuesto, esto es, que las mismas solo producen efectos *ex nunc* o hacia futuro.

Por consiguiente, para esa Sala de Decisión, si existió una relación laboral entre la demandante y ICBF, que se quiere utilizar las asociaciones como intermediarias, pero desde la creación, mediante la Ley 89 de 1988, cuando se implementa los Hogares Comunitarios de Bienestar, cuya finalidad siempre ha sido la cuidar a los niños asignados a esos hogares, alimentarlos, organizar y realizar actividades pedagógicas, estar al tanto de la salud, e higiene personal de los infantes, por lo tanto, quien siempre ha tenido la calidad de empleador es INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, porque el servicio prestado por la actora, cumple el objetivo social de esa entidad.

Igualmente, se ha legislado sobre los aportes a la seguridad social que corresponde a las madres comunitarias. Para ello, la Sala trae a colación la sentencia SU 078 de 2018, y la T-175 de 2019, donde la Guardiana de la Constitución, recuerda que *“la seguridad social es el derecho que tienen las personas que contraen o han mantenido una relación laboral, y sus beneficiarios, para demandar una protección apropiada de su empleador por ser titular de las prestaciones laborales.”*

Se expide la Ley 100 de 1993, que crea el fondo de solidaridad pensional, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, y dentro de los objetivos de ese fondo, está el de 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, entre los que cita a las madres comunitarias (art. 25)

Con la Ley 509 de 1999 se dispone unos beneficios a favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social, sin importar la edad, ellas serían beneficiarias de un apoyo en el aporte de cotización al régimen general de pensiones con cargo al fondo de solidaridad pensional que ascendía al 80% del total de la cotización, siempre que lleve al menos un año de actividades y mientras estuvieran realizándolas.



La Ley 797 de 2003, modificó el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, disponiendo que serán afiliados al Sistema General de Pensiones en forma obligatoria todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopte, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones económicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

A su turno el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció entre otras que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrá en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se pueden conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

A través de la Ley 1023 de 2006, se modificó la forma de afiliación de las madres comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del ICBF que traía la Ley 509 de 1999 y dispuso que se afiliarán junto con su grupo familiar al régimen contributivo, con las mismas prestaciones asistenciales y económicas y la obligación de pagar una cotización mensual.

La Ley 1187 de 2008 en su artículo 2 dispuso que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiaría los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003 cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional – Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido. Estableciendo el artículo 4 que la bonificación mensual de las madres comunitarias se incrementaría al 70% del salario mínimo legal mensual vigente a partir de enero de 2008, sin perjuicio de los posteriores incrementos que se realicen. Al respecto, en materia de aportes parafiscales en pensión, el único beneficio que contemplaba la normatividad para las madres comunitarias y sustitutas está



previsto en el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008, el cual solo consagró un subsidio a la cotización pensional.

Luego la Ley 1450 de 2011, se dispuso que las personas que dejen de ser madres comunitarias y no cumplan con los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos del régimen subsidiado de pensiones y por tanto reúnan las condiciones para acceder a la misma, tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional, y el ICBF efectuará la identificación de posibles beneficiarias a este subsidio. Y las madres comunitarias que adquirieron por primera vez esa calidad entre el 29 de enero de 2003 al 14 de abril de 2008, y por lo tanto no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante ese período, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones, bajo el entendido que dicha suma cubrirá exclusivamente las semanas en las cuales las madres comunitarias hubiesen desarrollado su actividad en el período mencionado y siempre y cuando detecten esa condición en la actualidad, de acuerdo con la certificación que al respecto expida el ICBF.

De acuerdo con el recuento normativo y jurisprudencial, corresponderá al ICBF como ex empleador de la actora, responder por el cálculo actuarial reclamado, que corresponde a los primeros años de vinculación de la actora a esa entidad, porque la promotora de esta acción de conformidad con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, siempre debió ser una cotizante obligatoria del sistema, cuya afiliación está en cabeza del empleador, artículo 20 de la misma ley.

