

T-130-15

Sentencia T-130/15

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Características

Son Hogares Comunitarios aquellos que se constituyen a través de becas que otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a estas familias con miras a atender las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales más vulnerables del país.

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Régimen jurídico

MADRE COMUNITARIA-Inexistencia de contrato laboral

SEGURIDAD SOCIAL DE LAS MADRES COMUNITARIAS-Progreso en el tratamiento jurídico

SEGURIDAD SOCIAL DE LAS MADRES COMUNITARIAS-Régimen jurídico

Las madres comunitarias como titulares del derecho a la seguridad social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado en el Ley 100 de 1993 sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia.

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Subsidio al aporte en pensiones de las madres comunitarias

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE MADRES COMUNITARIAS

En la actualidad las madres comunitarias al encontrarse vinculadas mediante contrato de trabajo cuentan con las mismas garantías de un trabajador dependiente como lo es la afiliación por parte de su empleador al Sistema de Seguridad Social General Integral (salud, pensión, riesgos laborales).

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Competencia

Corresponde al Coordinador del Centro Zonal del ICBF de la jurisdicción a la cual pertenezca el hogar comunitario, decretar el cierre de éste, de oficio o por información de cualquier persona, cuando se incurra en algunas de las causales de cierre, mediante resolución motivada.

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Clases

El cierre de un hogar comunitario es definitivo y se podrá hacer de manera inmediata o tras un proceso de supervisión del servicio que consiste en visitas de seguimiento y asesorías.

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Causales

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Procedimiento

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance y contenido

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA DECLARATORIA DEL CONTRATO REALIDAD-No se encuentra acreditada la subordinación y la remuneración por el servicio prestado

No hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral entre la accionante y las entidades accionadas, durante el tiempo que ésta desempeñó su labor como madre comunitaria.

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION SANCION A MADRE COMUNITARIA-Improcedencia por cuanto en el momento en que se produjo el retiro de la accionante del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, no se tenía la calidad de trabajadoras oficiales ni tampoco eran trabajadoras del sector privado

La accionante no tiene derecho a la pensión sanción por el tiempo de servicio prestado y las circunstancias en que se produjo su retiro del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, toda vez que para ese momento (junio de 2012), las madres comunitarias no tenían la calidad de trabajadoras oficiales ni tampoco eran trabajadoras del sector privado, toda vez que el servicio que prestaban no generaba una relación laboral con las asociaciones y organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participara.

SUBSIDIO DE SUBSISTENCIA PARA MADRES COMUNITARIAS RETIRADAS-Finalidad

DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA DE LAS MADRES COMUNITARIAS-
Alcance

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MINIMO VITAL DE MADRE COMUNITARIA-Orden al
ICBF cancelar a Colpensiones los aportes faltantes al Sistema de Seguridad Social de la
accionante

SUBSIDIO DE SUBSISTENCIA PARA MADRES COMUNITARIAS RETIRADAS-Orden al ICBF
proceder a ordenar la inclusión de la accionante en el grupo de beneficiarios de la
asignación del Subsidio de Subsistencia reglamentado en el Decreto 605 de 2013

Acción de Tutela interpuesta por Blanca Flor Prado contra el Instituto Colombiano de
Bienestar Familiar, Seccional de Santander de Quilichao (Cauca), Centro Zonal Norte y la
Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar
de Santander de Quilichao (Cauca).

Magistrada (e) Sustanciadora:

Martha Victoria Sáchica Méndez

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado Luis
Ernesto Vargas Silva y las magistradas María Victoria Calle Correa y Martha Victoria
Sáchica Méndez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y
legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la
Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha
proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo de
Familia de Santander de Quilichao, Cauca, en el trámite de la acción de tutela instaurada
por Blanca Flor Prado contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Seccional de

Santander de Quilichao (Cauca), Centro Zonal Norte y la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar de Santander de Quilichao (Cauca).

I. ANTECEDENTES

La señora Blanca Flor Prado instaura la presente acción de tutela, para obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, al considerar que la entidad accionada ha vulnerado sus derechos al desvincularla del programa de madres comunitarias.

1.1. Hechos

a. La señora Blanca Flor Prado, quien al momento de instaurar la acción de tutela (14 de junio de 2014) contaba con 64 años de edad, se desempeñó como madre comunitaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, adscrita a la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar de Santander de Quilichao, COMHOGAR, desde el 15 de junio de 1992, por lo cual recibía una “bonificación mensual” de \$349.200 pesos.

b. Según lo afirma la accionante, padece de diabetes, problemas de colon y venas varices, incontinencia urinaria y principios de artrosis. Además, ha sido intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones, una de ellas, mediante colostomía por carcinoma de colon.

c. Indica, que el 18 de junio de 2012 la señora Amparo López, representante legal de la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar de Santander de Quilichao, COMHOGAR, le comunicó de manera verbal su desvinculación del programa madres comunitarias, debido a su estado de salud y avanzada edad.

d. Señala que el 27 de enero de 2014, el Consorcio Colombia Mayor le comunicó que en cumplimiento al literal “d” del artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, fue desvinculada del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del Fondo de Solidaridad, pues llevaba 6 meses consecutivos sin realizar el respectivo aporte pensional.

e. Finalmente informa que: (i) tiene una pérdida de capacidad del 59.70%, (ii) se encuentra

actualmente desvinculada del sistema general de seguridad social integral en salud y en pensión y (iii) no cuenta con ninguna fuente de ingresos que le permita llevar una vida digna.

1.2. Solicitud de Tutela

Con fundamento en los hechos enunciados y en las pruebas aportadas al expediente, la accionante solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a la vida, al debido proceso, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada presuntamente vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF y la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar de Santander de Quilichao-Cauca. En consecuencia,

“se ordene a la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE USUARIOS DEL PROGRAMA SOCIAL HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR(COMHOGAR), y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Centro Zonal Norte, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas proceda a ordenar la existencia de un contrato realidad con las accionadas desde hace más de 20 años de servicio, además solicito ordenar a los demandados el pago de una pensión sanción por el servicio prestado por más de veinte años y condenarlas al pago del valor de los salarios y prestaciones dejados de recibir y la inscripción ‘en el régimen de seguridad social y salud’, la cancelación de las ‘cuotas adeudadas’ y que continúen haciendo las cotizaciones en mi favor teniendo en cuenta que tengo veinte años de servicio”

1.3. Traslado y contestación de la Demanda

El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao, Cauca, mediante auto del 16 de junio de 2014 admitió la acción de tutela interpuesta por la señora Blanca Flor Prado contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Santander de Quilichao, Centro Zonal Norte y la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar de esta misma ciudad. Al mismo tiempo, dispuso notificar del escrito de tutela a los representantes legales de las entidades demandadas, para que ejercieran su derecho de defensa.

· Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios, COOMHOGAR

La señora Amparo López Aguirre, en calidad de representante legal de esta entidad, señaló en su escrito de contestación, que si bien es cierto que la señora Blanca Flor Prado se desempeñó como madre comunitaria o en función voluntaria al servicio de la comunidad, no es cierto que estuviere adscrita o vinculada a la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar de Santander de Quilichao, pues nunca existió contrato de trabajo, sino una beca que le fue otorgada por la suma \$380.000 pesos mensuales y alimentación de lunes a viernes, como lo establecen los artículos 1º y 4º del Decreto 1340 de 1995:

“ARTÍCULO 1o. Los Hogares Comunitarios de Bienestar que se refiere el parágrafo 2o del artículo 1º de la Ley 89 de 1988, se constituyen mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales, para que las familias, en acción mancomunada, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país.

(...)

ARTÍCULO 4o. 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.”

Por lo tanto, consideró que las pretensiones de la accionante son improcedentes, habida cuenta que la señora Blanca Flor Prado no ha sido trabajadora o empleada de la Cooperativa Multiactiva Coomhogar.

Frente al estado de salud y desvinculación de la accionante al programa de Hogares Comunitarios, manifestó la representante legal de la Cooperativa accionada, que aunque no se desconocían los quebrantos de salud de la señora Blanca Flor Prado, la suspensión de la beca otorgada se fundó en el incumplimiento de los estándares señalados para desarrollar con eficacia la actividad educativa voluntaria de un grupo de niños que le fue encomendada y no en su estado de salud.

Indicó, que la imposibilidad que alega la accionante de acceder a los servicios de salud, alimentación y servicio profesional digno son situaciones ajenas a la actividad de madre comunitaria, toda vez que no existió contrato de trabajo, sino una beca que consistía no en el pago de un salario sino de un beneficio pecuniario.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la accionante solicita la declaración de un supuesto contrato realidad, pide al juez declarar improcedente la acción de tutela, al contar con otros medios defensa judicial.

· Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF.

El Director Regional del Cauca del Instituto de Bienestar Familiar, James Ney Ruiz Gómez, solicitó la desvinculación del ICBF al considerar que este instituto no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la accionante, puesto que siempre ha actuado conforme al régimen jurídico de los Hogares Comunitarios de Bienestar.

En este sentido, y luego de señalar las normas que regulan el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, las cuales establecen: (i) las acciones realizadas por el programa; (ii) las características del programa; (iii) la asignación de los recursos que lo financian; (iv) la naturaleza jurídica de la relación entre las madres comunitarias y las entidades o personas que participan en el programa; (v) los beneficios en favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social y el otorgamiento de un subsidio pensional y (vi) las causas y procedimiento para el cierre y reubicación de estos hogares, indicó que:

“En Sentencia T-269 de 1995, la Corte Constitucional determinó que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los Hogares Comunitarios de Bienestar, es de naturaleza contractual, de origen civil.

Al efecto el artículo 4º del decreto 1340 de 1995, señala que la vinculación de las madres de comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de hogares de bienestar, constituye contribución voluntaria, por consiguiente, dicha vinculación ni implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en el participan.

De lo anterior es claro concluir que no existe una relación laboral entre el ICBF, la junta mencionada y la accionante.”

Respecto a la vulneración al debido proceso alegado por la accionante, manifestó que funcionarios del ICBF en visitas realizadas al hogar de la señora Blanca Flor detectaron una serie de deficiencias, las cuales se encuentran dentro de las causales de cierre definitivo del mismo (art. 31 del Acuerdo 050 de 1996), sin que la accionante las haya corregido, a pesar de haberle dado la oportunidad de subsanarlas. Al respecto, señala:

“En el mes de mayo del año 2012, y de acuerdo a los lineamientos establecidos por el ICBF, se realizan los respectivos seguimientos al hogar comunitario que se encontraba a cargo de la señora Flor Prado, Lida Barona (nuera de la accionante), en los cuales se acordó con la gerente de COMHOGAR, que ante la imposibilidad de que la señora Blanca Flor siguiera desempeñando su rol como madre comunitaria, teniéndose en cuenta sus motivos de salud, su nuera se hiciera cargo del hogar; sin embargo, días después la señora Lida Barona manifestó que no podía continuar prestando dicha labor; razón por la cual es convocada una reunión extraordinaria con los padres de familia, donde se plantea la problemática y se decide entre los acudientes que a futuro los niños fueran atendidos por el CDIT Semillitas del Samán.”

