

Sentencia T-106/20

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Caso en que madres comunitarias o sustitutas solicitan reconocimiento de una relación de trabajo y el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes parafiscales en pensiones

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Desarrollo normativo

RELACION ENTRE EL ICBF Y LAS MADRES COMUNITARIAS-Jurisprudencia constitucional

En la sentencia SU-273 de 2019 “la Corte reiteró la ratio decidendi de la Sentencia SU-079 de 2018, al considerar que no es posible derivar la existencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF, desde el momento en que se vincularon al programa de HCB y el 12 de febrero de 2014, toda vez que, si bien se puede afirmar que las labores fueron desarrolladas por cada una de ellas, no existió una relación de continua subordinación y dependencia, al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad y la beca no constituye una remuneración, al estar destinada a la alimentación de los niños y niñas a su cuidado, compra de útiles y elementos de aseo, entre otros fines (...)”.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE MADRES COMUNITARIAS

PROGRAMA DE SUBSIDIO AL APOORTE PARA PENSION-Naturaleza y modificación normativa

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES DE MADRES COMUNITARIAS Y SUSTITUTAS-Se niega el amparo al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las madres

comunitarias o sustitutas

Referencia: Expedientes (i) T-6.567.189, (ii) T-6.569.253, (iii) T-6.569.727, (iv) T-6.570.074, (v) T-6.593.877 y (vi) T-6.608.772 (acumulados).

Acciones de tutela instauradas por: (i) Aura Hernández de Campuzano, (ii) Clara Elena Vilora de Medina, (iii) Flor Marina Ruíz Castillo y Trinidad Ramírez Guerrero, (iv) Janneth Álvarez Prieto, Nubia Olivia Yepes, Georgina Guevara, Rosa Julia Quiroga, Maritza Flórez Fonseca, Celina Romero Hernández, Olga Lucía Moya Restrepo, Liliana Mirella Infante Trujillo, Ana María Montañez Vera, Carlota Hernández García, María Leonor Henao Lotero, Marta Alicia Gutiérrez Puentes, Maximiliana Contreras Villán, Yolanda del Carmen Moreno, Marleny Balanguera Rodríguez, Luz Marina López, Yamaris Yépez Vidal, Belkis Beatriz Guerrero, Carmen Rosa Lozano Mena, Sandra Hernández García y Martha Lucia Rodríguez Carvajal, (v) Blanca Emma Torres y (vi) Ana Derly Zamora Poveda, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar¹.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil diecinueve (2020).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados

Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela dictados dentro de los procesos de la referencia².

I. ANTECEDENTES

Los fallos de tutela contenidos en los expedientes de la referencia versan sobre el reconocimiento y pago de los aportes parafiscales en pensiones faltantes que, según afirman las accionantes, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar³ se niega a efectuar pese a que mientras se desempeñaron como madres comunitarias durante los periodos reclamados se configuró, a su juicio, un vínculo laboral.

Así las cosas, las demandantes dentro de los expedientes de la referencia promovieron la acción de tutela con el propósito de que se ordene el pago de todos los aportes parafiscales en pensiones por el tiempo durante el cual se desempeñaron como madres comunitarias.

1. Hechos

Expediente T-6.567.189

La señora Aura Hernández de Campuzano nació el 2 de junio de 1951, y entre el 2 de abril de 1990 y el 30 de junio de 2006 estuvo vinculada como madre comunitaria al programa de Hogares Comunitarios de Bienestar a través de la Asociación de Hogares de Trinidad del municipio de Santa Rosa de Cabal⁴.

Expediente T-6.569.253

La señora Clara Elena Vilora de Medina nació el 28 de noviembre de 1954, y estuvo vinculada como madre comunitaria al Programa de Hogares Comunitarios a través de la Corporación Unida para el Desarrollo Integral Comunitario en la ciudad de Santa Marta, en los siguientes intervalos: entre el 4 de febrero de 2013 y el 31 de enero de 2014, como voluntario; entre el 1 de febrero de 2014 hasta el 31 de enero de 2015, y desde el 2 de febrero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015, mediante contrato de trabajo a término fijo⁵.

Expediente T-6.569.727

La señora Flor Marina Ruiz Castillo nació el 11 de septiembre de 1952, y entre el 02 de octubre de 1991 y la fecha de presentación de la acción de tutela (22 de noviembre de 2017) ha estado vinculada como madre comunitaria al programa de Hogares Comunitarios de Bienestar a través de la Asociación de Hogares Comunitarios Patio Bonito Primer Sector⁶. Por su parte, la señora Trinidad Ramírez Guerrero nació el 12 de mayo de 1958, y entre el 02 de febrero de 1996 y el 15 de julio de 2015 estuvo vinculada a la misma Asociación⁷.

Expediente T-6.570.074

Las accionantes dentro de este expediente afirmaron que se han desempeñado como madres comunitarias en el Centro Zonal de Arauca, con los operadores y por los periodos que a continuación se detallan:

La señora Janneth Álvarez Prieto nació el 22 de noviembre de 1970 y manifestó que estuvo vinculada al programa de Hogares Comunitarios a través de: (i) la Asociación Pedro Nel Jiménez, desde el 29 de julio del 2000, hasta el 15 de diciembre de 2015; (ii) la Caja de

Compensación COMFIAR, desde febrero de 2007 hasta el 15 de diciembre de 2015; y (iii) APOYAR ONG, desde el 15 de enero al 15 de diciembre de 2016. A la fecha de la presentación de la acción de tutela (22 de noviembre de 2017) se encontraba activa como docente en la empresa ASOMIN⁸.

La señora Nubia Olivia Yepes nació el 03 de junio de 1955 y señaló que estuvo vinculada al Programa Hogares Comunitarios a través de la Asociación Pedro Nel Jiménez desde el 15 de febrero de 1993 hasta el año 2005. Añadió que inició sus labores como madre sustituta en el año 2006, labor que aun ejercía a la fecha de presentación de la acción de tutela⁹.

La señora Georgina Guevara nació el 14 de noviembre de 1968 y manifestó que estuvo vinculada como madre comunitaria al operador Orfelina, entre 1995 y 1997. A la fecha de la acción de tutela se encontraba inactiva en el programa¹⁰.

Las señoras Rosa Julia Quiroga y Maritza Flórez Fonseca, nacidas el 24 de octubre de 1968¹¹ y el 22 de mayo de 1960¹² respectivamente, no allegaron información sobre su vinculación como madres comunitarias.

La señora Celina Romero Hernández nació el 06 de mayo de 1964 y señaló que estuvo vinculada al Programa Hogares Comunitarios a través de: (i) la Asociación Pedro Nel Jiménez a partir del 02 de agosto de 1993 (sin precisar cuándo finalizó dicho vínculo); (ii) en la Caja de Compensación COMFIAR, desde febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2015; (iii) y en la ONG APOYAR, desde febrero hasta diciembre de 2016. A la fecha de la acción de tutela, estaba vinculada como Auxiliar Pedagógica en el operador ASOMIN, y activa en el Programa¹³.

La señora Olga Lucia Moya Restrepo nació el 30 de mayo de 1971 y manifestó que estuvo vinculada como madre comunitaria al ICBF, sin hacer referencia al periodo de tiempo en el que ejerció esta actividad. Al momento de presentar la acción de tutela su vinculación al ICBF se encontraba activa¹⁴.

La señora Liliana Mirella Infante Trujillo nació el 26 de junio de 1969 y no allegó información sobre su vinculación como madre comunitaria al ICBF¹⁵.

La señora Ana María Montañez Vera nació el 09 de junio de 1948, y afirmó que estuvo

vinculada como madre comunitaria a la Asociación Libertadores de Ufran González, desde su inicio hasta su retiro, sin mencionar las fechas correspondientes. A la fecha de la acción de tutela, se encontraba inactiva en el Programa¹⁶.

La señora Carlota Hernández García nació el 08 de diciembre de 1957, y manifestó que estuvo vinculada como madre comunitaria al operador Adorcinda Hernandez Hogar Alejandra, en el periodo de 1997 a 2007. A la fecha de la acción de tutela, su vinculación como madre comunitaria se encontraba inactiva¹⁷.

La señora María Leonor Henao Lotero nació el 02 de enero de 1954 y afirmó que estuvo vinculada como madre comunitaria al ICBF en septiembre de 1999 (sin precisar la duración de la actividad). A la fecha de la acción de tutela presentada se encontraba activa como madre comunitaria¹⁸.

La señora Marta Alicia Gutiérrez Puentes nació el 11 de julio de 1963, y adujo que estuvo vinculada como madre comunitaria a los operadores: (i) la Caja de Compensación COMFIAR, desde 2013 hasta diciembre de 2015; y (ii) APOYAR durante el 2016. Añadió que al momento de presentar la tutela se encontraba activa en ASOMIN¹⁹.

La señora Yolanda del Carmen Moreno nació el 16 de mayo de 1968 y señaló que estuvo vinculada como madre comunitaria a los operadores: (i) Martha Fierro, sin indicar el periodo durante el cual ejerció la actividad; (ii) ASOMIN, en donde afirmó estar laborando a la fecha de la acción de tutela²⁰.

La señora Maximiliana Contreras Villán nació el 15 de febrero de 1969, y adujo que estuvo vinculada como madre comunitaria al programa de Hogares Comunitarios a través de: (i) la Asociación Pedro Nel Jiménez, desde el 01 de octubre de 1996 hasta diciembre de 2006; (ii) la Caja de Compensación COMFIAR, desde febrero de 2007 hasta diciembre de 2015; y (iii) Apoyar ONG desde febrero de 2016 hasta diciembre 15 de ese mismo año. A la fecha de instauración de la acción de tutela, se encontraba activa como docente en la empresa ASOMIN²¹.

La señora Marleny Balanguera Rodríguez nació el 07 de junio de 1964 y señaló que estuvo vinculada como madre comunitaria en el año 2009. A la fecha de la interposición de la tutela se encontraba inactiva²².

La señora Luz Marina López nació el 01 de enero de 1970, y manifestó que estuvo vinculada como madre comunitaria al ICBF a partir del 27 de enero de 2006 (sin precisar hasta cuándo ejerció la actividad²³.

La señora Yamari Yépez Vidal nació el 12 de agosto de 1978, y adujo que estuvo vinculada al ICBF como madre comunitaria desde marzo de 2008. A la fecha de la acción de tutela, se encontraba activa su vinculación²⁴.

La señora Belkis Beatriz Guerrero nació el 24 de agosto de 1968, y afirmó que estuvo vinculada como madre comunitaria a los operadores: (i) Asociación Pedro Nel Jiménez en 1995, sin indicar fechas de inicio y fin; (ii) Orlando Rueda en 1996, sin especificar los extremos temporales entre los cuales ejerció la actividad; (iii) Adelmira Torres y Adorcinda Hernández, entre el año 2000 y el 2007²⁵.

La señora Carmen Rosa Lozano Mena nació el 07 de septiembre de 1951, y afirmó que estuvo vinculada como madre comunitaria a los operadores: (i) Orfelina, en 1996 por tres meses (sin especificar fechas); (ii) Orlando Rueda, desde el 01 de enero de 1997 hasta el año 2000; (iii) y Adorcinda Jiménez entre 2004 y 2005. A la fecha de la acción de tutela, su vinculación se encontraba inactiva²⁶.