Veamos ahora, si le asiste el derecho pensional a la actora.

PENSION DE VEJEZ

Régimen de transición

Como requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que, a la entrada en vigencia de esa ley, 01 de



abril de 1994, se debe tener 35 años o más de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados.

Descendiendo al caso que nos ocupa, al haber nacido la demandante el 30 de agosto de 1950, encuentra la Sala que, al momento de entrar la aplicación de la ley de seguridad social, ésta tenía 43 años de edad cumplidos, por lo tanto, en principio acredita uno de los requisitos exigidos en la norma en comento para ser beneficiaria del régimen de transición y con ello analizar los presupuestos para la pensión de conformidad con la norma anterior a la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, debe aclararse que la vigencia del régimen de transición, consagrado en el referido artículo 36 de la Ley 100, éste fue limitado a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, no obstante, las personas que causen el derecho a la pensión de vejez con posterioridad a dicha calenda, deberán acreditar a la entrada en vigencia de aquella reforma constitucional -25 de julio de 2005-, 750 o más de semanas cotizadas, para que se les extienda el derecho a ser beneficiario de dicho régimen hasta el año 2014.

Para otorgarse el derecho pensional como beneficiaria del régimen de transición, se debe atender el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que se requiere para el caso de los hombres acreditar 60 años de edad y 55 años para el caso de las mujeres y 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Veamos entonces si el anterior régimen pensional resulta aplicable a la demandante, por ser en principio beneficiaria del régimen de transición, como bien se estudió con anterioridad.

Efectuado el conteo de semanas cotizadas por la demandante, reflejadas en el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedida y actualizada por COLPENSIONES al 08 de junio de 2018 y que milita en la carpeta administrativa que hace parte del expediente digital, se evidencia que ésta sufragó de forma interrumpida desde el 01 de octubre de 1996 al 31 de enero de 2016 un total de 874.57



Al declararse como empleador al ICBF, correspondía a ésta el pago de la afiliación total de la seguridad social como está establecido en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, la Sala hace el conteo de tiempo cotizado.

