

472

Servicios Postales
Nacionales S.A.
NIT 900.062917-9
CG 25 G 95 A 55
Línea Nat. 01 8000 111 210

REMITENTE

Nombre/ Razón Social
CONSEJO SUPERIOR DE LA
JUDICATURA - Tribunal Superior
Sala
Dirección: CALLE 7A NO. 14-32

Ciudad: BUGA

Departamento: VALLE DEL CAUCA

Código Postal:

Envío: RN906982765CO

DESTINATARIO

Nombre/ Razón Social:
MARTIN RENE TRIVIÑO

Dirección: CL 21 NO. 12B-17

Ciudad: YUMBO

Departamento: VALLE DEL CAUCA

Código Postal: 760502136

Fecha Admisión:

21/02/2018 14:08:04

Mín. Transporte Lic. de carga 000200 del 20/05/2018
Mín. B. P. de Muestreo F. 001657 del 08/08/2018

RENE TRIVIÑO DIAZ
Magistrado judicial de la señora
DELA ACEVEDO DE MARTINEZ
netd@hotmail.com
15 B - 17 B/ La Estancia
Valle.

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA LABORAL

a de Buga, febrero 19 de 2018.

0428

SO	IMPUGNACION DE TUTELA
ACCIONANTE	ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTINEZ
ACCIONADO (A)	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIESTAR FAMILIAR - ICBF
RADICACIÓN	76-147-31-05-001-2017-00225-02

Para su conocimiento y fines legales subsiguientes, me permito transcribir la parte pertinente de la **SENTENCIA DE TUTELA No. 005 de febrero 19 de 2018** proferida dentro del asunto de la referencia por la Sala Laboral de este Tribunal, con ponencia del Magistrado doctor **MARTÍN FERNANDO JARABA ALVARADO**, por medio del cual se resuelve:

"(...) CONFIRMAR la Sentencia de Tutela No. 038 del 7 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartago (...) **COMUNIQUESE** a las partes (...) **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE"**.

Se adjunta copia de la providencia.

Atentamente,


SORAYA SANCHEZ BARRERA
Secretaria de Sala

CC. Expediente - Archivo

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE
GUADALAJARA DE BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTÍNEZ
APODERADO	CAUSA PROPIA
ACCIONADO	ICBF
APODERADO	CAUSA PROPIA
RADICADO	76-147-31-05-001-2017-00225-02
TEMAS Y SUBTEMAS	MINÍMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL
DECISIÓN	CONFIRMAR

MARTIN FERNANDO JARABA ALVARADO

Magistrado ponente

SENTENCIA DE TUTELA No. 005

Radicación n.º 76-147-31-05-001-2017-00225-02

AUDIENCIA PÚBLICA NÚMERO 26

En Guadalajara de Buga (Valle), a los diecinueve (19) días del mes de febrero de dos mil dieciocho (2018), el Magistrado Ponente doctor MARTÍN FERNANDO JARABA ALVARADO, en asocio de sus homólogos integrantes de Sala Tercera de decisión Laboral, del Tribunal Superior de Buga, doctores, MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR y JORGE MARIO CENTELLAS URIBE, se constituyó en **AUDIENCIA PÚBLICA** permanente y especial y declaró legalmente abierto el acto con el fin de surtir el siguiente pronunciamiento:

En esta oportunidad le corresponde a la Sala resolver, de conformidad con la Constitución Política, el Decreto número 2591 de 1991 y demás normatividad legal y reglas jurisprudenciales aplicables al caso, la acción de tutela propuesta por la señora

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTÍNEZ
ACCIONADO: ICBF
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-02

ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía número 16.739.287 de Cali (Valle), a través de apoderado judicial contra el **ICBF**, deprecando la protección de sus derechos fundamentales a la *Seguridad Social y Mínimo Vital*.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- SOLICITUD

Indica el apoderado judicial de la accionante, que su representada tiene 69 años de edad y desde el 14 de noviembre de 1988 esta vinculada al **ICBF**, a través del programa Hogares Comunitarios, desempeñando la labor de Madre Comunitaria del Hogar Comunitario "Los Pitufos", en el Cairo (Valle), devengando un salario mínimo como contraprestación; que tiene una calificación de la pérdida de la capacidad laboral de 66.96% con fecha de estructuración del 12 de octubre de 2010, enfermedad origen común, razón por la cual solicitó ante **COLPENSIONES** la *pensión de invalidez*, la cual le fue negada a través de Resolución No. **GNR 113674** del 28 de marzo de 2014, por considerar que no cumplía con las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la PCL, situación que se obedece a su precaria economía por lo que no ha podido cancelar los aportes de manera continua; que el **ICBF** desde el año 2013 le ha insistido a su mandante en que renuncie y que se acoja al beneficio de la subcuenta del Fondo de Solidaridad Pensional que ofrece el Gobierno para obtener su pensión, propuesta que no es de su recibo.