Finalmente manifiesta, que la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios, continúa hasta la fecha realizando los aportes para el pago de salud y pensión de la señora Blanca Flor Prado.

1.4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Blanca Flor Prado.
- Copia de la historia clínica de la señora Blanca Flor Prado, en la Nueva EPS S.A.
- Copia de certificado expedido por la Asociación de COOMHOGAR el día 9 de abril de 2011, en la cual se hace constar que la señora Blanca Flor Prado labora como madre Comunitaria del ICBF desde el año 1992.
- Copia de certificado expedido por el Coordinador del Centro Zonal Norte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el día 21 de abril de 2014, en el que se hace constar que

la señora Blanca Flor Prado, se encontró adscrita como madre comunitaria de la Cooperativa Multiactiva COOMHOGAR, modalidad Tradicional tiempo completo, desde el 15 de junio de 1992 hasta el 18 de junio de 2012.

- Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral, expedido por el Seguro Social el 14 de febrero de 2014, donde consta que la señora Blanca Flor Prado tiene una pérdida de capacidad del 59.70%, por enfermedad común (carcinoma de colon), la cual se estructura a partir del 4 de octubre de 2007.

- Copia de la carta de comunicación de desvinculación del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional a partir del 1 de febrero de 2014, por presentar 6 meses consecutivos de no pago.

1.5. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao (Cauca), mediante fallo del 1º de julio de 2014 negó por improcedente la acción de tutela, al considerar que no cumplía con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez de la acción establecidos para la procedencia de la misma, toda vez que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, como lo es la jurisdicción ordinaria laboral y además, la acción carece de inmediatez, puesto que fue interpuesta dos (2) años después de haber sido desvinculada del Programa de Hogares Comunitarios del ICBF.

1.6. Actuaciones surtidas en el trámite de revisión

Mediante auto de 12 de febrero de 2015, la magistrada sustanciadora dispuso vincular al Consorcio Colombia Mayor como tercero interesado dentro del proceso, para que se pronunciara acerca de las pretensiones y el problema jurídico que se plantea y ordenó las siguientes pruebas:

- Oficiar al Consorcio Colombia Mayor para que remitiera e informara al despacho junto con sus respectivos soportes documentales: (i) todas las normas legales y reglamentarias vigentes sobre el programa de subsidio al aporte en pensión de las madres comunitarias; (ii) si las madres comunitarias tienen derecho a la pensión de vejez, invalidez y muerte y de ser así, cuáles son los requisitos para acceder a la misma; y (iii) cuántas

semanas cotizadas tiene la señora Blanca Flor Prado al Programa de Subsidio de aporte en pensión.

· Oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Seccional de Santander de Quilichao (Cauca), centro zonal norte, para que enviara la siguiente información, junto con sus respectivos soportes documentales:

“(i) Todas las normas legales y reglamentarias vigentes acerca del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, especialmente aquéllas referidas a:

a. las obligaciones y derechos de las Asociaciones de Hogares de Bienestar, de las madres comunitarias y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar;

b. las facultades de vigilancia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, incluyendo las relativas a la periodicidad de las visitas institucionales y a los procedimientos administrativos seguidos en virtud de la misma, y

c. la seguridad social de las madres comunitarias.

(ii) Copia legible de todos los informes de las visitas realizadas al Hogar Comunitario de la señora Blanca Flor Prado, durante los años 2011 y 2012.

(ii) Copia legible del expediente del procedimiento administrativo mediante la cual se cierra definitivamente el Hogar Comunitario de la señora Blanca Flor Prado.

(iii) Copia legible del acto administrativo por medio del cual fue desvinculada la señora Blanca Flor Prado”

· Oficiar la señora Blanca Flor Prado, para que informara: (i) su situación socio-económica desde el momento de su desvinculación al programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, esto es desde el 18 de junio de 2012 a la fecha, (ii) Como se encuentra conformado su grupo familiar, (iii) su estado de salud actual, junto con sus respectivos soportes documentales, (iv) si se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en salud y en cuál régimen.

El 25 de febrero de 2015, la Secretaría General de esta Corporación informó al despacho

de la magistrada sustanciadora, que vencido el término probatorio, el Consorcio Colombia Mayor radicó escrito de respuesta a la prueba solicitada mediante oficio OPTB 190 de 2015. Sin embargo, no se recibió comunicación alguna en relación con las prueba solicitadas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la señora Blanca Flor Prado, mediante oficios OPTB191 y OPTB 192 respectivamente.

Por lo anterior, mediante auto del 26 de febrero de 2015 la magistrada sustanciadora requirió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la señora Blanca Flor Prado, con el fin de que dieran cumplimiento al auto del 12 de febrero de 2015.

· Consorcio Colombia Mayor

El 18 de febrero de 2015, el Gerente General de esta entidad informó que la señora Blanca Prado estuvo afiliada al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión desde el 1º de julio de 2008, en el Grupo Poblacional Madres Comunitarias, hasta el 24 de enero de 2014, pues a partir de esta fecha fue suspendida por presentar más de 6 meses de mora en el pago de los aportes, como lo establece el Decreto 3771 de 2007, tiempo durante del cual obtuvo 407.14 semanas subsidiadas.

Señala, que en cumplimiento a lo estipulado en dicho decreto y atendiendo el procedimiento establecido para retirar a un beneficiario del Programa de Subsidio de Aporte en Pensión, avalado por el Ministerio de Trabajo mediante Memorando N° 202130 de 27 de diciembre de 2012, esta entidad procedió a desvincular a la accionante con el debido rigor y apego al debido proceso, notificándola de esta decisión el 27 de enero de 2014.

Indicó que la normatividad que rige el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión para las Madres Comunitarias es el Decreto 3771 de 2007, modificado por el Decreto 455 de 2014, “por el cual se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional” y el Decreto 605 de 2013 por medio del cual se establecieron las condiciones para el acceso al Subsidio de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de las personas que dejaron o dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a la pensión y se reglamentaron los artículos 164 y 166 de la Ley 1450 de 2011.

Finalmente, manifestó que el Consorcio Colombia Mayor no ostenta la calidad de Fondo de

Pensiones, razón por la cual no puede informar si la señora Blanca Prado se encuentra o no afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y cuántas semanas cotizadas acredita, pues dicha función o competencia radica en cabeza de las entidades administradoras de los fondos de pensiones.

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El 10 de febrero de 2015, el Coordinador del Centro Zonal Norte de Santander de Quilichao de esta institución allegó la siguiente documentación:

- Copia de la Ley 89 de 1988, por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

- Copia del Decreto 1340 de 1995, por medio del cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.

- Copia del Acuerdo 50 de 1996, por medio del cual se dictan lineamientos para el cierre y reubicación de Hogares Comunitarios del Bienestar.

- Copia de la Resolución 706 de 1998, por medio de la cual se dictan procedimientos para el cierre y reubicación de los Hogares Comunitarios de Bienestar.

- Copia del lineamiento técnico administrativo, modalidad Hogares Comunitarios de Bienestar en todas sus formas.

- Copia del contrato de aporte N° 19262012-191, celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Regional del Cauca y la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios, COOMHOGAR.

- Copia de la Ley 509 de 1999, por medio de la cual se disponen unos beneficios en favor de las Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional.

- Copia de la carta circular 38 de 2000, por medio de la cual se da las instrucciones que deben cumplir las Entidades Promotoras de Salud respecto de la afiliación, pago de aportes y cobertura del Sistema General de Seguridad Social en Salud para las madres comunitarias

y sus beneficiarios.

- Copia de la Ley 1023 de 2006, por medio de la cual se vincula el núcleo familiar de la madres comunitarias al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Copia de la Ley 1187 de 2008, por medio de la cual se adiciona un párrafo 2º al artículo 2º de la Ley 1023 de 2006.
- Copia de la Ley 1607 de 2012, por medio de la cual se expiden normas en materia tributaria.
- Copia del Decreto 289 de 2014, por medio de la cual se reglamenta la vinculación laboral de la Madres Comunitarias.
- Copias de las actas y recomendaciones realizadas al hogar de la señora Blanca Flor Prado.
- Copia de solicitud de subsidio pensional.
- Copia de la reunión realizada con los padres de familia.
- Blanca Flor Prado

El día 12 de marzo del año en curso, el señor Fredy Arboleda Ortiz remitió al correo institucional de esta Corporación los documentos que a continuación se relacionan, los cuales fueron radicados en la Secretaría General de Corte Constitucional el día 16 de marzo del mismo año.

- Copia de la historia clínica de la señora Blanca Flor Prado.
- Copia de la Resolución No. GNR 116752 del 30 de mayo de 2013 expedida por COLPENSIONES, mediante la cual se niega el reconocimiento de la pensión de vejez, solicitada por la señora Blanca Flor Prado.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, por decisión de la respectiva Sala de Selección.

2.2. Problema jurídico y planteamiento del caso

La señora Blanca Flor Prado presenta acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF y la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios del Bienestar de Santander de Quilichao (Cauca), al considerar que su desvinculación del Programa después de prestar sus servicios por más de 20 años, vulnera sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada.

Por lo anterior, y con fundamento en su estado de salud, la accionante solicita: (i) se declare la existencia de un contrato realidad con las entidades accionadas, (ii) se ordene el pago de una pensión sanción por el servicio prestado, (iii) el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, y (iv) la inscripción en el régimen de seguridad social y salud, además del pago de las cuotas adeudadas al sistema.

La Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios, en su escrito de contestación indicó que entre esta entidad y la señora Blanca Flor nunca existió un contrato laboral, sino el reconocimiento de una beca que le fue otorgada por la suma \$380.000 pesos mensuales y alimentación de lunes a viernes, como lo establece el artículo 1º y 4º del Decreto 1340 de 1995. Agregó, que la suspensión de la beca otorgada a la señora Flor Prado, se fundó en el incumplimiento de los estándares señalados para desarrollar con eficacia la actividad educativa voluntaria que le fue encomendada a la accionante y no en su estado de salud.

Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar manifestó que de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995, la vinculación de las madres comunitarias no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en el participan y que el cierre definitivo del hogar comunitario de la señora Blanca Flor Prado se debió a una serie de irregularidades detectadas en las visitas realizadas por funcionarios de esta entidad.

De otra parte, el Consorcio Colombia Mayor, en condición de administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, dentro del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión creado por el Decreto 3771 de 2007 y modificado por el Decreto 455 de 2014, señaló que el Consorcio no ha vulnerado ningún derecho fundamental, toda vez que por el contrario, ha dado estricto cumplimiento a sus obligaciones legales y reglamentarias. En el caso concreto, acredita el número de semanas subsidiadas a la señora Prado, en relación con los aportes a pensión, a la vez que informa que la accionante se encuentra desvinculada del Programa desde febrero de 2014, por mora superior a seis (6) meses. Agrega que la certificación de las semanas cotizadas por la señora Blanca Flor Prado corresponde al fondo de pensiones al cual esté afiliada, es decir, Colpensiones, según lo ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia T-482 de 2012.

