



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO
CARTAGO (V)

SENTENCIA DE TUTELA No. 038
INSTANCIA: PRIMERA
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-00

Cartago (V), diciembre siete (07) de dos mil diecisiete (2017)

REF: ACCIÓN DE TUTELA DE ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTÍNEZ
-VS- ICBF Y OTRO.

IDENTIDAD DEL ACCIONANTE:

Se trata de la señora ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTÍNEZ, identificada con la C.C. No. 29.171.306.

IDENTIDAD DE LOS ACCIONADOS:

Para el presente caso lo constituyen el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF- y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-. Igualmente se integró el contradictorio con el MINISTERIO DEL TRABAJO-FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL, LA FUNDACION PARA EL DESARROLLO DE LA EDUCACION -FUNDAPRE-, FUNDACION ONG LA RED Y CONSORCIO COLOMBIA MAYOR.

DE LOS PRESUNTOS DERECHOS VULNERADOS:

Considera la accionante se tratan de los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social.

PRETENSIONES Y ANTECEDENTES FÁCTICOS:

Solicita la accionante, por intermedio de apoderado judicial, se le tutelen los derechos fundamentales y en

consecuencia se le ordene al ICBF realizar los aportes al sistema de pensiones ante COLPENSIONES, dejados de pagar desde el 14 de noviembre de 1988 y a este fondo de pensiones le reconozca la pensión de invalidez, o en su defecto la de vejez, subsidiariamente que el ICBF le reconozca la pensión sanción.

Se afirma en la tutela que la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez actualmente cuenta con 69 años de edad y que se encuentra vinculada al ICBF a través del programa Hogares Comunitarios, desempeñándose como madre comunitaria del hogar comunitario "Los Pitufos" en el municipio El Cairo (V), desde el 14 de noviembre de 1988 y devengando actualmente el salario mínimo como contraprestación. Que su labor principal consiste en atender en la actualidad a 9 niños, pero anteriormente atendió entre 12 y 22 menores, desempeñando labores dirigidas a la atención integral de ellos como alimentación, nutrición, salud y desarrollo psicosocial, debiendo el deber de cuidado, la protección, el amor y la enseñanza. Añade que las labores son desarrolladas en su lugar de residencia correspondiéndole a la actora asumir el pago de servicios públicos y la papelería que demanda la atención de los menores, siendo el único aporte del ICBF dar a la madre comunitaria la alimentación que requieren los niños. Dice que el ICBF siempre ha utilizado la figura de la tercerización laboral para evadir las obligaciones patronales, valiéndose de diferentes asociaciones a través de las que le realiza los pagos de los salarios.

Dice la accionante que se encuentra afiliada al sistema pensional, a través de COLPENSIONES, desde el año 2008 y a la ARL POSITIVA como riesgos laborales desde el año 2012, pero durante todo el tiempo que ha prestado sus servicios como madre comunitaria a Bienestar Familiar, esta entidad nunca le ha efectuado directamente el aporte a pensión, por lo que solo ha podido cotizar directamente 690 semanas. Agrega que padece un delicado estado de salud, por lo que se

ve obligada a recurrir al servicio de una persona para que la apoye en sus labores diarias del cuidado de los menores. Que adelantò los tràmites ante COLPENSIONES, siendo calificada con una PCL de 66.96%, con fecha de estructuraci3n 12 de octubre de 2010, de origen comùn. Que luego inici3 los tràmites ante el fondo de pensiones para obtener la pensi3n de invalidez, pero le fue negada por Resoluci3n No. GNR 113674 de fecha 28 de marzo de 2024 (sic) por no tener 50 semanas dentro de los tres aõos anteriores a la fecha de estructuraci3n, pues a pesar de estar vinculada al sistema pensional desde el 1º de agosto de 2008, por su precaria economía no ha tenido como pagar los aportes a pensi3n.

ACTUACI3N PROCESAL:

Mediante Auto No. 471 de fecha 8 de septiembre, se admiti3 la tutela, se vincul3 a la Gerencia Nacional de Reconocimiento de COLPENSIONES; posteriormente se vincularon las fundaciones FUNDAPRE, LA ONG LA RED y el Ministerio del Trabajo.

De las anteriores, solo la fundaci3n FUNDAPRE y el ICBF se pronunciaron sobre la tutela en los siguientes t3rminos:

FUNDACION PARA EL DESARROLLO DE LA EDUCACI3N FUNDAPRE:

Admite que la actora estuvo vinculada por su intermedio, a trav3s de un contrato de trabajo a t3rmino fijo que inici3 el 1º de febrero de 2014 y se extendi3 hasta el día 30 de noviembre de ese mismo aõo por renovaci3n que se expresa a trav3s de adendo modificatorio programa: Hogares Comunitarios de Bienestar. Que por requerimiento laboral se realiza otra pr3rroga con adendo modificatorio, programa: Hogares Comunitarios de Bienestar, con fecha de inicio febrero 1º de 2014 y de terminaci3n el 30 de enero de 2015.