Argumenta que el requisito que demanda **COLPENSIONES**, incumplido por la tutelante, es atribuible al **ICBF**, pues esta entidad tiene la obligación de realizar los aportes en pensión de la demandante ante esa AFP, desde el 14 de noviembre de 1988, de

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTINEZ
ACCIONADO: ICBF
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-02

conformidad con la Sentencia T-480 de 2016, para así poder acceder a una *pensión de vejez* o de *invalidéz* o en su defecto a la *pensión sanción*, por no haber pagado la seguridad social a su empleada; ello en aplicación del principio de primacía de la realidad. Con dicha omisión por parte de la accionada, se configura una violación de los derechos fundamentales de la solicitante; añade que esta es la vía idónea para protegerlos pues se trata de una persona de especial protección.

Informa que en otra ocasión la señora ROSA, a través de apoderada, elevó otra acción de tutela contra COLPENSIONES, pero por asuntos diferentes.

Por último, solicitó tutelar los derechos invocados y en consecuencia ordenar al ICBF, realizar los aportes a pensión de la señora ROSA ADELA ante COLPENSIONES, desde el 14 de noviembre de 1988, fecha en la que se vinculó como Madre Comunitaria en esa entidad y como consecuencia se ordene a COLPENSIONES, reconocer la *pensión de invalidéz* o de *vejez* a la tutelante y de no ser factible la anterior pretensión, ordenar al ICBF reconocer la *pensión sanción* por no haber cancelado la seguridad social (fls. 2 a 5).

II.- ACTUACIÓN PROCESAL

2.1.- El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartago (Valle), mediante Auto de Interlocutorio No. 1471 del 8 de septiembre de 2017, avocó el conocimiento de la tutela; vinculó a COLPENSIONES; llamó a la accionante para interrogatorio de parte (fls. 20 y 20 Vto.); mas adelante y por sentencia No. 030 del 20 de septiembre de 2017, resolvió tutelar los derechos fundamentales a la *Seguridad Social y Mínimo Vital* de la

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTINEZ
ACCIONADO: ICBF
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-02

accionante, sentencia que fue impugnada y allegada a este Tribunal, correspondiéndole a este Despacho y por auto interlocutorio No. 84 del 16 de noviembre de 2017, se declaró la nulidad de la sentencia y ordenó vincular al **CONSORCIO COLOMBIA MAYOR** (fls. 157 y 158).

2.2.- Atendiendo lo ordenado por el este Tribunal, el Juzgado mediante auto No. 608 del 30 de noviembre de 2017, vinculó al **CONSORCIO COLOMBIA MAYOR** (fl. 169).

2.3.- *Diligencia de interrogatorio por parte del juzgado de instancia*

En síntesis manifestó la actora, que está muy enferma y por lo tanto requiere de su pensión; que TERESA del ICBF le insiste en que entregue el trabajo por su estado de salud y así mismo la ONG LA RED, esta última quien le manifiesta que reciba bono pensional; que vive con su esposo, el cual no trabaja y que tiene tres hijos que de los cuales solo uno vive con ella y que trabaja en el agro; que desde el año 1988 empezó a trabajar con el ICBF quien era el que le pagaba y luego la Fundación ONG la RED, que son los que le pagan actualmente; que reclamó ante la accionada el pago de aportes de pensión y la entidad le indicó que las 31 personas que habían ganado la tutela ya se había cerrado las puertas.

Que padece de diabetes, osteoporosis, infección renal y tiroides, presión alta y casi no ve y que COLPENSIONES la calificó (fls. 29 y 30)

III.- RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS y VINCULADA

3.1. Fundación para el desarrollo de la educación -FUNDAPRE

La representante legal de la fundación, indicó que la actora estuvo vinculada con esa entidad a través de contrato de trabajo a término fijo, desempeñando el cargo de MADRE COMUNITARIA, intrínsecamente del contrato suscrito entre esa fundación y el ICBF, contrato que se inició el 1 de febrero de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2014, el cual fue renovado hasta el 30 de noviembre de 2014; que por requerimiento laboral, se realiza otra prórroga con adenda modificatorio Programa Hogares Comunitarios de Bienestar con vigencia término fijo inferior a un año, con fecha de inicio 1° de febrero de 2014 y fecha de terminación 30 de enero de 2015 rubricado por las partes el 1 de diciembre de 2014.

Que en el año 2015, se realizó un nuevo contrato con la actora, desde el 1° de febrero de 2015 y hasta el 31 de diciembre de 2015; que esa entidad durante la vigencia del contrato cubrió todo lo relacionado con seguridad social, razón por la cual, manifestó que esa fundación no ha vulnerado derecho fundamental alguno pues hizo todos los pagos que a ellos le correspondía legalmente (fls. 36 a 38).

3.2.- Por lo anterior, el Juzgado decretó pruebas testimoniales de las señoras LUZ AIDA PULGARÍN y PAOLA RENDÓN DE CIFUENTES (fl. 44).