El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao, Cauca, negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Blanca Flor, al considerar que no cumple con los requisitos establecidos para la procedencia de la misma, pues fue instaurada dos (2) años después del hecho que generó la presunta vulneración de sus derechos fundamentales y además cuenta con otros medios de defensa judicial, ante la jurisdicción ordinaria laboral.

De acuerdo con lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar:

- Si entre la señora Blanca Flor Prado y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Santander de Quilichao, Centro Zonal Norte, y/o la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares, existió una relación de carácter laboral.
- Si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Santander de Quilichao, Centro Zonal Norte, y la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar de esta misma ciudad vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada de la señora Blanca Flor Prado al desvincularla del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, en el que prestaba sus servicios como madre comunitaria.

Para resolver el problema jurídico planteado, procederá esta Sala a examinar (i) los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela; (ii) naturaleza del Programa Hogares

Comunitarios; (iii) relación jurídica entre las madres comunitarias y las entidades administradoras del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar para la época en que la accionante cumplió la labor de madre comunitaria; (iv) régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social Integral de las madres comunitarias, en materia de salud y pensión para el momento en que la tutelante se desempeñó como madre comunitaria; (v) régimen jurídico del cierre y reubicación de los Hogares Comunitarios de Bienestar; y (v) estudio del caso concreto.

2.3. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política establece la acción de tutela como mecanismo preferente y sumario, al que podrá acudir toda persona en cualquier momento y lugar para la protección de sus derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados, siempre y cuando no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la acción se invoque como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y no haya transcurrido más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

En este sentido, y atendiendo la naturaleza de la acción de tutela, se han reconocido como requisitos de procedibilidad de esta acción la subsidiariedad y la inmediatez.

· Subsidiariedad

Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no procede cuando el accionante cuente con otros recursos o medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha reconocido dos excepciones a esa regla general: la primera de ellas, cuando a pesar de existir otros medios de defensa, estos no resultan eficaces e idóneos para la protección de los derechos fundamentales, evento en el cual, procederá la tutela como mecanismo principal y definitivo; y la segunda, cuando a pesar de la existencia de otros medios judiciales idóneos, se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.[1]

Al respecto, se ha indicado que el medio judicial previsto para resolver la respectiva controversia no resulta idóneo ni eficaz cuando, no resuelve el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución pronta,[2] es decir, que no restablece los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. En consecuencia, la idoneidad del medio judicial

debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental afectado.

En esta dirección, la Sentencia T-662 de 2013[3] reiteró la posición establecida por la Corte en cuanto precisa que “la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”. La procedencia de la acción de tutela no se constata exclusivamente cuando el actor cuente con algún medio de defensa. El requisito de subsidiariedad se cumple si el juez encuentra que el actor pese a contar con otros recursos, no son idóneos ni tienen la virtualidad de producir los efectos esperados.”

Bajo esta misma línea, se encuentra que mediante Sentencia T-222 de 2014 la Corte sostuvo que “no puede predicarse idoneidad y eficacia de un recurso sin hacerse un análisis concreto. Ello implica que el juez constitucional despliegue una carga argumentativa a fin de determinar la procedencia de la tutela. No es dable en un Estado Social de Derecho que un juez constitucional niegue por improcedente un amparo constitucional sin si quiera analizar, paso a paso, el requisito de subsidiariedad. Con estas actitudes lo que se obtiene es una pérdida de eficacia de la acción de tutela. A pesar de que muchos asuntos cuenten con vías ordinarias o regulares para tramitarse, esta no es razón suficiente para negar el mencionado trámite constitucional.”

Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable se ha señalado que este perjuicio debe ser “(i) cierto e inminente, es decir, que no se debe a meras conjeturas y que amenaza o está por suceder; (ii) urgente, lo que significa que la medida que se requiera para conjurar el perjuicio ha de adoptarse de manera urgente con el fin de evitar que se consume un daño irreparable, y (iii) grave, pues no basta con la presencia de cualquier perjuicio, sino que el mismo ha de ser relevante lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona.”[4] (Se resalta fuera del texto original).

Con tal objeto, corresponde al juez constitucional, atendiendo las particularidades de cada

caso (i) identificar si existe o no otro medio de defensa judicial, (ii) de existir, verificar la idoneidad del mismo, esto es, si dichas acciones protegen eficazmente los derechos fundamentales invocados y (iii) determinar si es necesaria la procedencia de la acción de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y/o una inminente afectación a derechos fundamentales.[6]

- Inmediatez

Este requisito de procedibilidad tiene su fundamento en la finalidad con la que fue creado el mecanismo de la acción de tutela, cual es, la de brindar una protección inmediata y efectiva a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Por tal motivo, solicitar y aceptar un amparo constitucional que no haya sido presentado dentro de un término razonable, sería desvirtuar y burlar el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela.[7]

Al respecto, en Sentencia T-530 de 2009 se reiteró lo establecido en la SU-961 de 1999 en cuanto estableció que la razonabilidad del tiempo está determinada por la finalidad misma de la tutela, la cual debe ser examinada en cada caso concreto y por ende corresponde al juez constitucional, de acuerdo a los hechos que se planteen, establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

En razón a ello, se estableció que para que el juez de tutela pueda determinar si se cumple o no con el requisito de inmediatez, éste debe verificar si: (i) existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y (iii) existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.[8]

A partir de estas nociones, en Sentencia T-313 de 2005 se concluyó que “este es un requisito material que hace parte del estudio de fondo por parte del juez constitucional, quien, sopesadas las circunstancias específicas del caso bajo examen, concluye que existió una omisión injustificada del accionante en impetrar la acción oportunamente. Por tanto, pueden concurrir situaciones en las que, a pesar de existir un periodo considerable entre la ocurrencia del hecho y la interposición de la acción, se encuentren otras razones materiales, generalmente relacionadas con la imposibilidad física de acceso a los mecanismos

ordinarios, que desvirtúan la exigencia de la inmediatez”

De la misma manera, en Sentencia T-142 de 2012, la Corte reafirmó que es deber del juez constitucional en cada caso particular, valorar las circunstancias por las cuales el solicitante pudo haberse demorado para interponer la acción, de acuerdo con los hechos y con base en ello, determinar si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término razonable que revista dichas características, pues de manera excepcional ha procedido la acción de tutela a pesar de haber sido interpuesta de manera tardía, cuando el servidor judicial encuentra justificada la demora.

En este orden, la jurisprudencia constitucional ha reseñado algunos eventos que por supuestos no son taxativos, en los cuales se puede presentar la situación antes descrita:

“(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. [9]

2.4. Naturaleza del Programa Hogares Comunitarios

A lo largo de la historia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha venido desarrollando una serie de medidas de asistencia, protección y educación a favor de los niños y niñas más vulnerables del país, a través de servicios asistenciales, pedagógicos, preventivos y promocionales, con la participación de la comunidad, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales.

Es así, como a finales del año 1986, luego de un proceso de investigación y evaluación aplicado a los programas implementados con el fin de garantizar los derechos de los niños, de aumentar su cobertura y de buscar mayor participación de las familias y de la comunidad, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), aprobó el Proyecto de Hogares Comunitarios de Bienestar, como “una estrategia de desarrollo humano y una nueva concepción de atención, para cubrir la población infantil más pobre de zonas urbanas y núcleos rurales”[10]

En esa dirección, se creó el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, mediante Ley 89 de 1988, que en su artículo 1º, párrafo 2º, define que son Hogares Comunitarios aquellos que se constituyen a través de becas que otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a estas familias con miras a atender las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales más vulnerables del país.[11]

En desarrollo de esta ley, el Decreto 1340 de 1995 consagró:

- El deber del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de determinar los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan la organización y funcionamiento del programa, así como el de coordinar sus acciones con las entidades territoriales, otras entidades públicas y privadas y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y,
- El deber de la comunidad para ejecutar de manera directa el funcionamiento y desarrollo del programa, a través de la Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias.

El Instituto expidió el Acuerdo 21 de 1996 “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del

Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”.

El citado Acuerdo estableció en sus artículos 2º y 6º, que el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar será ejecutado a través de Asociaciones conformadas por los padres de familia de los niños que se verán beneficiados por éste, quienes podrán celebrar contratos de aporte con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los provenientes de la comunidad, previa a la tramitación de su personería jurídica ante el ICBF. Aclaró, que los recursos a los que se hace referencia en este Acuerdo, serán destinados al financiamiento de la dotación inicial, la capacitación, la beca, la supervisión y la evaluación de los hogares comunitarios[12].

La Asociación de Padres responsable del cumplimiento del contrato de aporte, es la que designa a las madres comunitarias, personas que se encargarán de la atención de los menores, para lo cual recibirán unos aportes destinados a atender las necesidades básicas del hogar comunitario (material didáctico de consumo y duradero, ración alimentos, reposición de la dotación, aseo y combustible) de conformidad con normas técnicas y administrativas dictadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.[13]

Adicionalmente, se indica que las personas que acepten y quieran participar en el Programa Hogares Comunitarios del Bienestar, en calidad de madres comunitarias, lo harán mediante una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria.

De acuerdo con estas disposiciones, se establecieron las siguientes características para la operación y organización del programa: (i) un espacio para el cuidado y atención de los niños y niñas (el espacio puede ser la casa de la madre comunitaria o uno cedido por un persona pública o privada), que cumpla con unas condiciones físicas, ambientales y de seguridad necesarias para el crecimiento y desarrollo del mismo; (ii) el hogar comunitario funcionará bajo el cuidado de una madre o padre comunitario, que posea vivienda adecuada, comportamiento moral y social, con buena salud y tiempo suficiente para dedicarse al cuidado y atención del menor; (iii) el servicio de madre comunitaria será prestado como un trabajo solidario y voluntario; (iv) los Hogares Comunitarios del Bienestar atenderán niños menores de siete años, los cuales serán organizados en grupos con edades diferentes que aseguren su proceso de socialización e interacción familiar; (v) los Hogares

Comunitarios del Bienestar se organizaran de acuerdo a las necesidades de los niños y de los padres de familia y; (vi) las madres comunitarias serán responsables de su vinculación y permanencia en el sistema de seguridad social integral, de conformidad con lo normado en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que se expidan sobre la materia.[14]

Con fundamento en lo anterior, procederá esta Corporación a estudiar la relación jurídica entre las madres comunitarias, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las entidades administradoras del Programa Hogares Comunitarios, el régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social en salud y pensión de las madres comunitarias y el régimen jurídico para la desvinculación y cierre de un hogar comunitario.

2.5. Relación jurídica entre las madres comunitarias y las entidades administradoras del Programa Hogares Comunitarios del Bienestar. Reiteración jurisprudencial.