La señora Sandra Hernández García nació el 04 de julio de 1980, y manifestó que estuvo vinculada como madre comunitaria en el operador Adorcinda Hernández, desde el año 2004 hasta el 2005. Al momento de presentar la acción de tutela, su vinculación se encontraba inactiva²⁷.

La señora Martha Lucia Rodríguez Carvajal nació el 05 de julio de 1972. Sin embargo, en los documentos y las pruebas arrojadas con la demanda de tutela no obra información sobre el operador y el periodo dentro del cual fungió como madre comunitaria.

Expediente T-6.593.877

La señora Blanca Emma Torres nació el 30 de diciembre de 1957 y en el expediente no se encuentra acreditado el tiempo, ni su vinculación como madre comunitaria al Programa de Hogares Comunitarios.

Expediente T-6.608.772

La señora Ana Derly Zamora Poveda nació el 26 de febrero de 1958, y adujo que desde enero de 1996 ha estado vinculada como madre comunitaria al Programa de Hogares Comunitarios a través de distintas asociaciones, como la Asociación Jorge Eliecer Gaitán, la Corporación Multiactiva para la Inversión Social en la República de Colombia y Nuevo Amanecer. Afirmó que desde el 01 de noviembre del 2016 está vinculada como madre comunitaria mediante un contrato a término indefinido²⁸.

1.1.2. En el marco del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, las tutelantes indicaron que se encargaron, durante jornadas que iniciaban a las 5:00 am y culminaban después de las 4:00 pm, de cuidar a los niños y niñas que estaban a su cargo en el hogar comunitario, así como de alimentarlos, realizar actividades pedagógicas con ellos, estar al tanto de su salud e higiene personal, entre otras labores. Dichas tareas, según informaron, las realizaron bajo la supervisión y la calificación de desempeño del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar²⁹, a cambio del desembolso periódico de una suma de dinero denominada “beca”, que equivalía a menos de un salario mínimo mensual legal vigente.

1.1.3. Con fundamento en la vinculación como madres comunitarias, las accionantes tenían derecho a que, tal y como lo establece la Ley 100 de 1993, se les subsidiaran los aportes al Régimen General de Pensiones a través del Fondo de Solidaridad Pensional³⁰. Por este motivo, la normatividad aplicable fijó, entre otras cosas, el monto del subsidio y las causales para perder el derecho al mismo. Así las cosas, algunas de las accionantes se beneficiaron del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión³¹, conforme se describe en el siguiente cuadro³².

Causal de retiro del PSAP

Expediente

Accionante

Fecha de ingreso por primera vez

Fecha del último retiro

Semanas subsidiadas

Mora en el pago del aporte por dejar de cancelar 4 o 6 meses

T-6593877

Blanca Emma Torres

01/04/1998

30/06/2001

034

T-6567189

Aura Hernández de Campuzano

01/10/1996

02/08/2008

578.57

T-6608772

Ana Derly Zamora Poveda

01/09/1996

25/09/2012

201.43

T-6570074

Nubia Olivia Yepes

01/11/1996

30/09/1999

0

Liliana Mirella Infante Trujillo

01/10/2002

01/08/2003

0

Olga Lucia Moya Restrepo

01/10/2002

01/08/2003

0

Georgina Guevara

01/11/1996

30/09/1999

0

Rosa Julia Quiroga

01/11/1996

30/09/1999

0

Maritza Flórez Fonseca

20/06/2002

4.29

Janneth Álvarez Prieto

01/07 2008

27/04/2011

60

Maximiliana Contreras Villán

01/01/1998

25/09/2012

30

Celina Romero Hernández

01/11/1996

27/05/2014

107.14

María Leonor Henao Lotero

01/09/2002

27/10/2011

364.29

Ana María Montañez Vera

01/10/1997

30/09/1999

0

Carlota Hernández García

01/04/1999

20/06/2002

4.29

Adquirir capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión³⁵

T-6569253

Clara Elena Vilora de Medina

01/09/1996

09/03/2016

137.14

T-6570074

Yolanda del Carmen Moreno

01/11/1996

30/10/2012

77.14

Marta Alicia Gutiérrez Puentes

01/11/1999

22/10/2013

694.29

T-6569727

Flor Marina Ruiz Castillo

01/04/1996

09/03/2016

908.57

01/12/1996

09/03/2016

505.71

Personas que nunca se beneficiaron del programa

T-6570074

Marleny Balanguera Rodríguez

No registran como beneficiarias

Luz Marina López

Yamaris Yépez Vidal

Belkis Beatriz Guerrero

Carmen Rosa Lozano Mena

Sandra Hernández García

Martha Lucía Rodríguez Carvajal

1.1.4. Solicitud de amparo constitucional: las demandantes indicaron que mientras fueron madres comunitarias, el ICBF no realizó los aportes legales al sistema de seguridad social integral, y que a su avanzada edad no tienen una fuente de ingreso digna. Por esta razón, solicitaron al juez constitucional amparar sus derechos a la igualdad, al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social y, en consecuencia, ordenar al ICBF pagar los aportes parafiscales en pensiones por el tiempo durante el cual se desempeñaron como madres comunitarias.

2. Contestación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de las entidades vinculadas

Teniendo en cuenta que: (i) en la Ley 100 de 1993 se creó un Fondo de Solidaridad Pensional que tiene por objeto 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 las madres comunitarias³⁶; (ii) dicho Fondo se concibió como una cuenta especial adscrita al Ministerio del Trabajo cuyos recursos son administrados por el Consorcio Colombia Mayor 2013; y (iii) en algunos³⁷ de los expedientes acumulados en esta oportunidad se observó que en el trámite de instancia no se contó con la participación de aquella cartera ministerial ni del referido Consorcio, entidades que podrían verse afectadas por lo que finalmente se resuelva, el magistrado sustanciador ordenó a la Secretaría General de esta Corporación oficiar al Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor 2013 para ponerles en conocimiento de la acción de tutela contenida en los expedientes T-6.567.189, T-6.569.253, T-6.569.727, T-6.570.074 y T-6.593.877, a fin de vincularlos al proceso y de que, en consecuencia, se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones en que se funda cada

solicitud de amparo.

Por esta razón, a continuación se reseñarán la respuesta de la entidad accionada y de las partes vinculadas a este trámite, así como las decisiones de instancia.

2.1. ICBF

La entidad anotó que la creación de los Hogares Comunitarios de Bienestar se inscribió en el documento CONPES de 1986 que aprobó el plan de lucha contra la pobreza absoluta y la generación de empleo, pues facilitó la vinculación de las mujeres a los procesos productivos del país, en la medida en que aseguró, a través de las madres comunitarias, el cuidado de sus hijos dentro de su mismo entorno.

En ese orden de ideas, afirmó que la normatividad del programa se dirigió a fortalecer la responsabilidad de los padres de familia en la formación de sus hijos con un trabajo solidario entre aquellos y la comunidad a la que pertenecen. Dicho propósito se concretó a través de asociaciones de papás usuarios que seleccionaban a las madres comunitarias, quienes atendían a la población infantil menor de siete años más pobre y perteneciente a sectores sociales carentes de servicios básicos, por ser de su comunidad.

Así las cosas, adujo que el programa Hogares Comunitarios fue concebido como estrategia prioritaria para: (i) la organización y participación de la comunidad alrededor de acciones que permitieran mejorar la vida de la población; y (ii) crear nuevos mecanismos de relación entre los vecinos y pobladores de la misma, con el fin de lograr formas de vida más humanas y articuladas al proceso de descentralización, responsabilidad cívica, social y administrativa de los municipios.

Por otro lado, afirmó que, conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 7 de 1979, si bien el ICBF debe participar en la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común que, como las asociaciones administradoras del programa de Hogares Comunitarios, propendan por la protección de la familia y de los menores de edad, de dicha función no se desprende la existencia de una relación de subordinación entre las madres comunitarias y el Instituto de Bienestar Familiar. Esto, ya que si bien de por medio existe una prestación personal, la misma nunca se ejecutó a nombre del ICBF ni en beneficio del mismo, sino de las familias a las que se les prestó el servicio con ocasión de una labor de carácter solidario y mancomunado llevada a cabo por la misma comunidad, y en la que incluso los padres usuarios del programa aportaban una cuota de participación dirigida al reconocimiento de la tarea de esas gestoras comunitarias.

En ese sentido, aclaró que los Hogares Comunitarios de Bienestar fueron concebidos por la Ley 89 de 1988 como un programa en el que el ICBF simplemente asignaba unas becas para su constitución y funcionamiento, con el fin de que la vinculación de las madres comunitarias, a la luz de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1340 de 1995, constituyera una forma de trabajo solidario y una contribución voluntaria sin que la misma generara un vínculo laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del programa, ni con las entidades públicas que en él participaban.

Por esta razón, según afirmó, el ICBF jamás tuvo la calidad de empleador, no tuvo la obligación legal de realizar los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias y, en consecuencia, estas no son funcionarias o empleadas del Instituto, ni tampoco contratistas. En cambio, la única relación que tenían y que, como dijo, no era laboral, la trabaron con la asociación de padres de familia de la cual hacía parte su hogar comunitario. Además, dichas asociaciones no pertenecen a la estructura administrativa de la entidad.

No obstante lo anterior, precisó que actualmente el régimen jurídico de las madres

comunitarias se encuentra en un periodo de transición, pues a partir de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 se estableció que para la vigencia 2013 el valor de la beca correspondería al monto del salario mínimo mensual legal vigente y que para el 2014 se formalizaría laboralmente a las madres comunitarias. Por este motivo, a partir de ese año las asociaciones de padres de familia o las entidades privadas que contratan con el ICBF son responsables de contratar a las madres comunitarias, así como de pagar todas las acreencias laborales.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia del mecanismo de amparo constitucional, adujo que existen otros medios de defensa judicial idóneos distintos a la acción de tutela para debatir las pretensiones de las peticionarias. Asimismo, no consideró que existiera un perjuicio irremediable que torne procedente la intervención del juez constitucional, pues afirmó que en algunos casos las tutelantes no pertenecen a la tercera edad o no sufren un mal estado de salud y, además, pueden acceder a otras prestaciones económicas, ya que el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011 prevé que incluso las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos (BEPS) del régimen subsidiado en pensiones, tendrán acceso a un subsidio que se otorga a través de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional.

Igualmente, manifestó que en los asuntos acumulados no hubo inmediatez en la interposición del mecanismo de amparo, pues las demandantes reclaman prestaciones económicas que supuestamente se causaron desde la fecha de su vinculación como madres comunitarias, es decir, incluso hace más de una o dos décadas, sin que antes hubiesen promovido la acción judicial ordinaria para que el juez natural decidiera los asuntos objeto de discusión en esta oportunidad. En consecuencia, solicitó al juez constitucional declarar la improcedencia de la acción de tutela.

