II. EXPEDIENTE T 6.230.725 AC - SENTENCIA SU-079/18 (Agosto 9)
M.P. José Fernando Reyes Cuartas

La Sala Plena de la Corte Constitucional estudió los casos de 162 accionantes que solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo y al principio de primacía de la realidad, los que consideraron vulnerados por parte del ICBF, toda vez que se desempeñaron (y en algunos casos aún se desempeñan) como **madres comunitarias y sustitutas** de forma habitual, constante e ininterrumpida, sin que la entidad les haya reconocido la existencia de una relación laboral y mucho menos realizado el pago de aportes a seguridad social, lo que podría repercutir en el número de semanas cotizadas exigidas para poder acceder a la pensión de vejez. Aseguran haber recibido una beca inferior al salario mínimo.

Como medida de protección, solicitaban que se declarara la existencia de un contrato realidad o relación laboral con el ICBF y se ordenara a dicha entidad a pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como los aportes pensionales que no fueron cotizados al Sistema General de Seguridad Social. En uno de los casos, el accionante en calidad de compañero permanente reclamaba el pago de aportes por parte del ICBF a su compañera permanente, con miras al reconocimiento de su pensión de sobrevivientes.

El ICBF argumentó que entre la entidad y las accionantes no ha existido relación laboral, pues si bien hay una prestación personal por parte de las madres, ésta nunca se hace a nombre del ICBF ni en beneficio de la institución, sino de las familias a las que se les presta el servicio comunitario. Según la jurisprudencia constitucional, la labor de las accionantes es contractual civil, de carácter solidario y de corresponsabilidad social, donde la ley les ha reconocido una beca. Explicó que la afiliación de las madres comunitarias y sustitutas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la efectuaban directamente cada una de ellas y la cotización era subsidiada con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional en cuantía del 80% del valor de la cotización liquidada sobre un salario mínimo legal mensual, según lo establecen las leyes 797 de 2003 y 1187 de 2008, mientras que el restante 20% lo asumía la madre comunitaria y sustituta.

Los fallos de tutela que estudiaron las pretensiones de las accionantes llegaron a diversas conclusiones. En tres casos se concedió el amparo constitucional luego de determinar la configuración del contrato realidad¹; en dos asuntos se negó el amparo por no cumplirse el requisito de subsidiariedad y no evidenciarse vulneración o amenaza a los derechos². En los demás casos se declaró improcedente la acción de tutela ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para reclamar lo pretendido y no evidenciarse la inminencia de un perjuicio irremediable.

¹ Expedientes T-6.230.725, T-6.233.225 y T-6.247.971.

² Expedientes T-6.254.396 y T-6345999.

(i) En relación con **la supuesta estructuración de una relación de trabajo** entre las accionantes y el ICBF por los diferentes periodos en que estas se desempeñaron como madres comunitarias y sustitutas, la Corte reiteró que tanto la ley como la jurisprudencia constitucional han descartado la posibilidad de que ello se configure.

Para el caso de las **madres comunitarias**, su participación en dicho programa suponía una labor solidaria y una contribución voluntaria en beneficio de los menores objeto del mismo, que responde a la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, de acuerdo con el artículo 44 superior. En esa medida, el artículo 4 del Decreto 1340 de 1995³ expresamente previó que la vinculación de las madres al aludido programa *"no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo"*. En el mismo sentido, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999⁴, precisó que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF *"en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas"*. En igual dirección, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación entre las madres comunitarias y los entes vinculados al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, es de orden contractual civil y de allí *"no se desprende una vinculación de carácter laboral"*, en los términos de la sentencia SU-224 de 1998.

La Corte advirtió que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289⁵, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador y no el ICBF, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral.

Tratándose de las **madres sustitutas**, el tribunal constitucional observó que su labor responde al enfoque solidario y de corresponsabilidad social en beneficio de los menores en situación de vulneración de derechos. El Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) en su artículo 79 estableció que *"el hogar sustituto no tendrá derecho a reclamar remuneración alguna por el cuidado del menor, ni por ello se configurará relación laboral o contractual onerosa con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar"*. En el mismo sentido, el artículo 59 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), prevé que *"en ningún caso se establecerá relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los responsables del hogar sustituto"*.

Al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma como tampoco el pago de aportes parafiscales en favor de aquellas.

La anterior conclusión no restringe o descarta la posibilidad que tienen las accionantes de acudir, si así lo estiman conveniente, ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral con el fin de que el juez natural de este tipo de controversias se pronuncie sobre la alegada existencia de un contrato realidad, para que con observancia de las garantías constitucionales de las partes y de terceros, mediante pruebas practicadas con pleno respeto del derecho de contradicción, y luego de un detallado debate fáctico, jurídico y probatorio, se establezca si de alguna manera se configuró una relación laboral entre las accionantes y el ICBF, fuera o dentro de los distintos programas liderados por la entidad, y/o con los operadores o entidades administradoras del programa.

(ii) En materia de **aportes parafiscales en pensión**, la Corte encontró que el único beneficio que contempló la normatividad para las madres comunitarias y sustitutas está previsto en el artículo 2º de la Ley 1187 de 2008⁶, el cual solo consagró un subsidio al aporte del Régimen General de Pensiones. En los asuntos acumulados las accionantes no invocan el acceso a dicha prerrogativa, pues justamente la mayoría hicieron uso de esta y cuentan en su historia laboral

³ "Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar".

⁴ "Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones".

⁵ "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones".

