

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTES	FLOR ANGELA SALDARRIAGA DE SALDARRIAGA
DEMANDADOS	EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y COLPENSIONES.
RADICADO	05001-31-05-021-2018-00383-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA – FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA EN MATERIA LABORAL; RELACIÓN LABORAL CON ASOCIACION NO VINCULADA AL PROCESO – SOLIDARIDAD DEL ICBF - CÁLCULO ACTUARIAL; PENSIÓN DE VEJEZ.
DECISIÓN	Confirma

*Medellín, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022)*

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, previo el traslado de rigor, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **FLOR ANGELA SALDARRIAGA DE SALDARRIAGA** contra **EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF –** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de

lo que se dejó constancia en el **ACTA No 046**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

## **I. – ASUNTO**

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 14 de diciembre de 2021.

## **II. – HECHOS DE LA DEMANDA**

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, lo siguiente: La accionante nació el 25 de enero de 1953, por lo que a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social contaba con más de 35 años de edad siendo entonces beneficiaria del régimen de transición pensional; que cumplió 55 años de edad el 25 de enero de 2008; inició su vinculación al ISS. hoy COLPENSIONES el día 01 de junio de 1995, reportándose en su historia laboral un total de 510.43 semanas; lo anterior, teniendo en cuenta varios periodos que se encuentran en mora por parte del empleador, o sin cotizaciones; que laboró al servicio del ICBF, como madre comunitaria en la ASOCIACION SUEÑOS INFANTILES No. 2, por el periodo comprendido entre el 02 de mayo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2006, periodo que totaliza 18 años y 8 meses que equivalen a 960.06 semanas, cifra con la cual acredita con creces más de 500 semanas laboradas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 12 del decreto 758 de 1990.

Señala el introductorio que el horario de trabajo de la demandante era de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., con una hora de descanso, y que las directrices laborales eran dadas por el ICBF a través de los representantes legales de la Asociación, ya que aquella era quien determinaba las pautas para la vinculación de las madres comunitarias, indicaban quienes podían prestar este servicio, ejercían poder disciplinario y disponían de su salario, pagadero a título de BECAS; que la asociación en mención le fue otorgada personería jurídica por

el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR mediante resolución No. 3416 del 03 de agosto de 1989 para el Municipio de Bello - Antioquia, como entidad sin ánimo de lucro, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Que no obstante lo anterior, y ser la demandante una trabajadora del ICBF, solo fue afiliada al RPMPD en el año 1995 a través del fondo de solidaridad pensional y se le hicieron aportes pero de manera interrumpida, vulnerando así su derecho a la pensión de vejez, en contravía de lo dispuesto en el convenio 111 de la OIT; que el tema de las madres comunitarias es de una alta sensibilidad social, al punto que ha evolucionado su tratamiento desde la estipulación legal que descartaba la existencia de una relación laboral de estas, la posterior regulación legal que establecía su vinculación mediante contrato de trabajo a partir del año 2012, hasta la ficción legal consagrada en la sentencia T480 de 2016 en la cual se declaró la existencia de una relación laboral conforme el artículo 23 del CST entre las madres comunitarias y el ICBF, razón por la cual esta vinculación deberá ser tenida como la de un trabajador oficial.

Indica la demanda que la actora, en vista que el ICBF no realizó el pago de los aportes a la seguridad social de manera completa, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva la cual fue concedida a través de resolución No. 032950 de 2008; que posteriormente, en el año 2009, la actora solicitó la prestación de vejez la cual negada mediante resolución No. 022485 de 2009 en donde se le indica que no reúne los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003 y que no era viable aplicar el decreto 758 de 1990 por cuanto la actora nunca estuvo afiliada al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Que por medio de reclamación administrativa, radicada el día 28 de septiembre de 2017, solicitó el reconocimiento de las pretensiones aquí solicitadas, la cual fue resuelta de forma negativa mediante resolución SUB 264120 de 2017, acto administrativo que se encuentra en firme, por lo que se encuentra agotado el procedimiento administrativo establecido como requisito de procedibilidad para acceder a la Justicia Ordinaria, en el artículo 60 del Código de Procedimiento Laboral y Seguridad Social; que, así mismo, ante el ICBF fue radicada reclamación administrativa el día 4 de julio de 2017 en la cual fueron

solicitadas las pretensiones que por medio de esta acción se dirigen en su contra, frente a la cual emitió acto administrativo que despachó de forma negativa la solicitud efectuada aduciendo que no era posible concluir que existió una relación laboral entre la actora y esa codemandada.

### **III. – PRETENSIONES**

La acción judicial está dirigida a que se DECLARE: La aplicación directa el convenio 111 de la OIT respecto de la discriminación en materia de empleo y ocupación de la señora FLOR ANGELA SALDARRIAGA DE SALDARRIAGA, teniendo como relación laboral la surtida entre las partes entre el 02 de mayo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2006 o, en subsidio, se declare la excepción de Inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° de la CP, de las disposiciones que regulan la vinculación de las madres comunitarias relacionadas en el acápite de fundamentos, por ser contrarias el bloque de constitucionalidad, específicamente al convenio 111 de la OIT; que entre la demandante y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF- existió una relación laboral - contrato realidad- desde el día 02 de mayo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2006, estando obligada la demandada de realizar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones; la responsabilidad del ICBF en la constitución de un TÍTULO PENSIONAL, previó cálculo actuarial, a favor de la actora, respecto del tiempo comprendido entre el 02 de mayo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2006, pagadero a COLPENSIONES; que dicha tiene la obligación de recibir el título pensional generado, junto con sus intereses correspondientes y cargar dicho tiempo en la historia laboral de la actora; que a la demandante le asiste derecho al reconocimiento de la PENSION DE VEJEZ en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

Que como consecuencia de lo anterior, SE CONDENE al ICBF a la constitución de un Título Pensional, previó cálculo actuarial, pagadero a COLPENSIONES, por el periodo de ausencia de cotización a favor de la actora, respecto del tiempo comprendido entre el 02 de mayo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2006; que se ORDENE a COLPENSIONES recibir dicho título pensional y se CONDENE a esa administradora de pensiones a reconocer y

pagar la PENSION DE VEJEZ a la demandante, de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 12 del decreto 758 de 1990, junto con el retroactivo pensional causado desde el cumplimiento de los requisitos exigidos, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 o, en subsidio, la indexación de las condenas; que se condene a los demandados a las costas procesales.