El artículo 4° del Decreto 1340 de 1995 estableció que “La vinculación de la madre comunitaria, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participan en el Programa Hogares de Bienestar, mediante trabajo solidario, constituye contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo.” (Lo resaltado no es del texto original)

De igual manera, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999 “por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones” 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 es un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta.

En igual sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que:

“En ninguno de los casos que se revisan, las actoras prestan un servicio personal al ICBF, porque aunque desarrollan su labor siguiendo los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativas que les señala esta entidad, no lo hacen bajo subordinación; tampoco

reciben salario como retribución a su servicio, sino el valor de una beca por cada niño que atienden para satisfacer las necesidades básicas del hogar comunitario para su normal funcionamiento y que tiene como fin la obtención de material didáctico de consumo y duradero, ración, reposición de la dotación, aseo y combustible de los menores a su cargo. Por tanto, no aparecen demostrados ninguno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Tampoco existe una relación legal y reglamentaria que las vincule como empleadas de dicho instituto, porque no se dan los presupuestos jurídicos ni fácticos conforme a los cuales pueda configurarse una vinculación de esta naturaleza.

De lo expresado se concluye que a pesar de que el ICBF establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento del Programa de Hogares Comunitarios del Bienestar de Bienestar, éste no es el empleador de las madres comunitarias; por tal razón no existe contrato laboral ni ninguna otra clase de relación laboral entre las actoras y el ICBF, sino una relación contractual de origen civil entre la madre comunitaria y la Asociación de Padres de Familia con la cual colabora.”[15]

No obstante, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) dentro del tercer informe presentado por Colombia en el año 1995, manifestó su preocupación en torno al desarrollo del Programa de madres comunitarias, razón por la cual recomendó “mejorar la formación de las madres comunitarias y regularizar su situación laboral.”

Acogiendo parcialmente la anterior recomendación, Colombia incluyó a las madres comunitarias en el Sistema de Seguridad Social, con algunas particularidades. En el año 2001[16], el Comité del PIDESC reiteró la recomendación realizada en el año 1995 en el sentido de regularizar la condición laboral de las madres comunitarias y considerarlas como trabajadoras para que tuvieran derecho a percibir un salario mínimo.

En este punto, resulta importante resaltar la Sentencia T-628 de 2012, en la que la Corte, al estudiar el caso de una señora portadora de VIH, quien tras ser retirada del programa de madres comunitarias, según ella por su enfermedad, después de haber desempeñado dicha actividad por 21 años, esta Corporación determinó respecto de la naturaleza de la relación

entre el Estado y las madres comunitarias según las normas legales y reglamentarias vigentes frente al derecho a la igualdad sexual y la obligación estatal de eliminar toda forma de discriminación contra la mujer que:

“Si bien la legislación debe evolucionar progresivamente en el sentido recomendado por el Comité del PIDESC, el hecho de que las normas actuales excluyan la relación laboral entre las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones que participan del Programa de Hogares Comunitarios del Bienestar de Bienestar no es violatorio per se del derecho a la igualdad de las mujeres. En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución, la naturaleza laboral de una relación no depende de lo que lo que estipulen las normas o los contratos sino de si en la realidad se presentan las características de tal relación, especialmente la subordinación. Con base en dicho principio constitucional, toda persona, incluida cualquier madre comunitaria, puede solicitar ante los jueces competentes el reconocimiento de una relación laboral, acreditando los requisitos necesarios para ello según el ordenamiento jurídico vigente.

Serán violatorias del derecho a la igualdad aquellas diferencias entre el régimen del trabajo subordinado y el régimen especial de las madres comunitarias que configuren discriminación contra la mujer.” (Se resalta fuera del texto original)

En este orden, la Corte indicó que se ha constituido una discriminación que viola el derecho a la igualdad de las mujeres dentro del programa de madres comunitarias, toda vez que estas reciben una retribución económica que no equivalga al menos al salario mínimo legal mensual de los trabajadores subordinados, a pesar de no existir ninguna diferencia entre estos en cuanto al sistema de seguridad social (aportes a seguridad social)[17] y jornada de trabajo[18].

“Podría argumentarse que la diferencia que se acusa de discriminatoria tiene una justificación debido a que las madres comunitarias no tienen, por regla general, una relación laboral con el ICBF ni con las instituciones que participan en el Programa de Hogares Comunitarios del Bienestar de Bienestar y por esta razón el Estado no está obligado a tratarlas de la misma forma que a los trabajadores subordinados.

Sin embargo, el anterior argumento no es de recibo al tener en cuenta que, como se vio, el régimen jurídico de las madres comunitarias no es el de las personas que trabajan por

contrato de prestación de servicios, sino uno intermedio entre el trabajo subordinado y el independiente, el cual fue configurado autónomamente por el ICBF. Al hacerlo, esta entidad escogió dotarlo de una jornada máxima igual a la de los trabajadores subordinados y al hacerlo no podía, al mismo tiempo, excluir el salario mínimo mensual, sin incurrir en discriminación sexual en el sentido ya indicado.”

En aquella oportunidad, la Corte Constitucional ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que iniciará un proceso interinstitucional y participativo de diseño y adopción de todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar que, de forma progresiva pero pronta, las madres comunitarias de tiempo completo del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente para entonces.

Con fundamento en lo anterior, y con el fin de eliminar toda clase de discriminación contra la mujer como lo estableció la Corte Constitucional y lo recomendó el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 dispuso:

“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. Las madres sustitutas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del 2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes.”

Dentro de esta secuencia, la Corte encuentra que entre los años 2013 y 2015 y particularmente, a partir del año 2014, el régimen jurídico de las madres comunitarias pasó de ser un régimen jurídico especial a convertirse en un régimen laboral con ciertas especificidades. El primer paso estuvo en la citada Ley 1607 de 2012 que dispuso que

durante el año 2013 la beca o bonificación que recibían las madres comunitarias debía equivaler al valor de un salario mínimo legal mensual vigente; además, se mantuvo el subsidio especial otorgado a las madres comunitarias para sus aportes al Sistema General de Pensiones por medio del Fondo de Solidaridad Pensional. El segundo avance se produjo con la expedición del Decreto 289 de 2014 reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar[19], de manera que cuenten 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[20].

En relación con la transición gradual del régimen jurídico anterior a uno nuevo, en la sentencia T-478 de 2013 esta Corporación revisó los fallos de tutela proferidos dentro de la acción de tutela formulada por una madre comunitaria que exigía el restablecimiento de sus derechos que estimaba vulnerados, porque se le dejó de pagar el subsidio a los aportes a pensión. En ese caso, la Corte analizó el régimen legal aplicable a las madres comunitarias y encontró que el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 había establecido medidas progresivas tendientes a mejorar la situación de quienes realizan actividades como madres comunitarias, entre otras, la asignación gradual de una remuneración que llegue a equivaler al valor del salario mínimo legal vigente y finalmente, la formalización laboral. En este fallo, la Corte concluyó que:

“(…) el régimen jurídico de las madres comunitarias actualmente se encuentra en un período de transición, ya que en el año 2014 debe pasar de ser un régimen jurídico especial, a una relación laboral por la que devengarán un salario mínimo legal vigente. Finalmente, debe destacarse que durante este año 2013, la beca o bonificación que reciben las madres comunitarias debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente”. (se resalta)

Ahora bien, aunque está claro el régimen jurídico actual aplicable a las madres comunitarias, en virtud de las reformas mencionadas, la Sala advierte que subsiste la situación de aquellas personas que laboraron durante varios años en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar bajo el sistema especial anterior a 2012 y dejaron de ser madres comunitarias antes de que entrara en vigencia el nuevo régimen jurídico. Para atender la situación de estas personas, el legislador creó un subsidio de subsistencia cuyas

particularidades se verán en el acápite siguiente.

2.6. Régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social Integral de las madres comunitarias

La Ley 100 de 1993 por medio de la cual se crea y reglamenta el Sistema de Seguridad Social Integral, establece como uno de sus objetivos la implementación de mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, garanticen a la población sin capacidad económica suficiente, como lo son las madres comunitarias, acceder al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.[21]

En este sentido, se encuentra que el Acuerdo 21 de 1996 por medio del cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dicta lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, dispuso en su artículo 5º, literal j, que “las madres comunitarias como titulares del derecho a la seguridad social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado en el Ley 100 de 1993 sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia.”.

· Sistema de Seguridad Social en Pensiones

En materia pensional, la Ley 100 de 1993 dispone la existencia de un fondo de solidaridad pensional, el cual ampliará la cobertura del sistema para los sectores con características y condiciones socioeconómicas que no les permiten acceder al mismo, mediante un subsidio[22] que será concedido parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, para lo cual, el trabajador que quiera hacerse acreedor al subsidio deberá acreditar su condición de afiliado del régimen general de seguridad social en salud, pagar la porción del aporte que allí le corresponda, no tener capacidad económica para pagar la totalidad del aporte y no tener una cuenta de ahorro pensional voluntario.[23]

El párrafo del artículo 28 de la citada ley, establece específicamente en relación al subsidio otorgado a las madres comunitarias o trabajadoras solidarias de los Hogares Comunitarios de Bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que este será

mínimo el 50% de la cotización establecida en la misma ley.

En concordancia con lo dispuesto en el Documento Conpes 2753 de 1994[24], la Ley 509 de 1999 determinó que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará y administrará en una cuenta independiente los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias de cualquier edad, siempre y cuando estas hayan cumplido por lo menos un (1) año de servicio como tales, subsidio que se otorgará en un 80% del total de la cotización, durante el tiempo que aquellas ejerzan dicha actividad.

Posteriormente, la Ley 797 de 2003 reformó algunas disposiciones del sistema general de pensiones previstas en la Ley 100 de 1993, entre las cuales se encuentra el artículo 13, literal "i" que prevé la existencia de un Fondo de Solidaridad Pensional para los sectores que por sus características y condiciones socio económicas no pueden acceder al sistema, eliminando en esta oportunidad como parte de esta población, a los campesinos e indígenas, e incorporando como beneficiarios de este subsidio a los desempleados.

Así mismo, estableció la creación de 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.

En el año 2008, la Ley 1187 reforma parcialmente la anterior disposición al establecer que el Gobierno Nacional garantizará la priorización en el acceso de las madres comunitarias al subsidio de la subcuenta de subsistencia prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, cuando éstas no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional, Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido con el requisito de edad, no cumpla con el número de semanas de cotización exigidas por la ley.

La misma ley señaló que se podrá perder la condición de beneficiario del Fondo de Solidaridad Pensional, cuando haya incurrido en mora o retirado en cualquier tiempo de manera voluntaria con anterioridad a la vigencia de la presente ley; sin embargo, podrán reactivar su condición manifestando su voluntad de regresar nuevamente al fondo.

Finalmente, la Ley 1607 de 2012, artículo 36, parcialmente reglamentado por el Decreto 289 de 2014 establece que las madres Comunitarias (i) serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las administradoras del programa de Hogares Comunitarios del Bienestar (ii) devengarán un salario mínimo mensual legal vigente y en consecuencia, (iii) las administradoras del programa deberán asumir las obligaciones de la ley en materia de afiliación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social.