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	TOTAL DIAS	SEMANAS TODA LA VIDA LABORAL	SEMANAS A LOS 55 AÑOS 30/08/05	SEMANAS 20 ULTIMOS AÑOS	AL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	OBSERVACION
MARIA NELLY LOPEZ DE	15/05/1993	30/09/1996	1215	173,57	173,57	173,57	173,57	Faltante
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/10/1996	31/12/1996	90	12,86	12,86	12,86	12,86	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/01/1997	31/12/1997	360	51,43	51,43	51,43	51,43	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/01/1998	31/12/1998	360	51,43	51,43	51,43	51,43	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/01/1999	30/03/1999	90	12,86	12,86	12,86	12,86	HL
	1/04/1999	31/05/1999	60	8,57	8,57	8,57	8,57	Faltante
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/06/1999	31/12/1999	210	30,00	30,00	30,00	30,00	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/01/2000	31/12/2000	360	51,43	51,43	51,43	51,43	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/01/2001	31/12/2001	360	51,43	51,43	51,43	51,43	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/01/2002	31/12/2002	360	51,43	51,43	51,43	51,43	HL
	1/01/2002	31/01/2002	30	4,29	4,29	4,29	4,29	Faltante
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/02/2003	31/01/2004	360	51,43	51,43	51,43	51,43	HL
LOPEZ MARIA NELLY	1/02/2004	28/02/2004	30	4,29	4,29	4,29	4,29	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/03/2004	30/04/2004	60	8,57	8,57	8,57	8,57	HL
	1/05/2004	31/05/2004	30	4,29	4,29	4,29	4,29	Faltante
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/06/2004	31/01/2005	240	34,29	34,29	34,29	34,29	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/02/2005	30/03/2005	60	8,57	8,57	8,57	8,57	HL
	1/04/2005	30/04/2005	30	4,29	4,29	4,29	4,29	Faltante
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/05/2005	25/07/2005	85	12,14	12,14	12,14	12,14	HL
	26/07/2005	30/08/2005	35	5,00	5,00	5,00		HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/09/2005	30/01/2006	150	21,43	0,00	0,00	0,00	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/02/2006	31/01/2007	360	51,43	0,00	0,00	0,00	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/02/2007	31/01/2008	360	51,43	0,00	0,00	0,00	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/02/2008	31/01/2009	360	51,43	0,00	0,00	0,00	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/02/2009	31/01/2010	360	51,43	0,00	0,00	0,00	HL
LOPEZ DEORTIZ MARIA	1/02/2010	31/03/2010	60	8,57	0,00	0,00	0,00	HL
	1/04/2010	30/11/2010	239	34,14	0,00	0,00	0,00	Faltante
LOPEZ DEORTIZ MARIA	1/12/2010	31/12/2010	30	4,29	0,00	0,00	0,00	HL
	1/01/2011	31/01/2011	30	4,29			0,00	faltante
LOPEZ DEORTIZ MARIA	1/02/2011	31/01/2012	360	51,43	0,00	0,00	0,00	HL
LOPEZ DEORTIZ MARIA	1/02/2012	28/02/2012	30	4,29	0,00	0,00	0,00	HL
	1/03/2012	31/10/2012	243	34,71			0,00	faltante
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/11/2012	31/12/2012	60	8,57	0,00	0,00	0,00	HL
MARIA NELLY LOPEZ DE	1/01/2013	31/03/2013	90	12,86	0,00	0,00	0,00	HL
LOPEZ DEORTIZ MARIA	1/04/2013	31/05/2013	60	8,57	0,00	0,00	0,00	HL
LOPEZ DEORTIZ MARIA	1/06/2013	31/07/2013	60	8,57	0,00	0,00	0,00	HL
	1/08/2013	30/08/2013	30	4,29			0,00	faltante
LOPEZ DEORTIZ MARIA	1/09/2013	30/09/2013	30	4,29	0,00	0,00	0,00	HL
	1/10/2013	31/01/2014	120	17,14			0,00	faltante
ASOCIACION DE HOGARE	1/02/2014	31/12/2014	330	47,14	0,00	0,00	0,00	HL
ASOCIACION DE HOGARE	1/01/2015	31/01/2015	30	4,29	0,00	0,00	0,00	HL
ASOCIACION DE HOGARE	1/02/2015	31/12/2015	330	47,14	0,00	0,00	0,00	HL
ASOCIACION DE HOGARE	1/01/2016	31/01/2016	30	4,29	0,00	0,00	0,00	HL
			8177	1168,14	632,14	632,14	627,14	

De acuerdo con el anterior conteo de semanas, incluyendo todo el tiempo laborado, cuyos extremos se toman de la certificación laboral, esto es del 15 de mayo de 1993 al 04 de enero de 2016 se concluye:



1. Que al haber nacido la demandante el 30 de agosto de 1950, los 55 años para pensionarse como beneficiaria del régimen de transición los cumplió el mismo día y mes del año 2005, data para la cual tenía 632 semanas cotizadas
2. Como beneficiaria del régimen de transición debe acreditar 500 semanas en los últimos 20 años, o sea del 30 de agosto de 1985 al 30 de agosto de 2005, acreditando 632 semanas,
3. La vigencia del régimen de transición fue limitado a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, y como quiera que la actora cumplió la edad en el 2005 y tiene a esa data más de las 750 semanas cotizadas, le da derecho a la pensión de vejez.