2.2. Consorcio Colombia Mayor 2013

En sede de revisión el Consorcio manifestó que actúa como administrador del Fondo de Solidaridad Pensional. También informó que el Fondo está dividido en dos subcuentas, una de subsistencia que brinda subsidios económicos a través del Programa Colombia Mayor para la protección de adultos mayores en estado de extrema pobreza, y otra de solidaridad que financia el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (PSAP), para ampliar la cobertura mediante el subsidio a las cotizaciones a pensión de grupos poblacionales que carecen de acceso al Sistema de Seguridad Social por sus precarias condiciones socio económicas.

De acuerdo con lo anterior, anotó que el funcionamiento operativo del PSAP implica que, al cumplirse los requisitos de los Decretos 1833 de 2016 y 387 de 2018, la entidad administradora —en este caso Colpensiones—, debe generar un talonario con recibos para que la persona efectúe su aporte obligatorio ante dicha entidad y posteriormente esta envíe al Consorcio la cuenta de cobro correspondiente a los subsidios que se deben desembolsar a nombre del beneficiario. Una vez hecho esto, el Consorcio valida la información contenida en el aplicativo web de cada beneficiario, procesa la nómina y efectúa el pago de los subsidios. En relación con esto, precisó que el giro de los recursos del FSP requiere autorización expresa del Ministerio del Trabajo, pues así lo dispuso el contrato de encargo fiduciario.

Por otro lado, reportó la situación de las veinticinco demandantes dentro de los expedientes T-6.569.253, T-6.569.727, T-6.570.074 y T-6.593.877, pues en relación con las accionantes de los expedientes T-6.567.189 y T-6.608.772 ya se había pronunciado durante los respectivos trámites de instancia. Por ende, de su intervención ante esta Corte se extrae la siguiente información:

1. De las veinticinco accionantes, dieciocho estuvieron afiliadas al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, y las demás nunca se beneficiaron del mismo.

2. De las dieciocho madres comunitarias que estuvieron afiliadas al mencionado programa, todas fueron retiradas del mismo al caer incursas en alguna de las causales de pérdida de la condición de beneficiario del subsidio que estaban previstas desde el Decreto 1858 de 1995, y actualmente están contenidas en el Decreto 1833 de 2016.

3. De esas dieciocho demandantes, cinco fueron retiradas por haber adquirido capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a pensión, y trece por haber dejado de cancelar, durante el tiempo determinado por la norma, la porción del aporte no subsidiado.

Con base en lo dicho, hizo referencia a las causales de pérdida del derecho al subsidio en las que se encontraban inmersas algunas de las tutelantes. Así, expuso que la cancelación de beneficiarios por mora superior a 4 meses —causal consagrada en el literal e) del artículo 9 del Decreto 1858 de 1995 (a su vez modificado por el artículo 1º del Decreto 2414 de 1998)—, dispone que se pierde este derecho cuando la persona “deje de cancelar (4) meses continuos el aporte que le corresponde”, situación que la entidad administradora debe notificar al Fondo de Solidaridad a más tardar el último día hábil, una vez haya vencido el término para que se suspenda el pago del subsidio.

Además, aludió a la cancelación del subsidio por mora superior a 6 meses —causal contenida en el numeral 4 del artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016—, en virtud de la cual se pierde el derecho al subsidio cuando la persona deja “de cancelar seis (6) meses continuos el aporte que le corresponde”. En este caso, la entidad administradora también debe informarle al Fondo para que se suspenda la afiliación del beneficiario.

Así las cosas, el Consorcio manifestó que no tuvo ninguna injerencia en la desafiliación de las accionantes que se vieron incursas en dicha causal, pues la entidad administradora es la encargada de verificar el cumplimiento de la cancelación del porcentaje correspondiente del aporte, así como de informar sobre quiénes se encuentran inmersos en ella para efectos de

realizar la desafiliación.

Igualmente, hizo alusión a la causal relativa a la pérdida del derecho al subsidio por adquirir capacidad de pago (establecida en el numeral 1 del referido artículo) para precisar que la desafiliación de algunas de las madres comunitarias obedeció a la formalización laboral con las entidades administradoras de Hogares Comunitarios de Bienestar, ya que dicha situación les permitió pasar al régimen contributivo.

También indicó que el Decreto 289 de 2014 —que reglamentó las condiciones laborales de las madres comunitarias—, estipuló la obligación de vincularlas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios. Por esta razón, actualmente este grupo poblacional cuenta con todos los derechos y garantías contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y ya no podría ser beneficiario del PSAP.

De otra parte, el Consorcio señaló las diferentes opciones que tienen las madres comunitarias que no alcancen a reunir los requisitos para acceder a una pensión, conservando los aportes realizados y el subsidio recibido.

(i) En primer lugar, aludió a la subcuenta de subsistencia del FSP, que permite a las personas que dejaron de ser madres comunitarias y no pudieron acceder a una pensión, ni tampoco beneficiarse de los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), acceder a un subsidio de dicha subcuenta, que será complementado por el ICBF teniendo en cuenta el tiempo de las aspirantes en el Programa de Hogares Comunitarios, así:

Tiempo de permanencia en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar

Valor del subsidio

Más de 10 años y hasta 15 años

\$220.000

Más de 15 años y hasta 20 años

\$260.000

Más de 20 años

\$280.000

(ii) En segundo lugar aludió a los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS)³⁸, que permiten a los actuales o ex beneficiarios del programa que no hayan podido acceder a una pensión, o a quienes en algún momento hubiesen sido beneficiarios del PSAP, trasladar sus aportes al sistema de BEPS junto con el respectivo subsidio, para recibir una renta vitalicia inferior al salario mínimo legal mensual. En el caso de las madres comunitarias, la renta a recibir a título de BEPS puede ser mayor al salario mínimo legal mensual, ya que pueden recibir el subsidio que le otorga el Consorcio Colombia Mayor y el ICBF, conjuntamente.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela, el Consorcio estimó que este no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas relativas a derechos pensionales. Al respecto, indicó que: (i) el legislador dispuso otros mecanismos de defensa judicial destinados a solucionar este tipo de controversias; y (ii) las tutelantes, ante la ausencia de un perjuicio irremediable, podían acudir ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, pues aseguró que cuentan con garantías mínimas de subsistencia que les permiten soportar la carga de un proceso jurisdiccional.

En ese sentido, advirtió que la mayoría de ellas son de mediana edad y que no demostraron

la condición de pobreza o de indefensión, ni que hubiesen hecho parte de grupos sociales marginados. Asimismo, resaltó que las accionantes tenían la posibilidad de hacer estas reclamaciones por medio de peticiones ante el ICBF, cuya administración se encargaría de resolver la viabilidad de los pagos requeridos, y dichas decisiones podían ser controvertidas por vía administrativa. Finalmente, afirmó que tampoco hubo inmediatez, pues las supuestas vulneraciones incoadas se concretaron aproximadamente hace cuatro años, o más.

2.3. Ministerio del Trabajo

La cartera ministerial adujo que la parte accionante desconoció los requisitos de procedencia de la acción de tutela, toda vez que este mecanismo, al ser subsidiario, no es idóneo para solicitar el reconocimiento de un contrato realidad que implica una exhaustiva valoración de pruebas por parte del juez de conocimiento, así como el agotamiento de etapas procesales. En consecuencia, consideró que este asunto debe ser resuelto por el juez ordinario laboral, y que si bien la Corte Constitucional ha encontrado procedentes las acciones de tutela presentadas por madres comunitarias que superan los 74 años³⁹, en los casos objeto de estudio ninguna de las actoras rebasa dicha edad.

En cuanto al asunto de debate, explicó que el objeto del Fondo de Solidaridad Pensional es subsidiar la cotización a pensión de las personas en estado de extrema pobreza por medio de las subcuentas (Solidaridad y Subsistencia) y del PSAP, a través de la asignación del subsidio. Añadió que este se otorga de forma temporal y parcial, y que el beneficiario debe realizar un esfuerzo para pagar el porcentaje que le corresponde del aporte a la entidad administradora. Posteriormente, dicho monto es completado por el FSP, que transfiere cada uno de los subsidios correspondientes a los pagos hechos por cada beneficiario a través del administrador fiduciario de los recursos.

Así mismo, explicó que el subsidio había sido creado con el propósito de que sus beneficiarios cancelaran únicamente el 25% del aporte, atendiendo a la ausencia de capacidad de pago y

que, en el caso particular de las madres comunitarias, se estableció que el porcentaje a pagar sería del 20% del aporte. En ese sentido, puso de manifiesto que a las madres comunitarias se les dio un trato preferente en el monto del aporte que sería subsidiado, pues ellas reciben el 80% del aporte. También resaltó que el subsidio estaba atado a la condición suspensiva del pago que el beneficiario debía hacer, pues el FSP únicamente podía otorgarlo una vez se hubiere cancelado el respectivo porcentaje no subsidiado.

Por otro lado, al igual que el Consorcio, mencionó los otros medios a los que pueden acceder las accionantes para obtener un ingreso para la vejez, tales como el subsidio de subsistencia del Programa Colombia Mayor, los BEPS, y la transferencia del cálculo actuarial. Frente a este último, indicó que por este medio, quienes fueron madres comunitarias entre el 29 enero de 2003 y el 14 de abril de 2008, y que además no tuvieron acceso al FSP durante este periodo, podían beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones realizadas en dicho periodo.

3. Decisiones de instancia

3.1. Expediente T-6.567.189

En sentencia del 30 de agosto de 2017, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira declaró improcedente la acción de tutela promovida por la señora Aura Hernández de Campuzano, pues consideró que las pretensiones de la actora son de contenido laboral y económico y que, por esta razón, su resolución le corresponde a la jurisdicción ordinaria. Añadió que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable para que se concediera la acción de tutela como un mecanismo transitorio.

En sede de segunda instancia, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante sentencia del 19 de octubre de 2017, reiteró los argumento del a quo para confirmar su decisión.

3.2. Expediente T-6.569.253

En sentencia del 14 de agosto de 2017, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Clara Elena Vilora de Medina, al considerar que la actora cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para ventilar el reconocimiento de sus derechos laborales. Al respecto, afirmó que las controversias relativas al derecho del trabajo deben ser debatidas ante la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, más aun teniendo en cuenta que en este caso la accionante no alegó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En sede de segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta, mediante sentencia del 25 de septiembre de 2017, reiteró los argumentos expuestos por el a quo y, por tanto, confirmó su fallo.

3.3. Expediente T-6.569.727

En sentencia del 4 de diciembre de 2017, el Juzgado Veintitrés de Familia de Bogotá D.C. en Oralidad declaró improcedente la acción constitucional, pues consideró que las señoras Flor Marina Ruiz Castillo y Trinidad Ramírez Guerrero pueden acudir a otras vías judiciales para pretender derechos de carácter laboral, como el pago del cálculo actuarial relacionado con los aportes al sistema pensional. Además indicó que las accionantes no advirtieron la inminencia u ocurrencia de un perjuicio irremediable, así como tampoco acreditaron ser

sujetos de especial protección constitucional para analizar la posibilidad de conceder un amparo transitorio.