Lo anterior quiere decir, que a partir del 12 de febrero del año 2014, fecha en la cual se publicó el Decreto 289, las Madres Comunitarias cuentan con las mismas garantías de un trabajador dependiente como lo es la afiliación por parte de su empleador al Sistema de Seguridad Social General Integral (salud, pensión, riesgos laborales).

Ahora bien, para aquellas personas que desarrollaron actividades como madres comunitarias y dejaron de pertenecer al Programa con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen jurídico, en desarrollo del artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, el Decreto 605 de 2013 creó un subsidio de subsistencia de las madres comunitarias retiradas, el cual busca atender las difíciles circunstancias en las que se encuentran las personas que ejercieron la labor de madres comunitarias, bajo un régimen jurídico especial, estuvieron excluidas durante varios años del sistema de seguridad social y por ende no cuentan con pensión para su vejez. Es evidente, que la precaria remuneración que recibían a través de una beca y de los exiguos auxilios y subsidios para el pago de aportes a la seguridad social, muchas de esas personas no pudieron realizar los respectivos aportes a pensión, a lo que se agrega la circunstancia de que la situación laboral de las madres comunitarias solo se reguló con la Ley 1607 de 2012, que ordenó su formalización laboral.

Según lo estipula el artículo 2º del Decreto 605 de 2013, "Tendrán acceso al subsidio otorgado por la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, el cual será complementado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las personas que dejaron de ser madres comunitarias a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 y no reúnan los requisitos para tener una pensión ni sean beneficiarias del Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS). Para acceder a este beneficio, el artículo 3º del mismo Decreto, exige: a) Ser colombiano; b) Tener como mínimo 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, edad que a partir del 1o de enero de 2014 aumentará en dos años; c) Residir durante los últimos diez años en el

territorio nacional; d) Acreditar la condición de retiro como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011.

· Sistema de Seguridad Social en Salud

En materia de salud, la Ley 100 de 1993 establece que todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud, mediante una afiliación al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. En este sentido, señaló que las madres comunitarias serán subsidiadas en el sistema, mediante la afiliación al régimen subsidiado.[25]

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 509 de 1999, modificado por el artículo 1º de la Ley 1023 de 2006 reconoció que las madres comunitarias, se harán acreedoras a título personal a las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo previsto por la Ley 100 de 1993, indicando que la base de cotización para la liquidación de aportes con destino a la seguridad social de la madres comunitarias, se hará teniendo en cuenta las sumas que efectivamente reciban éstas por concepto de bonificación.

Sobre las cotizaciones mensuales al Sistema de Seguridad Social en Salud que deben realizar las madres comunitarias, dispuso que éste fuera el 4% de la suma que reciban por concepto de bonificación.[26] Así mismo, el párrafo 2º del citado artículo 1º, modificado a su vez, por el artículo 1º de la Ley 1187 de 2008 dispuso que el financiamiento de la afiliación al régimen contributivo del grupo familiar de las madres comunitarias se aplicará lo previsto en los artículos 3º y 4º de la Ley 509.[27]

Finalmente, y como ya se explicó en el acápite del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, con la expedición del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, reglamentado parcialmente por el Decreto 289 de 2014, en la actualidad las madres comunitarias al encontrarse vinculadas mediante contrato de trabajo cuentan con las mismas garantías de un trabajador dependiente como lo es la afiliación por parte de su empleador al Sistema de Seguridad Social General Integral (salud, pensión, riesgos laborales).

2.7. Régimen jurídico del cierre y reubicación de los Hogares Comunitarios de Bienestar

Con el fin con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los niños y niñas, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió el Acuerdo 50 de 1996, mediante el cual fijó los lineamientos para el cierre y reubicación de los Hogares Comunitarios. En este sentido, indicó: (i) la competencia, (ii) las formas en que podrá efectuar el cierre, (iii) las causales de cierre y (iv) la procedencia de la suspensión del servicio en un hogar.

Así mismo, el acuerdo referido facultó al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que señalara y determinará el procedimiento mediante el cual se aplicará y se desarrollará el cierre de los Hogares Comunitarios, conforme a los lineamientos allí previstos. Mediante Resolución 706 de 1998, el Director General estableció el procedimiento que permite la aplicación del Acuerdo 50 de 1996.

Teniendo en cuenta la situación fáctica planteada en el caso de estudio, en esta providencia se hará referencia a la competencia, a las formas y causales de cierre de los hogares comunitarios.

· Competencia

Corresponde al Coordinador del Centro Zonal del ICBF de la jurisdicción a la cual pertenezca el hogar comunitario, decretar el cierre de éste, de oficio o por información de cualquier persona, cuando se incurra en algunas de las causales de cierre, mediante resolución motivada.[28]

· Formas de cierre de un Hogar Comunitario del ICBF

El cierre de un hogar comunitario es definitivo y se podrá hacer de manera inmediata o tras un proceso de supervisión del servicio que consiste en visitas de seguimiento y asesorías.[29]

· Causales y procedimiento para el cierre inmediato del hogar comunitario

Cuando El coordinador del Centro Zonal compruebe sumariamente algunas de las causales que se enuncian a continuación, podrá decretar el cierre inmediato. Si ello no es posible, podrá ordenar un visita para verificar los hechos, siendo obligación de la persona que la

practique la de presentar el informe correspondiente.[30]

Las causales para el cierre inmediato de un Hogar Comunitario son:

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 algunos 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.

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 habite 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.”[31]

Si una vez analizados los hechos y las pruebas verificadas, la coordinadora determina que se debe cerrar el hogar, ésta procederá a expedir una resolución motivada, la cual deberá ser notificada personalmente en los términos del Código Contencioso Administrativo al Representante Legal de la Asociación de Padres de Familia, a la Madre Comunitaria y a la Junta de Padres a que pertenezca el hogar. Contra dicha resolución proceden los recursos de reposición ante el funcionario que la expidió y de apelación ante el Director Regional o Seccional de Agencia.

· Causales y procedimiento para el cierre como resultado del proceso de supervisión del hogar comunitario

El coordinador del Centro Zonal podrá decretar el cierre definitivo del hogar cuando después de realizar una visita encuentre el incumplimiento de las recomendaciones y observaciones consignadas en el registro de las visitas de asesoría y supervisión, mediante una resolución motivada, la cual deberá notificar personalmente en los términos del Código Contencioso Administrativo al Representante Legal de la Asociación de Padres de Familia, a la Madre Comunitaria y a la Junta de Padres a que pertenezca el hogar. Contra dicha resolución proceden los recursos de reposición ante el funcionario que la expidió y de apelación ante el Director Regional o Seccional de Agencia.[32]

En consecuencia, el coordinador podrá declarar el cierre de un hogar comunitario, cuando como resultado del proceso de supervisión se evidencia en el registro de las visitas, algunas de las siguientes situaciones:

“a) Deficientes condiciones de higiene o de seguridad en el espacio de atención a los niños, cocina, lugar de almacenamiento de los alimentos y servicio sanitario.

b) Inasistencia de la madre Comunitaria, sin justa causa, a los eventos de capacitación programados en un trimestre, o a las reuniones de coordinación convocadas por la Junta Directiva de la Asociación o por el ICBF.

c) Incumplimiento de la cobertura establecida.

- d) Atención a más de dos niños menores de dos años o a más de un niño discapacitado, en hogares de Bienestar de 0 - 7 años.
- e) Atención a niños mayores de siete años.
- f) Incumplimiento en la planeación y ejecución de actividades pedagógicas, o de nutrición y salud, con los niños y padres de familia.
- g) Incumplimiento de la minuta patrón y de la valoración nutricional del niño.
- h) Abandono temporal o descuido verificado de la Madre Comunitaria en la atención del grupo de niños, o encargo de la misma a un menor de edad.
- i) Inadecuadas relaciones interpersonales de la Madre Comunitaria con los padres de familia, otras Madres Comunitarias y vecinos.
- j) Escándalo público reiterado en el Hogar Comunitario de Bienestar.
- l) Negativa de la madre Comunitaria a aceptar las orientaciones de la Junta Directiva de la Asociación de Padres de Familia o del ICBF, para que se cumplan los lineamientos del Programa.
- m) Atención a niños en jornadas diferentes a las establecidas, sin previa autorización del supervisor del contrato.
- n) Destinación de la dotación recibida para fines diferentes a la atención de los niños.
- o) Cuando la Madre Comunitaria no informe al Centro Zonal el abandono de niños en el Hogar Comunitario, dentro de las 24 horas siguientes.
- p) Proselitismo político, prácticas religiosas o de cultos realizado por la Madre Comunitaria o algún miembro de la Junta Directiva de la Asociación siempre y cuando afecte o sirva de mecanismo de presión contra los usuarios.
- q) Funcionamiento de más de un Hogar Comunitario en una casa de familia.
- r) Conductas de la Madre Comunitaria o de algún miembro de la Junta Directiva que impidan

el desarrollo del programa.

s) Inobservancia de los Lineamientos Técnico Administrativos por parte de la Madre Comunitaria o de uno de los miembros de la Junta Directiva que dificulten el normal funcionamiento del Hogar.”[33]

2.8. Debido proceso administrativo

El debido proceso como derecho fundamental, tiene por objeto la preservación y efectiva realización de la justicia material tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas. Así, lo ha reconocido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, al señalar que el derecho al debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a toda clase de actuaciones, juicios y procedimientos, de este modo, a los administrados se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental[34].

Refiriéndose específicamente al debido proceso administrativo, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que “El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación. (...) Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se parta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso”[35].

En este sentido, las actuaciones administrativas deberán ejecutarse conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en busca un equilibrio entre las partes, previa a la expedición de una decisión y con ello garantizar el derecho al debido proceso.

Al respecto, en Sentencia T-575 de 2011, esta Corporación expuso que del debido proceso como derecho fundamental, se desprenden las siguientes garantías:

“...i) la necesidad que la actuación administrativa se surta sin dilaciones injustificadas, ii) de conformidad con el procedimiento previamente definido en las normas, iii) ante la

autoridad competente; iv) con pleno respeto de las formas propias de la actuación administrativa previstas en el ordenamiento jurídico; v) en acatamiento del principio de presunción de inocencia; vi) de garantía efectiva de los derechos a ser oídos, a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en la actuación administrativa, a impugnar las decisiones que contra ellos se profieran, a presentar y a controvertir las pruebas y a solicitar la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”[36]

En conclusión, todas las actuaciones judiciales y administrativas deberán estar enmarcadas dentro del marco jurídico establecido por la ley, previo a la adopción de una decisión.

2.9. Estudio del caso concreto

La señora Blanca Flor Prado, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, al considerar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar de Santander de Quilichao, Cauca, han vulnerado sus derechos al desvincularla del Programa de Madres Comunitarias, después de prestar sus servicios como madre comunitaria por más de veinte (20) años.