Agrega que durante los períodos de vigencia del contrato, cubrió lo correspondiente a la seguridad social, evitando con ello que se pretenda repetir contra el empleador. Por ello considera que la tutela es improcedente.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-

Aduce que con la finalidad de alcanzar eficientemente los objetivos de materia de contratación cuenta con un régimen exceptivo establecido en la ley 7/79, art. 21; Decreto 2388/79; Decreto 2923/94; Decreto 2150/95, art. 122 y Decreto 1529/96 conocido como "régimen especial de aporte", de manera que los contratos que celebre el ICBF para la operación de sus programas misionales se rigen por las normas sobre contrato de aporte, pues su finalidad es la protección de los derechos de los niños y niñas. Que el negocio jurídico que se celebra entre el instituto y una institución de utilidad pública o social, por medio del cual aquel se obliga a proveer a ésta los bienes o servicios indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del ICBF.

Niega que tuviese contrato de trabajo con la accionante por lo que el ICBF no tiene que hacer aportes, que el Fondo de Solidaridad Pensional, como una cuenta especial de la Nación, adscrita al Ministerio del Trabajo, por mandato de la ley 1187 de 2008 es quien tiene por objeto subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias, y que por lo tanto el ICBF no tenía la facultad de realizar aporte alguno más allá de realizar el informe al Fondo de Solidaridad Pensional de quienes son madres comunitarias, aspecto reconocido por la Corte Constitucional en el auto No. 186 de 2017 que declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016.

Señala el accionado que la ley 89 de 1988 creó los Hogares Comunitarios de Bienestar y los define como aquellos que se constituyen mediante las becas que asigne el I.C.B.F. y los 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 de estratos sociales pobres del país. Que mediante el Decreto 1340 de 1995, que se estableció que los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionarán bajo el cuidado de una o varias madres comunitarias, escogidas por la asociación de padres de familia de los niños beneficiarios o por una organización comunitaria. Que en ese decreto se estableció que la vinculación de las madres comunitarias al programa, es una forma de "trabajo solidario", y constituye una contribución voluntaria que no genera vinculación laboral "con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen". Por ello, el pago realizado a las madres comunitarias a través de la denominada "beca" no constituye salario y a que a las madres comunitarias entre la creación de los hogares comunitarios (año 1989) y la expedición de la ley 100/93 no se les reconoció derechos a la salud y seguridad social, situación que fue subsanada con la expedición de la mencionada ley, que el ICBF no ha tenido la calidad de empleador y no ha tenido la obligación legal de realizar los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias. Añade que el régimen jurídico de las madres comunitarias actualmente se encuentra en un período de transición, como quiera que con la expedición del art. 36 de la ley 1607 de 2012 se estableció que para la vigencia 2013 el valor de la beca correspondería al valor del salario mínimo mensual legal vigente, así mismo dispuso que para la vigencia 2014 se formalizara laboralmente a las madres comunitarias, por lo que las asociaciones de padres de familia, o las entidades privadas que contratan con el ICBF son responsables de contratar con las madres comunitarias y de pagarles las acreencias laborales desde el año 2014.

En cuanto a la existencia del vínculo laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, debe tenerse en cuenta el último planteamiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional realizado a través del Auto 186 de 2017 que declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016 en la que se había declarado la existencia del contrato realidad con el ICBF y madres accionantes, sin embargo que la sentencia se había emitido sin tener en cuenta el precedente jurisprudencial contenido en varias sentencias como la SU-224 de 1998 y T-1029 de 2001. Que esa corporación estableció la existencia de dos escenarios claramente diferenciados con respecto a la línea jurisprudencial que involucra a las madres comunitarias: la primera que indica que no existe contrato de trabajo entre estas y las asociaciones o entidades que participan en el programa y que el vínculo es de naturaleza contractual de origen civil y, la segunda a partir de la sentencia T-628 de 2012 donde empiezan a señalar las transformaciones que se han presentado en esta relación. Que luego, con la ley 1607/12 y Decreto 289/14, se consagró que las madres comunitarias serían vinculadas mediante contrato de trabajo, que no tendrían la calidad de servidoras públicas, que prestarían sus servicios a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios y que no se podía predicar solidaridad patronal con el ICBF.

En relación con el aporte a pensión de las madres comunitarias citó la ley 509/99 que dispuso que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias, cualquiera que sea su edad y siempre que hayan cumplido por lo menos un año de servicio como tales y que el monto del subsidio será equivalente al 80% del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término que la madre comunitaria ejerza esa actividad. Que a su vez la ley 1187/08 estableció que el fondo de solidaridad pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres

Comunitarias y que el Gobierno garantizará la priorización al acceso de las madres comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la ley 797/03, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido. Que en virtud de ello, 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 subsidiaba los aportes a pensión, en caso de que la madre no cumpliera con su aporte, el subsidio no se aplicaba.

