



Rama Judicial
Tribunal Administrativo de Córdoba
República de Colombia

Montería, veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Sala Tercera de Decisión
Magistrada ponente: Diva Cabrales Solano
Expediente No. 23.001.33.33.006.2018.00187-01
Accionante: Matilde Mestra Mora
Accionado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

IMPUGNACIÓN DE TUTELA

Procede la Sala a decidir sobre la impugnación de la Sentencia de Tutela de fecha Diez (10) de Mayo de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Montería – Córdoba, dentro de la Acción de Tutela incoada por Matilde Mestra Mora Contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

I. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES.

La accionante solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo, en consecuencia, solicita se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) a que reconozca y pague los aportes parafiscales en pensión faltantes al sistema de seguridad social por el tiempo efectivamente acreditado como madre comunitaria a fin de que obtenga su pensión

1.2. HECHOS.

Afirma la accionante que actualmente labora como madre comunitaria en hogar Comunitario del bienestar Familiar, desempeñando labores como cuidar 15 niños asignados al hogar comunitario, alimentarlos, organizar y realizar actividades pedagógicas, atender la salud e higiene personal de cada uno de los menores, entre otras.

Sostiene que su labor diaria comienza a las 5:00 am con el aprestamiento de la casa y la preparación de los alimentos para los menores de edad, recibe a los niños a partir de las 8:00 am para dar inicio a las actividades hasta las 4:00 pm hora en la que los padres de familia deben recoger a los menores

Así mismo, aduce que como contraprestación a su trabajo, le han cancelado mensualmente a modo de salario una denominada "Beca" consistente en la mitad del salario mínimo legal mensual vigente desde el cinco (5) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) fecha en que inicio su vinculación al programa hasta el treinta y uno (31) de enero del año dos mil catorce (2014) fecha en la que posteriormente se le comenzó a pagar 1 SMLMV.

Igualmente afirma que desde el inicio de su vinculación hasta el dos (2) de febrero de dos mil catorce (2014) el ICBF no cotizo por ninguna suma al sistema de seguridad social, ni tampoco la afilío al sistema social al sistema social en salud y riesgos profesionales, es decir, sin ninguna liquidación laboral ni pensional

Finalmente, sostiene que como consecuencia de lo anterior no ha sido pensionada a pesar de contar con 67 años de edad de los cuales hasta el 12 de febrero de 2014 tenía veintiséis (26) años de servicio en los mencionados hogares comunitarios, por lo tanto solicita se reconozca y pague los aportes parafiscales en pensión faltantes al sistema de seguridad social por el tiempo acreditado como madre comunitaria a fin de que obtenga su pensión.

1.3. DERECHOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS COMO VIOLADOS

Considera la accionante se ha vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de fecha Veinticinco (25) de abril del año dos mil dieciocho (2018) el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Montería-Córdoba Admitió la Acción de Tutela instaurada y en consecuencia se ordenó Notificar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) por el medio más expedito para que dentro de los tres (3) días siguientes rindiera por escrito el informe que corresponda y remita copias del expediente que contiene los antecedentes que hacen referencia a los derechos invocados como vulnerados.

Igualmente se ordenó la notificación personal a la Procuradora 190 Judicial I para asuntos Administrativos.

2.1. CONTESTACIÓN DE LA ACCION

2.1.1 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF):

El apoderado judicial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), contesto la acción de tutela donde sostiene que el auto 186 de 2017, expedido por la honorable Corte Constitucional fue declarado su nulidad parcial mediante comunicado de prensa No 13 del 11 de abril del año 2018 por falta de integración del litisconsorcio Necesario

Así mismo, sostiene que no existe un medio probatorio que les permita identificar si existió o no una actividad realizada por la señora Matilde Mestra Pérez desde el año de 1998 pues en ese entonces no estaban obligados a conformar expedientes administrativos de sus madres comunitarias, además mediante auto 186 de 2017 expedido por la Corte Constitucional estableció que las madres comunitarias ejercían una actividad civil y está definido que en el periodo comprendido entre la creación del programa hogares comunitarios (29 de diciembre de 1988) y el (12 de febrero de 2014) fecha en la cual se publicó el Decreto 289, las madres comunitarias eran trabajadoras independientes y consecuentemente con ello podían afiliarse voluntariamente al sistema general de pensiones, de hacerlo debían realizar el 100 % de los aportes en pensión