El Juez Segundo Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao, Cauca, negó por improcedente la acción de tutela al considerar que no cumple con el requisito de inmediatez ni de subsidiariedad, pues la misma fue interpuesta dos (2) años después del hecho que generó la presunta vulneración de sus derechos, y además cuenta con otros medios de defensa judicial, ante la jurisdicción ordinaria laboral.

En este sentido, la Sala procederá en primer lugar, a verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para la procedencia de la presente acción de tutela, conforme a las circunstancias particulares del caso sub iudice y a lo establecido por la jurisprudencia constitucional reseñada en las consideraciones de esta providencia.

2.9.1. Análisis de procedibilidad de la acción de tutela

· Subsidiariedad

En el caso bajo estudio, la señora Blanca Flor Prado con fundamento en las pruebas y

hechos enunciados en el acápite de antecedentes solicita: (i) se declare la existencia de un contrato realidad con las entidades accionadas, (ii) se ordene el pago de una pensión sanción por el servicio prestado, (iii) el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, y (iv) la inscripción en el régimen de seguridad social y salud, además del pago de las cuotas adeudadas al sistema.

Al respecto, observa la Sala, que la pretensión de la accionante basada en la vulneración de sus derechos fundamentales la vida, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada es de naturaleza laboral y por ende cuenta en principio, con otros medios judiciales de defensa, como lo es la jurisdicción ordinaria laboral, en tanto es la autoridad competente para definir si las actividades cumplidas por la señora Prado como madre comunitaria desde el 15 de junio de 1992 y el 18 de junio de 2012, se derivan de una relación de naturaleza laboral y por tanto, si las condiciones de su desvinculación del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar se ajustaron a los presupuestos de la ley y dado este presupuesto, si habría lugar al pago de las prestaciones sociales derivadas de una relación laboral.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que si bien es cierto que en principio la acción de tutela no es procedente para verificar la existencia de un contrato laboral bajo el concepto "contrato realidad", en tanto dicha competencia radica en cabeza de la jurisdicción ordinaria laboral, también lo es que hay casos excepcionales, en los cuales la justicia constitucional adquiere competencia para conocer del asunto y en consecuencia la acción de tutela se torna procedente.[37]

En el presente caso, la Sala Octava de Revisión encuentra que a pesar de la existencia de otro medio de defensa judicial, ante el cual podría acudir la accionante, éste no brinda una protección inmediata a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, que permita en un término prudente restablecer si hay lugar, el goce efectivo de los mismos. Por el contrario, pone a la peticionaria en una situación de desprotección constitucional, por las circunstancias específicas por las que atraviesa.

Lo anterior, teniendo en cuenta las particularidades del caso, en cuanto se trata de una persona de 65 años de edad, que padece de carcinoma de colon, ha sido intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones, con una pérdida de capacidad laboral del 59,70 %. Para

la Corte, es claro que se está frente a la situación de una persona sujeto de especial protección constitucional, que de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y la jurisprudencia reiterada sobre la materia, hace procedente la acción de tutela de manera transitoria o permanente, para evitar un perjuicio irremediable como a continuación, en el estudio de fondo y conforme a los hechos probados, se determinará.

- Inmediatez

En el caso bajo estudio, la señora Blanca Flor Prado alega que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales, al desvincularla de manera verbal del Programa de Madres Comunitarias, el día 18 de junio de 2012, con fundamento en su estado de salud y avanzada edad, dejándola desprotegida, pues desde ese momento (i) se encuentra desvinculada del Sistema de Seguridad Social Integral en salud y pensión y (ii) no cuenta con los recursos necesarios para llevar una vida digna. Por estas razones, instaura acción de tutela el 14 de junio de 2014, esto es, 1 año, 11 meses y 26 días después del hecho generador de la presunta vulneración.

Como se indicó en el fundamento 2.3, este requisito hace alusión a que la tutela debe ser interpuesta en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la supuesta vulneración, para lo cual, deberá el juez de tutela evaluar las circunstancias que rodean el caso[38], pues hay situaciones en las que a pesar de haber transcurrido un lapso de tiempo considerablemente largo, estas proceden, así por ejemplo:

“Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”

Atendiendo la jurisprudencia constitucional, encuentra esta Sala que la inactividad de la señora Blanca Flor Prado durante un tiempo para la protección de sus derechos fundamentales se encuentra justificada, pues es una persona de 65 años de edad, diagnosticada desde el año 2007 con carcinoma de colon, enfermedad en la que ha estado en tratamiento desde entonces; con una pérdida de capacidad laboral de 59.70%, sin un

ingreso económico estable, pues debido a su enfermedad y a sus constantes incapacidades no puede trabajar.

La Sala observa que en todo caso, la accionante había solicitado con anterioridad a su retiro del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, esto es, el 20 de marzo de 2012, el reconocimiento de su pensión por parte de COLPENSIONES. Sin embargo, esta entidad le negó el reconocimiento tanto de la pensión de vejez, como de la pensión de invalidez, motivada en el no cumplimiento de las semanas mínimas de cotización requeridas por la ley para poder acceder a dichas prestaciones, en el caso de la pensión de invalidez, en los últimos tres (3) años.

2.9.2. Estudio sustantivo sobre el fondo del asunto

Para entrar a determinar si existió o no vulneración a los derechos fundamentales invocados por la señora Blanca Flor Prado, esta Sala de Revisión dividirá el estudio en tres partes: la primera, encaminada a determinar si existió una relación laboral entre la accionante y alguna de las entidades accionadas; la segunda, relacionada con las circunstancias que condujeron al cierre del hogar comunitario de la señora Blanca Prado y la tercera, orientada a determinar si la accionante tiene derecho al pago de las acreencias y prestaciones económicas solicitadas.

· Inexistencia de una relación laboral

En su escrito de tutela, la accionante solicita que se ordene a la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios, COOMHOGAR y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, reconocer la existencia de un contrato realidad, argumentando que desde el día 15 de junio de 1992 se desempeñó como madre comunitaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Norte, de Santander de Quilichao, en modalidad familiar por tiempo completo, adscrita desde entonces a la Cooperativa Multiactiva de usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios de Bienestar de Santander de Quilichao.

En este sentido, encuentra la Sala de Revisión que durante el tiempo que la accionante estuvo vinculada al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, en calidad de Madre Comunitaria, esto es del 15 de junio de 1992 al 18 de junio de 2012, las normas que

regulaban el desarrollo y ejecución del programa, eran los Decretos 1340 de 1995 y 1137 de 1999, los cuales establecieron que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, consistía en un trabajo solidario y una contribución voluntaria y no en un contrato de naturaleza laboral.

Así lo confirmó la Corte Constitucional mediante Sentencia T-668 de 2000,[39] quien tras estudiar el caso de varias madres comunitarias a las que el Instituto de los Seguros Sociales no les reconocía la licencia de maternidad, determinó que el servicio que prestan estas personas de manera personal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no reunía ninguno de los elementos que constituye una relación laboral, esto es, subordinación y salario como retribución a su servicio.

Al respecto, constata la Sala que en el presente caso al igual que en los casos estudiados por esta Corporación, no se encontraban probados los elementos que constituyen un contrato de trabajo, pues si bien es cierto, que la señora Blanca Prado prestaba diariamente su servicio como madre comunitaria y tenía derecho al Sistema de Seguridad Social Integral en salud y pensión, como un trabajador dependiente, no se encuentra acreditada la subordinación y la remuneración por el servicio prestado.

Sobre este último punto, recuerda la Sala que la “beca” o bonificación otorgada a las madres comunitarias, eran recursos económicos destinados para la ejecución de su labor, y no una ayuda económica girada a la madre como contraprestación por el servicio prestado.

En esta oportunidad, encuentra necesario esta Sala de Revisión aclarar, que si bien es cierto que:

- Mediante Sentencia T- 628 de 2012 esta Corporación ordenó “al ICBF que de forma inmediata inicie, lidere y coordine un proceso interinstitucional y participativo de diseño y adopción de tales medidas, el cual deberá asegurar que, de forma progresiva pero pronta, las madres comunitarias de tiempo completo del Programa de Hogares Comunitarios del Bienestar de Bienestar devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente.”

- La Ley 1607 de 2012 reconoció a favor de las madres comunitarias a partir del año 2013 una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y adopción de

diferentes modalidades de vinculación, y

- El Decreto 289 de 2014, reconoció una relación laboral entre las Madres Comunitarias y las entidades administradoras del programa.

Estas normas, al momento de la desvinculación del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar de la señora Blanca Flor Prado, esto es, el 18 de junio de 2012 aún no existían. En efecto, la Ley 1607 de 2012 fue publicada el 26 de diciembre de ese año y el Decreto 289 de 2014, el 12 de febrero de 2014, lo que significa que tanto la equivalencia de la beca que se pagaba al valor de un salario mínimo legal, como la celebración de contratos de trabajo entre las madres comunitarias y las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar solo entraron a aplicarse en el primer caso, durante el año 2013 y los contratos de trabajo, a partir de febrero de 2014 (art. 9º del decreto 289 de 2014).

Por lo expuesto, la Sala concluye que en el caso concreto no hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral entre la accionante y las entidades accionadas, durante el tiempo que ésta desempeñó su labor como madre comunitaria, esto es, desde el 15 de junio de 1992 al 18 de junio de 2012.

- Circunstancias en que se produjo el cierre del hogar comunitario.

La señora Blanca Flor Prado, manifestó que el representante legal de la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios del Bienestar (COMHOGAR), le comunicó de manera verbal su desvinculación del programa, del cual hacía parte hace más de 20 años, en calidad de madre comunitaria, con fundamento en su estado de salud y avanzada edad.

Con el fin de contar con el material probatorio pertinente, esta Corporación decretó como prueba la de oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Seccional de Santander de Quilichao (Cauca), Centro Zonal Norte, para que enviará al despacho de la magistrada sustanciadora copia legible del expediente del procedimiento administrativo mediante del cual se cierra definitivamente el Hogar Comunitario de la señora Blanca Flor Prado, así como copia legible del acto administrativo por medio del cual fue desvinculada del programa.

En cumplimiento a la orden anterior, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar remitió a la Corte: (i) copia de recomendaciones hechas al Hogar Comunitario de la accionante el 10 de mayo de 2015; (ii) copia de controles de seguimiento realizados mediante visitas al Hogar Comunitario a cargo de la señora Blanca Flor Prado en diferentes épocas: 2 febrero de 2008, 29 de agosto de 2008, diciembre 22 de 2008, 5 de mayo de 2009, 27 de agosto de 2009, 17 de marzo de 2010, 3 de agosto de 2010, 14 de abril de 2005, 11 de febrero de 2011, 15 de marzo de 2011, 18 de mayo de 2011; (iii) copia del control de asistencia en la reunión con los padres de familia el 7 de mayo de 2012; y (iv) copia de la reunión realizada por la Cooperativa Multiactiva de Usuarios del Programa Social Hogares Comunitarios Bienestar de Santander de Quilichao con los padres de familia el 5 de julio de 2012. Se resalta que la fecha de la última visita realizada al hogar de la señora Blanca Prado, de acuerdo con las actas aportadas, es del 18 de mayo de 2011, es decir, un año y un mes antes de decretar el cierre del hogar.

