REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

COMUNICADO No. 21

Junio 19 de 2019

AL PROFERIR LA SENTENCIA DE REMPLAZO DE LA SENTENCIA T-480 DE 2016, LA CORTE CONSTITUCIONAL REITERÓ EL PRECEDENTE ESTABLECIDO EN LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SU-079 DE 2018, EN CUANTO A QUE NO EXISTE UN DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS ACCIONANTES POR PARTE DEL ICBF, ANTE LA INEXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO ENTRE DICHAS PARTES DE LA QUE PUEDA PREDICARSE EL PAGO DE ACREENCIAS LABORALES O PARAFISCALES.

I. EXPEDIENTES T-5.457.363 AC - SENTENCIA SU-273/19 (junio 19)

M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Hechos

Por medio de distintas demandas de tutela, 106 accionantes solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, dignidad humana, mínimo vital y trabajo, al considerar que se desconoció el principio de primacía de la realidad sobre las formas, ya que: (i) trabajaron bajo la subordinación del ICBF, (ii) recibieron en pago una "beca" hasta el 31 de enero de 2014, (iii) y cumplíeron un horario.

En consecuencia de lo anterior, pidieron que se ordenara al ICBF: (i) pagar con destino a Colpensiones los aportes pensionales no realizados a su favor, junto con los intereses moratorios causados desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF hasta el 31 de enero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa; (ii) en su defecto, reconocer la pensión sanción; y (iii) reconocer y pagar las acreencias laborales correspondientes, entre otras.

Dichas pretensiones fueron concedidas en la Sentencia T-480 de 2016. Esta providencia fue anulada por la Sala Plena mediante autos A-186 de 2017 y A-217 de 2018, por lo que, en la presente oportunidad, en sede de unificación, se dictó sentencia de reemplazo.

2. Decisión

Primero.- Levantar la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, de fecha veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015), que declaró improcedente la acción de tutela (expediente T-5.457.363) promovida por Inés Tomasa Valencia Quejada. En su lugar, **NEGAR** el amparo por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Laboral, de fecha veintitrés (23) de noviembre de dos mil quince (2015), en cuanto declaró improcedente la acción de tutela (expediente T-5.513.941) promovida por María Rogelia Calpa de Chingue y las demás accionantes relacionadas en este proceso. En su lugar, **NEGAR** el amparo por las razones expuestas en esta providencia.

Cuarto.- REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, de fecha doce (12) de enero de dos mil dieciséis (2016), que declaró improcedente la acción de tutela (expediente T-5.516.632) promovida por Ana de Jesús Arciniegas Herrera y las demás accionantes relacionadas en este expediente. En su lugar, **NEGAR** el amparo por las razones expuestas en esta providencia.

Quinto.- Declarar **IMPROCEDENTE** el amparo solicitado por las accionantes en los expedientes T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, en relación con el Departamento

Administrativo para la Prosperidad Social –DPS, o quien hiciere sus veces, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Sexto.- Declarar **IMPROCEDENTE** el amparo solicitado por las accionantes en el expediente T-5.513.941, en relación con la sociedad Summar Temporales S.A.S., o quien hiciere sus veces, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

3. Síntesis de la providencia

La Corte verificó que no era posible aplicar el principio de primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 de la C.P.) a la relación de las accionantes con el programa del ICBF, toda vez que, en cumplimiento de dicha actividad de carácter voluntario, solidario y de atención a la infancia de su comunidad, no se presentan los elementos para configurar un contrato realidad, como lo ha sostenido esta Corte desde la Sentencia SU-224 de 1998 al concluir que *"no existe una relación laboral entre el I.C.B.F., la junta mencionada y la accionante, aún cuando ésta última sienta que se le ha violado vulnerado (sic) su derecho al trabajo*".

Posteriormente, en la Sentencia SU-079 de 2018, al revisarse 162 casos de madres comunitarias, la Corte reiteró que de acuerdo con el marco constitucional, legal y reglamentario, entre el ICBF y las madres comunitarias y sustitutas no se dio un vínculo contractual de naturaleza laboral, por lo que se entiende que eran independientes. En consecuencia, para acceder a la pensión de vejez tenían la obligación de afiliarse y realizar los respectivos aportes, ya fuera de modo directo o por medio del subsidio previsto en el artículo 6 de la Ley 509 de 1999, "*equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad*".