Finaliza acotando, que, con base en el Auto No. 186 de 2017, proferido por la Corte Constitucional, esta corporación dispuso que el ICBF informe quienes son las 106 madres comunitarias al Fondo de Solidaridad Pensional, a fin de que este transfiera el 100% de los aportes pensionales faltantes causados entre la fecha de su vinculación al programa HCB y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa, a la administradora de pensiones en la que se encuentre afiliada o desee afiliarse. Que el mencionado auto nunca determinó que el ICBF tuviera la obligación de realizar aportes a pensión a las madres comunitarias, sino en señalar al FSP quienes eran las 106 madres comunitarias. Por ello considera que hay falta de legitimación en la causa por pasiva y que se debe desvincular de la acción al ICBF.

CONSORCIO COLOMBIA MAYOR

A través de su apoderado judicial afirma que mediante la ley 100 de 1993 se creó el Fondo de Solidaridad Pensional como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo, destinado a

ampliar la cobertura mediante un subsidio a las cotizaciones para pensiones de los grupos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los sistemas de seguridad social y que carezcan de recursos para efectuar la totalidad del aporte pensional, así como el otorgamiento de subsidios económicos para la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema. Que dichos recursos son administrados en fiducia para lo cual se conformó el Consorcio Colombia Mayor 2013 como una alianza estratégica entre FIDUPREVISORA S.A., FIDUCOLDEX S.A. Y FIDUCENTRAL S.A. y cuya actividad se limita a observar las instrucciones y ordenamientos formulados por el Ministerio en virtud del contrato de encargo fiduciario No. 216 de 2013, donde se estableció que este consorcio cuenta con la calidad de administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, a cargo del manejo de las dos (2) subcuentas denominadas: subcuenta de solidaridad que financia el programa de subsidio al aporte en pensión y subcuenta de subsistencia, con la cual se financia el programa Colombia Mayor.

Añadió que se consultó la base de datos de beneficiarios del Fondo de solidaridad Pensional (FSP), donde encontró que la accionante se afilió al programa de subsidio al aporte en pensión (PSAP) desde el 1° de agosto de 2008 en el grupo poblacional "MADRE COMUNITARIA" y fue retirada el 2 de marzo de 2009 por la causal legal "cuando deje de cancelar seis (6) meses continuos el aporte que le corresponde", base de datos de Colpensiones. Que la accionante incumplió con el pago de aportes desde julio de 2008, incumpliendo con su continuidad en el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, debiendo reiterar que la entidad que reporta al consorcio el no pago de los aportes es Colpensiones. Que cabe resaltar que la accionante presentó nueva afiliación desde el 1° de noviembre de 2010 en el grupo poblacional "MADRE COMUNITARIA" y fue retirada el 25 de enero de 2013, por incurrir en la causal legal "cuando cese la obligación de cotizar en los

términos del artículo 17 de la ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la ley de 1993”.

Que la actora alcanzó un total de 98.57 semanas subsidiadas a través de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional de las que el Consorcio no adeuda subsidios de la actora, ya que realizó el giro a Colpensiones hasta el momento en que fue desvinculada del programa.

Que respecto de las madres comunitarias no pueden ser beneficiarias del programa de subsidio al aporte en pensión (PSAP) del Fondo de Solidaridad Pensional, ya que su régimen pensional se encuentra en el contributivo y no en el subsidiado como es el caso de la accionante. Que en lo que respecta a quienes dejaron de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a una pensión ni sean beneficiarias de los BEPS, tendrán acceso a un subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, el cual será complementado por el ICBF, siempre y cuando reúnan las condiciones para acceder a él pero sin que en el proceso de selección intervenga el Consorcio Colombia Mayor, con base en la ley 1450 de 2011.

Añade el vinculado que el Auto 186/17, emitido por la Corte Constitucional, que declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016 y que tuteló los derechos fundamentales de 106 madres comunitarias no puede entenderse con efectos erga omnes, luego si la actora no demuestra que cumple con las exigencias su derecho no puede ser amparado.

Remata diciendo que la tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas, que no opera el principio de inmediatez dado que la accionante fue desvinculada como madre comunitaria enero de 2013, lo que desvirtúa de plano la acción de amparo como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable,

que se falta al principio de subsidiariedad, pues debe acudir al juez natural para hacer efectivos los derechos de los que pueda ser titular y que no hay legitimación en la causa en Colombia Mayor, pues dentro de sus competencias legales, reglamentarias y contractuales de pago de salarios y prestaciones sociales derivadas de la relación, tampoco sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez que le puedan ser reconocidas a la accionante, sino que debe ser resuelta por el ICBF.