#### **IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA**

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a dar respuesta en los siguientes términos:

##### **EI INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

Frente a los hechos, indicó que no le consta la edad de la demandante, así como, el cumplimiento de las condiciones necesarias por parte de ésta para ser amparada por el régimen de transición; que al ser las cotizaciones una obligación directa de la actora, deberá acreditar tales cotizaciones e inclusive explicar al despacho porque no efectuó la totalidad de las cotizaciones de los periodos en los que fungió como madre comunitaria. Citando apartes de la sentencia SU-079 de 2019, de la Corte Constitucional, resalta que las madres comunitarias se afiliaban como trabajadoras independientes y pagaban cada mes el 20% del valor de la bonificación y en el momento que la madre comunitaria realizaba dicho aporte, el Fondo de Solidaridad Pensional -FSP- subsidiaría los aportes a pensión; que en caso de que la madre no cumpliera con su aporte, el subsidio no se aplicaba, señalando que, en ese orden de ideas, era obligación de la madre comunitaria realizar el aporte. Niega que entre la actora y el ICBF haya existido una relación laboral, aclarando que, de conformidad con los contratos de aporte suscritos entre la Asociación Sueños Infantiles No. 2 y el ICBF, dentro de la independencia que se le otorga a los contratistas, se encuentra la de vincular por el plazo del contrato, al talento humano necesario, con el cumplimiento oportuno y con sujeción a la ley de todas las obligaciones de tipo laboral que se originen con la ejecución del contrato; que en ese orden de ideas, atendiendo a los contratos de aporte celebrados entre el ICBF y la

asociación referida, debe concluirse que la relación laboral que pueda existir con respecto a la actora es responsabilidad exclusiva de dicha asociación por lo que el ICBF carece entonces de conocimiento del estado de las cotizaciones de la demandante.

Insiste en que el ICBF nunca tuvo ningún tipo de relación laboral con la demandante, ni celebró con ella contrato de trabajo; que, al respecto, es preciso que se considere que la prevención y protección integral a la primera infancia es política pública del Estado Colombiano, la cual se desarrolla desde el nivel nacional, nivel territorial y que adicionalmente, se ejecuta con la participación activa de la sociedad, conforme lo dispone el artículo 44 de la Constitución Política, entre otras normas. Señala que los Hogares Comunitarios se constituyeron mediante becas que asignaba el ICBF, recursos locales para que las familias en acción mancomunada, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños y niñas de estratos sociales pobres del país, sin que los mismos constituyan salario; que no es cierto que el ICBF otorgue personería jurídica a las entidades sin ánimo de lucro con las que celebra contratos de aporte; que, sin embargo, es claro que el ICBF corrobora que dichas entidades reúnan los requisitos exigidos para velar por la protección de los niños y niñas en situación de vulnerabilidad que sean beneficiarios del servicio que se presta en los hogares comunitarios, así como verificar el cumplimiento de la normatividad que exige la ley para realizar contratos con el ICBF; acepta que la actora presentó derecho de petición ante esa entidad el 21 de julio de 2017, y que no le constan los demás hechos, y algunos no lo son.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, y propuso las siguientes excepciones de mérito, que denominó: Ausencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes; falta de legitimación en la causa por activa por inexistencia de relación laboral vinculante entre la actora y el ICBF; carencia de legitimación en la causa por pasiva; imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo; ausencia de solidaridad laboral; cobro de lo no debido.

## **COLPENSIONES**

Con relación a los hechos, manifestó no constarle la mayoría de ellos, aceptando el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la actora en el 2008, la solicitud pensional elevada por ésta y la resolución mediante la cual se negó dicha prestación en el 2009, la reclamación administrativa en el 2017, y la resolución mediante la cual se negó nuevamente la solicitud pensional. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló en su defensa las siguientes excepciones de mérito: Inexistencia de la obligación de reconocer la pensión de vejez; improcedencia de intereses de mora; inexistencia de la obligación de reconocer condena; improcedencia de la indexación; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas; compensación; y la innominada.

Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dirimió conflicto negativo de competencia, asignando el conocimiento del asunto al Juzgado veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, mediante auto del 16 de septiembre de 2020.

## **V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En audiencia pública celebrada el 14 de diciembre de 2021, el Juez de conocimiento ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de ausencia de relación laboral entre el ICBF y la actora, sin proferir condena en costas.

Indicó el a quo que en el proceso se debe determinar si entre la demandante Flor Ángela Saldarriaga y el ICBF existió una relación laboral y en caso afirmativo, en qué modalidad, los extremos temporales y la causa de la terminación, y consecuentemente, si a la demandante le asiste derecho al pago del título actuarial ante Colpensiones por parte del ICBF, y si tiene derecho a la pensión de vejez, por parte de Colpensiones, como beneficiario del régimen de transición pensional, contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y demás pretensiones planteadas.

Señaló que la tesis del despacho es que no existió la relación laboral entre la demandante y el ICBF. Hace alusión sobre los hechos que están debidamente acreditados, que se demostraron mediante los documentos aportados en el expediente y que no fueron tachados en su oportunidad legal, como la fecha de nacimiento del actor, según su registro civil de nacimiento (enero de 1953), que la demandante sí se vinculó al régimen de prestación definida administrada actualmente por Colpensiones, desde julio del 95, según copia de la historia laboral obrante en el proceso, que la demandante el 20 de octubre de 2008 solicitó a Colpensiones, en su momento al seguro social, el reconocimiento de la pensión de vejez o la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, recibiendo respuesta negativa en relación con la pensión de vejez por no cumplir con el requisito mínimo de semanas, pero reconociéndole la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de \$1'304,641, el agotamiento de la reclamación administrativa frente al ICBF el 4 de julio de 2017, y frente a Colpensiones el 28 de septiembre del 2017 según documentación obrante en el expediente, que en ambos casos recibió respuesta negativa por parte de estas entidades.