1994

De acuerdo con la certificación laboral, la actora presta sus servicios a los hogares de Bienestar Familiar hasta el 04 de enero de 2016, **pero el 29 de julio de 2010**, le negaron a la actora el derecho a la pensión, tal como lo indica la Resolución SUB 196532 del 14 de septiembre de 2017, que hace parte de los documentos que están en la carpeta administrativa y en los anexos de la demanda, y por ello ella sigue cotizando, como independiente, porque de acuerdo con la historia laboral solo a partir del mes de febrero de 2014, los aportes al sistema de seguridad social se hacen a través de la Asociación de Hogares. Por lo tanto, para el año 2010, la demandante ya tenía acreditados los requisitos pensionales, razón por la cual se declarará que el derecho pensional surge a partir del 30 de agosto de 2005, data en que se cumple la edad de 55 años y se tiene más de 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores a esa edad, como lo establece el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, norma aplicable a la demandante como beneficiaria del régimen de transición.

La entidad demandada formuló la excepción de prescripción, encontrando que al tratarse de una prestación de tracto sucesivo y reclamarse nuevamente el reconocimiento de la pensión el 13 de junio de 2017, como está anotado en la parte considerativa de la Resolución SUB 196532 del 14 de septiembre de 2017, que hace parte de los documentos que están en la carpeta administrativa y en los anexos de la demanda, se observa que ésta fue presentada el 19 de diciembre de 2017 (fl. 1), Por consiguiente, el derecho surge desde el 30 de agosto de 2005 a la fecha de la reclamación administrativa, es claro que transcurrió más de 3 años,



razón por la cual, se declarará probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto a las mesadas pensionales causadas antes del 13 de junio de 2014.

En cuanto al valor de la mesada pensional, está se fijará en el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, porque sobre el valor de éste la actora realizó las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, como se observa en la historia laboral que hace parte de los documentos incorporados a la carpeta administrativa y en atención al artículo 35 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe fijar mesadas pensionales en suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Se reconocerán dos mesadas adicionales anuales porque el derecho pensional surge desde el año 2005, y el Acto Legislativo 01 de 2005 que suprime una mesada adicional tuvo aplicación a partir del 2011 cuanto el valor de ésta sea igual al salario mínimo legal mensual vigente.

Por concepto de retroactivo pensional se reconocerá desde el 13 de junio de 2014, es decir, por ese mes corresponde 18 días y una suma igual por la adicional, por lo tanto, se reconocerá 06 días y una mesada más, generando un valor a cancelar por la suma de \$89.592.112, de acuerdo con las siguientes operaciones matemáticas, incluidas las dos mesadas adicionales anuales.

AÑO	MESADA		INCREMENTO
2.014	616.000,00	06 días+8 mesadas	5.051.200,00
2.015	644.350,00	14	9.020.900,00
2.016	689.454,00	14	9.652.356,00
2.017	737.717,00	14	10.328.038,00
2.018	781.242,00	14	10.937.388,00
2.019	828.116,00	14	11.593.624,00
2.020	877.803,00	14	12.289.242,00
2.021	908.526,00	14	12.719.364,00
2.022	1.000.000,00	8	8.000.000,00
total			89.592.112,00

Se autoriza a COLPENSIONES que del valor del retroactivo pensional salvo lo que corresponde por mesadas adicionales, haga el descuento por concepto de aportes en salud,



como lo dispone el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida a la demandante, debidamente indexada.

Corresponderá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adelantar todas las diligencias que sean necesarias ante el Fondo de Solidaridad Pensional, a fin de que esa entidad cancele a COLPENSIONES el cálculo actuarial de conformidad con el Decreto 605 de 2013. Sin que pueda la entidad de seguridad social dejar de cancelar la mesada pensional a la actora mientras se surta ese trámite administrativo.

El cálculo actuarial que corresponde a los siguientes períodos: 15 de mayo de 1993 al 30 de septiembre de 1996, el 01 de abril de 1999 al 31 de mayo de 1999, el mes de enero de 2002, el mes de mayo de 2004, el mes de abril de 2005 y del mes de abril a noviembre de 2010.