PRUEBAS RELEVANTES APORTADAS AL PROCESO:

1°. Copia de carta de retiro voluntario de fecha octubre 17 de 2013, suscrita por la actora (fl.9).

2°. Copia del dictamen sobre pérdida de capacidad laboral de la señora Rosa Adela Acevedo (fls. 10 a 12).

3°. Copia de la Resolución No. GNR 113674 de marzo 28 de 2014, proferida por COLPENSIONES (fl.13).

4°. Copia de certificado y mención de honor, otorgada por el I.C.B.F. a la accionante (fls. 15 y 16).

5°. Copia del documento de identidad de la actora (fl. 17).

6°. Copia del contrato de trabajo a término fijo, suscrito entre la señora Rosa Adela Acevedo y FUNDAPRE, y de sus adendos modificatorios (fls. 38 vlto a 41 vlto y 51 a 57).

7°. Declaración rendida por la señora Yury Andrea Marín Torres (fls.

Para proferir el fallo que en derecho corresponda, encontrándose esta oficina judicial dentro del término

constitucional y legalmente previsto para ello, se procede previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El artículo 86 de la Constitución Nacional de 1991, consagró la acción de tutela como el mecanismo consistente en la posibilidad de reclamar ante los jueces mediante un procedimiento sumario, la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales; fue concebida para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces para proteger el derecho.

Es así, como ésta acción constitucional por más de dos décadas, ha servido como mecanismo esencial a la población colombiana, para detener el quebrantamiento de garantías constitucionales que pueden ocasionar las actuaciones u omisiones de autoridades públicas, privadas y particulares.

PROBLEMA JURÍDICO:

Con el objetivo de resolver la controversia que ha sido planteada ante éste despacho judicial, es necesario determinar si resulta atendible la solicitud de amparo de los derechos fundamentales alegados por la señora ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTÍNEZ, a fin de que se obligue al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a realizar los aportes en favor de aquella como madre comunitaria con destino a COLPENSIONES, y este, a su vez, le otorgue la pensión de invalidez o, en su defecto la de vejez. Subsidiariamente sea el ICBF quien le reconozca la pensión sanción.

Para efectos de dar solución a la situación planteada en párrafo precedente, el Juzgado encuentra oportuno estudiar

una reiteración jurisprudencial acerca de la relación jurídica que existe entre las madres comunitarias del Programa de Hogares de Bienestar con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-. Previo a ello, se hará cita de los antecedentes jurisprudenciales de las personas en estado de debilidad manifiesta y de este sector de la población en relación con los derechos de orden prestacional. Posteriormente se analizará el caso concreto.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA PARA DECIDIR DERECHOS DE ORDEN PRESTACIONAL.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial, preferente y sumario, diseñado para la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos se amenacen o vulneren, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o excepcionalmente de los particulares. Esta acción, se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual quiere decir que, frente a un caso concreto, será procedente para la protección de derechos fundamentales, siempre que no exista un mecanismo de defensa judicial establecido para el efecto, o cuando existiendo, este no sea eficaz para obtener su amparo; o cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, conforme con el artículo 48 Superior, el derecho a la seguridad social se reconoce a todas las personas, y tiene una naturaleza irrenunciable. La jurisprudencia constitucional ha indicado que este derecho tiene un contenido prestacional, y por tanto, al no ser fundamental, su protección, en principio, no se puede procurar a través del ejercicio de la acción de tutela¹. De tal manera, la tutela es un medio excepcional para obtener a través de ella el reconocimiento de derechos atinentes a la

¹ Ver Sentencia T-1260 del 16 de diciembre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

seguridad social. Igualmente ella es un mecanismo de carácter subsidiario, por lo que (i) no constituye un medio de defensa judicial alternativo o supletorio de los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho, (ii) no puede ser empleado para revivir oportunidades procesales vencidas como consecuencia de la inactividad injustificada del interesado, y (iii) no constituye un último medio judicial para alegar la vulneración o afectación de un derecho, por ello, la acción constitucional consagrada en el art. 86 de la Carta no puede ser entendida como una instancia idónea para tramitar y decidir conflictos de rango legal, ya que con tal fin existen medios y recursos judiciales adecuados, así como autoridades y jueces competentes.

En estos términos se refirió la H. Corte Constitucional en sentencia T-942 de 2007, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería. En la misma providencia se reiteró los eventos en que, en cumplimiento al principio de subsidiaridad, procederá la tutela, aun cuando el accionante cuente con otros recursos judiciales, enumerándolos:

(i) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no sean suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados;

(ii) Cuando, aunque tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

(iii) Cuando el accionante sea un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por

lo tanto su situación requiera de particular consideración por parte del juez de tutela.