Indicó que también está acreditado que, a pesar de que el ICBF lo niega al contestar la demanda, fue el ICBF quién le reconoció personería jurídica a la Asociación de Padres “Sueños Infantiles número 2”, porque se aportó una certificación expedida por el ICBF del 13 de mayo de 2016, como también, porque lo aceptó expresamente el ICBF cuando contestó la demanda, (hecho cuarto), que dicha entidad celebró un contrato de aportes con la Asociación de Padres de Hogares del Bienestar “Sueños Infantiles número 2”, para prestar el servicio de hogares comunitarios para la prevención y protección integral a la primera infancia de escasos recursos económicos. Manifiesta, respecto de la certificación laboral obrante en el proceso, expedida por la Asociación referida, que ésta da cuenta de la existencia de una vinculación entre esa asociación y la demandante, que indica que la actora fue vinculada o que laboró al servicio de esta asociación desde el 2 de mayo del 88, al 31 de diciembre de 2006, que no le da efectos para declarar una existencia de un contrato de trabajo entre la asociación y la demandante por la sencilla razón que a este proceso no se vinculó a dicha asociación para que tuviese la oportunidad de defenderse, y porque, además entre otras cosas, parece ser que la representante legal de esa asociación debía

ser la misma demandante porque ella manifiesta que ese hogar funcionaba en su propia residencia, situación que no está clara, pero que de todos modos resulta irrelevante para resolver este litigio.

Respecto del primer problema jurídico planteado, esto es, si existió o no el contrato de trabajo entre la demandante y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, manifiesta que, para resolver ese punto, hay que acudir a las normas que regulan este tipo de relaciones laborales cuando se trata con entidades públicas, llamándola atención en el sentido que la parte demandante equivoca los argumentos jurídicos porque en la demanda hace referencia a los elementos esenciales del contrato de trabajo según lo regulado en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo porque, si se trata de un vínculo con entidades públicas no es el código sustantivo del trabajo el que regula esa situación sino el decreto 2127 de 1945, que en el artículo 2º dice cuáles son los elementos esenciales de los contratos de trabajo con las entidades públicas, que son: la actividad personal del trabajador, la dependencia del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio; que en el artículo 3º indica que una vez reunidos estos elementos se considera que existe un contrato de trabajo sin importar la denominación que se le dé (Contrato realidad), y que el artículo 20 establece una presunción señalando que se presume la existencia de ese contrato con la mera prestación personal del servicio. Refiere que estas normas tienen respaldo en la constitución política específicamente en el artículo 53 que establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, así como, en los convenios del trabajo que han sido suscritos por el Estado Colombiano, que han entrado a ser parte de la legislación y que son de obligatorio cumplimiento.

Que la parte demandante hace alusión al convenio 111, sobre la discriminación del empleo y la ocupación que fue aprobado por el estado colombiano mediante la ley 22 de 1967 y ratificado el 4 de marzo de 1969, todas estas normas con el fin de proteger el trabajo, que establecen ese principio de la primacía de la realidad o, en el caso concreto. más bien el principio del contrato realidad; que ha desprenderse en este caso, según las pretensiones de la parte demandante, que el verdadero empleador es el ICBF y no la Asociación de Padres sueños infantiles.

Resalta que, sin embargo en el caso concreto no ocurre lo que pretende la parte demandante, indicando que no son aplicables las normas que menciona, pues, dice la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de hacer un análisis minucioso del vínculo que se da entre las madres comunitarias y el ICBF; Indica que, mediante la ley 89 de 1988, el gobierno nacional implementó esos hogares comunitarios de bienestar, señalando que la sostenibilidad económica se surte a través de becas otorgadas por el ICBF a las familias, con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos, utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, protección, salud y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales menores; que ello representó un gran problema para las madres comunitarias, en su sentir, porque decían que esa palabra de becas impedía que se configurara un contrato de trabajo y poder acceder a los beneficios que representaba por supuesto la existencia de un contrato de trabajo; que entonces se presenta una demanda ante la Corte Constitucional, de inexequibilidad, en contra de esa expresión “becas”, que se resolvió mediante la sentencia C 1516 de 2000 en la que decidió no declarar la inexequibilidad de tal expresión.

Relata el a quo que, posteriormente, la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU 224 de 1998, declaró que la relación entre las madres comunitarias y los entes vinculados al programa de hogares comunitarios del bienestar es de orden contractual civil y que de allí no se desprende una vinculación de carácter laboral por no configurarse los elementos constitutivos del contrato de trabajo, siendo dicha vinculación voluntaria, una colaboración humanitaria y ciudadana que les permitirá recibir un apoyo denominado becas por parte del ICBF; que luego la Corte Constitucional emite la sentencia T 482 de 2016, resaltando que no es una sentencia de unificación, en la que se dice que sí existía un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF, pero que dicha entidad solicitó la nulidad de esa sentencia, que la Corte se dio cuenta de su error y expide el auto 186 de 2017 declarando la nulidad parcial de esa sentencia porque efectivamente hubo un cambio de jurisprudencia por parte de una sala, de una jurisprudencia que era de la Corte constitucional en pleno (Sentencia SU 224 de 1998), aunque ordena que se conserve el derecho a que se realicen los aportes al sistema de seguridad social en pensiones para las madres comunitarias para que pudiesen acceder a una pensión y le ordenó al ICBF en ese auto, adelantar

las acciones ante el Consorcio Colombia Mayor para que pagara el 100% de los aportes en favor de las madres comunitarias; que luego la Corte Constitucional emite la sentencia T 639 de 2017 en que absuelve de las pretensiones de las 88 madres comunitarias al considerar que no se ha acreditado el elemento subordinación necesario para que se configurara el contrato de trabajo, por lo menos, respecto de las vinculaciones dadas hasta el 12 de febrero de 2014, porque a partir de esa fecha se expide una norma que ya obliga a que estas madres se vinculen efectivamente mediante un contrato de trabajo; señala que en dicha sentencia se absuelve declarando que no existe subordinación y ordena el pago de los aportes conforme lo había establecido en el auto 187 de 2017, al que hizo referencia.