3.4. Expediente T-6.570.074

En sentencia del 12 de octubre de 2017, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca declaró improcedente la acción de amparo, pues resaltó que el contenido de las pretensiones es de carácter laboral y económico y que, por este motivo, debían resolverse ante la jurisdicción laboral ordinaria, pues la tutela no es el mecanismo idóneo para lograr su reconocimiento. También afirmó que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que permita conceder la acción de tutela como un mecanismo transitorio.

Sin perjuicio de lo anterior, hizo referencia a la jurisprudencia constitucional que define la relación entre las madres comunitarias y el ICBF como de naturaleza civil, y no laboral.

3.5. Expediente T-6.593.877

En sentencia del 3 de noviembre de 2017, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela formulada por Blanca Emma Torres, pues consideró que las pretensiones de la demanda versan sobre derechos de contenido económico cuya defensa debe promoverse ante el juez natural. Además, indicó que la tutelante no demostró la existencia de un perjuicio irremediable que justifique pasar por alto el mecanismo judicial ordinario.

En sede de segunda instancia, la Sala Séptima de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2017, confirmó la decisión del a quo, pues, además de reiterar sus argumentos, advirtió que la accionante no allegó pruebas que acreditaran la existencia de un nexo jurídico entre ella y el ICBF. En este sentido, resaltó la necesidad de que dicho debate probatorio se surta en la jurisdicción ordinaria y no en sede de tutela.

3.6. Expediente T-6.608.772

En sentencia del 30 de octubre de 2017, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Girardot declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Ana Derly Zamora Poveda, pues advirtió que las pretensiones de la demanda versan sobre asuntos laborales de contenido económico que deben alegarse a través de las acciones judiciales ordinarias previstas para ello.

Añadió que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, ni se advirtió en el escrito de tutela que la actora padeciera una condición de salud especial o económica que exigiera la intervención del juez constitucional. Por último, afirmó que si bien la tutelante es madre cabeza de familia, al momento de la presentación de la acción de tutela estaba laborando y devengaba un salario mensual de \$737.717.

4. Actuaciones en sede de revisión

Además de que, como ya se dijo, en este trámite se advirtió la necesidad de vincular al Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor 2013 debido que son entidades que podrían verse afectadas por lo que finalmente se resuelva en la presente providencia, la Sala de Revisión consideró que la decisión a proferir en el proceso que hoy ocupa nuestra atención estaba sujeta al fallo que el pleno de la Corte Constitucional debía adoptar dentro de los expedientes T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, pues se trata de

procesos con identidad de objeto y pretensiones respecto de los cuales la Sala Plena, mediante el auto 217 de 2018 y luego de declarar la nulidad de una sentencia dictada por la Sala Octava de Revisión, se reservó su conocimiento para dirimir la controversia relativa al reconocimiento y pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones en razón a la labor que las madres comunitarias desempeñaron.

Por ende, tal y como lo anotó esta Sala, entre ambos procesos se predica una interdependencia de causas. Ello, en lineamiento con lo dispuesto en el artículo 161 del Código General del Proceso⁴⁰, motivó la suspensión de este trámite judicial con el fin a) de armonizar las decisiones por adoptar, b) de lograr seguridad jurídica y c) de que la Sala de Revisión no usurpara la competencia que la Sala Plena ya se había reservado de conformidad con lo dispuesto en aquel auto.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

2. Esquema de resolución

En lineamiento con lo dicho en el numeral 4 supra, y como quiera: (i) que el carácter determinante y vinculante de la revisión que la Sala Plena realizó sobre los fallos de tutela contenidos en los expedientes T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632 se materializó en la sentencia SU-273 de 2019⁴¹; y (ii) esta providencia ya quedó ejecutoriada, pues en el auto

560 de 2019 se rechazó la solicitud de nulidad presentada contra la referida sentencia de unificación, la Sala reiterará las consideraciones que fundamentaron la decisión adoptada por el pleno de la Corte Constitucional en el proceso que justificó la suspensión de los términos para fallar el asunto objeto de estudio en esta ocasión.

Dicho de otro modo, enseguida la Sala replicará las consideraciones expuestas en la sentencia SU-273 de 2019⁴² (que a su vez se basó en el precedente fijado en la sentencia SU-079 de 2018⁴³), debido a que las mismas fundamentaron la decisión adoptada por el pleno de la Corte Constitucional en el trámite que motivó la suspensión de los términos para fallar los asuntos que hoy ocupan nuestra atención, pues en aquella providencia se resolvieron controversias en las que, como estas, se discutió el reconocimiento y pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones en razón a las actividades desarrolladas por varias mujeres como madres comunitarias.

Lo anterior, ya que, en los procesos acumulados que esta Sala decidirá, las demandantes solicitaron al juez constitucional amparar sus derechos a la igualdad, al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social y, en consecuencia, ordenar al ICBF pagar los aportes parafiscales en pensiones por el tiempo durante el cual se desempeñaron como madres comunitarias, debido a que, según afirmaron, dicha entidad se negó a efectuar aquel pago pese a que pertenecieron al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar en el marco de un vínculo laboral.

3. Precisiones en torno a la procedencia de la acción de tutela, al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y al régimen jurídico del Sistema General de Pensiones aplicable a las madres comunitarias

Análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela en estos asuntos

3.1.1. Así las cosas, en las sentencias SU-079 de 2018 y SU-273 de 2019 la Sala Plena formuló consideraciones que, debido a la identidad de partes en la causa por pasiva, objeto y causa, se pueden replicar en esta ocasión para ratificar la procedencia de la acción de tutela en casos como los que hoy ocupan nuestra atención:

3.1.1.1 En ambas providencias se analizó la relevancia constitucional o la trascendencia iusfundamental del asunto. Puntualmente, en la sentencia del 2018 la Sala Plena adujo que dicha trascendida “radica en el presunto desconocimiento sistemático por parte [del ICBF] frente a los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de las madres comunitarias y sustitutas de diferentes regiones del país, personas que hacen parte de uno de los sectores más deprimidos económica y socialmente en Colombia”. En esa medida, para la Corte “no hay duda de que los asuntos objeto de revisión ameritan un estudio pormenorizado por parte del juez constitucional para definir el contenido y alcance de los derechos involucrados”.

Por su parte, en el año 2019 el pleno de la Corporación indicó que en estos casos hay relevancia constitucional, “habida cuenta de que la discusión se circunscribe a si conforme al artículo 53 de la Constitución y demás derechos invocados como vulnerados por las accionantes, se configuran los elementos para que el juez constitucional declare la existencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF, y en consecuencia, el pago de las respectivas cotizaciones a pensión⁴⁴”⁴⁵.

3.1.1.2. En segundo lugar, existe legitimación en la causa por activa ya que, de acuerdo con la Constitución y la ley⁴⁶, toda persona puede presentar acción de tutela “por sí misma o por quien actúe a su nombre”⁴⁷, y en los casos analizados —tanto en aquellas ocasiones como en esta oportunidad— fueron las mujeres que se consideran titulares de los derechos

fundamentales presuntamente vulnerados quienes interpusieron por sí mismas o a través de apoderados judiciales las demandas de tutela.

3.1.1.3. Asimismo, hay legitimación en la causa por pasiva ya que «el artículo 86 de la Constitución Política dispone que toda persona tendrá la acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales “cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (...) [y] el ICBF es la entidad estatal⁴⁸ a la que la parte actora le atribuye la violación directa de sus garantías fundamentales, al haber desconocido la existencia de una presunta relación laboral derivada de un contrato realidad y el correspondiente pago de aportes al sistema pensional»⁴⁹. Además, “indirectamente relacionaron en las demandas de tutela al DPS, Colpensiones, Ministerio del Trabajo y Consorcio Colombia Mayor 2013, como las entidades públicas encargadas de regular, tramitar y administrar el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión – PSAP”⁵⁰.

3.1.1.4. En cuarto lugar, en la providencia del 2018 se superó el análisis del requisito relativo a la inmediatez, así:

“(...) cuando se trata de casos donde lo pretendido sea el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas relacionadas con derechos pensionales, como por ejemplo el pago de aportes a pensión en el Sistema de Seguridad Social, el principio de inmediatez en la interposición de la acción de tutela se flexibiliza en virtud del carácter imprescriptible de las pensiones, donde se supone que el daño se mantiene actual mientras subsista el derecho a la prestación⁵¹.

19. De acuerdo al texto de las demandas, las accionantes consideran vulnerados sus derechos fundamentales ante la negativa de reconocimiento de una relación de trabajo con el ICBF por las labores realizadas como madres comunitarias y sustitutas, así como el pago de los aportes parafiscales en pensión al Sistema General del Seguridad Social, que aducen no fueron asumidas por la entidad durante años, lo que les impide acceder en algún

momento a dicha prestación.

Así entonces, al referir también los asuntos acumulados a la vulneración de los derechos fundamentales por la presunta omisión del ICBF de reconocer y pagar los aludidos aportes pensionales a las madres comunitarias y sustitutas, tal reclamación es susceptible de realizarse en cualquier tiempo, dado el carácter imprescriptible y la eventual afectación actual del derecho prestacional comprometido, como lo es la pensión de vejez. Por tanto, para la Sala este requisito de procedibilidad también se encuentra cumplido en esta oportunidad”.

Siguiendo dicha línea, en la sentencia de unificación del año 2019 se anotó que “[f]rente a los casos acumulados, la Sala considera que se ejerció la defensa de modo razonable y proporcionado, si se tiene en cuenta que la eventual vulneración de los derechos fundamentales es actual y continua, al derivar en la falta de reconocimiento y pago de los aportes pensionales de un conjunto de accionantes que se encuentran cercanas a la edad pensional o la han superado⁵²”⁵³.

3.1.1.5. Finalmente, respecto de la subsidiariedad, en la providencia del 2019 se explicó que “[l]a Constitución Política caracteriza a la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judiciales ordinarios, los cuales constituyen, entonces, instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas que buscan la protección de sus derechos fundamentales⁵⁴. En relación con el caso sub lite, la Sala advierte que se supera este requisito, en la medida que si bien las accionantes cuentan con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para el reclamo de las prestaciones sociales derivadas de un eventual contrato realidad⁵⁵, dicho medio de control no es eficaz ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, consistente en la afectación de los derechos pensionales de personas que en su mayoría, han superado la edad para acceder a una pensión de vejez”⁵⁶.

Además, a la luz de lo explicado en la sentencia SU-079 de 2018 frente a la subsidiaridad de la acción de amparo en estos casos, aquella consideración debe ser complementada teniendo en cuenta que, según se explicó en dicha providencia, «[t]ratándose de las acciones de tutela instauradas por las personas que se han desempeñado o aún se desempeñan como madres comunitarias en el programa liderado por el ICBF, la jurisprudencia ha encontrado precedentes tales demandas de amparo, toda vez que se ha estimado que las accionantes son sujetos de especial protección constitucional, al establecer alguno de los siguientes requisitos:

“- Encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente⁵⁷;

- ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente⁵⁸;

- hallarse en el estatus personal de la tercera edad⁵⁹;

- ser madre cabeza de familia y/o víctima del desplazamiento forzado⁶¹”⁶²».