Si bien, hay períodos contabilizados posterior al otorgamiento de la pensión, esas semanas no tienen incidencia porque se ha concedido la prestación a partir del julio de 2010, dada en que acredita el cumplimiento de la edad y semanas cotizadas, más el ánimo de pensionarse, razón por la cual solicitó el reconocimiento de esa pensión

En relación con los intereses moratorios, se concederán éstos a partir de la ejecutoria de la sentencia, mientras llega ésta, el retroactivo pensional causado, será cancelado debidamente indexado, dado que la negación al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES no ha sido de manera caprichosa, sino que se ha fundamentado en las semanas cotizadas, debiendo, como se indicó en líneas anteriores, adelantar las diligencias para el pago del cálculo pensional de los períodos que no aparecen en la historia laboral y de conformidad con la certificación laboral.

En cuanto a las demás excepciones propuestas por la parte demandada, de acuerdo con las consideraciones vertidas en precedencia, están llamadas a no prosperar.

Bajo las anteriores consideraciones se revocará la sentencia de primera instancia; habiéndose realizado el análisis de los argumentos expuestos por las apoderadas de las partes en los alegatos de conclusión.



Costas en ambas instancias a cargo del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y a favor de la promotora del litigio. Fíjense como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia número 115 del 21 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, 2 objeto de apelación, para en su lugar:

1. Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto a las mesadas pensionales causadas antes del 13 de junio de 2014.
2. Declarar que la señora MARIA NELLY LOPEZ DE ORTIZ prestó sus servicios como madre comunitaria al servicio del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en el período correspondiente a 15 de mayo de 1993 al 04 de enero de 2016.
3. DECLARAR que la señora MARIA NELLY LOPEZ DE ORTIZ tiene derecho a la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como beneficiaria del régimen de transición, derecho que se causó el 30 de agosto de 2005.
4. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora MARIA NELLY LOPEZ DE ORTIZ, a partir del 13 de junio de 2014, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, a razón de 14 mesadas anuales, cuyo retroactivo pensional con corte al 30 de julio de 2022, corresponde a la suma de \$89.592.112, debiendo COLPENSIONES seguir cancelando la mesada pensional a partir del mes



de agosto de 2022, en suma igual al salario mínimo legal mensual vigente y dos mesadas adicionales anuales.

5. ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a realizar las diligencias que sean necesarias ante el Fondo de Solidaridad Pensional, a fin de que esa entidad cancele a COLPENSIONES el cálculo actuarial de conformidad con el Decreto 605 de 2013. Sin que pueda la entidad de seguridad social dejar de cancelar la mesada pensional a la actora mientras se surta ese trámite administrativo.
6. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a la señora MARIA NELLY LOPEZ DE ORTIZ el retroactivo pensional causado hasta la ejecutoria de la sentencia debidamente indexado y de ahí en adelante reconocerá y cancelará los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
7. AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES que del valor del retroactivo pensional, salvo a lo que corresponde a mesadas adicionales, realice el descuento por concepto de aportes a la seguridad social en salud, de conformidad con el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, los que deben ser transferidos a la EPS a la que se encuentre vinculada o se vincule la actora. E igualmente descontará el valor indexado que corresponde a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida a la actora.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y a favor de la promotora del litigio. Fíjense como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: MARIA NELLY LOPEZ DE ORTIZ
APODERADA: SANDRA PATRICIA ARIAS GUTIERREZ
sparias@holguinabogados.com



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

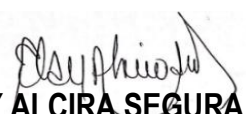
ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA NELLY LOPEZ DE ORTIZ
VS. COLPENSIONES e ICBF
RAD. 76-001-31-05-002-2018-00003-01

DEMANDADOS.
COLPENSIONES
APODERADA: SANDRA PATRICIA RODRIGUEZ NUÑEZ
srabogados1@gmail.com

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
APODERADA: MARIA SARA SALAS GARCIA
maria.salasg@icbf.gov.co

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella
intervinieron

Los Magistrados


ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 002-2018-00003-01