⁶ Por medio de la cual se modificó la Ley 509 de 1999.

con el subsidio al aporte de cotización, de acuerdo a lo informado por el Consorcio Colombia Mayor 2013 y Colpensiones. Lo que pretenden las madres comunitarias y sustitutas es el pago total de los aportes a pensión derivados de una supuesta relación de trabajo entre ellas y el ICBF, lo cual, como se señaló, no es posible.

Al respecto, la corporación recordó que la Ley 100 de 1993 había establecido que el Fondo de Solidaridad Pensional comenzaría a funcionar a partir del 1º de enero de 1995, sin modificar la voluntariedad en la afiliación de los trabajadores independientes, por lo que los potenciales beneficiarios debían diligenciar el formulario para que la fiduciaria encargada de administrar los recursos (hoy Colombia Mayor 2013), definiera el acceso al subsidio y, una vez concedido, el afiliado cumpliera con la obligación de realizar el aporte en el porcentaje que le correspondía a la Administradora de Fondo de Pensiones del sector social y solidario (Colpensiones). Una vez el trabajador independiente realizara el pago del porcentaje respectivo (20%), la Administradora de Fondo de Pensiones cobraba al Fondo de Solidaridad Pensional el porcentaje subsidiado restante (80%).

De las pruebas aportadas al proceso por el Consorcio Colombia Mayor 2013, el Ministerio del Trabajo y Colpensiones, la Corte encontró de los reportes del sistema NODUM (sobre el estado actual e historia de las accionantes en el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión) y de la historia laboral de las demandantes que se encuentran afiliadas a dicho Fondo Administrador de Pensiones, que gran parte de las accionantes fueron beneficiarias del Programa del Subsidio al Aporte en Pensión, sin embargo, muchas de ellas incurrieron en las causales de suspensión y retiro por (i) dejar de cancelar durante 4 o 6 meses continuos el aporte que les correspondía, otras por (ii) adquirir capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte respectivo, así como por (iii) habersele otorgado la pensión o indemnización sustitutiva, (iv) haber cumplido 65 años de edad y por (v) retiro voluntario. Igualmente, se destaca que 49 accionantes no aparecen registradas en ningún momento como beneficiarias del Programa.

A juicio de la Corte, no puede atribuirse al Fondo de Solidaridad Pensional administrado por el Consorcio Colombia Mayor 2013 ni a Colpensiones, alguna actuación u omisión que amenace los derechos fundamentales de las accionantes con ocasión del pago subsidiado de aportes en pensión, toda vez que dicho consorcio solo paga el porcentaje que le corresponde (80%) una vez el afiliado ha efectuado el aporte a su cargo⁷ y Colpensiones ingresa los dos pagos que suman el 100% a la historia laboral de las accionantes.

Para la Corte, **es obligación del afiliado al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión realizar el pago del porcentaje que le corresponde (20%) para que luego el Fondo de Solidaridad Pensional transfiera la parte subsidiada a la Administradora de Fondos de Pensiones.** Las normas especiales del Programa como el artículo 19 de la Ley 100 de 1993, establecen que *"cuando se trate de personas que el Gobierno Nacional haya determinado que deben ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido"*.

Por lo anterior la Sala Plena concluyó que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales de las accionantes, toda vez que entre la entidad y las madres comunitarias y sustitutas ni en el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral. Los Programas de Hogares Comunitarios y Sustitutos se fundamentan en una labor voluntaria y solidaria de carácter social. En consecuencia, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se genera la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales en su favor. Asimismo, no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados por las accionantes por parte del Consorcio Colombia Mayor 2013 ni Colpensiones, ya que se han subsidiado los aportes en pensiones de acuerdo al marco legal y reglamentario que gobierna el Programa de

⁷ La normatividad que regía para el Programa a partir del artículo 14 y siguientes del Decreto 3771 de 2007, compilada por el Decreto 1833 de 2016, estableció respecto de la afiliación, que *"una vez seleccionados los beneficiarios del subsidio por parte de la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, aquellos se constituyen en afiliados obligatorios del sistema general de pensiones y, en consecuencia, deberán dar cumplimiento a las obligaciones legales que se derivan del tal calidad"*. Además, que *"para efectos del recaudo de los aportes, dichos afiliados se asimilarán al grupo de trabajadores independientes y por lo tanto sus cotizaciones deberán efectuarse de manera anticipada"*.

Subsidio al Aporte en Pensión y se han registrado en la historia laboral las semanas subsidiadas de quienes se afiliaron, lo cual ha dependido del pago porcentual que le corresponde asumir a los beneficiarios del mismo y no incurrir en las demás causales de suspensión o retiro. Por tanto, en los expedientes acumulados se revocarán las decisiones de instancia que concedieron el derecho y se confirmarán las que negaron el mismo, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Por último, en el caso de la pensión de sobrevivientes solicitada por el compañero permanente de una madre comunitaria, él cuenta con el derecho de exigir para su reconocimiento, el beneficio contemplado en el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011 (modificado por el art. 213 de la Ley 1753 de 2015), es decir, el pago del valor actuarial de las cotizaciones por el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2005 y el 14 de abril de 2008, durante el cual su compañera permanente, señora Delia Carmen Herrera Sánchez, se desempeñó como madre comunitaria y no tuvo acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. Por tanto, se revocarán las decisiones de instancia y se ordenará a Colpensiones que de manera coordinada con el ICBF y el Fondo de Solidaridad Pensional, adelante todas las gestiones correspondientes a fin de que se registre en la historia laboral de la señora Herrera Sánchez, el número de semanas de las cuales era acreedora del pago del valor actuarial de las cotizaciones para luego proceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

- **Salvamento de voto**

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos** salvó su voto respecto de las decisiones adoptadas en la sentencia SU-079 de 2018.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Presidente