3.3.- Respuesta del ICBF

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, manifestó que frente a la afirmación de la actora del tiempo en que inició labores con ese Instituto no le consta pues no existe prueba de ello; que el ICBF con la finalidad de alcanzar sus objetivos en materia de

contratación cuenta con un régimen especial Ley 7 de 1979, Decreto 2150 de 1995 y Decreto 1529 de 1996 "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 proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, entendiéndose como negocio jurídico el que se celebra entre el Instituto y una Institución de utilidad pública o social, por medio de la cual, ésta última se obliga a proveer a ésta los bienes o servicios para la prestación total o parcial del servicio, la cual está bajo su responsabilidad y con personal de su dependencia pero de acuerdo a las normas y el control del ICBF, por tanto no es cierto que entre la actora y el ICBF exista una relación laboral y que tenga obligación de realizar aportes al sistema de pensiones de las madres comunitarias.

Que no le consta el estado de salud de la accionante y que respecto a los trámites ante COLPENSIONES no le consta; que de acuerdo al Auto 186 de 2017 emanado por la Corte Constitucional, el cual declaró la nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016, el ICBF solo puede realizar el informe al Fondo de Solidaridad Pensional de quienes son madres comunitarias.

Que de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, se expidió la Ley 1607 del 2012, y el Decreto 289 del 2014, en donde se consagró que las madres comunitarias serían vinculadas mediante contrato de trabajo, que no tendría la calidad de servidora públicas, que prestarían sus servicios a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarias y que no se podía predicar solidaridad patronal con el ICBF; así pues, el apoderado judicial busca el reconocimiento de una relación laboral que justifique el pago de aportes pensionales sin

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTINEZ
ACCIONADO: ICBF
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-02

aportar pruebas incontrovertibles que demuestren que entre su prohijada y el **ICBF** existió un vínculo laboral y que de ello generó un daño, sin embargo, manifestó que sus argumentos son suficientes para la falta de nexo de causalidad.

De otro lado, hace mención del Fondo de Solidaridad Pensional enmarcado en la Ley 1187 de 2008, en donde se estableció que ese Fondo subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales, 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 en que se hacía el aporte, el Fondo en mención subsidiaba los aportes en pensión, pero en caso que no se hiciera el subsidio no se aplicaba.

Por último, solicitó declarar la presente acción de tutela improcedente; desvincular al **ICBF** y vincular al **CONSORCIO COLOMBIA MAYOR** (fls. 70 a 74 Vto.).

3.4.- COLPENSIONES

El Director de Acciones Constitucionales, informó que revisado los aplicativos de la entidad, la actora se encuentra afiliada a **COLPENSIONES** desde agosto de 2008 y su estado es activo; que el 25 de noviembre de 2013 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual le fue negada, a través de Resolución **GNR 113674** del 28 de marzo de 2014, que la negativa obedece a que la actora no cuenta con las 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración del dictamen de pérdida de capacidad laboral (12 de octubre de 2010) y contra dicho acto administrativo no reposa recurso alguno, razón por la cual la presente acción de tutela se torna improcedente, pues la tutela, por su naturaleza

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTINEZ
ACCIONADO: ICBF
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-02

excepcional y subsidiaria, no puede reemplazar las acciones ordinarias.

Por lo anterior, solicitó declarar la presente acción de tutela improcedente, pues la entidad no ha incurrido en violación alguna de derechos fundamentales (fls. 170 a 177).

3.5.- CONSORCIO COLOMBIA MAYOR

El apoderado judicial del **CONSORCIO COLOMBIA MAYOR**, dio respuesta a la tutela indicando primeramente el papel de esa entidad como administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional; que en el caso en concreto el administrador fiduciario consultó la base de datos de beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional, encontrando que la actora se afilió en el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, desde el 1 de agosto de 2008, en el grupo poblacional "Madre Comunitaria", y retirada el 2 de marzo de 2009, por la causal de dejar de cancelar por 6 meses continuos al aporte que le corresponde, reporte que es suministrado por **COLPENSIONES** (numeral 4 del artículo 2.214.1.24 del D. 1833 de 2016), es decir, que la accionante incumplió con el pago de los aportes desde julio de 2008 y por su omisión su continuidad en el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, finalizó en marzo de 2009.

En ese orden de ideas, el consorcio no tuvo injerencia en el reporte de **COLPENSIONES** y esta como recaudador debió garantizar el debido proceso de la tutelante antes de haber reportado la mora en el consorcio. De otro lado, indicó que la señora **ADELA**, presentó una nueva afiliación el 1º de noviembre de 2010, en el mismo grupo poblacional 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 cumpla 65 años de edad, de conformidad con el artículo 29 de la ley 100 de 1993, que está establecida en el numeral 2 del artículo 2.2.14.1.24 del D. 1833 de 2016°.

Por lo anterior, la actora fue desvinculada del Programa al cumplir los 65 años de edad, constituyéndose en un hecho de exclusión; que durante el tiempo que permaneció en el programa alcanzó un total de 98.57 semanas subsidiadas a través de las subcuentas 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 la desvinculación del programa.