Ha sido pues basta y amplia la jurisprudencia constitucional en aseverar que la tutela es una herramienta que procede solo en forma excepcional y subsidiaria no solo para el reconocimiento de derechos prestacionales, debido a que es la jurisdicción ordinaria el escenario idóneo para ventilar discusiones de tal carácter y donde se puede hacer uso de los medios de defensa previstos por la ley.

De otra parte, en sentencia de Tutela T-249 de 2006, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de vejez, se estableció lo siguiente:

"Así, respecto a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, particularmente cuando estas corresponden a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber:

(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;

(ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

(iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y

(iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario

es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo”.

A pesar que la jurisprudencia citada por el despacho se refiere concretamente a derechos pensionales, a su juicio se considera que ella resulta aplicable al presente caso donde como primera medida persigue la accionante se le efectúen los aportes al subsistema en pensiones, a fin de reunir los requisitos necesarios para obtener la pensión de invalidez o la de vejez y donde subyace un contenido prestacional, por lo cual los principios constitucionales resultan perfectamente aplicables.

DE LA RELACION JURIDICA ENTRE LAS MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR CON EL ICBF.

Sostiene la accionante que se encuentra vinculada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- como madres comunitaria del Hogar Comunitario “Los Pitufos” en el corregimiento de Albán, jurisdicción del Municipio de El Cairo y que aquel instituto siempre ha utilizado la figura de la tercerización laboral para evadir obligaciones patronales, valiéndose de diferentes asociaciones por medio de las cuales realiza los pagos de mesadas o salarios.

En otras palabras quiere significar la actora es que considera como su empleador al I.C.B.F. Debe acudir entonces a la reglamentación existente acerca de los hogares comunitarios y la relación de estos con aquel instituto.

Al respecto la Ley 7 de 1979 fijó los principios fundamentales para consagrar medidas de protección de la niñez colombiana, establecer el Sistema Nacional de Bienestar

Familiar y reorganizar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (art. 1o.), al cual le asignó a través de su Junta Directiva, entre otras funciones, la de formular su política general, y los planes y programas que prescritos por el Ministerio de Salud, el Departamento Nacional de Planeación y la Dirección General del Presupuesto, se propondrán para su incorporación a los planes sectoriales y a través de estos, a los planes generales de desarrollo (art. 26, literal a.).

Posteriormente, el legislador, por medio de la Ley 89 de 1988, asignó unos recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF (conforme a las leyes 27/74 y 7/79) destinados a desarrollar y dar cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país, definidos éstos como "aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país". (art. 1o., parágrafo 2o.)

Dentro del marco de gestión de dicho Instituto, se debe propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos (D. 1471/90, art. 124), fundamentando los programas que adelanta en la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, la participación de la comunidad y la determinación de la población prioritaria (art. 125 ibídem), todo lo cual debe guardar estrecha relación para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los niños (C.P., art. 44).

De esta manera, en la reglamentación expedida respecto del "Programa Hogares Comunitarios de Bienestar" (D. 1340/95), a su Junta Directiva se le atribuyeron las funciones de establecer los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan su organización y funcionamiento, con implementación gradual, según las condiciones sociales, económicas, geográficas y de participación comunitaria de cada región y con apoyo en la familia y la sociedad, para asistir y proteger al niño garantizando su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por dicha razón, el programa debe ser ejecutado directamente por la comunidad, a través de las asociaciones de padres de familia de los menores beneficiarios del mismo o de otras organizaciones comunitarias, como las madres comunitarias, con una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria, puesto que se deriva de la obligación de asistir y proteger a los niños, la cual corresponde a toda la sociedad y la familia.

Conforme al funcionamiento descrito, el cuidado de los hogares comunitarios estará a cargo de una o más madres comunitarias, escogidas por la junta de padres de familia o la organización comunitaria pertinente, que presenten un determinado perfil para desempeñarse en la labor, calificado por la edad, comportamiento social y moral, educación básica primaria, disponibilidad de una vivienda adecuada y de brindar atención a los niños en un espacio comunitario, con vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, con propósito de capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, con buena salud y con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños (literales a., b., c., art. 5o.).

Ahora bien en lo que atañe propiamente a la relación jurídica entre las madres comunitarias con el I.C.B.F., la

Corte Constitucional sostuvo desde la sentencia T-269 de 1995 que el vínculo era con las asociaciones de padres de familia y que el mismo era de carácter civil, sin ser laboral agregando:

"...Sin duda, alrededor de la relación surgida entre ambas partes -una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y un particular que nunca ostentó la calidad de empleado-, se puede decir que fue de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el I.C.B.F.; consensual, puesto que no requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada...".