En la intervención escrita del Director Regional del ICBF Cauca el 19 de junio de 2014 ante el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao, que conoció de la acción de tutela, informa que en el mes de mayo de 2012, en reunión pactada entre la señora Flor Blanca Prado, la señora Lida Barona, nuera de la accionante y la señora Amparo López, Gerente de COOMHOGAR, “se acordó que ante la imposibilidad de que la señora BLANCA FOR de desempeñar (sic) su rol como madre comunitaria a cargo de la modalidad, (sic) teniéndose en cuenta sus motivos de salud, su nuera se hiciera cargo del hogar; sin embargo dos (2) días después de haber iniciado su labor la señora ILBA BARONA (sic) manifiesta que tampoco puede continuar por presentársele otra oportunidad laboral que la obliga a retirarse. Así las cosas, se es convocada a los padres de familia a reunión extraordinaria, en donde se les informa la problemática y se decide entre los acudientes que a futuro los niños fueran atendidos por el CDIT Semillitas de Samán”. [40]

En el mismo informe, el Director Regional señala que con ocasión de las observaciones y recomendaciones hechas en cada visita de seguimiento y supervisión del Hogar Comunitario, se establecía un término que le permitía a la señora Prado subsanar las irregularidades encontradas, el cual fue debidamente observado. Sin embargo, ni la Gerente de COOMHOGAR ni el Director Regional del ICBF Cauca, allegan copia de la resolución motivada mediante el cual se procedió al cierre definitivo del Hogar Comunitario de la accionante, con fundamento en alguna de las causales previstas en el Acuerdo 50 de 1996

y en aplicación al procedimiento establecido en la Resolución 706 de 1998, ya sea de manera inmediata o como resultado de un proceso de seguimiento.

Como lo manifiesta el ICBF en el escrito de contestación a la acción de tutela, la decisión de cerrar el hogar de la accionante, se tomó en una reunión extraordinaria realizada con los padres de familia, en la que se dispuso que los niños serían atendidos en el futuro por el CDIT Semillas del Samán. Además, expresa que:

“Conforme información aportada por el equipo de apoyo de primera infancia, sobre normatividad de los HCB, seguridad social de las madres comunitarias y proceso adelantado con este caso, en las copias de visitas se encuentran referenciadas situaciones que abordó el operador, finalmente el 05 de julio de 2012, se traslada los niños y niñas de dicha Unidad aplicativa al Centro de Desarrollo Infantil Semillitas del Samán, manifestando conforme se encuentra en acta de reunión con padres de familia que las condiciones de salud de la madre comunitaria, no le permite desarrollar normalmente sus funciones (...). El acta se encuentra firmada por los padres acudientes y también está firma legible de la señora Blanca Flor Prado.”[41] (Se resalta fuera del texto original).

De acuerdo con las normas aplicables, dentro de las causales de cierre inmediato de un Hogar Comunitario, se encuentran: (i) el retiro de la madre comunitaria y (ii) la 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. No obstante, fuera del acta anterior, no se allegó resolución motivada sobre la desvinculación de la señora Flor Blanca Prado del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y la fecha de esa desvinculación se indica en una certificación expedida el 21 de abril de 2014 por el Coordinador del Centro Zonal del ICBF Regional Cauca.

En el expediente obra copia de varias certificaciones médicas y clínicas sobre el carcinoma de colon que padece la accionante. Sin embargo, las incapacidades aportadas y las prescripciones médicas son de fechas posteriores a la terminación de su labor como madre comunitaria, durante los años 2013, 2014 y 2015.

De todos modos, se allegó al expediente dictamen del Seguro Social de fecha 14 de febrero de 2012, sobre pérdida de la capacidad laboral de la señora Blanca Flor Prado, en

un porcentaje de 59.70%, con fecha de estructuración del 4 de octubre de 2007. Al parecer, esto no fue óbice para que la accionante continuara con sus actividades al frente del Hogar Comunitario, pero con varias dificultades de las que se da cuenta en el acta de cierre de este hogar.

· Pago de acreencias y prestaciones económicas como consecuencia de la desvinculación de una madre comunitaria

Dentro de las pretensiones formuladas en el escrito de tutela, la señora Blanca Prado solicita, como consecuencia de la terminación de sus labores como madre comunitaria: (i) el pago de una pensión-sanción por el servicio prestado, (iii) el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, y (iv) la inscripción en el régimen de seguridad social y salud, además de la cancelación de las cuotas de cotización adeudadas, razón por la cual procederá esta Sala de Revisión a determinar si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de cada uno de las acreencias aquí solicitadas, atendiendo el vínculo que tenía la accionante con las entidades accionadas y/o vinculadas y la normatividad vigente para el momento.

i) Pensión Sanción

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961 “por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones” estableció el derecho a la pensión sanción para el trabajador que sea despedido sin justa causa del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, la cual deberá reconocer y pagar la empresa desde el momento de su despido si para entonces tiene 60 años de edad o desde la fecha que cumpla con esa edad, con posterioridad al despido.

De otra parte, si el despido sin justa causa se produce después de quince (15) años de servicios, el derecho a la pensión se generaría desde que el trabajador cumpla cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. En caso de que el trabajador después de haber laborado 15 años, decide retirarse de forma voluntaria, la pensión se reconocerá y se pagará cuando cumpla sesenta (60) años de edad. En cuanto al monto de la pensión, la ley estipuló que “la cuantía de la pensión será directamente

proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.”

Esta disposición fue subrogada por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, que adicionó como beneficiario de la pensión sanción, al trabajador que no esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales, ya sea porque dicha entidad no haya asumido el riesgo de vejez, o por omisión del empleador. De igual modo, determinó que estas pensiones dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando la pensión de vejez sea asumida por el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

Frente a los trabajadores afiliados al Instituto de Seguros Sociales pero que no alcancen a completar el número mínimo de semanas que les da derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho Instituto no hubiera ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador, desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez.

Finalmente, el artículo 133 de la Ley 100 de 1983 estableció que la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE. En el caso de los servidores públicos, esta pensión se aplicará exclusivamente a quienes tengan la calidad de trabajadores oficiales[42] y a los trabajadores del sector privado. Además, a partir del 1º de enero de 2014, se incrementaron las edades a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios.

Para la Sala de Revisión, es claro que en el caso bajo estudio, la señora Blanca Flor Prado

no tiene derecho a la pensión sanción por el tiempo de servicio prestado y las circunstancias en que se produjo su retiro del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, toda vez que para ese momento (junio de 2012), las madres comunitarias no tenían la calidad de trabajadoras oficiales ni tampoco eran trabajadoras del sector privado, toda vez que el servicio que prestaban no generaba una relación laboral con las asociaciones y organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participara.[43]

ii) Pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir

Esta pretensión procede cuando como consecuencia de un despido injusto de un trabajador, se ordena su reintegro. De igual modo, en el caso bajo examen, la Sala no constata la existencia de los elementos constitutivos de un contrato realidad de naturaleza laboral, en especial, la subordinación y la remuneración salarial, dado que, como ya sea explicado, para el momento en que la accionante perteneció al Programa, en la medida en que la bonificación que les era otorgada a las madres comunitarias por su trabajo solidario y su contribución voluntaria en el Programa de Hogares de Bienestar no constituía para ese entonces salario. En consecuencia, la Sala encuentra que la señora Blanca Flor Prado no tiene derecho propiamente a un reintegro de orden laboral ni al pago de estas prestaciones, con la salvedad de lo que concierne a los aportes al Sistema de Seguridad Social, dentro del cual las madres comunitarias tenían un régimen especial como se describe en el acápite siguiente.

(iii) Pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social dejados de cancelar

Al respecto, cabe recordar, que para el año 2012, aunque el régimen jurídico especial de las madres comunitarias no contemplaba una relación laboral entre éstas y las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, sí reconocía su derecho a la Seguridad Social en unas condiciones especiales de afiliación. Para tal efecto, la Ley 509 de 1999, modificada por la Ley 1023 de 2006, estableció la afiliación de las madres comunitarias y de su grupo familiar al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así mismo, de conformidad con lo previsto por la Ley 100 de 1993 y en concordancia con lo dispuesto por el documento Conpes 2753 del 21 de diciembre de 1994, el Fondo de Solidaridad Pensional debía subsidiar los aportes al régimen

general de pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera fuera su edad y siempre que hubieran cumplido por lo menos un año de servicio como tales. El monto del subsidio equivalía al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y se extendía por el término en que la madre comunitaria ejerciera esta actividad.

Con la expedición del Decreto 289 de 2014, esta normatividad fue subrogada, en el entendido de que las madres comunitarias, a partir de ese momento, tendrán derecho a todas las acreencias laborales y en consecuencia “las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar constituirán las garantías requeridas para el cumplimiento de las acreencias laborales a favor de las Madres Comunitarias, las cuales deberán mantener su vigencia en los términos legales, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2923 de 1994.”[44]

Ahora bien, según obra en el expediente, debido al estado de salud de la señora, el 21 de agosto de 2012, la oficina de Medicina Laboral Regional Suroccidente de la Nueva EPS S.A. remitió el caso de la señora Blanca Flor Prado al Fondo de Pensiones del Seguro Social, mediante oficio GRSO-GRS-ML-1817-12. Lo anterior, “con el fin de que esta entidad se sirva establecer la Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) y la fecha de estructuración de la invalidez”, con fundamento en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 y el artículo 52 de la Ley 962 de 1995 y las consideraciones de orden técnico y fáctico establecidas en el manual único de calificación de invalidez (Decreto 917 de 1999).

Sin embargo, el dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral de la accionante ya se había emitido por el Seguro Social el 14 de febrero de 2012, que calificó dicha pérdida en un porcentaje del 59.70 %, por causa de enfermedad y como fecha de estructuración de la invalidez se determinó el 4 de octubre de 2007, en la cual se practicó a la señora Prado el procedimiento quirúrgico rectosigmoidectomía colostomía, de por vida, por el carcinoma de colon que le había sido diagnosticado.

Finalmente, mediante Resolución GNR 116752 del 30 de mayo de 2013, la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES negó el reconocimiento y pago a la señora Blanca Flor Prado, tanto de la pensión de vejez como de la pensión de invalidez. La primera, por cuanto la peticionaria no acreditó el mínimo de semanas de cotización requerido para acceder a la pensión de vejez de acuerdo al respectivo año, que para 2012

era de un total de 1.225 semanas y solo había acreditado 349 semanas (2.445 días).

En cuanto a la pensión de invalidez, COLPENSIONES determinó que de acuerdo con los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, la señora Prado no cumplía con el requisito de haber cotizado un mínimo de cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es el 4 de octubre de 2007. De los documentos aportados por la propia accionante, solo se acreditan cotizaciones al Seguro Social en los meses marzo, mayo, junio y julio de 2007, diciembre 2002 y octubre de 2001.