En aplicación del precedente constitucional, la Corte constató que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital de las 106 accionantes, toda vez que entre dicha entidad y las madres comunitarias y sustitutas tanto el ordenamiento jurídico como la reiterada jurisprudencia constitucional no prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral. Máxime, si en esa época los Programas de Hogares Comunitarios y Sustitutos se fundaban en una labor voluntaria y solidaria de carácter social. Por esta razón, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se generaba la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales derivados de un contrato laboral.

4. Salvamentos de voto

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** salvó el voto en relación con la sentencia anterior. En su criterio, la Sala Plena dio a las madres comunitarias un tratamiento que desconoce su grave condición de vulnerabilidad social y jurídica. Resaltó que la mayoría, al negar la protección de la seguridad social de las accionantes, optó por la decisión más inflexible y desproporcionada, ignorando la existencia de mecanismos jurídicos que darían lugar a respuestas constitucionalmente más justas. A manera de ejemplo, recordó que el Magistrado Alberto Rojas, en sus distintas ponencias, presentó varias alternativas razonables que evidenciaban la posibilidad de adoptar una resolución jurídicamente balanceada. Con fundamento en ello, la Magistrada insistió en que se dejó de lado el rol que este Tribunal cumple en nuestra democracia, como máxima autoridad de salvaguarda de los derechos contenidos en la Carta Política. En concreto, las razones por las cuales se apartó de la decisión corresponden, principalmente, a las siguientes:

1. La Corte no puede ser ajena a la evolución que ha existido en materia de garantía de los derechos de las madres comunitarias. Ante el evidente escenario de desprotección histórica de las madres comunitarias, en Colombia ha existido una evolución normativa tendiente a proteger a estas mujeres. La Sentencia SU-273 de 2019 surge en un momento en el que los contextos constitucional, legislativo (particularmente la Ley 100 de 1993) e internacional, reconocen la titularidad del derecho a la seguridad social de las madres comunitarias. De este modo, negarse a aplicar fórmulas jurídicas destinadas al desarrollo de este principio constitucional es una decisión que desatiende la prohibición de regresividad en materia de protección de las garantías fundamentales.

2. Se inobservó que el caso de las madres comunitarias es de especialísima trascendencia constitucional, porque la complejidad de la situación de vulnerabilidad de estas ciudadanas se ha derivado, precisamente, del ejercicio de su trabajo social, en el cual han estado sometidas a una incertidumbre e informalidad laboral que, con el paso de los años, les ha significado la imposibilidad de asegurar sus contingencias pensionales. Así, aun cuando se ha tratado del desarrollo diario de una actividad ocupacional permanente (muchas de ellas durante toda su vida productiva), las madres de los casos de la referencia han hallado una respuesta absolutamente insolidaria por parte de la mayoría de la Sala Plena, sin tener en consideración que, paradójicamente, estas mujeres han dedicado su existencia a ser las personas más solidarias con los niños y niñas de los hogares ubicados en las zonas que las han necesitado. La Corte, entonces, estaba llamada a reconocer y desarrollar una medida afirmativa en favor de estas mujeres, destinada a procurar que su vejez no esté inmersa en la marginalidad, producto de desamparo económico.

3. La mayoría de la Sala le otorgó a la Sentencia SU-079 de 2018 un alcance que no tiene. En dicha providencia, la Sala Plena se ocupó de resolver el problema jurídico relacionado con la situación laboral de las madres comunitarias, así como la imposibilidad de derivar un derecho pensional de dicha situación. Sin embargo, en esta ocasión, la Corte debía ocuparse de dar "*el siguiente paso*" en el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, de modo que debía resolver las cuestiones omitidas en el precedente. En primer lugar, como ya se dijo, era necesario solucionar la situación de la seguridad social de las accionantes porque, como lo ha reconocido la misma Corte, existe un déficit de protección sobre este aspecto. Y en segundo lugar, debía superarse la vulneración del derecho al debido proceso de todas las madres comunitarias a las que, oficiosamente, sin escuchárseles y sin tener en cuenta la situación de cada una de estas mujeres, se les excluyó del subsidio al que se refiere el Decreto 1852 de 1995.