Aduce el fallador que otra vez comete un error gravísimo la Corte Constitucional, por lo que el Consorcio Colombia Mayor solicita la nulidad de esa sentencia porque no fue citado al proceso y le ordenaron pagar los aportes en un 100%, cuando ellos la obligación legal es pagar el 80%, y el otro 20% le correspondía a las madres comunitarias; que, ante ello, ese alto tribunal emite el auto 217 de 2018 y declara la nulidad parcial por violación del debido proceso, y ordenando que se vinculara al consorcio y al Ministerio del trabajo y expide la sentencia SU-079 de 2018, señalando que allí se resuelve todo ese complejo asunto, estableciendo que no existe obligación del fondo, a través del consorcio Colombia Mayor, de transferir aportes diferentes a los ya subsidiados, de cada uno de los accionantes que estuvieron afiliadas al programa, y mucho menos en un 100%, porque esa obligación del consorcio surgía en la medida en que esas madres comunitarias hubieran pagado porcentaje que ellas le correspondía, el 20% y que, si no lo hicieron, entonces el consorcio no tenía la obligación de pagar ese porcentaje. Que lo anterior fue reiterado en una sentencia posterior también de unificación, SU 273 de 2019, y concretamente en el auto 186 de 2017, que es donde se trata el tema del contrato realidad, la corte constitucional señala las razones por las cuales no hay un contrato de trabajo, reiterando algunos de los puntos que ya habían sido expuestos desde la sentencia inicial que mencionó, la SU-224 de 1998 que fue donde se determinó que no existía ese contrato de trabajo; que esa decisión de la corte constitucional tiene el respaldo normativo en el artículo 4° del decreto 1340 de 1995 que expresamente previó que la vinculación de las madres al aludido programa no implicaba relación laboral con

las asociaciones que para el efecto se organizaron ni con las entidades públicas que participaban en el mismo; cita también los decretos 1137 de 1994, artículo 16, 2737 de 1989, código del menor, artículo 99, el artículo 59 del código de infancia y adolescencia, ley 1098 de 2006, en igual sentido, sobre la no existencia de relación laboral. Que la Corte Constitucional descarta la posibilidad de una actitud abusiva del estado en cabeza del ICBF frente a las madres comunitarias, pretendiendo esconder bajo las figuras de las madres comunitarias y los hogares comunitarios de bienestar un verdadero contrato de trabajo; que solamente a partir del año 2014, concretamente el 12 febrero de 2014 con la expedición del decreto 2895, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del programa, quienes son su único empleador y no el ICBF; contando desde entonces con todos los derechos y garantías propias de una relación laboral

Resalta que, en este caso, la relación laboral reclamada por la parte demandante terminó mucho antes del año 2014, concluyendo que no existe un contrato de trabajo entre la demandante y el ICBF. Señala que la corte constitucional hizo su análisis, ya referido, pero sin perjuicio de que en el caso concreto se logre demostrar la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo entre esa madre comunitaria y el ICBF, por lo que considera indispensable entrar analizar las pruebas presentadas en el proceso, esto es, el interrogatorio y el testimonio, para ver si en el caso concreto se demostró esos elementos esenciales del contrato de trabajo, especialmente la subordinación por parte del ICBF hacia la demandante.

Que la demandante, en el interrogatorio que absolvió, confiesa que efectivamente no existía subordinación, pues, si bien al inicio manifiesta que tenía un empleador y que el ICBF, al preguntarle quién era esa persona que ejercía subordinación por el ICBF dice que no sabe el nombre, que no sabe quién era, y más adelante reseña que quienes daban realmente las instrucciones era una junta, la que no fue capaz de explicar cómo estaba conformada, quién la conformaba y qué papel jugaban esas personas que conformaban la junta en la relación de la demandante en el ICBF; que lo único que sabe decir con claridad es que se celebraban una reuniones mensuales, en donde ella inicialmente dice que le daban órdenes, pero después deja claro que simplemente se trataba de

instrucciones que le daba ese personal del ICBF en relación con el funcionamiento del instituto de colombiano de bienestar familiar. Resalta el a quo que él fue muy insistente en que aclarara qué tipo de órdenes e instrucciones recibía ella por esa persona del instituto colombiano de bienestar familiar, y ella habla de las reuniones, de la minuta, de la comida de los niños, lo que le tocaba día a día, que los niños fueran cumplidos, que el horario era de 8 a 4 p.m. para los niños, que ellos les daban las órdenes, que hacían las reuniones y hacían las advertencias, pero claramente no es capaz de dar una información relacionada con una verdadera subordinación o sometimiento a condiciones por parte del personal del ICBF, concluyendo que de lo que habla la demandante es de instrucciones que se tienen que cumplir en relación con el funcionamiento del hogar comunitario, que al parecer era administrado por la misma demandante, pero que de ninguna manera denota que existiera una acción subordinante por parte del personal del ICBF que permita concluir la existencia del contrato de trabajo.