Como lo ha sostenido la jurisprudencia de las Salas de revisión, la estructuración de tan solo una de las circunstancias señaladas impone al juez constitucional el deber de flexibilizar el examen de procedibilidad de la acción de tutela instaurada por aquellas personas que han

cumplido o realizan la labor de madre comunitaria en el ICBF, “estudio que se debe ajustar a las condiciones físicas, sociales, culturales o económicas que han puesto en estado de debilidad manifiesta a ese grupo de personas por un tiempo considerablemente prolongado”^{63»64}.

Particularmente, no se puede perder de vista que las madres comunitarias, como por ejemplo las que interpusieron la demanda de tutela en esta ocasión, (i) se han encontrado en “una situación económica precaria que afect[a] su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar [durante muchos años] (...) un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente (dicho ingreso ha oscilado entre el 30% y el 70% del smlmv), lo que estructuró una afectación a su mínimo vital durante el tiempo en que así se desempeñaron”⁶⁵; y (ii) son “parte de un segmento situado en posición de desventaja como, por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente”⁶⁶, pues el programa Hogares Comunitarios de Bienestar (en adelante, HCB)⁶⁷ fue diseñado para que sean las mismas familias quienes, junto con los vecinos, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de sus niños, pertenecientes “a los estratos sociales pobres del país”⁶⁸.

En esa medida “[l]as madres comunitarias hacen parte de un fragmento desfavorecido en la sociedad colombiana, tal y como lo confirman los propios reglamentos administrativos”⁶⁹. Así, en el Acuerdo 21 de 1996⁷⁰ se establece que el funcionamiento y desarrollo de los HCB será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del Programa, y que dichos hogares deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados. En consecuencia, “[e]videntemente las madres comunitarias hacen parte de dichos sectores pues esta es una de las condiciones para que se desempeñen como tales”⁷¹.

Consideraciones relacionadas con el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB) y

el régimen jurídico del Sistema General de Pensiones aplicable a las madres comunitarias

3.2. Tal y como se consignó en la Ley 89 de 1988⁷², mediante el establecimiento de los HCB el legislador buscó que las familias, en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando recursos locales y otros asignados por el ICBF⁷³, atendieran las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país. Por ende, dicho programa tuvo por objeto la atención de las poblaciones infantiles más vulnerables de Colombia.

3.3. Con base en lo anterior, el ICBF, a través del Acuerdo 21 de 1996⁷⁴, dispuso que la ejecución del programa se adelantaría bajo el esquema del contrato de aporte entre la entidad y las asociaciones conformadas por los padres de familia de los niños beneficiados⁷⁵, las cuales escogían a la madre o padre comunitario⁷⁶. Por ende, existía una relación jurídica entre el ICBF y la asociación de padres, y otra entre dicha asociación y la madre comunitaria.

3.3.1. Así, por un lado, las Asociaciones de Padres u otras formas de organización comunitaria debían celebrar con el ICBF contratos de aporte⁷⁷ para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional así como los aportes provenientes de la comunidad⁷⁸ y, por otro lado, dichas asociaciones escogían a las madres comunitarias, quienes debían aceptar su vinculación al programa como una actividad solidaria materializada a través de una contribución voluntaria que, por tanto, no implicaba relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que participan en este, tal y como lo dispusieron los artículos 4 del Decreto 1340 de 1995⁷⁹ y 16 del Decreto 1137 de 1999⁸⁰.

3.4. Por esa razón, la Corte ha resaltado que, según la estructuración inicial del Programa de HCB, el vínculo que unía a las madres con las respectivas asociaciones se concibió como de

naturaleza civil, financiado, principalmente, con el otorgamiento de becas del ICBF. Es decir, recursos —no salarios, ya que era una actividad solidaria y voluntaria en beneficio de los niños— asignados para atender a los infantes y destinados a: la madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos⁸¹.

En concreto, recientemente el pleno de esta Corporación adujo que: “(i) [dicho programa] tiene por objeto el trabajo solidario de la comunidad encaminado a garantizar a los niños la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual, (ii) [este] se ejecuta mediante un contrato de aporte de naturaleza estatal entre el ICBF y la asociación de padres, y de carácter civil entre dicha asociación y la madre comunitaria, (iii) la beca tiene por fin financiar o reembolsar la compra de alimentos, útiles escolares, elementos de aseo destinados a los menores, mas no como remuneración, y (iv) el cumplimiento de los lineamientos o estándares de funcionamiento no constituyen una relación de subordinación”⁸², pues el ICBF, en vez de impartir mandatos de tiempo, modo y lugar dirigidos a las madres para imponer órdenes durante el desempeño de su actividad, estableció causales de cierre inmediato de un hogar o suspensión temporal del servicio⁸³ que contemplan hipótesis de conductas claramente violatorias de los derechos de los niños, constitutivas de delito o amenaza a sus garantías fundamentales.

3.5. Ahora bien, con el tiempo, el panorama de la vinculación de las madres comunitarias cambió, pues el legislador, mediante el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, consagró lo siguiente:

“Durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas.

La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa. (...)”.

Fue así como en el Decreto 289 de 2014, que rige a partir del 12 de febrero de 2014, se dispuso que: (i) las madres comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar; (ii) contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social; (iii) no tendrán la calidad de servidoras públicas; y (iv) sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF.

3.6. En suma, tal y como se afirmó en la sentencia SU-273 de 2019⁸⁴, podríamos concluir lo siguiente:

«(i) previo al proceso de formalización laboral entre las madres comunitarias y las asociaciones de padres, existió un vínculo de naturaleza civil, predicable a su vez, en su relación con el ICBF al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad⁸⁵, (ii) en desarrollo de una política pública, a partir de la vigencia fiscal del 2013 se ordenó el pago de un salario mínimo a través del mecanismo de la beca, pero desde el 12 de febrero de 2014 se decretó la vinculación exclusiva mediante contrato laboral, excluyendo con ello, cualquier posibilidad de ser consideradas servidoras públicas so pena el principio de realidad sobre las formas⁸⁶»⁸⁷.

3.7. Esto a su vez quiere decir que, “con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289

de 2014, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional. Respecto a esto último, recuérdese que esta Corporación en sus distintos fallos de revisión ha considerado que el vínculo entre las madres comunitarias y el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, era de carácter contractual civil, siendo por este aspecto anulada parcialmente la única sentencia (T-480 de 2016) que estimó la existencia de un contrato realidad de trabajo.”⁸⁸.

En el mismo sentido, en la Sentencia SU-079 de 2018 la Sala Plena concluyó que tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional no prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias, pues los Programas de Hogares Comunitarios “se fundamentan en una labor voluntaria y solidaria de carácter social. En consecuencia, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se genera la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales en su favor”.

Por lo anterior, en la sentencia SU-273 de 2019 “la Corte reiteró la ratio decidendi de la Sentencia SU-079 de 2018, al considerar que no es posible derivar la existencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF, desde el momento en que se vincularon al programa de HCB y el 12 de febrero de 2014, toda vez que, si bien se puede afirmar que las labores fueron desarrolladas por cada una de ellas, no existió una relación de continua subordinación y dependencia, al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad y la beca no constituye una remuneración, al estar destinada a la alimentación de los niños y niñas a su cuidado, compra de útiles y elementos de aseo, entre otros fines (...)”⁸⁹.

3.8. Ahora bien, de la conclusión que se acaba de citar pueden surgir, entre otros, cuestionamientos como el siguiente —que por demás atañe a la controversia objeto de estudio—: ¿si antes del proceso de formalización laboral dispuesto en la Ley 1607 de 2012 las madres comunitarias eran parte de un vínculo de naturaleza civil que no imponía al ICBF ni a las asociaciones de padres u otras formas de organización comunitaria la obligación de cotizar a pensión, aquella población cómo se beneficiaba del Sistema General de Pensiones?

Este cuestionamiento se responde a partir de las consideraciones que se expondrán a continuación.

3.8.1. Uno de los objetivos que se propuso alcanzar con el Sistema de Seguridad Social Integral de la Ley 100 de 1993⁹⁰, es “[g]arantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral” (negritas fuera del texto original)⁹¹.

3.8.2. Para lograr ese objetivo se dispuso, entre otras cosas, la creación de un Fondo de Solidaridad Pensional, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Trabajo⁹², con el fin de subsidiar, a partir del 1º de enero de 1995, una porción del aporte al Régimen General de Pensiones de, por ejemplo, madres comunitarias que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte⁹³.

3.8.3. En lineamiento con esto, el legislador estableció que: (i) “no podrán ser beneficiarios de este subsidio (...) aquellos a quienes se les compruebe que pueden pagar la totalidad del aporte”⁹⁴; (ii) cuando se trate de personas que el Gobierno Nacional haya determinado que

deban ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, estas tienen que cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido⁹⁵; y (iii) los subsidios otorgados a través del FSP son de naturaleza temporal y parcial, “de manera que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial del aporte a su cargo”⁹⁶.

3.8.4. Así las cosas, dado que, en virtud del artículo 6 de la Ley 509 de 1999⁹⁷, para las madres comunitarias el monto del subsidio equivalía al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extendía por el término en que la madre comunitaria ejerciera la actividad, a estas personas les correspondía sufragar el 20% del aporte, es decir, la diferencia no cubierta por el subsidio.

3.8.5. En este orden de ideas, la Ley 100 de 1993 dispuso que los grupos poblacionales que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional —como ocurrió con las madres comunitarias— serían afiliados al Sistema General de Pensiones⁹⁸ y, para ello, estableció que los beneficiarios de estos subsidios podrían “escoger entre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero en el evento de seleccionar esta última opción, sólo [podrían] afiliarse a fondos que administren las sociedades administradoras que pertenezcan al sector social solidario, siempre y cuando su rentabilidad real sea por lo menos igual al promedio de los demás fondos de pensiones (...)”⁹⁹.

3.9. Con fundamento en la legislación expuesta, el Gobierno reglamentó el subsidio de aportes al Sistema General de Pensiones otorgado a través del Fondo de Solidaridad Pensional. Esta reglamentación, principalmente, estuvo contenida en el Decreto 1858 de 1995¹⁰⁰ y luego en el Decreto 3771 de 2007¹⁰¹, a la postre compilado en el Decreto 1833 de 2016¹⁰². Por ende, la política pública del PSAP ha sido modificada a lo largo de su vigencia respecto de, entre otros aspectos, las causales de pérdida del derecho al subsidio, pero actualmente, por orden del artículo 212 de la Ley 1753 de 2015, está previsto su cierre gradual¹⁰³.

3.10. Con respecto a las causales de pérdida del derecho al subsidio, primero se debe aclarar, atendiendo a lo expuesto en los numerales 3.8.3. y 3.8.4. supra, que el subsidio al aporte en pensión a cargo del FPS no podía entenderse causado cuando el beneficiario no realizaba el pago que legalmente le correspondía, pues los subsidios eran aplicados a la historia laboral del afiliado una vez este pagaba. Dicho de otro modo, el desembolso del aporte al sistema general de pensiones se entendía efectuado en la fecha en que el beneficiario del subsidio cancelaba la parte del aporte que le incumbía¹⁰⁴ (en el caso de las madres comunitarias, el 20% de la totalidad del mismo).