De otro lado, manifestó que el Auto 186 de 2017, emanada por la Sala Plena de la Corte Constitucional que declaró la nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016, no puede entenderse como *Erga Omnes*, pues debe la accionante probar que cuenta con los requisitos que en ese caso se estudiaron, seguidamente, indicó "*falta del principio de inmediatez, principio de subsidiaridad, legitimación en la causa por pasiva*".

Por último, solicitó denegar la tutela, pues el **CONSORCIO COLOMBIA MAYOR**, no ha vulnerado derecho alguno a la actora y consecuencia pide se ordene la desvinculación de esa entidad (fls. 185 a 193).

3.6.- Sentencia de primer grado

El Juzgado mediante Sentencia No. 038 del 07 de diciembre de 2017, resolvió tutelar los derechos fundamentales a la *Seguridad Social y Mínimo Vital* de la accionante y ordenó al **ICBF**, trasladar al **FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL DEL MINISTERIO**

DEL TRABAJO, toda la información necesaria relacionada con la señora **ROSA ADELA**, que incluya identificación y períodos en que se hubiese prestado sus servicios como "*madre comunitaria*" en el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1994 y el 12 de octubre de 2010, descontando el periodo de 30 días comprendido entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de marzo de 2009; ordenó al **MINISTERIO DEL TRABAJO - FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL**, y al **CONSORCIO COLOMBIA MAYOR**, como administrador fiduciario, trasladar a **COLPENSIONES**, los aportes faltantes y causados en ejercicio efectivo y comprobado del servicio prestado por la señora **ROSA ADELA**, como "*madre comunitaria*" del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, en el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1994 y el 12 de octubre de 2010, descontando el periodo de 30 días comprendido entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de marzo de 2009, 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 en mención, sin que haya lugar intereses moratorios de ninguna índole en favor del Fondo de Pensiones; ordenó a **COLPENSIONES**, que 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 quince (15) días, profiera nueva resolución donde previo estudio de los requisitos legales, decida nuevamente sobre la solicitud de *pensión de invalidez* que elevó la señora **ACEVEDO**, y no accedió a las demás pretensiones (fls. 196 A 209).

3.7.- Fundamentos del fallo

El Juzgado de Instancia empezó haciendo un estudio sobre la procedencia de la tutela para decidir derechos de orden prestacional, para determinar que en el presente caso reunía los

requisitos de procedibilidad de la tutela, pues, la actora persigue el reconocimiento de aportes al subsistema de pensiones, a fin de reunir los requisitos necesarios para obtener la pensión de invalidez o de vejez y donde subyace un contenido prestacional y que por lo tanto los principios constitucionales resultan aplicables.

Que la accionante afirma que se encuentra vinculada al ICBF, como madre comunitaria del Hogar Comunitario "Los Pitufos", en el Corregimiento de Albán del Cairo (Valle), y que la accionada ha utilizado la figura de la tercerización laboral para evadir obligaciones patronales. Seguidamente, el Juzgado hace un recuento de la reglamentación del ICBF y los programas comunitarios de la misma; refiere a que frente a la relación jurídica entre las "Madres Comunitarias" con el ICBF, la Corte Constitucional desde la Sentencia T-269 de 1995 sostuvo que el vínculo era con las asociaciones de padres de familia y que su naturaleza contractual era de carácter civil no laboral, regulado por los Decretos 1340 de 1995 y 1137 de 1999, donde se estableció que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF, consistía en un trabajo solidario y una contribución voluntaria y no en un contrato de naturaleza laboral.

Que en el caso en concreto, respecto a la relación laboral pretendida por la actora, manifestó que la misma quedó descartada, pues, entre las *madres comunitarias* y el ICBF no existe tal relación, de acuerdo al Auto No. 186 del 17 de abril de 2017, por medio del cual declaró la nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016, sin embargo, tuteló los derechos a la *seguridad social y mínimo vital*, en razón, a la debilidad manifiesta en la que se encuentra la señora ROSA ADELA, por lo que indicó que amerita un trato especial por parte del Estado.

Que la Ley 100 de 1993, creó el **FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL** a fin de subsidiar los aportes al régimen general de pensiones, incluyendo las *madres comunitarias*; así mismo, la Ley 509 de 1999, estableció para éstas 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 la edad y siempre y cuando acredite un (1) año de servicio en tal calidad; que el artículo 2 de la Ley 118/08 dispuso que el Fondo en mención subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las *madres comunitarias*, sin importar el tiempo, su edad y tiempo de servicio y dispuso que el Gobierno Nacional garantizaría la priorización al acceso de las *madres comunitarias*, al subsidio de subcuenta de subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumpla con los requisitos para acceder al **FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL - Subcuenta de Solidaridad**, o cuando cumpliendo la edad en los términos de la ley no alcance a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

Por lo anterior y atendiendo las circunstancias por las que atraviesa la accionante, por la función que cumple como *madre comunitaria*, indicó que ha sido discriminada de cierta manera laboralmente, al menos hasta el surgimiento de la ley 1607 de 2012, la cual, 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 desprende del derecho a la *seguridad social*.