4. En línea con lo anterior, la Corte ignoró que aun cuando el Decreto mencionado reguló el acceso a un subsidio permanente, su acceso dependía de que las madres comunitarias sufragaran el 20% del aporte mensual exigido por la legislación. Sin embargo, muchas de ellas se vieron materialmente obligadas a incumplir con este aporte porque, por ejemplo, la entidad correspondiente no cumplía con la entrega oportuna de las mesadas ("beca", de acuerdo con las Leyes 89 de 1988 y 6 de 1992) de las cuales dependía el sostenimiento de estas ciudadanas, y que en muchas ocasiones correspondían a sumas de dinero muy inferiores al salario mínimo vigente. Así las cosas, la Sala hizo recaer sobre las madres comunitarias las consecuencias negativas de una política pública que, sencillamente, no funcionó.

Con todo, la Magistrada **Fajardo Rivera** resaltó la necesidad de tener en cuenta que la decisión que hoy se ha adoptado se circunscribe únicamente al contexto jurídico actual. Por ello, esta decisión no obsta para que, por vía de otros mecanismos institucionales, como lo es el escenario del Congreso de la República, sea necesario y urgente adoptar las medidas que permitan superar el déficit del derecho a la seguridad social de las madres comunitarias que están en situaciones similares a las que han promovido las acciones de tutela de la referencia.

De igual modo, El Magistrado **Alberto Rojas Ríos** salvó su voto frente a la decisión de declarar improcedentes las acciones de tutela de la referencia, al considerar que, contrario a lo resuelto por la mayoría de la Sala Plena, sí están reunidos los presupuestos mínimos de procedencia (i) relevancia constitucional, (ii) legitimación en la causa por activa, (iii) legitimación en la causa por pasiva, (iv) inmediatez y (v) subsidiariedad y, además, existen razones suficientes y poderosa fundamentación constitucional para conceder el amparo solicitado.

Este Tribunal Constitucional debió revocar las decisiones objeto de revisión y, en su lugar, conceder la protección *iusfundamental* al debido proceso administrativo, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital. Puntualizó que a fin de materializar ese amparo y con el propósito que de manera efectiva y progresiva las madres comunitarias superaran el déficit de garantías constitucionales que han afrontado, alcancen paulatinamente un mejor estado de bienestar y paralelo a ello abandonen la situación de vulnerabilidad, se debió:

Declarar ineficaz la exclusión del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión de 67 actoras, de las 106 accionantes, que reúnen las exigencias legales para acceder a una pensión mínima de vejez, y hacerlo efectivo desde el 1° de enero de 1995, cuando entró en funcionamiento el Fondo de Solidaridad Pensional para las madres comunitarias. El periodo en el cual debieron estar cubiertas por ser afiliadas obligatorias, es decir, desde el 1° de abril hasta el 31 de diciembre de 1994, debería computarse y esas cotizaciones cobrarse por parte de

Colpensiones. Las madres comunitarias deberían acreditar el pago del 20% de las cotizaciones y, en relación con el periodo en el que se mantuvieron allegar a Colpensiones certificado de tiempo que les otorgue el ICBF. Una vez que esto ocurriese Colpensiones debía notificar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que realizara el pago correspondiente al subsidio de aporte a la pensión en un 80%.

Además del cumplimiento de los presupuestos de relevancia constitucional, legitimación en la causa por activa, legitimación en la causa por pasiva e inmediatez, precisó que también está reunido el requisito de subsidiariedad, pues si bien las accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para obtener la protección de sus derechos, lo cierto es que ese medio ordinario es ineficaz para resolver el reclamo iusfundamental que emerge de un contexto donde las demandantes, por sus condiciones físicas, sociales, culturales o económicas, se han encontrado en estado de debilidad manifiesta por un tiempo considerablemente amplio. Someterlas bajo esas circunstancias a un trámite común resultaría riesgosamente tardío y desproporcionado para ellas.