Que lo mismo ocurre con la testigo que trajo la demandante, la señora María Fabiola Corrales Escobar, quien dijo que ella conocía a la demandante porque las dos trabajaban con estos hogares comunitarios; que el hogar de ella, de la declarante, era la Ardilla dorada, pero que ella no tiene ninguna idea de cómo se llamaba el hogar comunitario de la demandante Flor Ángela Saldarriaga; dijo que tenían un jefe y que el jefe era el ICBF, pero que, cuando se le pregunta quién era esa persona que la subordinaba, que era el jefe, ella dice que no sabe de jefe, y que ella se dedicaba a lo suyo; se le preguntó si tenían un jefe y dijo que el ICBF, que la junta; considera que es una declaración que es bastante confusa y que claramente no permite concluir y que existía subordinación por parte del personal vinculado directamente con el ICBF; que tampoco supo indicar como estaba conformada la junta; que al preguntarle quién era el jefe en su labor como madre comunitaria contestó que una señora de la junta daba las instrucciones que se llamaba Luz Estela Zapata. Sobre si ella recibía órdenes e instrucciones como madre comunitaria, dijo que cada mes les daban un día para explicarles todo, que eran unas reuniones mensuales que celebraban con personas del ICBF donde claramente se le daban instrucciones sobre el funcionamiento del bienestar familiar, que les decían cómo funcionaba el hogar, como tratábamos a los niños, cómo manipular los alimentos, concluyendo el fallador que en esas

reuniones mensuales con el personal del ICBF les daban instrucciones relacionadas con el funcionamiento del hogar, pero de ninguna manera implicaba la existencia de una subordinación o sometimiento al ICBF, en relación con el caso de la demandante. Señala que, si bien la testigo indicó que debía pedir permiso para ausentarse,; no manifestó que se lo tuviera que pedir al personal que estuviera vinculado directamente con el ICBF; que, igualmente, tanto la demandante como la testigo manifiestan que se les pagaba una suma, por parte del ICBF, también dicen que se la pagaba la junta, cosas que a su juicio resultan bastante confusas; que además, recibían un pago directo por parte de los padres de familia de los niños que ellas atendían, que era una suma de \$12.000 y que de esa suma se quedan ellas con ese dinero.

Indica que en el caso bajo estudio no existe ningún elemento que permita concluir que la existencia del contrato de trabajo, muy especialmente con el elemento subordinación y, además, tampoco se acreditó el elemento retribución que pueda ser considerado como salario; que en este caso ciertamente se trataba de una beca que pagaba el instituto colombiano de bienestar familiar, sin que esté claro si se la pagaba directamente a la demandante o se la entregaba a la junta y la junta a la demandante, beca que en todo caso, indica, era de apoyo para que las madres comunitarias cumplieran con esa labor voluntaria y solidaria del apoyo a sus vecinas, para cuidar los niños de escasos recursos económicos.

Llama la atención que en este caso se creó otro problema, **que estima que no es realmente un problema jurídico de este proceso**, porque el apoderado de la demandante (en sus alegaciones) sostiene que debe declararse también la solidaridad del ICBF con las obligaciones reclamadas en este proceso. Indica que, para poder declarar la solidaridad en contra del ICBF había que declarar la obligación con la Asociación de Padres Sueños Infantiles y, en segundo lugar, como señala el apoderado del ICBF, eso implica una modificación de las pretensiones de esta demanda. **Resalta que en este proceso no se pidió de ninguna manera que se condenara solidariamente al ICBF a reconocer unas obligaciones a cargo de la Asociación referida, lo que, a su juicio, sería una violación gravísima del debido proceso pretender condenar al ICBF con una pretensión que nunca fue solicitada y de la cual no tuvo oportunidad de defenderse.**

Señala que, además, aun cuando se hubiere solicitado de manera oportuna esa solidaridad, la Corte Suprema de Justicia, muy contrario a lo que señala el apoderado de la demandante en sus alegatos de conclusión, tiene establecida la manera clara y uniforme, por lo menos en las últimas sentencias, resaltando que el apoderado cita una sentencia de del 2011, que se refiere al parecer no a madres comunitarias sino de manera general a la solidaridad del beneficiario del trabajo, como dueño de la obra, en todo caso la posición actual de la Corte Suprema de Justicia es Clara en el sentido de que no existe solidaridad ante el ICBF con las obligaciones que surjan a cargo de estas asociaciones de padres de hogares de bienestar; que así lo señaló en la sentencia mencionada por el apoderado del ICBF, la SL 4430 de 2018, o en la sentencia SL 3324 de 2020, donde se indicó que no se puede predicar solidaridad del ICBF teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 127 del decreto 23 88 de 1979, que excluye expresamente la existencia de esas obligaciones a cargo del ICBF cuando se celebran los contratos de aporte.

**Aduce que no va a ahondar en esos argumentos, porque, como ya lo señaló, en este proceso no hay ninguna pretensión para que se declare la solidaridad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,** pero que se puede acudir a la sentencia mencionada, la SL 4430 de 2018, donde la Corte Suprema de justicia explica en detalle las razones por las cuales no se puede predicar solidaridad en relación con el ICBF.

## **VI. – RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el apoderado de la PARTE DEMANDANTE, en los siguientes términos:

Solicita a este tribunal que se revoque en su totalidad la sentencia y que, como consecuencia, sean reconocidas las pretensiones incoadas en la demanda

Hace alusión a lo solicitado por él en los alegatos de conclusión, en cuanto a la declaratoria de la solidaridad (Del ICBF), frente a lo cual el despacho interpretó que no era posible hacer un estudio con relación a esta postura,

teniendo en cuenta que debió haber sido solicitada en el transcurso de la demanda está posibilidad y que debía solicitarse primero el reconocimiento de una obligación por parte de la Asociación de Padres de Familia No. 2 y que, de presentarse un estudio frente a esto, se presentaría una violación al debido proceso por cuanto se vulnera el derecho de defensa del ICBF, indicando que disiente de tal postura, trayendo a colación el artículo 281 del CGP, aplicable al trámite laboral (Ar. 145 del CST), el cual lee, resaltando el inciso que indica que en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en sus alegatos de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio, estimando que, de acuerdo a dicho inciso, sí era viable por parte del despacho estudiar lo atinente a la solidaridad que existe entre la Asociación de Padres de Familia y el ICBF, por cuanto, indica, quedó como un hecho sobreviviente porque fue establecido en el transcurso de la audiencia que existió una relación laboral por parte de la demandante con relación a esta asociación de padres de familia, por lo que sí es pertinente el estudio de esta pretensión.