3.11. Con base en esta consideración, los decretos que reglamentaron el funcionamiento del PSAP del Fondo de Solidaridad Pensional previeron ciertas causales que determinaban la pérdida del derecho al subsidio y estaban asociadas a la necesidad de que: (i) el beneficiario realizara un esfuerzo para el pago parcial del aporte¹⁰⁵; y (ii) no sean beneficiarios de este subsidio a quienes se les compruebe que pueden pagar la totalidad del aporte¹⁰⁶.

Así por ejemplo, en el artículo 9 del Decreto 1858 de 1995¹⁰⁷ se consagró que el afiliado perdía su condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión cuando, entre otras razones, (a) pudiera optar por el régimen contributivo; (b) dejara de cancelar dos meses continuos del aporte que le correspondía; o (c) se demostrara su capacidad económica para pagar la totalidad del aporte. Luego, esa norma fue modificada por los artículos 1º del Decreto 2414 de 1998 y 11 del Decreto 569 de 2004, mediante los cuales aquel término de dos meses se amplió, primero a cuatro, y después a seis meses.

Posteriormente, esa reglamentación del año 1995 fue derogada y, en su remplazo, el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007¹⁰⁸ dispuso que el afiliado pierde la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión cuando, entre otros eventos, (a) adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión; (b) deje de cancelar seis meses

continuos el aporte que le corresponde¹⁰⁹; o (c) se demuestre que posee capacidad económica para pagar la totalidad del aporte. A su vez, estas mismas causales fueron compiladas en el artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016¹¹⁰.

3.12. En consecuencia, esas causales de pérdida del derecho al subsidio, junto con otras cuantas —que al ser impertinentes en el análisis de los casos objeto de estudio no se citarán—, “le eran aplicables a las madres comunitarias con anterioridad a la formalización laboral de las mismas con las entidades administradoras del programa Hogares Comunitarios de Bienestar, que les permitió pasar al régimen pensional contributivo y contar con todos los derechos y garantías consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo (regulado en el Decreto 289 de 2014)”¹¹¹.

3.13. En todo caso, cabe aclarar que el Sistema General de Pensiones no desprotegió a las madres comunitarias que hubiesen quedado incursas en una de las causales de pérdida del derecho al subsidio. Enseguida se relacionan algunas de las medidas que se implementaron para mitigar la concreción de dicho riesgo.

3.13.1. Según el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008, 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 2003¹¹², “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”.

3.13.2. Aunque, como se dijo, a partir del 2015 se previó el cierre gradual del PSAP, no sobra anotar que en el artículo 3 de la Ley 1187 de 2008 también se dispuso que quienes hubiesen perdido la condición de beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional, por haber incurrido en mora o por haberse retirado en cualquier tiempo de manera voluntaria con anterioridad a

la vigencia de esa ley, podían reactivar su condición manifestando su voluntad de ingresar nuevamente al Fondo.

3.13.3. Posteriormente, en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011¹¹³ se estipuló que “[t]endrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que tratará la Ley 797 de 2003 las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos (BEPS) del régimen subsidiado en pensiones y por tanto cumplan con las condiciones para acceder a la misma”. En la misma norma también se definió que la “identificación de las posibles beneficiarias a este subsidio la realizará el ICBF, entidad que complementará en una proporción que se defina el subsidio a otorgar por parte de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional” ¹¹⁴.

3.13.4. Adicionalmente, el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011, modificado por el artículo 213 de la Ley 1753 de 2015, previó que las “Madres Comunitarias, FAMI y Sustitutas que ostentaron esta condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008¹¹⁵ y no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante este periodo, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo”¹¹⁶.

3.13.5. Finalmente, en el artículo 212 de la Ley 1753 de 2015¹¹⁷ se adujo que “[l]as personas que fueron beneficiarias del programa Subsidio Aporte a la Pensión podrán vincularse al servicio complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) y trasladar un porcentaje de dicho subsidio en la proporción y condiciones que reglamente el Gobierno Nacional. En todo caso será prioritario el reconocimiento de la pensión si se logra cumplir los requisitos para ello. Las madres comunitarias, sustitutas y FAMI también podrán beneficiarse de lo dispuesto en este artículo”¹¹⁸. Asimismo, se reitera, esta norma dispuso que el Gobierno “reglamentará las condiciones para el traslado entre el sistema general de pensiones y BEPS, y la forma como el Programa Subsidio Aporte a la Pensión se cerrará

gradualmente, manteniendo una alternativa para quien quiera obtener pensión”.

De todas formas, cabe recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 164 y 166119 de la Ley 1450 de 2011, el ICBF debe adelantar la identificación de las posibles beneficiarias del subsidio con cargo a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, y de aquellas que podrían beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008, en los términos de la normatividad aplicable.

Análisis de fondo

3.14. Esta Sala advierte que los casos objeto de estudio en esta oportunidad versan sobre veintisiete accionantes, de las cuales veinte estuvieron afiliadas al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, y las demás nunca se beneficiaron del mismo, pues no accedieron, desde la creación y puesta en funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional al PSAP, cuya vinculación o afiliación era voluntaria.

De las veinte madres comunitarias que estuvieron afiliadas al mencionado programa, todas fueron retiradas del mismo al caer incursas en alguna de las causales de pérdida de la condición de beneficiario del subsidio que estaban previstas desde el Decreto 1858 de 1995, y actualmente están contenidas en el Decreto 1833 de 2016.

De esas veinte demandantes, cinco fueron retiradas por haber adquirido capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a pensión, y quince por haber dejado de cancelar durante el tiempo determinado por la norma la porción del aporte no subsidiado.

3.15. Así las cosas, y de acuerdo con lo explicado en esta sentencia, el subsidio al aporte en pensión a cargo del FPS que las actoras reclaman no puede entenderse causado debido a que, en algún momento, las veinte madres que fueron beneficiarias del mismo no realizaron el pago que legalmente les correspondía, o adquirieron capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión.

Por ende, no podrán ser acreedoras del amparo constitucional unas madres comunitarias a quienes se les probó que tenían la capacidad para sufragar todo el aporte¹²³, o quienes no cubrieron la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio¹²⁴ (es decir, el 20% de la cotización), pues los subsidios otorgados a través del FSP se concibieron como de naturaleza temporal y parcial, de manera que el beneficiario realizara un esfuerzo para el pago parcial del aporte a su cargo¹²⁵.

3.16. Conceder el amparo solicitado por las demandantes desconocería el hecho de que, como se dijo, (i) esas causales de pérdida del derecho al subsidio “le eran aplicables a las madres comunitarias con anterioridad a la formalización laboral de las mismas con las entidades administradoras del programa Hogares Comunitarios de Bienestar, que les permitió pasar al régimen pensional contributivo y contar con todos los derechos y garantías consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo (regulado en el Decreto 289 de 2014)”¹²⁶; y (ii) antes de la Ley 1607 de 2012 y de dicho Decreto “las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras”¹²⁷, pues las actividades que realizaron se efectuaron dentro del marco de una tarea solidaria y una contribución voluntaria, y el vínculo entre aquellas y el programa “era de carácter contractual civil, siendo por este aspecto anulada parcialmente la única sentencia (T-480 de 2016) que estimó la existencia de un contrato realidad de trabajo.”¹²⁸. “En consecuencia, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se genera la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales en su

favor”¹²⁹.

3.17. En este orden de ideas, si bien las accionantes efectivamente se desempeñaron de forma permanente o periódica como madres comunitarias en distintas regiones del país, el ICBF no está llamado a responder por los derechos fundamentales invocados, pues ha sido la ley y la reglamentación quienes han establecido las características del régimen jurídico de los hogares comunitarios, no pudiendo la entidad actuar en contravía del ordenamiento que la rige¹³⁰.

No puede atribuírsele válidamente al ICBF haber ejecutado durante la existencia de los programas de hogares comunitarios actuaciones ilegales tendientes a desconocer relaciones de carácter laboral con las madres encargadas de los mismos, pues el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional reiterada no admitieron tal hipótesis.

3.18. Por otro lado, tampoco resulta viable ordenar al FSP, a través del Consorcio Colombia Mayor 2013, transferir aportes diferentes a los ya subsidiados en favor de cada una de las accionantes que estuvieron afiliadas al Programa, mucho menos por un monto del 100% como la Corte lo había determinado antes de la anulación parcial del Auto 186 de 2017¹³¹, ni para subsidiar tiempos anteriores al año 1995¹³², pues muchas de ellas —en diferentes épocas— incurrieron en causales de suspensión y retiro, perdiendo el derecho al subsidio. Con mayor razón no se genera la obligación de dicha transferencia para quienes nunca se interesaron en acceder al aludido Programa, el cual era voluntario.

3.19. Debido a que el subsidio suponía un deber correlativo de aportar un porcentaje establecido o no incurrir en las demás causales de pérdida del derecho, las consecuencias de incumplir con este deber o configurarse dichas causales no se le pueden endilgar al FSP, so pena de desconocer el interés común y los principios de solidaridad y de legalidad, tal y como se dijo en la sentencia SU-079 de 2018¹³³.

Ello, más aun teniendo en cuenta que el FSP no se creó como una cuenta especial para asegurar la totalidad de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de las madres comunitarias, sino que fue creado con el fin de subsidiar temporal y proporcionalmente los aportes, siempre y cuando se cumplieran, por parte de los beneficiarios, los presupuestos legales para conceder el subsidio. Por tanto, no resulta constitucionalmente viable imponer a dicho Fondo algún tipo de obligación cuando ha atendido su fin legal de conformidad con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, ni mucho menos endosar a los recursos de la seguridad social el cubrimiento de aportes que no fueron subsidiados.

3.20. En conclusión, el ICBF y las autoridades vinculadas no vulneraron los derechos fundamentales invocados por las accionantes, por cuanto los aportes a pensión se han subsidiado de acuerdo con el marco legal y reglamentario que rige el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión y, además, en la historia laboral se han registrado las semanas subsidiadas correspondientes para quienes quisieron acceder al PSAP. Por tanto, se revocarán las decisiones de instancia que declararon improcedente el amparo para, en su lugar, negar el amparo constitucional solicitado con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en los asuntos de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia del 19 de octubre de 2017 proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, a través de la cual se confirmó el fallo dictado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira el 30 de agosto de 2017, que declaró improcedente la acción de tutela promovida dentro del expediente T-6.567.189, y en su lugar, NEGAR el amparo constitucional solicitado con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO.- REVOCAR la sentencia del 25 de septiembre de 2017 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta, a través de la cual se confirmó el fallo dictado por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta el 14 de agosto de 2017, que declaró improcedente la acción de tutela promovida dentro del expediente T-6.569.253, y en su lugar, NEGAR el amparo constitucional solicitado con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO.- REVOCAR la sentencia del 4 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Veintitrés de Familia de Bogotá D.C en Oralidad, que declaró improcedente la acción de tutela promovida dentro del expediente T-6.569.727, y en su lugar, NEGAR el amparo constitucional solicitado con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

QUINTO.- REVOCAR la sentencia del 12 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca, que declaró improcedente la acción de tutela promovida dentro del expediente T-6.570.074, y en su lugar, NEGAR el amparo constitucional solicitado con

fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO.- REVOCAR la sentencia del 21 de noviembre de 2017 proferida por la Sala Séptima de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la cual se confirmó el fallo dictado por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de noviembre de 2017, que declaró improcedente la acción de tutela promovida dentro del expediente T-6.593.877, y en su lugar, NEGAR el amparo constitucional solicitado con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

SÉPTIMO.- REVOCAR la sentencia del 30 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Girardot, que declaró improcedente la acción de tutela promovida dentro del expediente T-6.608.772, y en su lugar, NEGAR el amparo constitucional solicitado con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

OCTAVO. – LIBRAR, por medio de la Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, con el fin de que la autoridad judicial de primera instancia dentro de cada trámite notifique la sentencia de esta Corte a las partes.