De otra parte, es necesario tener en cuenta que el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar fue regulado por los Decretos 1340 de 1995 y 1137 de 1999, los cuales establecieron que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, consistía en un trabajo solidario y una contribución voluntaria y no en un contrato de naturaleza laboral. Así lo confirmó la Corte Constitucional, por ejemplo en la sentencia T-668 de 2000 quien, al estudiar el caso donde se solicitaba el pago de licencias de maternidad, determinó que el servicio que prestan estas personas de manera personal I.C.B.F. no reunía ninguno de los elementos que constituye una relación laboral como lo es la subordinación y el salario como retribución del servicio.

DEL CASO CONCRETO

Delanteramente se indicará que la relación laboral entre la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez y el I.C.B.F. queda descartada por las razones que a continuación se expondrán, no obstante se tutelarán los derechos a la seguridad social y mínimo vital.

En primer lugar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público descentralizado con personería jurídica y patrimonio propio, adscrito al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social Educación, creado por la ley 75 de 1968, reorganizado por la ley 7ª de 1979 y el Decreto 2388 de este año. Así mismo el art. 5º del Decreto 3135 de 1968 consagra que las personas que presten sus servicios en los Establecimientos Públicos, entre otras entidades, son empleados públicos, sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Los trabajadores oficiales son los únicos que se vinculan a la entidad de carácter oficial por contrato de trabajo, pero para ello se requiere que se dediquen a la construcción o sostenimiento de obras públicas.

Por las tareas a las que se dedica la accionante como son el cuidado, alimentación y educación de los niños del hogar comunitario "Los Pitufos", no corresponden a las de un trabajador oficial ya que no tienen relación alguna con la construcción y sostenimiento de obras públicas, lo que descarta que pudiese tener contrato de trabajo con el I.C.B.F. No obstante podría considerarse una relación de trabajo pero cuyos elementos son los mismos del contrato. Al respecto la declarante señora Yury Andrea Marín Torres dijo que le colabora a la accionante en el mencionado hogar hace como un año y medio o dos años, lo que ubica su conocimiento directo desde el año 2015 aproximadamente, pero para esta época ya la relación laboral se había dado, inicialmente con

FUNDAPRE y luego con la Fundación ONG LA RED como la misma accionante lo manifestó en la diligencia llevada a cabo en el juzgado el día doce de los cursantes (fl. 29) y como se infiere del contrato de trabajo a término fijo que inicialmente tuvo con la fundación FUNDAPRE a partir del 1º de febrero de 2014 (fls. 55 a 57). Pero, además, debe tenerse en cuenta que su vinculación con el I.C.B.F. podría serlo como empleada pública, donde también se requiere la reunión de los elementos del nexo laboral y aunque podría especularse que pudo existir con el I.C.B.F. por lo expresado por la declarante Yury Andrea Marín Torres (fl. 78 vlto), la labor de supervisión sobre la calidad del servicio prestado por el Hogar Comunitario "Los Pitufos" no conlleva necesariamente a la demostración de ese nexo jurídico, mismo que también puede estar presente en las relaciones de carácter civil, pues aquel elemento no significa tampoco subordinación, armonizándose con lo que en su momento consideró la Corte Constitucional en su sentencia T-269/95: ,

"...En ninguno de los casos que se revisan, las actoras prestan un servicio personal al ICBF, porque aunque desarrollan su labor siguiendo los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativas que les señala esta entidad, no lo hacen bajo subordinación; tampoco reciben salario como retribución a su servicio, sino el valor de una beca por cada niño que atienden para satisfacer las necesidades básicas del hogar comunitario para su normal funcionamiento y que tiene como fin la obtención de material didáctico de consumo y duradero, ración, reposición de la dotación, aseo y combustible de los menores a su cargo. Por tanto, no aparecen demostrados ninguno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo...".

Acogiendo esta tesis, esa misma Corporación en el Auto No. 186 de fecha abril 17 de 2017, por medio del cual

declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de septiembre 1 de 2016, expresó:

"De lo expresado se concluye que a pesar de que el ICBF establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, éste no es el empleador de las madres comunitarias; por tal razón no existe contrato laboral ni ninguna otra clase de relación laboral entre las actoras y el ICBF, sino una relación contractual de origen civil entre la madre comunitaria y la Asociación de Padres de Familia con la cual colabora."

Agréguese a lo dicho que no está probado que el I.C.B.F. estuviese acudiendo a la tercerización laboral y, en consecuencia, las fundaciones ONG LA RED y FUNDAPRE se hubiesen comportado con meras intermediarias. Por el contrario, esta última entidad aportó el contrato de trabajo suscrito con la actora. Esto último se acompasa con lo dispuesto por el art. 36 de la ley 1607 de 2012 y su Decreto 289 de 2014 que prohíben la vinculación laboral con el I.C.B.F. y ordena la misma con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

En conclusión, la relación laboral entre la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez, en su condición de madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - I.C.B.F.- no existe, tal y como lo reconoció la Corte Constitucional en el auto de marras y con el que rectificó la posición que había asumido a través de la sentencia T-480 de 2016 y con la que había desconocido el precedente jurisprudencial contenido en diferentes decisiones, entre ellas las expuestas en sentencias T-269/95 y T-1029/01.