Que en el presente caso el juzgado desestimó el valor probatorio del certificado laboral que aparece el expediente a folio 25, presentado por la demanda, del 27 de agosto del año 2008, emitida por la representante legal de la Asociación de Padres de Familia Sueños Infantiles número 2, en la que se indica que la actora trabaja como madre comunitaria en los periodos así: Que entró al programa el 2 de mayo de 1988 con una beca de \$200.000 y egresó en diciembre 31 del año 2006 con beca \$185.250, documento que es auténtico al tenor del artículo 244 del CGP, el cual nunca fue tachado de falso, que, en su sentir, prueba la relación laboral entre el 2 de mayo de 1988 al 31 de diciembre del año 2006 con dicha asociación.

Señala que, conforme **con lo que fue solicitado en los alegatos de conclusión**, pide la aplicación del artículo 34 del código sustantivo de trabajo, el cual lee, considerando que en este caso sí existe una solidaridad por parte del ICBF con relación a la Asociación de Padres de Familia Sueños Infantiles No. 2.

Trae a colación los elementos esenciales de un contrato de trabajo, indicando que, a la luz del artículo 53 de la Constitución, que establece la primacía de la realidad sobre las formalidades, cuando se acreditan estos elementos esenciales, se presume que existe un contrato de trabajo; que no es solamente citar esa certificación, en la cual se indica que existió una relación laboral por parte de esta entidad con relación a la demandante, sino que se suma la prueba recaudada, concretamente el testimonio de la señora Fabiola, quién relató que, efectivamente, entre la demandante y esa asociación sí existe una relación laboral.

Que en cuanto al primer elemento (del contrato de trabajo) , esto es, la prestación personal del servicio, señaló que quedó acreditado que las madres comunitarias recibían a los niños del barrio de escasos recursos que fueron estipulados y determinados por el ICBF y mantenían la posibilidad de seleccionar estos niños y que inclusive era el ICBF la entidad que determinaba quienes podían ingresar al programa a través de unos documentos que eran exigidos a los padres de familia para poder ingresar a este programa de hogares comunitarios; que esa prestación del servicio personal no podía ser reemplazada por nadie más, debiendo la madre comunitaria pedir permiso para ausentarse, como indicó la señora Fabiola.

Con relación al elemento subordinación, considera que sí existió, porque inclusive en las reuniones que quedaron demostradas, que se surtían cada mes, no solamente se dan instrucciones sino que el empleado debe cumplir con unas órdenes y atribuidas al empleador; que en las reuniones se establecía cual era el horario, y que no podían recibir niños por fuera de éste, se daban instrucciones de cómo debía cumplirse el servicio y cómo se distribuían las cargas laborales, y en ese sentido ella manifiesta que no podía recibir más de 15 niños en el hogar; que el Despacho no consideró que la Asociación referida suministraba con sus propios recursos los elementos esenciales para cumplir con el contrato por parte de la demandante, lo que quedó probado no solamente por lo manifestado en el interrogatorio de parte de la señora Flor Ángela Saldarriaga, sino inclusive la manifestación realizada por la Señora Fabiola; que no existió una independencia técnica y, al no existir esta, se puede entender que efectivamente existía una subordinación con relación a este hogar sueños infantiles número 2.

Y frente al elemento de remuneración, señala que quedó probado claramente que ellas recibían lo que se denominó por la ley unas becas, pero que realmente se pueden constituir como un salario, bajo el principio de la realidad sobre las formas, que era pagado mensualmente; que en principio era pagado a través de un cheque y que posteriormente tenía que acercarse a un banco para retirar este estipendio, el cual itera, sí constituye un salario.

Indica que, al tener estos tres elementos esenciales del contrato de trabajo, a la luz del artículo 281 (Del CGP), que son modificativos de las pretensiones incoadas en la demanda porque fueron probados en la audiencia, él se puede pronunciar, como también la judicatura, inclusive en segunda instancia, en que sí existió entonces la relación laboral con la Asociación en mención, y, en consecuencia, las obligaciones derivadas de ella.

Aduce que, con relación a la solidaridad, el artículo 34 del CGP establece que, cuando la prestación que hace el contratista independiente hace parte del giro normal de los negocios de la entidad contratante, conforme con el numeral 2° de ese artículo, se determina que es solidariamente responsable de las consecuencias y las obligaciones que se encuentran en el código Sustantivo del trabajo respecto de la relación laboral; cita al respecto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, número 35834 del 2011, así como también, la sentencia 39050 del 6 de mayo del año 2003.

Que en el presente caso, el objeto por el cual fue constituido el ICBF, a través de la ley 75 del 68, se dice, en el artículo 50, que se crea como establecimiento público, esto es, una entidad dotada con autonomía jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que cumplirá las funciones que le atribuye esa ley, que su domicilio será la ciudad de Bogotá, pero poder organizar oficinas en otro sector del país, y en el artículo 53 se indica que esa entidad, para cumplir con los propósitos esenciales que proveen la protección del menor y en general mejorar el funcionamiento de las familias colombianas, tendrá, además de las funciones que le corresponden, otras, las cuales lee; que, inclusive, la misma resolución expedida por el ICBF, la 5235 del año 2018 se estableció esta función que tiene el bienestar familiar con la constitución de estos hogares de

familia y la obligación entonces que tiene de velar con el cuidado y la asistencia personal para los niños y adolescentes.