Además, sostiene al respecto la accionante que la sentencia de unificación SU-224 de 1998 señaló que entre el ICBF y la junta de asociación de usuaria existe una relación contractual a través de un contrato de aporte celebrado entre la regional del ICBF y la asociación de padres de hogares de bienestar en el que en términos generales establece que el primero se compromete a aportar unos recursos de la unidad estatal y el segundo a utilizar dichos recursos en la ejecución del programa de hogares comunitarios, por lo tanto sostienen no existe relación laboral alguna entre la accionante y el ente accionado

2. DECISIÓN DEL A- QUO

El A-Quo luego de realizar estudio acerca del cumplimiento de las calidades que debe acreditar la accionante para que se procediera a tutelar los derechos invocados por la accionante, declaro la improcedencia de la acción de tutela

debido a que no se cumplen con el mínimo de requisitos exigidos por la Corte Constitucional para el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital, y la dignidad humana invocados por el apoderado judicial de señora Matilde Mestra Mora, estos son, la situación económica inestable que afecte directamente su mínimo vital, que haga parte de un segmento situado en posición de desventaja como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente, pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo, detrimento a la salud, madre cabeza de familia o víctima de desplazamiento forzado entre otros

4. LA IMPUGNACIÓN.

El apoderado de la señora Matilde Mestra Mora, presentó escrito de impugnación, donde sostiene que la señora Matilde Mestra Mora cumple con varios requisitos establecidos por la Corte Constitucional para establecer la procedencia de la acción de tutela, sostiene que dentro del acápite probatorio obra Certificación del tiempo de servicios laborado, así mismo advierte que actualmente el ICBF Zonal Montería, ya no expide ningún tipo de certificaciones a las madres comunitarias porque todos los archivos administrativos que contienen información sobre los hogares comunitarios fueron trasladados a Bogotá, por orden precisa del nivel central, por lo tanto sostiene que es falso la afirmación realizada por el ICBF acerca de que no existen expedientes administrativos debido a que no estaban obligados a constituir dichos expedientes

Igualmente, sostiene en cuanto a la procedencia que demostrar una sola de las circunstancias establecidas por la corte constitucional impone al juez de tutela el deber de implementar un examen flexible de procedibilidad de la acción de tutela sostiene que la edad de la accionante es de 67 años, pertenecer a un segmento social situado en posición de desventaja (los hogares comunitarios funcionan en barrios marginales de estratos muy bajos) entre otros.

Finalmente, Sostiene que la señora Matilde Mestra Mora hace parte de ese numeroso grupo de mujeres que se desempeñan como madres comunitarias en el Departamento de Córdoba desde hace casi tres décadas y no han podido acceder a una pensión de vejez por la permanente negativa del ICBF de pagar los aportes parafiscales en pensiones, su edad avanzada y el estado de salud que afrontan difícilmente podrían aspirar a obtener su pensión a través de la justicia ordinaria

laboral, por lo anteriormente expuesto solicita se revoque la decisión de primera instancia y tutele los derechos impetrados mediante la acción de tutela

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha treinta (30) de Mayo de dos mil dieciocho (2018), se admitió la impugnación interpuesta contra el fallo de acción de tutela de fecha Diez (10) de Mayo de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Montería – Córdoba

IV. CONSIDERACIONES

4.1. COMPETENCIA

Este Tribunal es competente para conocer de la impugnación presentada contra la acción de tutela de la referencia, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Procede la sala a determinar si debe confirmarse la sentencia de fecha diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) proferida por el juzgado sexto administrativo del circuito judicial de montería – córdoba, así mismo determinar si la acción de tutela es procedente o no, y en caso de que sea procedente determinar si se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo al no reconocerse por parte del accionado los aportes a seguridad social en pensión desde el 9 de noviembre de 1987 hasta el 12 de febrero de 2014.

4.3 BASE NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, en el cual se establece que:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el Juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."

El artículo 86 de la Carta Política permite a todas aquellas personas que se sientan amenazados o vulnerados en sus derechos fundamentales, por algún acto de autoridad pública o de los particulares, en casos expresamente consagrados en la Constitución y en la Ley, invocar y hacer efectivo sus derechos a través de las acciones y recursos contenidos en la normatividad vigente, incluyendo también la acción de tutela, siempre y cuando no existan otros medios de defensa judicial.