Que en el presente caso, quedó acreditado que la señora **ACEVEDO**, presta sus servicios como *madre comunitaria* en el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1994 (fecha en que entro en vigencia el sistema de seguridad social integral Ley 100 de 1993 y que ordenó la creación del **FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL**), y el 12 de octubre de 2010, (fecha a partir de la cual se estructuro su pérdida de la capacidad laboral), descontando el periodo de 30 días comprendido entre marzo 1° de 2009 y marzo 31 de 2009, en el que la actora cotizó como trabajadora independiente; razones por las cuales, el Juzgado dio la orden (fls. 201 a 208 Vto).

3.4.- Impugnaciones

3.4.1.- ICBF

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del **ICBF**, indicó que inicialmente en su contestación a la tutela, presentó sus argumentos jurídicos que demuestran que no existe norma que los obligue a pagar aportes en pensión de las madres comunitarias, de igual modo, el Ministerio de Trabajo, en su momento argumentó que la accionante se desvinculó del programa de subsidio al aporte de pensión, por estar incurso en las causales para su exclusión y por último, el Juzgado acogió la tesis expuesta por la Corte Constitucional en el Auto 186 de 2017, y ordenó al ICBF, trasladar "*al Fondo de Solidaridad Pensional del Ministerio de Trabajo (...)*", consecuente a lo anterior, indicó que ese Instituto no tiene la posibilidad de establecer la veracidad del tiempo de actividad (fecha de inicio y fecha de terminación), toda vez, que las madres comunitarias ejercen una actividad civil, por ende, el **ICBF**, no tuvo la obligación legal de constituir expedientes administrativos de cada uno de los hogares comunitarios, pues, la

entidad contrataba con asociaciones de padres, entidades públicas y privadas, para que estas ejecutaran el programa y por ello no cuentan con registros administrativos que determinen si la accionante fue o no madre comunitaria.

Aunado a ello, manifestó que la providencia no analizó las incongruencias en las que incurrió la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto 186 de 2017, fallo que desconoce el marco constitucional, legal y reglamentario de la seguridad social, así como el principio de legalidad, el bien común público entre otros.

Recalca, la obligación que tiene el trabajador en este caso la madre comunitaria de cotizar, para así causar el subsidio, es por ello, que el auto 186 pluricitado inobservó los contenidos normativos de los artículos 13, 15 y 19 de la Ley 100 de 1993.

Por último, solicitó negar la petición de tutela teniendo en cuenta sus argumentos y el ICBF no ha incurrido en acción u omisión de derechos fundamentales (fls. 239 a 244)

3.4.2.- CONSORCIO COLOMBIA MAYOR

El apoderado judicial del Consorcio impugnó la sentencia con fundamento a lo dicho en su respuesta inicial a la tutela, recalcando que el *a-quo* no analizó los deberes y obligaciones que las madres comunitarias debían cumplir como beneficiarias del programa de subsidio al aporte en pensión, más cuando la actora tuvo la oportunidad de pertenecer al programa de subsidio en pensión, sin embargo, fue retirada por incurrir en la causal del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad de conformidad con el artículo 29 de la Ley 100 de 1993,

razón por la cual, no puede el primer grado ordenar una carga pecuniaria que significa hacer pago de aportes de una madre comunitaria que estuvo afiliada en el Programa y que fue retirada por las causales mencionadas y que no cumple con los requisitos que la Corte exigió en el auto mencionado, esto es, que la accionante se encuentre en una situación económica precaria, estatus de tercera edad y que padezca un mal estado de salud.

Por último, solicitó revocar el fallo de tutela de conformidad con sus argumentos y en su lugar declararla como improcedente (fls. 245 a 252).

3.4.3.- COLPENSIONES

El Director de Acciones Constitucionales de **COLPENSIONES**, impugnó la tutela manifestando lo mismo que en su contestación a la misma, agregando que es un asunto que debe resolver la jurisdicción ordinaria laboral, por ser una controversia que gira alrededor de la seguridad social.

Por lo anterior, solicitó revocar el fallo de tutela y en su lugar declarar la improcedencia de las pretensiones de la actora al contar con otros mecanismos judiciales (fls. 254 a 257).

3.4.4.- MINISTERIO DE TRABAJO

Inconforme con la decisión, la asesora de la oficina jurídica del **MINISTERIO DEL TRABAJO**, impugnó la sentencia manifestando que la Juez de Instancia utilizó una normativa que contraría la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional, pues el presente asunto es de carácter legal, por lo que el Despacho debió hacer un esfuerzo probatorio que desbordó su competencia, ya que

debía determinar que alguna de las entidades accionadas adeudaba aportes parafiscales, con base en alguna relación laboral, lo cual implicaba la valoración de pruebas que la contraparte no está en disposición de controvertir, así como la de formulación de excepciones como la inexistencia de la obligación, las cuales deben ser estudiadas por el Juez Laboral mediante demanda ordinaria.

Y endilgó la responsabilidad de efectuar aportes al **FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL**, lo cual desconoce el funcionamiento del Régimen Subsidiado en Pensiones.