Expuso que tal determinación se debe a que las 106 madres comunitarias son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto se verifica que todas tienen, por lo menos, tres de las siguientes cinco condiciones especiales: (i) encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente; (ii) ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente; (iii) pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo; (iv) hallarse en el estatus personal de la tercera edad y (v) afrontar un mal estado de salud.

El Magistrado **Rojas Ríos** consideró que el ICBF y/o el Ministerio del Trabajo –a través del encargo fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional-, vulneraron los derechos fundamentales al **debido proceso administrativo**, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital de 67 accionantes de las 106 en total, por haberlas excluido del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión bajo el supuesto de que se había configurado alguna de las causales previstas en la ley para tales efectos, sin mediar justificación razonable y proporcional que atendiera las condiciones especiales de debilidad manifiesta y vulnerabilidad en las que se encontraban esas demandantes que reúnen los presupuestos legales para acceder a una pensión mínima de vejez, y pese a que los contratos de aporte se siguieron suscribiendo y el Estado continuó beneficiándose de su trabajo comunitario.

Argumentó que no es de recibo el proceder del ICBF y/o del Ministerio del Trabajo –mediante el entonces administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, pues, para que esas entidades excluyeran a esas accionantes con sujeción a su derecho fundamental al debido proceso administrativo, y de contera en el marco de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital, debían mediar justificaciones razonables y proporcionales que atendieran las condiciones especiales de debilidad manifiesta y vulnerabilidad en las que se encontraban las demandantes que reúnen los presupuestos legales para acceder a una pensión mínima de vejez.

Recalcó que, de haber acudido a tales razonamientos, fácilmente hubieren llegado a la conclusión de que, dadas las circunstancias especiales atrás referidas, todas ellas vinculadas a las particularidades de esa política pública de cuidado no remunerado como salario, en mujeres particularmente vulnerables, existía la probabilidad de que el pago del aporte correspondiente debía garantizarse por otros medios menos lesivos, dado que para la época ellas contaban con un ingreso muy inferior al salario mínimo legal mensual vigente, el cual, inclusive, era insuficiente para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia y las de sus familias.

A juicio del Magistrado **Rojas Ríos**, resulta paradójico que pese al haber sido excluidas las accionantes del fondo de solidaridad pensional e incluso del régimen de pensión, ellas siguieron suscribiendo los respectivos contratos de aporte con el objeto de desempeñar su labor de madre comunitaria y algunas han alcanzado los 84 años de edad al servicio comunitario frente al cual el Estado se comprometió a respetar su derecho a la seguridad social. Ese escenario no solo da cuenta del prolongado desconocimiento de los derechos fundamentales de esas madres comunitarias, sino que también permite evidenciar que se ha perpetuado durante décadas una discriminación silenciosa frente a ellas, derivado de la política pública de cuidado que se ha nutrido del trabajo no remunerado que implica para las madres comunitarias atender a las

niñas y niños en sus respectivos territorios y responder por su vida e integridad, lo cual no puede continuar pasando desapercibido ni menos omitirse por parte de la Corte Constitucional.

Anotó igualmente que la Sentencia SU-079 de 2018 no tiene la virtualidad de precedente, en el entendido que en ese pronunciamiento la Corte se ocupó por definir si entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y las madres comunitarias y sustitutas puede predicarse la existencia de una relación laboral, con las consecuentes obligaciones que de allí se derivan, tales como el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones; mientras que en esta oportunidad se examina la vulneración de la seguridad social de 106 madres comunitarias, por haberlas excluido del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión con desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso administrativo.

En criterio del Magistrado **Rojas Ríos**, es patente la violación de los derechos de las madres comunitarias que contiene una clara discriminación que recae en mujeres, ancianas, pobres y vulnerables y esto imponía a la Corte Constitucional asumir el papel de garante de sus derechos fundamentales.