4.4 ESTUDIO DEL CASO EN CONCRETO

Analizado los supuestos fácticos, el material probatorio obrante en el plenario, el fallo de primera instancia adoptado por el Juez y el recurso de impugnación interpuesto por la parte accionante, corresponde a esta Corporación determinar, si se vulneran los derechos fundamentales

En primer lugar cabe destacar que el artículo 86 de la Constitución en el inciso tercero dispone que ***"Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"***.

El Decreto 2591 de 1991 establece en su **Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:**

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

Además la Corte Constitucional ha dicho en sentencia T-177/11, que está solo es procedente en los siguientes casos:

“En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.¹”

Ahora bien, sea lo primero indicar la procedencia de la acción de tutela cuando existe otro mecanismo de defensa judicial, pues la H. Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar la subsidiaridad de dicho mecanismo constitucional; en providencia T- 343 de 2015, dijo:

“La decisión sobre la procedencia o no de la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio de protección aun existiendo otro mecanismo judicial ordinario, requiere de un estudio por parte del juez de tutela sobre las circunstancias específicas de cada caso concreto, las condiciones del accionante y el contexto en el cual se alega la vulneración de los derechos fundamentales. En otras palabras, la procedibilidad de la acción de tutela cuando existen otras acciones jurídicas ordinarias no puede determinarse en abstracto, sino que requiere una valoración por parte del juez acerca de la idoneidad y eficacia que puede tener la vía ordinaria en relación con las circunstancias específicas del accionante, así como la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable, siempre de acuerdo con los criterios que ha establecido esta Corporación²”

En orden a dar solución a la cuestión planteada, la Sala se ocupará de los siguientes temas: (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela promovida por personas que han desempeñado o cumplen la labor de madre comunitaria en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF (ii) cumplimiento de los requisitos de procedibilidad (iii) solución del caso concreto, y si hay lugar a ello, el análisis de la afectación o no de los derechos fundamentales de la actora.

¹sentencia T-177/11- Corte Constitucional

²Sentencia T- 343 de 2015 – Corte Constitucional

- (i) **Procedencia excepcional de la acción de tutela promovida por personas que han desempeñado o cumplen la labor de madre comunitaria en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF**

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-480 de 2016, estableció unas reglas y subreglas que determinan los requisitos mínimos que se deben acreditar para la procedencia de la acción de tutela promovida por personas que han desempeñado o cumplen la labor de madre comunitaria en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, de lo dispuesto en dicha providencia se extraen los siguientes presupuestos:

- a. Legitimación en la causa por activa;
- b. Legitimación en la causa por pasiva;
- c. Trascendencia iusfundamental del asunto;
- d. Inmediatez; y
- e. Subsidiariedad.

Sobre el alcance de cada uno, la citada sentencia³ precisó:

“De la legitimación en la causa por activa

6. *Esta Corporación, en Sentencia SU-377 de 2014, puntualizó las siguientes reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa se refiere: (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por sí misma o por quien actúe a su nombre”; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal.*

7. *Respecto a las calidades del tercero fijadas en la última regla, en esa misma providencia de unificación, esta Corte, entre otras cosas, especificó: representante puede ser, por una parte, el representante legal (cuando el titular de los derechos sea menor de edad, incapaz absoluto, interdicto o persona jurídica), y por otra, el apoderado judicial (en los demás casos). Para ser apoderado judicial, la persona debe ser abogado titulado y a la acción debe anexar poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo.*

De la legitimación en la causa por pasiva

8. *Según lo previsto en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra (i) toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya vulnerado, vulnerado o amenace vulnerar cualquier derecho fundamental; y (ii) las acciones u omisiones de los particulares.*

³ Ver sentencia T-480 de 2016.

9. Este Tribunal ha reafirmado que la legitimación en la causa por pasiva hace referencia, a la aptitud legal de la persona (natural o jurídica) contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

De la trascendencia iusfundamental del asunto

10. Frente a este presupuesto de procedibilidad, esta Corporación básicamente ha señalado que se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental.

De la inmediatez

11. Este Tribunal ha puntualizado que de conformidad con el presupuesto de inmediatez, la acción de tutela debe ser utilizada en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios y/o amenazantes de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional.