Que respecto a los argumentos utilizados por el Juzgado para justificar la condena al **FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL**, indicó que el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, creó ese Fondo con el objeto de ampliar la cobertura en el Sistema General de Pensiones a través del subsidio a la cotización y a la protección de las personas en estado de indigencia o pobreza extrema, lo cual cumple a través de las subcuentas de solidaridad y de subsistencia; que dichos aportes son de naturaleza temporal y parcial, de manera que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial del aporte a su cargo, es decir, que el afiliado al programa realizará aportes en el porcentaje que le corresponde, a través de talonarios de pago emitidos por **COLPENSIONES**, mientras el fondo a través del administrador fiduciario de los recursos transfiere a dicha administradora cada uno de los subsidios correspondientes a los pagos realizados por el beneficiario del Programa, completando así, la totalidad del valor de la cotización.

Por su parte, **COLPENSIONES** debe aplicar tanto el aporte realizado por el beneficiario como el subsidio transferido por el

Fondo, en las historias laborales de cada uno de los beneficiarios del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión; que el interesado debe diligenciar el formulario de solicitud del subsidio ante el administrador fiduciario, sin que la misma implique el reconocimiento automático del subsidio, ya que éste está sujeto al cumplimiento de requisitos fijados por la normativa vigente artículo 5 de la Ley 509 de 1999 y el artículo 6 *ibídem*, indicó que su duración se extenderá por el término en que la *madre comunitaria* ejerza su actividad.

Que en cuanto a la Sentencia T-480 de 2016, donde la Corte protegió los derechos fundamentales a la *igualdad, seguridad social, dignidad humana* y al *mínimo vital* de 106 *madres comunitarias*, prescindiendo de su jurisprudencia anterior y declarando la existencia de contratos de trabajo y consecuentemente ordenando al **ICBF** el pago de salarios, prestaciones sociales y demás derechos; y mediante Auto No. 186 de 2017, de la misma Corporación, declaró la *nulidad parcial* de la tutela en mención, como quiera que desconoció el precedente jurisprudencial, sin embargo, mantuvo el amparo de los derechos de las *madres comunitarias*, a que se realicen los aportes faltantes de *seguridad social*, con el propósito de permitirles alcanzar una pensión ante su estado de vulnerabilidad.

Que dicho precedente, no es factible aplicar en el presente asunto, pues el Fondo únicamente subsidia cotizaciones de los beneficiarios que suscribieron el formulario y hayan cumplido con los requisitos; y con la observancia de los recursos disponibles para tal fin, por tanto, la accionante no podrá recibir los subsidios pensionales, pues, la señora **ACEVEDO**, tuvo varias vinculaciones y retiros al **FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL**, los cuales en su momento aceptó con las consecuencias de su obrar y

concordantes con su actuar anterior, así: el 1° de agosto de 2008, se afilió por primera vez, pero ante la falta de pago por parte de la actora, se efectuó su retiro el 1° de enero de 2009; el 1° de noviembre de 2010, la accionante consiente que no estaba dentro de programa se afilió nuevamente, por lo que respetó su decisión, hecho que desconoció el Juzgado, pues, por desidia la actora perdió dicho beneficio y cambiar el porcentaje del subsidio del 80% al 100% que señala el auto No. 186 de 2017, desnaturaliza la función del objeto y la razón de ser del FSP, como quiera que los subsidios son parciales y surgen de una condición suspensiva positiva, es decir, que mientras el afiliado no realice el pago de su parte de aporte el FSP no puede girar el subsidio, pues su finalidad es apoyar el esfuerzo que hace el trabajador no financiar pensiones.

Que el auto No. 186, estableció un régimen especial donde las *madres comunitarias* sin estar afiliadas al FSP, se les financian las cotizaciones en pensión por el sólo hecho de ostentar aquella calidad, sin tener vínculo laboral o ni siquiera cumplir con los requisitos establecidos para ingresar al Fondo; que al no existir intereses moratorios en el pago de aquellos aportes, se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Régimen como quiera que, para efectuar la imputación de los pagos, **COLPENSIONES**, tendría que usar de los recursos parafiscales del fondo común de naturaleza pública, para ajustar aquellos aportes, lo cual, es una violación a la destinación de dichos recursos; que el medio que la Corte acogió para proteger los derechos de las *madres comunitarias*, no es el adecuado para la consecución de los fines propuestos, como quiera que una cuantas cotizaciones, 15 o 10 años, no van a lograr que las *madres comunitarias* en cuestión obtengan el derecho pensional, más cuando con sus avanzadas edades deben continuar cotizando hasta obtener las semanas

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTINEZ
ACCIONADO: ICBF
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-02

mínimas necesarias para obtener el derecho a la pensión, por lo que en el mejor evento obtendrán una indemnización sustitutiva.

Seguidamente, habló sobre otras formas de obtener pensión de vejez contemplada en la Ley 1450 de 2011.

Por último, solicitó revocar el fallo impugnado (fls. 254 a 262).