A pesar de lo anterior, se ordenará que se realicen los aportes, en favor de la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez, al subsistema de pensiones y que administra COLPENSIONES por lo siguiente:

Esta entidad administradora de fondo de pensiones negó a la accionante el derecho a la pensión de invalidez mediante la Resolución GNR 113674 de fecha 28 de marzo de 2014. La razón de la negativa fue el no acreditar el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. En dicha resolución se informa que la pérdida de la capacidad laboral, que lo fue del 66.96%, se estructuró el 12 de octubre de 2010 y que las semanas cotizadas que registra son de 30 días de marzo 1/09 a marzo 31/09, 180 días de febrero 1/11 a julio 31/11, 360 días de septiembre 1/11 a agosto 31/12, 90 días de octubre 1/12 a diciembre 31/12 y 30 días de febrero 1/14 a febrero 28/14. Por lo que a la fecha de estructuración solo cotizó 30 días.

Se acredita también, con la copia del dictamen sobre pérdida de capacidad laboral allegada, que la señora Acevedo de Martínez presenta ciertamente una PCL de 66.96%, de origen común y con aquella fecha de estructuración. Como sustentación al informe se dejó constancia de las diferentes enfermedades que padece la actora y de algunas de las cuales dio razón la declarante Yury Andrea Marín Torres (fl.78), agregando que a ella le tocaba hacer casi todo pues fue contratada por la accionante para que le ayudara en el hogar comunitario. También expresó la declarante que la señora Acevedo de Martínez solo vive con su esposo quien no hace nada porque es muy enfermo, que sufre del corazón y tiene marca paso (fl.78 vlto).

Lo anotado, sumado a la edad con la que cuenta (69 años) según la copia del documento de identidad (fl. 17), da por demostrado las condiciones de debilidad manifiesta en que se

encuentra la actora, por lo que amerita un trato especial de parte del Estado y que conlleva a que los requisitos exigidos para acudir a la acción de tutela en procura de la defensa de sus derechos fundamentales sean mirados con mayor laxitud, pues de lo contrario, como sería someterla a que acuda a las vías legales perdería eficacia sin una solución rápida y eficiente a su demanda, contribuyendo, de paso al agravamiento de su situación personal y familiar. Ello amerita una protección inmediata de sus derechos fundamentales como la seguridad social y el mínimo vital. En esa misma ruta, no hay lugar a considerar que no hay inmediatez en la acción de tutela interpuesta, dado que, contrario a lo expresado por el consorcio Colombia Mayor, la actora aún presta sus servicios como madre comunitaria y, de otra parte, sus derechos fundamentales aún continúan siendo vulnerados.

Es de tener en cuenta que la ley 100/93 creó el fondo de solidaridad pensional a fin de subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de algún sector de la población colombiana, incluyendo a las madres comunitarias. Así mismo la ley 509 de 1999 estableció para estas los beneficios en materia de seguridad social como las prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo, por lo que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias, sin importar su edad y siempre que se acredite un (1) año de servicio como tales. También el art. 2° de la ley 1187/08 dispuso que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, sin importar su edad y tiempo de servicio y dispuso que el Gobierno Nacional garantizaría la priorización al acceso de las madres comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la ley 797/03, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional-Subcuenta de solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los

términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

Por consiguiente, atendiendo las circunstancias particulares por las que atraviesa la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez, por la función que cumple como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, condición que ha sido discriminada de cierta manera laboralmente considerada al menos hasta el surgimiento de la ley 1607 de 2012; que su tarea, encomiable por demás, como quiera que propende por la protección de los infantes de las clases menos favorecidas, misma que buscó ser corregida con el canon mencionado y con las leyes 509 de 1999 y 1187 de 2007, a fin de facilitarles acceder a los beneficios que se desprenden del derecho a la seguridad social, derecho fundamental este y de carácter irrenunciable al tenor del art. 48 de la Carta, modificado por el A.L. 01/05, conllevarán al despacho a impartir orden tanto al Fondo de Solidaridad Pensional adscrito al Ministerio del Trabajo como al Consorcio Colombia Mayor como su administrador fudiciario, para que proceda a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- los aportes faltantes y causados en ejercicio efectivo y comprobado que la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar hubiese prestado en el período comprendido entre el 1º de abril de 1994 (fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social integral previsto en la ley 100/93 y que ordenó la creación del Fondo de Solidaridad Pensional) y el 12 de octubre de 2010 (fecha esta a partir de la cual se estructuró su pérdida de capacidad laboral), descontando el período de 30 días comprendido entre marzo 1º/09 y marzo 31/09 en el que la actora cotizó como trabajadora independiente. Tales aportes los realizará el mencionado fondo en favor de la accionante en un 100% y no en un 80%, pues obligarla a que aporte el 20% restante agravaría aún más su precaria situación económica, dado que solo devenga el salario mínimo y del cual le paga a su

ayudante, señora Yury Andrea Marín Torres, la suma de trescientos mil pesos. Tales cotizaciones se realizarán tomando como referencia el salario mínimo legal vigente para cada uno de los años del período en mención. Por las especiales circunstancias, los aportes no causarán intereses moratorios de ninguna índole en favor del fondo de pensiones.