Comuníquese, publíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En adelante, ICBF.

2 Mediante autos del 16 y 27 de febrero de 2018, los expedientes de la referencia fueron seleccionados y acumulados para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos.

4 Folios 15, 17 y 18 del cuaderno 1.

5 Folio 71 del cuaderno 1.

6 Folio 14 del cuaderno 1.

7 Folio 89 del cuaderno 1.

8 Folios 33, 40 y 45 del cuaderno 2.

9 Folios 34, 40 y 51 del cuaderno 2.

10 Folios 35, 40 y 56 de cuaderno 2.

11 Folio 62 del cuaderno 2.

12 Folio 61 del cuaderno 2.

13 Folios 34, 40 y 50 del cuaderno 2.

14 Folios 34, 40 y 49 del cuaderno 2.

15 Folio 64 del cuaderno 2.

16 Folios 35, 40 y 58 del cuaderno 2.

17 Folios 35, 40 y 60 del cuaderno 2.

18 Folios 34 y 40 del cuaderno 2.

19 Folios 35, 40 y 53 del cuaderno 2.

20 Folios 35, 40 y 54 del cuaderno 2.

21 Folios 33, 34 y 40 del cuaderno 2.

22 Folios 33 y 40 del cuaderno 2.

23 Folios 34 y 40 del cuaderno 2.

24 Folios 34, 40 y 52 del cuaderno 2.

25 Folios 35 y 55 del cuaderno 2.

26 Folios 35, 40 y 57 del cuaderno 2.

27 Folios 35, 40 y 59 del cuaderno 2.

28 Folios 1 y del 29 al 31 del cuaderno 1.

29 En adelante, ICBF.

30 En adelante, FSP.

31 En adelante, PSAP.

32 La información consignada en este cuadro se extrajo de la respuesta que el Consorcio Colombia Mayor 2013 allegó en sede de revisión o, en el caso de las señoras Hernández de Campuzano y Zamora Poveda, ante el respectivo juez de primera instancia.

33 En el artículo 1° del Decreto 2414 de 1998 se precisó lo siguiente: “[m]odificar el artículo 9° del Decreto 1858 de 1995, el cual quedará así: Artículo 9. Pérdida del subsidio. (...) e) cuando deje de cancelar cuatro (4) meses continuos del aporte que le corresponde (...).”. Posteriormente, esta causal fue modificada por el numeral 4 del artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016, así: “Artículo 2.2.14.1.24. Pérdida del derecho al subsidio: El afiliado perderá la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión en los siguientes eventos: (...) 4. Cuando deje de cancelar seis (6) meses continuos el aporte que le corresponde. (...)”.

35 Esta causal está consagrada en el numeral 1 del artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016, que dispone:

“Artículo 2.2.14.1.24. Pérdida del derecho al subsidio: El afiliado perderá la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión en los siguientes eventos: 1. Cuando adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión”.

36 Cfr. Artículo 26 de la Ley 100 de 1993.

37 Exactamente, en los expedientes T-6.567.189, T-6.569.253, T-6.569.727, T-6.570.074 y T-6.593.877.

38 El Consorcio informó que a partir de la Ley 1753 de 2015 —Plan Nacional de Desarrollo— se estableció, en el artículo 212, que el PSAP cerraría gradualmente. Por esta razón, se abrió la posibilidad para que los actuales o ex beneficiarios del programa, entre ellos las madres comunitarias, que no hubiesen alcanzado el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión, ni puedan llegar a reunirlos, o que alguna vez se hubiesen beneficiado del PSAP, pudieran trasladar sus aportes al sistema de Beneficios Económicos Periódicos.

39 Adujo que esta edad corresponde a la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE.

40 Esta disposición normativa establece que se decretará la suspensión del proceso “[c]uando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención.”.

41 M.P. Carlos Bernal Pulido.

42 M.P. Carlos Bernal Pulido.

43 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

44 Sentencia T-422 de 2018. Este requisito tiene por objeto: “(i) Preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces”.

45 Sentencia SU-273 de 2019, óp., cit.

46 Constitución Política, artículo 86, y Decreto Ley 2591 de 1991, artículos 1 y 10.

47 Sentencia SU-377 de 2014. “No es necesario, que el titular de los derechos interponga

directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre. El tercero debe sin embargo tener una de las siguientes calidades: (i) representante del titular de los derechos, (ii) agente oficioso, o (iii) Defensor del Pueblo o personero municipal. En específico: (i) representante puede ser, por una parte, el representante legal (cuando el titular de los derechos sea menor de edad, incapaz absoluto, interdicto o persona jurídica), y por otra el apoderado judicial (en los demás casos). Para ser apoderado judicial, la persona debe ser abogado titulado y a la acción debe anexar poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo”.

48 En efecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar surgió como un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, para propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos, dicha entidad es susceptible de ser demandadas en sede de tutela, y en efecto, la acción procede en su contra (cfr. Artículo 19 de la Ley 7 de 1979).

49 Sentencia SU-273 de 2019, óp., cit.

50 Ibídem. // Vale la pena complementar esa última afirmación con las siguientes observaciones: (i) en el artículo 25 de 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 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” (Art. 25, ibídem); y (ii) el Consorcio Colombia Mayor 2013, integrado por tres sociedades fiduciarias (Fiduprevisora S.A., Fiducoldex S.A. y Fiducentral S.A.), es el administrador fiduciario del FSP.

51 En sentencia T-350 de 2015, al respecto se consideró que “en virtud de su naturaleza, los derechos prestacionales, como las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, son imprescriptibles. Es decir, pueden ser reclamados en cualquier tiempo, por lo que se descarta la posibilidad de que un juez se abstenga de reconocerlos bajo el argumento de que la acción de tutela resulta improcedente por razones de inmediatez, al no haber sido instaurada en un

término razonable”.

52 Sentencia T-468 de 2006. “La Corte Constitucional ha sostenido que en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es cuando: (i) se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y [cuando] (ii) la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.

53 Sentencia SU-273 de 2019, óp., cit.

54 Constitución Política, artículo 86 y Decreto 2591 de 1991, artículos 6 y 8. Según estas disposiciones, la acción satisface esta exigencia en caso de que no existan medios judiciales de defensa disponibles o, de existir, si resulta necesaria para evitar la materialización de un riesgo de perjuicio irremediable, que se caracteriza por ser (i) cierto, en cuanto a la producción de una afectación, (ii) altamente probable en su concreción, (iii) inminente y, por tanto, requiera una pronta intervención del juez constitucional, con el fin de evitar la proximidad de consumación de un daño que el medio de defensa existente no es eficaz para impedir, y que, (iv) en consecuencia, exija la impostergable actuación del juez de tutela.

55 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, precisó las reglas jurisprudenciales para el reconocimiento del contrato realidad, de las cuales se destacan las siguientes: “i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad (...). iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social

derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra e, del CPACA) (...). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada”.

56 Sentencia SU-273 de 2019, óp., cit.

57 Ver Providencias T-978 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001 y T-159 de 2001, reiterada en la T-480 de 2016.

58 Ver los Fallos T-018 de 2016 y T-480 de 2016 y consultar Auto 186 de 2017.

59 Consultar Auto 186 de 2017.

60 Consultar Auto 186 de 2017.

61 Ver la Sentencia T-628 de 2012.

62 Sentencia T-639 de 2017.

63 Ídem.

64 Sentencia SU-079 de 2018, óp. cit.

65 Ibidem.

66 Ibidem.

67 El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) aprobó el Proyecto Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB) en 1986, como una estrategia de desarrollo humano con una nueva filosofía de atención para cubrir la población infantil más pobre de zonas urbanas y núcleos rurales. Posteriormente, para una mayor efectividad de esta política se expidió la Ley 89 de 1988.

68 Artículo 1° de la Ley 89 de 1988.

69 Sentencia SU-079 de 2018, óp. cit.

70 “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”.

71 Sentencia SU-079 de 2018, óp. cit.

72 “Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

73 Según la Ley 89 de 1988, los Hogares Comunitarios se constituyen a partir de ciertos montos o valores pecuniarios, denominados becas, que el ICBF asigna.

74 “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”.

76 Acuerdo 21 de 1996, artículo 5, letra c) “Los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionarán bajo el cuidado de una madre comunitaria si es Hogar Comunitario Familiar o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria quienes deben tener el siguiente perfil. hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños”.

77 Tal y como se explicó en la sentencia SU-273 de 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido, «el Consejo de Estado al pronunciarse sobre el contrato de aporte, consideró lo siguiente: // [E]l contrato de aporte es “una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF -en virtud de su función de propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteja al menor de edad y le garantice sus derechos- suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su

objetivo (...) El objeto de todo contrato de aporte es la provisión o entrega de bienes del ICBF a otra institución que se encarga de prestar el servicio público de bienestar familiar, a diferencia del contrato de prestación de servicios. (...) [E]l ingreso al sistema nacional de bienestar familiar no depende del acto de creación de la persona jurídica que presta el servicio de forma indirecta, sino de la prestación que esta realiza a partir de sus obligaciones contractuales. No se desprende de una formalidad, sino de la puesta en marcha de actividades que, bajo la dirección, vigilancia y control del ICBF, satisfagan la necesidad tantas veces mencionada de protección de la población infantil y de las familias en situación de vulnerabilidad» (Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 30 de junio de 2016, radicado 2082765).

78 Cfr. Artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996, óp. cit.

79 Artículo 4. “La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de “Hogares de Bienestar”, mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen”.

80 Artículo 16. “Fundamentación en el cumplimiento del objeto. Los programas que adelante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se fundamentarán en: (...)2. Participación de la comunidad. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asesorará y promoverá la forma organizativa requerida para lograr la participación mediante el trabajo solidario y contribución voluntaria de la comunidad. Dicha participación en ningún caso implica relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas; (...)”.