Manifiesta que en el contrato número 3416 del 3 de agosto del año 89, que suscribió el Instituto con la Asociación de Padres de Familias Sueños Infantiles número 2, básicamente se suscribe al cumplimiento a las funciones objeto social del instituto colombiano de bienestar familiar y que, por lo tanto, bajo el entendido de que estos contratistas independientes en cabeza de la asociación en mención cumplieron básicamente con el objeto social que fue creado el Instituto colombiano de bienestar familiar debe predicarse la solidaridad. Indica que el despacho cita la sentencia SL 2430 del año 2018, en la que se hace una explicación de por qué no existe una solidaridad por parte del ICBF con las madres comunitarias y con base en la relación existente entre la asociación de padres de familia y éstas, pero lo cierto es que, bajo ese entendido del artículo 4º de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta que esta es una situación que concretamente va en contravía de lo establecido en el artículo 53 de la carta política, debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad por parte de la judicatura, en el sentido de que no puede predicarse bajo una normatividad sobre la que se ha creado los programas de las madres comunitarias, esto es, los artículos 81/88 del decreto 2019 del 89, decreto 37 37 del 89, la ley 796 del año 2003, ley 509 del año 89, decreto 1137 del 99, decreto 1340 del 95, la ley 1098 del 2006, ley 1187 del año 2007, ley 1450 del 2011, ley 1607, hasta la 1450 del año 2011, en el que se ha tratado de dar un blindaje total de las instituciones públicas, cuando no de acreditan la existencia de una relación laboral con madres comunitarias e inclusive con la asociación de padres de familia; que, sin embargo, el Estado Colombiano desde la ley 1607 del año 2012 trató de enmendar esta situación que históricamente había discriminado las madres comunitarias por la existencia esta relación laboral, y posteriormente el decreto 289 del año 2014 y en el Decreto 605 el año 2013 se reglamentó todo lo relativo a la existencia y formalización del empleo por parte de las madres comunitarias, con relación a las asociaciones de padres de familia

Que con la expedición de la Constitución Nacional, no puede (tenerse en cuenta) una normatividad que viole directamente la Constitución, inclusive, los tratados internacionales; señala que, como fue solicitado en la demanda el

pronunciamiento de la OIT 111, no puede entonces, bajo este entendido, desconocer la verdadera existencia de una relación laboral y, por consiguiente, la verdadera existencia de una solidaridad por parte del ICBF con relación a esas asociaciones de padres de familia, como quedó probado en el expediente, que efectivamente existió esa relación laboral, existieron esas obligaciones por parte de ese patrón y que, al ser beneficiario de la obra, de la contratación el ICBF con relación a la Asociación de Padres de Familia Sueños Infantiles Número dos, estima que se deberá declararse que el ICBF tiene que responder por ese título pensional; resalta que aquí se está hablando de derechos fundamentales consignados en la Constitución Nacional, que considera están tratando de ser desconocidos no solamente por el ICBF, sino por esa asociación de padres de familia, al no establecer esa existencia de esa relación laboral.

Resalta que en nuestra Constitución Nacional se protege el derecho al trabajo, se protege el derecho a la seguridad social, se protege la existencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades, haciendo parte conforme al artículo 53 superior y del bloque de constitucionalidad, esto es, los acuerdos internacionales aprobados por el estado colombiano, que hacen parte integral la Constitución; que con relación al convenio 111 de la OIT sobre la discriminación (prohibición) en materia de empleo y ocupación, pues no puede ser desconocido por el Estado colombiano y por la judicatura y que, por lo tanto, se tiene que establecer la existencia de esta solidaridad por parte de esta asociación con el ICBF, y, por consiguiente, las obligaciones derivadas de este contrato de trabajo tienen que ser cumplidas por el beneficiario de la obra.

Solicita que sea condenado el ICBF al reconocimiento y pago de este título pensional desde el 2 de mayo de 1988 hasta la fecha en que la demandante fue vinculada directamente a través del programa de Colombia Mayor, esto es, el 30 de junio de 1996 y, demostrado lo anterior, se conceda la pensión de vejez a la actora.

### **Alegatos de Conclusión:**

En esta instancia no se presentaron alegatos de conclusión.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes,

## VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

**Naturaleza jurídica de la pretensión. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA – FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA EN MATERIA LABORAL; RELACIÓN LABORAL CON UNA ASOCIACION VINCULADA AL PROCESO – SOLIDARIDAD DEL ICBF – CÁLCULO ACTUARIAL; PENSIÓN DE VEJEZ.**

Teniendo en cuenta los puntos objeto de apelación, que delimitan la competencia de la Sala en la segunda instancia conforme al principio de consonancia previsto en el art. 66 A del CPTSS, la problemática jurídica que debe resolverse consiste en determinar si, en el sub lite, hay lugar a estudiar la pretensión del apoderado de la demandante, introducida sólo al momento de presentas sus alegaciones de conclusión en primera instancia, previo a declarar una relación laboral de la demandante con la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA HOGARES DE BIENESTAR SUEÑOS INFANTILES No. 2, la cual no fue vinculada al proceso por la parte demandante.

Advierte la Sala que, en la presente instancia, no será motivo de discusión la existencia o no de una relación laboral de la actora con el ICBF, **que el a quo no encontró acreditada**, pues esa decisión no es objeto de apelación por parte del apoderado de la demandante.

Ahora, toda vez que la censura pretende, con el recurso de apelación interpuesto, que se declare la existencia de la relación laboral entre la demandante con la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA HOGARES DE

BIENESTAR “SUEÑOS INFANTILES” No. 2, persona jurídica que no fue convocada a juicio por la demandante, solicitud que solo fue planteada por la activa al momento en que su apoderado presentó sus alegaciones de conclusión en primera instancia, al igual que su petición que, consecuentemente, se declarara la solidaridad laboral del ICBF en los términos de lo establecido en el artículo 34 del CST, aspectos que, obviamente, no se tuvieron en cuenta al fijar el objeto del litigio, se hace necesario hacer alusión a las facultades ultra y extra petita de las que está investido el juez de primera instancia en materia laboral.

En efecto, constituye principio del derecho procesal laboral la existencia de facultades ultra y extra petita, entendida la primera como conceder más allá de lo pedido inicialmente en la demanda (aspecto cuantitativo), y la segunda, conceder por fuera de lo pedido en la demanda (aspecto cualitativo). Se trata de instituciones paralelas a los también principios procesales de Congruencia, Consonancia y No reformatio in peius.

El artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social establece:

*“El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”.*

En primer lugar, la posibilidad de que el juez del trabajo acuda a dichas figuras viene determinada por el hecho de que se trata de una potestad discrecional para los jueces laborales y nunca una obligación.

La facultad **Extra Petita**, que es la que convoca la atención de la sala, requiere para su procedencia que los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos dentro del proceso y se encuentren debidamente acreditados (Subraya la Sala). Por lo que su interpretación debe ser rigurosamente restringida.