3.5.- Actuación del tribunal

3.5.1.- Esta Oficina Judicial recibió el *petitum* en esta instancia el 23 de enero de 2018 (fl. 291) y; seguidamente procede esta Sala a decidir lo que en derecho corresponda, dejando sentadas previamente las siguientes,

IV.- CONSIDERACIONES

Revisado el escrito de impugnación elevadas por el **ICBF**, **CONSORCIO COLOMBIA MAYOR**, **COLPENSIONES** y el **MINISTERIO DEL TRABAJO**, encuentra la Sala que la **inconformidad radica en que consideran que la presente acción no es el mecanismo idóneo para determinar si la accionante tiene derecho o no al subsidio pensional del FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL**, pues la misma por su naturaleza probatoria debe ser dirimida por la jurisdicción ordinaria, además de no estar de acuerdo en que en el presente caso se aplique el Auto No. 186 de 2017, emanado por la Corte Constitucional.

Ahora bien, lo pretendido concretamente por la accionante con esta acción de tutela es que se reconozca que entre ella por ser madre comunitaria y el **ICBF** existe una relación laboral y consecuentemente a ello dicho Instituto debe realizar los correspondientes aportes a

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTINEZ
ACCIONADO: ICBF
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-02

pensión que le son exigidos por **COLPENSIONES** para obtener su *pensión de invalidez*, pues tiene una pérdida de la capacidad laboral de más del 50% y por su avanzada edad y condiciones económicas necesita de manera urgente.

Por lo anterior, procederá esta Corporación en primer lugar, determinar si por vía de tutela es procedente el amparo pedido por la señora **ROSA ADELA**, por tener calidad de madre comunitaria y una vez verificados los requisitos de procedibilidad, se estudiará el caso en concreto.

Al respecto tenemos que el artículo 86 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la acción de tutela. De conformidad con esta disposición toda persona tiene 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 resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos que señala la ley.

Por expreso mandato superior el amparo constitucional se caracteriza por su naturaleza subsidiaria y residual. De allí que solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, o teniéndolo, busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable, caso en que procede como instrumento transitorio.

En consonancia con el artículo 86 superior y su desarrollo en el Decreto 2591 de 1991, la Corte ha puntualizado que la existencia del medio de defensa judicial ordinario no veda por sí sola la

competencia del juez constitucional, pues el mecanismo ordinario deber ser *idóneo* y *eficaz* para atender el asunto sometido a su escrutinio y, además, debe descartarse la inminente ocurrencia de un *perjuicio irremediable*, de manera que dichas características, deben ser analizadas por el juez constitucional en arreglo a las particularidades fácticas y normativas que rodean el asunto iusfundamental concreto. La Corte Constitucional ha precisado que la *idoneidad* hace referencia a la aptitud que debe tener el mecanismo judicial ordinario para producir el efecto protector integral del derecho fundamental presuntamente amenazado o conculcado, mientras la *eficacia* impone que el mecanismo ordinario esté diseñado de forma que brinde de manera rápida y oportuna una protección a la faceta amenazada o vulnerada del derecho involucrado¹.

En el caso en concreto se trata de una señora que tiene una pérdida de la capacidad laboral del **66,96%** (fl. 11) y funge como *madre comunitaria*, población que jurisprudencialmente tiene carácter especial por su historia discriminatoria, razón por la cual, busca a través de este mecanismo la protección de sus derechos fundamentales a la *Seguridad Social* y *Mínimo Vital*, entre otros, vulnerados según la actora por la falta de pago de los aportes en pensión, hecho que le impide cobrar la prestación por *invalidéz* que por su estado requiere, razones suficientes, para que por vía de tutela se estudie su pedido.

Seguidamente, se resolverá el siguiente interrogante ¿vulnera el **ICBF** los derechos fundamentales a la *igualdad*, a la *seguridad social*, a la *dignidad humana* y *mínimo vital* de la señora **ROSA ADELA ACEVEDO**, al no reconocer que existe un contrato laboral con la actora y por ende el no pago de aportes al sistema de

¹ Sentencia T-649 de 2011

seguridad social en pensión, desde el año 1988 hasta la fecha?

Sobre la afirmación hecha por la actora respecto a la relación laboral que supuestamente existe entre ella y el **ICBF**, basta con mencionar que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado al respecto y mediante Auto No. 186 del presente año, declaro la nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016 en la que si le daba la connotación de contrato de trabajo a la relación que existe entre *madres comunitarias* y el **ICBF**, razón por la cual, mediante la providencia en mención, la Corte aclaró y reiteró el precedente jurisprudencial, haciendo mención de la Sentencia SU-224 de 1998 entre otras, en donde se estableció que el **ICBF** no es el empleador de las *madres comunitarias* y por tanto no existe un contrato de trabajo, ni ninguna clase de relación laboral, sino una vinculación contractual de origen civil, entre la *madre comunitaria* y las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.