81 Cfr. Artículo 4 del Acuerdo 21 de 1996.

82 Sentencia SU-273 de 2009, óp. cit.

83 Acuerdo 050 de 1996, artículo 2. “Son causales de cierre inmediato de un Hogar Comunitario de Bienestar las siguientes: a) Retiro de la Madre Comunitaria; b) Muerte de la

Madre Comunitaria; c) Ubicación del Hogar en sitios declarados de alto riesgo por autoridad competente o que amenace ruina o destrucción por incendio, avalancha u otra catástrofe natural; d) Comprobación por parte de la Policía, de expendio de sustancias psicoactivas en el Hogar o consumo de éstas por alguna de las personas que habita en el lugar donde funciona el Hogar Comunitario de Bienestar; e) Venta y/o uso indebido de los elementos y recursos del proyecto por parte de alguno de los miembros de la Asociación de Padres de Familia o de la Madre Comunitaria; f) Contratación o encargo a terceros para la atención de los niños en el Hogar; g) Enfermedad permanente e incapacitante de la madre Comunitaria, certificada por médico, que impida la atención a los niños, o de enfermedad infecto-contagiosa o mental de la misma, o de otra persona que habite o permanezca en el lugar donde funciona el hogar; h) Condena judicial con pena privativa de la libertad, a la madre Comunitaria u otra persona que habite o permanezca en el lugar donde funciona el Hogar Comunitario. Así mismo cuando contra la Madre Comunitaria se dicte medida de aseguramiento; i) Almacenamiento o existencia de sustancias químicas tóxicas o explosivas, sin las debidas previsiones, en el lugar donde funciona el Hogar; j) Accidente grave o muerte de un niño en el Hogar; k) Conductas sexuales abusivas contra un niño en el Hogar, por parte de la Madre Comunitaria u otra persona que permanezca o habite en el lugar donde funciona el Hogar, sin perjuicio de las acciones legales pertinentes; l) Maltrato físico o psicológico a los niños del Hogar por parte de la Madre Comunitaria o una persona que habita en el mismo lugar donde funciona el Hogar; m) Cuando el objetivo de la prestación del servicio sea el ánimo de lucro o se n) establezcan pagos extras que sobrepasen lo reglamentado por el ICBF. // Artículo 8. “DE LA SUSPENSION TEMPORAL DEL SERVICIO. Habrá lugar a la suspensión del servicio en los Hogares Comunitarios de Bienestar sólo en situaciones de emergencia, desastre natural, epidemias o alteración grave del orden público, que evidencien peligro para los niños. El Coordinador del Centro Zonal o quien haga sus veces, ordenará por escrito la suspensión temporal del servicio. Superadas las situaciones que originaron la suspensión del servicio, éste se reanudará. Durante el término de suspensión del servicio, se actuará de acuerdo con los Lineamientos Técnicos del Programa”.

84 M.P. Carlos Bernal Pulido.

85 Sentencia T-269 de 1995. “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”. Reiterada en las sentencias T-668, T-990, T-1081, T-1117, T-1173, T-1605 y T-1674 de 2000, T-158, T-159 y T-1029 de 2001, SU-224 de 1998 y SU-079 de 2018.

86 Adicionalmente, en la Sentencia C-110 de 2018, al resolverse las objeciones al proyecto de ley que ordenaba su vinculación directa con el ICBF, la Corte la encontró fundada al concluir “que la habilitación general para que una entidad del orden nacional establezca vínculos laborales y permanentes con las madres comunitarias y FAMI constituye una modificación sustancial de la estructura de la administración nacional por varias razones. En primer lugar (i) tendría un impacto significativo en la gestión, organización y administración del ICBF; (ii) atribuye al ICBF, de hecho, una nueva función bajo su responsabilidad directa que no tiene capacidad de atender; (iii) se trata de una reforma del régimen jurídico vigente en materia de vinculación de las madres comunitarias y sustitutas en los programas promovidos por el ICBF. Igualmente, en segundo lugar, (iv) constituye un régimen contractual que, además de ser permanente, implicaría un impacto trascendental en la configuración y desarrollo de los diferentes programas a cargo de esa entidad. La vinculación laboral de las madres comunitarias y las madres FAMI (v) incidiría significativamente en la estructura de la administración nacional teniendo en cuenta que, según información aportada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las primeras se acercan a un número de 44.563 al paso que las segundas corresponden a 9.632. Constituye entonces, de implementarse, (vi) una transformación que se refleja en la parte estática de la administración nacional a través de la modificación del régimen laboral del ICBF mediante la inserción de nuevo personal”.

87 Esta conclusión guarda correspondencia con lo explicado en la Sentencia SU-079 de 2018, en la que se advirtió lo siguiente: // «[e]n punto a la relación jurídica entre las madres comunitarias, el ICBF y las entidades administradoras u operadoras del Programa Hogares Comunitarios, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, como atrás se indicó, el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995 estableció que la vinculación de las madres comunitarias en dicho programa “no implica relación laboral con las asociaciones que para

tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo” (Destaca la Sala). Asimismo, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, señaló que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF “en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas”, pues dicha participación se trata de un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta».

88 Sentencias SU-273 de 2019 y SU-079 de 2018, op. cit.

89 Sentencia SU-273 de 2019, op cit.

90 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

91 Artículo 6 de la Ley 100 de 1993.

92 Cfr. Artículo 25, ibídem.

93 Cfr. Literal i) del artículo 13 y artículo 26, ibídem.

94 Parágrafo del artículo 26, ibídem.

95 Artículo 19, ibídem.

96 Artículo 28, ibídem.

97 “Por la cual se disponen unos beneficios en favor de las Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional”.

99 Artículo 26 de la Ley 100 de 1993.

100 “Por el cual se reglamenta el subsidio de aportes al Sistema General de Pensiones”.

101 “Por el cual se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional”. // Este Decreto justamente derogó el Decreto 1858 de 1995.

102 “Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones”.

103 Sentencia C-081 de 2018. “Tal como se estudió previamente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 387 de 26 de febrero de 2018, con base en el artículo 212 de la Ley 1753 de 2015, que estableció que esa autoridad reglamentaría “(...) la forma como el Programa Subsidio Aporte a la Pensión se cerrará gradualmente (...)”. Dicho cuerpo normativo, en su artículo 2.2.14.5.8 consagró que: “A partir de la entrada en vigencia del presente Capítulo, se cierran las afiliaciones al Subsidio al Aporte para Pensión que adelanta el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional. (...) En efecto, tal y como se expuso previamente, la prohibición de cambio de régimen se imponía como una barrera para las personas que requieren el auxilio, están afiliados en el RAIS y les falten diez (10) años o menos para tener derecho a la pensión de vejez, ya agotó plenamente su contenido al haberse cerrado las afiliaciones al programa de asistencia estatal”.

104 Cfr. Artículo 2.2.14.1.26. del Decreto 1833 de 2016 y sentencia SU-079 de 2018, óp. cit.

105 Cfr. Artículos 19 y 28 de la Ley 100 de 1993.

106 Cfr. Parágrafo del artículo 26, ibídem.

107 “Por el cual se reglamenta el subsidio de aportes al Sistema General de Pensiones”.

108 Este decreto reglamentó la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional, y derogó el Decreto 1858 de 1995.

109 Además, se explicó que la pérdida del derecho al subsidio por esta causal sería por el término de seis meses, contados a partir del momento de la suspensión de la afiliación al programa. Vencido este término, se dispuso que quien fuera beneficiario podría efectuar una nueva solicitud de ingreso al Fondo de Solidaridad Pensional, hasta completar las 750 semanas subsidiadas, siempre y cuando cumpla la edad y semanas de cotización o tiempo de servicio señaladas en la normatividad vigente para ser beneficiarios del mismo.

110 “Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones”.

111 Sentencia SU-079 de 2018, óp. cit.

112 Ley 793 de 2003, artículo 2. “Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales

quedarán así: // Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. (...) i) El fondo de solidaridad pensional estará destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados. Créase una subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, destinado a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo origen, monto y regulación se establece en esta ley. La edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el sistema general de pensiones para los afiliados (...).”.

113 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

114 El texto de este artículo, al no haber sido derogado expresamente, continuará vigente hasta que sea derogado o modificado por norma posterior, según lo dispuesto por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”.

115 El 29 de enero de 2003 es la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y el 14 de abril de 2008 es la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1187 de 2008.

116 El texto modificado por la Ley 1753 de 2015, al no haber sido derogado expresamente, continuará vigente hasta que sea derogado o modificado por norma posterior, según lo dispuesto por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”.

117 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”.

118 El texto de este artículo, al no haber sido derogado expresamente, continuará vigente hasta que sea derogado o modificado por norma posterior, según lo dispuesto por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”.

119 Modificado por el artículo 213 de la Ley 1753 de 2015.

120 Al respecto, la Sala estima pertinente recordar que en el artículo 9 del Decreto 1858 de

1995 se consagró que el afiliado perdía su condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión cuando, entre otras razones, (a) pudiera optar por el régimen contributivo; (b) dejara de cancelar dos meses continuos del aporte que le correspondía; o (c) se demostrara su capacidad económica para pagar la totalidad del aporte. Luego, esa norma fue modificada por los artículos 1º del Decreto 2414 de 1998 y 11 del Decreto 569 de 2004, mediante los cuales aquel término de dos meses se amplió, primero a cuatro, y después a seis meses. // Posteriormente, esa reglamentación del año 1995 fue derogada y, en su remplazo, el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007 dispuso que el afiliado pierde la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión cuando, entre otros eventos, (a) adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión; (b) deje de cancelar seis meses continuos el aporte que le corresponde¹²⁰; o (c) se demuestre que posee capacidad económica para pagar la totalidad del aporte. A su vez, estas mismas causales fueron compiladas en el artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016.

121 Cfr. Artículos 19 y 28 de la Ley 100 de 1993.

122 Cfr. Parágrafo del artículo 26, ibídem.

123 Parágrafo del artículo 26, ibídem.

124 Artículo 19, ibídem.

125 Artículo 28, ibídem.

126 Sentencia SU-079 de 2018, óp. cit.

127 Sentencias SU-079 de 2018 y SU-273 de 2019, op. cit.

128 Ibidem.

129 Sentencia SU-273 de 2019, óp. cit.

130 Al respecto no debe olvidarse que esta Corporación, en sentencia C-337 de 1993, señaló que el ejercicio de la actividad de la Administración se construye bajo el principio de la legalidad de los actos públicos. Tal principio consiste en que “los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no

pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a sus competencias”.

131 En el auto 186 de 2017 se dispuso que el Fondo de Solidaridad Pensional debía transferir a las respectivas Administradoras de Fondos de Pensiones en las que se encontraran afiliadas o desearan afiliarse las madres comunitarias accionantes “los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en el periodo comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa”, así como que “el monto del subsidio pensional a reconocer y transferir no sea equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio efectivo y comprobado de su labor de madre comunitaria (...)”.

132 Recuérdese que en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993 se estableció que los subsidios de los aportes al Régimen General de Pensiones se otorgarían a partir del 1° de enero de 1995.

133 En concreto, se explicó que en «sentencia C-529 de 2010, esta Corporación sostuvo que “todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto”. De esta manera, todo ciudadano que pretenda reconocimientos prestacionales del sistema general de pensiones, debe afiliarse y realizar los aportes (subsidiados o no subsidiados) en el porcentaje previsto en la ley. No es admisible desde el punto de vista constitucional reconocer derechos prestacionales como las pensiones de vejez e invalidez y la sustitución pensional, sin que el acreedor de los derechos cumpla las obligaciones que le impone la ley, pues ello implicaría el desconocimiento de los principios de solidaridad, legalidad y sujeción a la ley que gobiernan el derecho a la seguridad social».