12. Para constatar el cumplimiento de este requisito, el juez de tutela debe comprobar cualquiera de estas situaciones: (i) si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y, el día en que el derecho de acción se ejerció mediante la formulación de la acción de tutela; y/o (ii) si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo tutelar.

13. Además de las dos pautas referidas en precedencia, tratándose de asuntos en donde se reclama el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas relacionadas con derechos pensionales, como es el caso de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social, esta Corporación ha sido enfática al precisar lo siguiente: "en virtud de su naturaleza, los derechos prestacionales, como las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, **son imprescriptibles. Es decir, pueden ser reclamados en cualquier tiempo**, por lo que se descarta la posibilidad de que un juez se abstenga de reconocerlos bajo el argumento de que la acción de tutela resulta improcedente por razones de inmediatez, al no haber sido instaurada en un término razonable, pues tales derechos siempre serán actuales." (Negrilla fuera del texto original).

De la subsidiaridad

14. En cuanto a esta exigencia, la Corte ha reafirmado que, conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

15. En desarrollo de ello, este Tribunal ha precisado que la subsidiaridad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues la acción tutelar no puede desplazar los mecanismos judiciales específicos previstos en la correspondiente regulación común.(...)"

(ii) **Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad en el caso concreto**

Conforme lo expuesto en el acápite anterior, esta Sala procede a verificar si en el caso concreto se cumplen a cabalidad con las reglas de procedibilidad establecidas por la jurisprudencia constitucional, en atención a lo acreditado en el plenario. En cuanto al primer requisito, de **legitimación en la causa por activa**, se cumple, toda vez que la accionante en su condición de presunta víctima de la alegada vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo, por haber desempeñado la labor de madre comunitaria, otorgaron poder especial al doctor Fernando Gómez Jiménez (fl.6) para que actuara en su nombre y representación dentro del presente proceso. En lo que concierne, al segundo requisito denominado **legitimación en la causa por pasiva**, tal como estableció la Corte Constitucional en la plurimencionada sentencia T-480 de 2016, conforme lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 1.2.1.1. del Decreto 1084 de 2015 y en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988, la labor de madre comunitaria realizada por la actora se desarrolló de conformidad con la implementación del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar que efectuó el ICBF con base en lo previsto en la Ley 89 de 1988, y en esa medida, es dable inferir que el Instituto de Bienestar Familiar podría haber tenido a su cargo la obligación de realizar los pagos salariales y prestacionales reclamados por la tutelante, por lo que se constata el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por pasiva respecto de dicha entidad.

De otro lado, no existe duda respecto de la **trascendencia iusfundamental** del asunto, en tanto se alega un presunto desconocimiento sistemático por parte de una autoridad pública frente a los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de una persona que sirvió al Estado en desarrollo de un programa social.⁴

⁴ A similar conclusión arribó la Corte Constitucional en sentencia T-480 de 2016, al considerar que: "Es evidente que el proceso tutelar de acumulación está inmerso en una controversia iusfundamental que gira en torno al presunto desconocimiento sistemático por parte de una autoridad pública frente a los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de personas que pertenecen a uno de los sectores más deprimidos económica y socialmente del país. Lo anterior sin duda alguna amerita un análisis detallado por parte del juez de tutela en cuanto al contenido, alcance y goce de dichos derechos. Dada esa importancia constitucional, para la Sala es claro que el proceso objeto de revisión de la referencia también se ajusta a lo establecido por esta Corporación respecto a la exigencia de procedencia en cuestión."

Sobre el requisito de la *inmediatez*, referido especialmente a la oportunidad para el reclamo del derecho pretendido, considera la Sala que se debe realizar la siguiente precisión: (i) en relación con el reconocimiento y pago de aportes pensionales de naturaleza esencialmente imprescriptible, como quiera que pueden ser reclamados en cualquier tiempo, en principio, no se estructura la falta de inmediatez, pues se considera que la afectación puede ser actual; máxime, teniendo en cuenta que la tutelante supera los 67 años de edad⁵.

En relación con la *subsidiaridad* de la acción, advierte la Sala que la tutelante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para deprecar la protección de los derechos invocados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, la Corte Constitucional, ha considerado que excepcionalmente es procedente la acción de tutela, para el reclamo hecho por personas que han desempeñado o cumplen la labor de madre comunitaria del ICBF, cuando respecto de ellas se acredite un estado de debilidad manifiesta en virtud de sus condiciones físicas, sociales, culturales o económicas.