Esta facultad se encuentra inspirada en la protección de bienes jurídicos de orden superior en materia laboral y de la seguridad social, allende de los intereses de las partes, pudiéndose rebasar el marco de las aspiraciones planteadas por el demandante<sup>1</sup>.

Con todo, esta facultad no faculta al operador jurídico para reemplazar, cambiar, alterar o adicionar los hechos o la causa petendi que conformaron el escrito inicial. (Subraya la Sala).

Ahora, los supuestos fácticos de donde emana la obligación de reconocer y pagar salarios, prestaciones o indemnizaciones no solicitados, deben estar debidamente controvertidos y acreditados en el proceso (Sala de Casación Laboral – Corte Suprema de Justicia, sentencias Radicación 5.282 del 20 de octubre de 1992, Radicación 12.221 del 13 de octubre de 1999, Radicación 14.381 del 18 de octubre de 2000 y Radicación 40.514 del 21 de febrero de 2012).

Además de lo anterior, cabe advertir que por regla general las facultades extra petita son propias del juez de única o primera instancia, no del juez colegiado de apelaciones, y si bien, la jurisprudencia ha contemplado algunas excepciones a dicha regla (CSJ Rad 37.524 de 2011), tal excepción se ha justificado únicamente cuando se trata de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Las facultades ultra y extra petita no operan de manera ilimitada, ya que el principio de congruencia es el que delimita el marco jurídico en el cual el operador jurídico puede hacer su análisis, sin desbordar el petitum que contiene la demanda. La congruencia, entendida como una exigencia que apunta a que la sentencia se encuentre en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, exige concordancia entre lo alegado fácticamente y las excepciones propuestas. Ello significa que las facultades ultra y extra petita, más allá de que no se originen en una petición directamente planteada, sí consultan las causas fácticas del caso en cuestión.

---

<sup>1</sup> Sentencias Corte Constitucional C-662 de 1998 y de la Sala de Casación Corte Suprema de Justicia Rad. 14.381 de 2000. La postura de la Corte Constitucional ha destacado:  
“... no cabe duda que la teleología de la norma acusada, antes y después de la referida inconstitucionalidad parcial, no es otra que la de garantizar a las partes el debido proceso, el derecho de defensa y, la de evitar decisiones que atenten contra el principio de la no reformatio in peius...”.

En el sub examine, como se resaltó, tanto la existencia de una relación laboral entre la demandante y la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA HOGARES DE BIENESTAR “SUEÑOS INFANTILES” No. 2, como la solidaridad del ICBF en los términos del artículo 34 del CST, **no fueron hechos discutidos dentro del proceso**, con el agravante que la asociación en mención no fue convocada al proceso en calidad de demandada, por la parte accionante, lo cual evidentemente, de estudiarse dichas pretensiones en este litigio, ello constituiría una flagrante violación del derecho al debido proceso y defensa no solo respecto de ésta, sino también, del ICBF, como concluyó el a quo, argumento éste que fue el fundamento de su decisión frente a lo pretendido por la censura en esta oportunidad, decisión que comparte esta Sala, razón por la cual se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

Se advierte que no es de recibo lo manifestado por el recurrente en el sentido que debe darse aplicación a lo establecido en el inciso 4º del artículo 281 del CGP, que indica que en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en sus alegatos de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio, toda vez que, como insistentemente se ha indicado, el derecho sustancial sobre el cual versa el presente litigio corresponde a la presunta relación laboral que pudo haberse presentado entre la demandante y el ICBF, que se adujo en la demanda y sobre la cual se fijó el litigio, y **que el Juez de primera instancia no encontró acreditada**, decisión que no fue objeto del recurso de apelación, por lo que cualquier hecho modificativo o extintivo, para que pudiera ser tenido en cuenta en la sentencia de primer grado, debía referirse a ese derecho sustancial y no otro, como lo serían las relacionadas con las peticiones nuevas que presenta el recurrente en sus alegatos de conclusión en primera instancia atinentes a una relación laboral con otra persona jurídica **no convocada a juicio** y la consecuente solidaridad del ICBF, que se itera no fue objeto del litigio, sin que la primera de ellas, la relación laboral entre la demandante y la Asociación de Padres de Familia a la que se ha hecho mención pueda ser considerada como un hecho nuevo o sobreviniente, como pretende el censor, no solo porque tal asunto no fue objeto del proceso y en el mismo tal asociación no fue parte, como

se dejó claro tanto por el juez de primera instancia como por esta Colegiatura, sino porque una pretensión de tal naturaleza, de haberse presentado en tiempo oportuno, es de carácter declarativo, y con fundamento en hechos anteriores al proceso, y no constitutivo, como pretende hacer ver el censor.

Por último, es pertinente advertir que, si bien el fallador de primera instancia hizo alusión a la certificación obrante en el proceso, expedida por dicha asociación, que da cuenta que la actora laboró como madre comunitaria en dicha asociación, y se refirió a la ausencia de solidaridad del ICBF, **lo hizo en gracia de discusión, a manera de ilustración**, no como argumentos que tuvieran como propósito servir de fundamento a alguna decisión sobre esos aspectos, los cuales, fue claro el a quo en advertir, no fueron objeto de este litigio, por lo que esta colegiatura **se abstendrá de pronunciarse sobre los argumentos de fondo planteados en la apelación respecto de estos dos puntos concretos** y, por sustracción de materia, tampoco lo hará sobre el cálculo actuarial y la pensión de vejez que tenga relación con tales tópicos.

#### **Costas procesales de segunda instancia.**

En esta instancia, se han causado costas procesales a cargo de la demandante y en favor del ICBF, por haber resultado vencida en el recurso. Agencias en derecho: Medio salario mínimo legal mensual vigente para 2022.

#### **VIII. - DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de origen y fecha conocidos, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la demandante, en favor del ICBF, dentro de la cuales se fija como agencias en derecho: Medio salario mínimo legal mensual vigente para 2022, por lo expuesto.

**TERCERO:** En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**CUARTO: SE ORDENA** la notificación por EDICTO de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

**Los magistrados**

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**  
Magistrada