Para que así pueda proceder, se dispondrá que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -I.C.B.F.- traslade al Fondo de Solidaridad Pensional del Ministerio del Trabajo, toda la información necesaria relacionada con la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez que incluya identificación y períodos en que hubiese prestado sus servicios como madre comunitaria en el citado período, para lo cual contará con un término de un mes. Deberá la entidad suministrar una información seria y confiable, atendiendo a que en el plenario obran copias de certificado, otorgado por el ICBF Centro zonal Cartago donde se deja constancia del desempeño de la accionante como madre comunitaria desde el día "14 de 11 de 1988", en el hogar comunitario "Los Pitufos", así como de mención de honor, calendada el día 03 de mayo de 2013, "POR SUS VEINTICINCO AÑOS DE AMOR Y ENTREGA A LA NIÑEZ COLOMBIANA" (fls. 15 y 16). Hecho lo anterior el fondo dispondrá del término de tres meses para hacer los traslados de los aportes a COLPENSIONES.

Por último, y una vez el Fondo de Solidaridad Pensional por intermedio del Consorcio Colombia Mayor haya trasladado los aportes, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- que, en el término de 15 días, profiera nueva resolución donde, previo estudio de los requisitos legales, decida nuevamente sobre la solicitud de pensión de invalidez que en su momento elevara la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez.

No se accede a la solicitud para que COLPENSIONES otorgue la pensión de invalidez, pues no quedó acreditado

que esta entidad hubiese vulnerado derechos fundamentales de la actora al negarle dicha prestación. Tampoco a la petición para que el I.C.B.F. le conceda la pensión sanción, dado que no se encuentran acreditados los requisitos exigidos por el art. 133 de la ley 100/93 exige, pues no se demostró relación laboral con dicho instituto.

Con base en lo expuesto el JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGO VALLE, administrando justicia en nombre del Pueblo de Colombia, por autoridad de la Ley y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

1°.- **TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de la señora ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTINEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 29.171.306.

2°.- **ORDENAR** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -I.C.B.F.-, representado legalmente por la doctora Karen Abudinen, o quien haga sus veces, traslade al Fondo de Solidaridad Pensional del Ministerio del Trabajo, toda la información necesaria, seria y confiable, en los términos indicados en esta sentencia, relacionada con la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez, que incluya identificación y períodos en que hubiese prestado sus servicios como madre comunitaria en el período comprendido entre el 1° de abril de 1994 y el 12 de octubre de 2010, descontando el período de 30 días comprendido entre marzo 1°/09 y marzo 31/09. Para ello se le concede un término de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación de esta decisión.

3°.- **ORDENAR** tanto al Ministerio del Trabajo-Fondo de Solidaridad Pensional en cabeza de la doctora Griselda Janheth Restrepo Gallego, como al consorcio Colombia Mayor como administrador fiduciario, en cabeza del doctor Juan

Carlos Lòpez Castrillón, para que procedan a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- los aportes faltantes y causados en ejercicio efectivo y comprobado que la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar hubiese prestado en el período comprendido entre el 1° de abril de 1994 y el 12 de octubre de 2010, descontando el período de 30 días comprendido entre marzo 1°/09 y marzo 31/09. Tales aportes los realizará el citado fondo en favor de la accionante en un 100%, tomando como referencia el salario mínimo legal vigente para cada uno de los años del período en mención, sin que haya lugar a la causación de intereses moratorios de ninguna índole en favor del fondo de pensiones. Para lo anterior se concede un término de tres (3) meses contados a partir del día siguiente al de la notificación de esta decisión.

4°.- **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- en cabeza de su Presidente y una vez el Fondo de Solidaridad Pensional, por intermedio del consorcio Colombia Mayor, traslade los aportes en favor de la accionante, que, en el término de 15 días, profiera nueva resolución donde, previo estudio de los requisitos legales, decida nuevamente sobre la solicitud de pensión de invalidez que en su momento elevara la señora Rosa Adela Acevedo de Martínez.

5°.- **NO ACCEDER** a los demás pedimentos de la demanda.

6°. **NOTIFÍQUESE** esta sentencia a las partes por el medio más expedito.

7°. **ENVÍESE** la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, si ella no fuere impugnada oportunamente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



BEATRIZ EUGENIA POTES CAICEDO