Así entonces, para establecer si procede excepcionalmente la acción de tutela en el caso concreto, pese a la existencia de un mecanismo judicial ordinario, conforme la sentencia T-480 de 2016, se deben acreditar *por lo menos tres de las siguientes cinco condiciones especiales*⁶: 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, como 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, (v) Afrontar un mal estado de salud.

Así las cosas, pasa a estudiarse la configuración de alguna de las sub reglas de procedencia de la acción de tutela, en tratándose de madres comunitarias, en los siguientes términos:

(i) Encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente. En relación con la primera

⁵ Según los documentos de identidad obrantes a folios 77-94 del Cuaderno de primera Instancia.

⁶ Exigencia contenida en la sentencia T-480 de 2016, 3.2.3.3.

subregla⁷ debe precisarse que en anteriores oportunidades esta Sala ha considerado que las madres comunitarias desde el año 2014 ha venido devengando un salario mínimo por lo que no se encuentra en una situación económica precaria, sin embargo en esta oportunidad debe rectificarse este criterio, pues, esta Corporación acogerá el análisis realizado por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 06 de junio de 2017, radicado: 23001-23-33-000-2017-00080-01, en el cual dicha colegiatura señaló *“se tiene que la accionante ha recibido una suma de dinero denominada beca en contraprestación a su servicio prestado, desde el 16 de septiembre de 1991⁸, cuando se vinculó al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, hasta el 1º de febrero de 2014, cuando el valor de esa beca alcanzó un salario mínimo mensual legal vigente, siendo menor en años anteriores. Por lo anterior, al devengar durante años el valor de esa beca, se advierte que la tutelante se encuentra en una situación económica precaria.”*

Ahora bien, en el presente caso se encuentra acreditado que la accionante se vinculó al I.C.B.F. desde el 5 de mayo de 1998 (ver folio 38 del cuaderno de primera instancia), por lo cual aunque en la actualidad devengue un ingreso igual a un salario mínimo legal mensual vigente (tal como se desprende de los certificados obrantes a folios 40 a 42 del cuaderno de primera instancia), atendiendo el criterio decantado por el Consejo de Estado no puede perderse de vista que la actora durante muchos años devengó una suma inferior a un salario mínimo, por lo que se encuentra en una situación económica precaria.

(ii) Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente. No existe dificultad alguna para demostrar que todas las madres comunitarias tienen esta condición especial, por cuanto, en los siguientes términos, así lo establece el artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996: *“(…) Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados”*.

(iii) Pertener a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo. Debe señalarse que,

⁷Encontrarse 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

⁸Folio 13.

tal como lo ha expresado la Corte Constitucional⁹ y el Consejo de Estado¹⁰, el hecho de que las demandantes hayan tenido un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente durante años, las pone en condición de pertenecer a un grupo tradicionalmente marginado en materia laboral.

En tal sentido, debe precisarse que esta Sala en anterior oportunidad había señalado que como quiera que las madres comunitarias vienen devengando un salario mínimo desde el año 2014, no se cumplía este requisito, sin embargo en esta oportunidad rectifica dicha postura para acoger el criterio expresado por los órganos de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Jurisdicción Constitucional.

(iv) **Hallarse en el estatus personal de la tercera edad.** se advierte que la accionante, acredita hallarse en el estatus personal de la tercera edad o adulto mayor, al superar los sesenta (60) años de edad, según la definición contenida en el artículo 7 (literal b) de la Ley 1276 de 2009¹¹, criterio tenido en cuenta por la Corte Constitucional en la sentencia C -480 de 2016. .

(v) **Afrontar un mal estado de salud.** En el plenario no existe prueba atinente al estado de la salud de la actora, ni en el libelo de la acción se expone que la actora se encuentre en un mal estado de salud, por lo que no se encuentra satisfecho este requisito.

Conforme lo anterior, es claro para la Sala que se estructuran los presupuestos para que proceda la acción de tutela frente al amparo deprecado, pues de acuerdo con la realidad fáctica acreditada en el plenario, se superaron las exigencias jurisprudenciales para la procedencia excepcional del medio constitucional, dado que no se acreditaron al menos tres de los presupuestos excepcionales para la procedencia de la acción de tutela.