No obstante, y como quiera que el auto en mención declaró solo la nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016, respecto a la existencia de contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el **ICBF**, y mantuvo la protección de los derechos fundamentales a la *seguridad social*, *mínimo vital* entre otros, esta Sala tomará como precedente el mismo, el cual indicó:

“Tal circunstancia, junto al desconocimiento de la sentencia de SU-224 de 1998 ya evidenciado, conducen a la declaratoria de nulidad de la providencia T-480 de 2016. Sin embargo, dicha decisión tendrá alcance parcial dado que es preciso mantener el amparo del derecho de las 106 madres comunitarias a que se realicen los aportes faltantes al sistema de seguridad social, con el propósito de permitirles acceder a pensión, de conformidad con los términos de la legislación aplicable y con fundamento en lo que a continuación

se expone."

La actora, alega que desde el año 1988 es madre comunitaria, lo cual quedó probado mediante certificación realizada por el ICBF de Cartago (fls. 15 y 16) y suscribió un contrato de trabajo a término fijo con FUNDAPRE, el cual inició el 1° de febrero de 2014 hasta el 30 de enero de 2015 y luego suscribió un nuevo contrato con la misma Fundación desde el 1° de febrero de 2015 al 31 de diciembre de 2015 (fls. 38 Vto. a 41 Vto.); que el 16 de octubre de 2013, COLPENSIONES a través de dictamen la calificó con un 66,96% de pérdida de la capacidad laboral, estructurada el 12 de octubre de 2010 (fls. 10 a 12), razón por la que solicitó a COLPENSIONES su pensión de invalidez y éste lo negó, por cuanto no cumplía con los requisitos del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el cual estableció que tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que declarado invalido, acredite 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (fls. 13 y 14).

Por lo anterior, es pertinente mencionar lo manifestado por la Corte Constitucional en el Auto 186 pluricitado, respecto a la falta de pago de contribuciones pensionales y la forma como ordenó al ICBF y demás entidades para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de las madres comunitarias en ese caso:

"2. La Sala encuentra que la vulneración iusfundamental alegada por las demandantes específicamente se enmarca en la falta de pago de contribuciones pensionales causadas en un tiempo específico, por lo que resulta apropiado e imperativo la observancia del marco normativo que para esa época regulaba el sistema de seguridad social en pensiones de las madres comunitarias.

3. Si bien para el lapso comprendido entre el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) tanto la ley como la jurisprudencia no establecieron una

relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cierto es que el ordenamiento jurídico sí prevé el derecho a la seguridad social de las madres comunitarias bajo unas particularidades especiales. Veamos. (Negrita por el Tribunal)

4. La Ley 100 de 1993 creó el fondo de solidaridad pensional "como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la presente ley." El objeto de ese fondo es "subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional." (Subraya fuera de texto original).

5. En consonancia con las anteriores disposiciones legales se expidió la Ley 509 de 1999, mediante la cual se establecieron beneficios en materia de Seguridad Social en favor de las madres comunitarias. Entre tales prerrogativas se destacan las siguientes:

5.1. Las madres comunitarias serán titulares de las prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo establecido por la Ley 100 de 1993.

5.2. 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.

5.3. El valor del subsidio equivaldrá al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su permanencia se mantendrá por el lapso en que la madre comunitaria realice esta actividad.

5.4. El Fondo de Solidaridad Pensional administrará los recursos que cubren el subsidio a los aportes de las madres comunitarias.

6. A su turno, el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008 dispone 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. Adicionalmente, el referido precepto legal prevé: "El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTÍNEZ
ACCIONADO: ICBF
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-02

la señora **ROSA ADELA**, para que una vez reunidos los requisitos de ley, pueda hacerse acreedora de la *pensión de invalidez* en los términos que esgrimió la juez de primer grado, autoridad que con su determinación pretende establecer el real tiempo servido como "*madre comunitaria*", período por el cual se impone el pago de aportes en un 100%, lo cual resulta procedente en casos como el presente, según lo ha fijado la jurisprudencia de cierre constitucional referida en precedencia y finalmente, se impone de la AFP pública, una vez surtido el trámite anterior, se revise la determinación frente al reconocimiento pensional, con lo cual se garantizan los derechos conculcados de la accionante.

En virtud de lo anterior, este colegiado **CONFIRMARÁ** la Sentencia de Tutela No. 038 del 7 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartago, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las motivaciones que anteceden, la Sala de Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Guadalajara de Buga (Valle), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

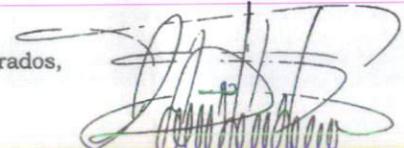
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de Tutela No. 038 del 7 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartago, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

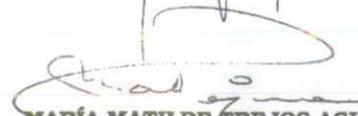
REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA ADELA ACEVEDO DE MARTÍNEZ
ACCIONADO: ICBF
RADICACIÓN: 76-147-31-05-001-2017-00225-02

SEGUNDO: COMUNÍQUESE a las partes, de conformidad con el Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARTÍN FERNANDO JARABÁ ALVARADO


MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR


JORGE MARIO CENTELLAS URIBE.