Así las cosas, debe analizarse de fondo la afectación o no de los derechos fundamentales de la actora a la igualdad, seguridad social, mínimo vital, dignidad

⁹ Sentencia T-480 de 2016

¹⁰ Ver Consejo de Estado, sentencia de tutela de fecha 06 de junio de 2017, radicado: 23001-23-33-000-2017-00080-01.

¹¹ **Artículo 7º. Definiciones.** Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: (...)

b). *Adulto Mayor.* Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen; (...)."

humana y al trabajo de la actora, en tal sentido el Consejo de Estado¹² ha señalado:

"Para resolver la solicitud de nulidad referida, la Corte Constitucional expidió el Auto 186 del 17 de abril de 2017, mediante el cual declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, únicamente, con fundamento en el cargo relacionado con el cambio de jurisprudencia, pues los demás alegados por el ICBF carecieron de la suficiente carga argumentativa.

Respecto al referido cargo, la Sala Plena de esa Corporación estimó que la Sala Octava de Revisión vulneró el derecho al debido proceso del ICBF, al proferir la sentencia T-480 de 2016, "por cuanto resultó existente el yerro de cambio de jurisprudencia en la medida que se desconoció el fallo SU-224 de 1998, así como la jurisprudencia en vigor contenida en la línea jurisprudencial T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001", en las cuales, fundamentalmente, se había establecido como ratio decidendi que entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarias de Bienestar no existe una relación de carácter laboral sino un vínculo contractual de origen civil.

Sin embargo, la Corte consideró que si bien la ley y la jurisprudencia no establecieron una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones, fundaciones o demás entidades que hacen parte del Programa de Hogares Comunitarios, para el período comprendido entre el 29 de diciembre de 1988¹³ y el 12 de febrero de 2014¹⁴, el sistema jurídico sí previó el derecho a la seguridad social de las mismas. Eso se concluyó a partir de lo consagrado en la Ley 100 de 1993, la Ley 509 de 1999, el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008, la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014 que reglamenta el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, normativa que determina que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes a pensión de madres comunitarias.

Por lo anterior, aunque esa Corporación declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, mantuvo la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, igualdad y mínimo

¹² Ver sentencia de tutela de fecha 5 de junio de 2017, proferida por el Consejo de Estado en proceso radicado bajo el número 23001-23-33-000-2017-00080-01.

¹³ Fecha a partir de la cual se implementó el Programa de Hogares Comunitarios del ICBF.

¹⁴ Fecha a partir de la cual se hizo el pago de los aportes pensionales con normalidad al Sistema de Seguridad Social.

vital de las accionantes, para ordenarle al ICBF "que adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las ciento seis (106) demandantes relacionadas en esta providencia, los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con lo establecido en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, sin menoscabo de su petición por vía ordinaria".

De lo anterior se desprende, que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han señalado que aunque la relación entre las madres comunitarias y el I.C.B.F. son de carácter civil y no laboral, aquellas sí tienen derecho a la afiliación a la seguridad social de conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, la Ley 509 de 1999, el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008, la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014 que reglamenta el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, normativa que determina que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes a pensión de madres comunitarias, de suerte que corresponde al I.C.B.F. adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de la actora, los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social, desde el periodo acreditado, esto es, desde el 5 de mayo de 1998 hasta el 12 de febrero de 2014.

Debido a lo anterior, procede la sala a revocar el fallo de tutela proferido por el A-Quo Por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Córdoba, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVÓQUESE la Sentencia de Tutela de fecha Diez (10) de Mayo de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Montería – Córdoba que declaró improcedente la acción, y en su lugar se dispone amparar los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital de la actora, conforme a las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la Directora General del ICBF que, por intermedio de quien corresponda, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, adelante los trámites administrativos que correspondan con el fin que se pague al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones los aportes parafiscales a la señora Matilde Mestra Mora y que debieron ser pagados entre el 05 de mayo de 1998 y el 31 de enero de 2014.

TERCERO.- COMUNÍQUESE a las partes y al A quo esta decisión

CUARTO.- REMÍTASE por secretaría las comunicaciones requeridas por la decisión.

QUINTO.- ENVÍESE la actuación a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CUMPLASE.

Los Magistrados,


DIVA CABRALES SOLANO


LUIS EDUARDO MESA NIEVES


PEDRO OLIVELLA SOLANO