En este caso, dado el grave estado de salud de la señora Blanca Flor Prado que la inhabilitó para continuar con sus labores como madre comunitaria dentro del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y las condiciones de extrema vulnerabilidad en las que se encuentra por su edad y la imposibilidad de trabajar para procurarse su sustento, la Sala encuentra que procede conceder el amparo constitucional de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante.

Si bien es cierto que, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, en el caso concreto, no se configuran los elementos constitutivos de un contrato realidad de naturaleza laboral, también lo es que dentro del régimen legal que regulaba el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar estaban previstos para la época en que la señora Prado se desempeñó como madre comunitaria, a partir de la Ley 509 de 1999, unos beneficios en materia de seguridad social to en salud (régimen contributivo), como en pensiones (subsidio a la cotización en el aporte a pensiones) que después se extendieron a su núcleo familiar por la Ley 1023 de 2006.

Como se pudo constatar por la Sala, a pesar de que la accionante se desempeñó como madre comunitaria por espacio de veinte (20) años entre el 15 de junio de 1992 al 18 de junio de 2012 y de que a partir de la promulgación de la Ley 509 de 1999 (30 de julio), las madres comunitarias debían afiliarse al sistema de seguridad social tanto en salud como en pensiones y gozaban de unas reglas especiales de cotización, la realidad es que la señora Blanca Flor Prado no logró cumplir con uno de los requisitos exigidos por la ley para acceder tanto a la pensión de vejez como a la pensión de invalidez, por no contar con el número mínimo de semanas de cotización requerido para una u otra prestación.

La protección constitucional que se ordena por la Sala Octava de Revisión, consistirá en el pago efectivo por parte del ICBF de los aportes faltantes al Sistema de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones a favor de la señora Blanca Flor Prado, causados durante el tiempo que estuvo vinculada como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios del Bienestar, entre el 1º de julio de 1999 y el 18 de junio de 2012, de manera que tenga la posibilidad de cumplir con dicho requisito, para acceder bien a la pensión de invalidez a la que tendría derecho por haber sido calificada con una pérdida de capacidad laboral de 59.70% o de darse los supuestos legales, a la pensión de vejez.

Mientras se realizan los trámites para el reconocimiento de la pensión, y teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la accionante, se ordenará el pago inmediato a la señora Blanco Flor Prado del subsidio de subsistencia para madres comunitarias retiradas, hasta tanto sea incluida en la nómina respectiva y se le comience a pagar la pensión bien de invalidez o vejez a que tenga derecho, habiendo completado los requisitos previstos por la ley.

(iv) Subsidio de subsistencia para madres comunitarias retiradas, como medida transitoria de protección

Habida cuenta de que solo con la expedición de la Ley 1607 de 2012 se ordenó la formalización laboral gradual de las madres comunitarias y que dada su precaria remuneración, a pesar de los subsidios que se les reconocieron, la mayoría de ellas no pudo efectuar los aportes requeridos para acceder a la pensión de vejez, el artículo 164 de la Ley 1450 de 2010, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, creó un auxilio denominado subsidio de subsistencia para las madres comunitarias retiradas, con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional, cuando 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.

El Decreto 605 de 2013 reglamentó dicho auxilio y en su artículo 3º estableció los requisitos para ser beneficiario del mismo, a saber:

a) Ser colombiano.

b) Tener como mínimo 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, edad que a partir del 1° de enero de 2014 aumentará en dos años.

c) Residir durante los últimos diez años en el territorio nacional.

d) Acreditar la condición de madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011, esto es el 16 de junio de 2011.

De los hechos comprobados en el expediente, la Sala constata que la señora Blanca Flor Prado se encuentra en una situación de vulneración de sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la atención en salud y a una vida digna por las circunstancias de extrema debilidad y vulnerabilidad, por tratarse de una persona que se acerca a los 65 años, que no se encuentra en condiciones de poder continuar con sus labores como madre comunitaria de las cuales fue retirada después de 20 años, sin cumplir todas las formalidades exigidas por la ley para el cierre de un Hogar Comunitario de Bienestar, con una pérdida de capacidad laboral de 59.70% y que si bien se siguió cotizando en salud, no acredita el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez o a una pensión de invalidez.

Verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 605 de 2013, por parte de la señora Blanca Flor Prado derivados de la condición de madre comunitaria que desempeñó entre 1992 y 2012, la Sala Octava de Revisión encuentra que en primera instancia, hace parte del grupo beneficiario del subsidio de subsistencia creado por el artículo 164 de la Ley 1450 de 2010. No obstante, la Sala advierte que el valor de este subsidio es inferior al salario mínimo vigente, puesto que según el artículo 5º del Decreto 605 de 2013, establece que equivale a:

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

Por esta razón, la alternativa de ordenar la inclusión de la accionante como beneficiaria de este subsidio solo puede ser una medida transitoria de protección, ya que no cubriría su mínimo vital en las condiciones de salud que padece.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo proferido el 1º de julio de 2014, por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao, y en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales de la señora Blanca Flor Prado al mínimo vital y a la seguridad social, ordenando al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar pagar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones (antes ISS-Seguro Social) a la cual fue afiliada la señora Blanca Flor Prado, los aportes faltantes al Sistema de Seguridad Social causados entre el 1º de julio de 1999, fecha en la que entró en vigencia la Ley 509 de 1999 y el 18 de junio de 2012, cuando finalizó la vinculación de la accionante al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. De igual manera, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá realizar el pago de los aportes que falta cancelar durante el mismo período, a la Entidad Promotora de Salud, Nueva EPS a la cual ha estado afiliada la señora Prado, de manera que continúe con la atención integral que requiere.

Habida cuenta del tiempo que puede tardar el trámite de reconocimiento de la pensión de invalidez o de la pensión de vejez, como medida transitoria de protección, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar incluir a la señora Blanca Flor Prado en el grupo de beneficiarios del Subsidio de Subsistencia, de conformidad con lo reglamentado en el Decreto 605 de 2013, hasta tanto le sea reconocida y se comience a pagar las mesadas correspondientes a la pensión de invalidez o la pensión de vejez a que tenga derecho, de conformidad con la ley.

Consideración final: estabilidad ocupacional reforzada de las madres comunitarias

Los hechos que dieron lugar a la acción de tutela instaurada por la señora Blanca Flor Prado, ponen de manifiesto la difícil situación que han afrontado las madres comunitarias desvinculadas antes de 2013 del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, cuando experimentaron un problema de salud, que objetivamente les impide o dificulta sustancialmente realizar en condiciones regulares las labores a su cargo, pero no alcanzan a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez o a una pensión de invalidez.

Precisamente, por no constituir para ese entonces una relación de naturaleza laboral, no se aplican las reglas previstas para los trabajadores y servidores públicos encaminadas a garantizar su estabilidad ocupacional y su reincorporación al Programa, en caso de que no se observara el procedimiento y las condiciones establecidas para su desvinculación.

Para la Sala, resulta legítimo que el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, en aras de proteger el interés superior de los niños, prevea mecanismos de sustitución de las madres comunitarias que presenten enfermedades incompatibles con las labores de cuidado, educación, alimentación y supervisión de los menores a su cargo. Sin embargo, no puede ser indiferente a la situación en que queda la madre desvinculada del Programa con una situación de vulnerabilidad por la enfermedad que padece, con difíciles o nulas oportunidades de continuar trabajando en otra labor, después de que ha dedicado muchos años a una tarea solidaria de la mayor importancia, por la que recibió a cambio -como sucedió durante largo tiempo- una remuneración objetivamente exigua, con el agravante que representa para aquellas madres de la tercera de edad que ven disminuidas sus posibilidades de ingresar en condiciones competitivas al mercado laboral.

Si bien es cierto que el legislador creó un Subsidio de Subsistencia para las madres comunitarias retiradas que no alcancen a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de invalidez o a la pensión de vejez, ya se observó como ese subsidio resulta insuficiente para garantizar el mínimo vital y la subsistencia en condiciones dignas.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta la situación de desprotección en que quedan esas madres comunitarias al ser desvinculadas del Programa, por causa ajena a su voluntad, en principio debería existir la posibilidad de reincorporarse al Programa de superarse los quebrantos de salud, más ahora, cuando debe ser a través de un contrato laboral con todos los beneficios prestacionales de la seguridad social.

Al respecto, cabe reiterar lo ya señalado en un acápite anterior, en cuanto el Acuerdo 050 de 1996 adoptó los lineamientos para el cierre y la reubicación de Hogares Comunitarios de Bienestar y la Resolución 706 de 1998 estableció el procedimiento para llevarlos a cabo. Tales medidas tienen fundamento en la protección y prelación de los derechos fundamentales de los niños y le corresponde ordenarlas al Coordinador del Centro Zonal de la jurisdicción donde esté ubicado el Hogar Comunitario.

En cuanto al cierre de un Hogar Comunitario de Bienestar, el Acuerdo 050 de 1996 dispone que es definitivo y se debe decretar de manera inmediata, cuando se den las causales previstas en el artículo segundo del citado Acuerdo o como resultado de un proceso de supervisión, en los eventos enunciados en el artículo tercero del mismo acuerdo, mediante resolución motivada que debe ser notificada al representante legal de la Asociación de Padres de Familia, a la madre comunitaria y a la Junta de Padres a la que pertenezca el Hogar. Contra esta decisión procede el recurso de reposición ante el funcionario que profirió el acto y el de apelación ante el Director Regional o Seccional.

En el caso bajo estudio, encuentra la Corte que el Coordinador del Centro Zonal Norte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Santander de Quilichao (Cauca), no expidió el acto administrativo motivado, por medio del cual se ordenaba el cierre del Hogar Comunitario de la señora Blanca Flor Prado, privando de esta manera a la accionante de ejercer su derecho a la defensa, a controvertir y aportar pruebas, toda vez que como lo manifiesta el Instituto en el escrito de contestación, la decisión de cerrar el hogar de la accionante, se toma en una reunión extraordinaria con los padres de familia, en la que se decide que a futuro los niños serán atendidos por el CDIT Semillas del Samán[45]:

“En primer lugar se anexan las actas de visitas de los años 2005 al 2012, en las cuales se detallan las condiciones encontradas y se hacen recomendaciones para el mejoramiento del servicio, por la madre comunitaria (...)

Conforme información aportada por el equipo de apoyo de primera infancia, sobre normatividad de los HCB, seguridad social de las madres comunitarias y proceso adelantado con este caso, en las copias de visitas se encuentran referenciadas situaciones que abordó el operador, finalmente el 05 de julio de 2012, se trasladó los niños y niñas de dicha Unidad aplicativa al Centro de Desarrollo Infantil Semillitas del Samán, manifestando conforme se

encuentra en acta de reunión con padres de familia que las condiciones de salud de la madre comunitaria, no le permite desarrollar normalmente sus funciones (...). El acta se encuentra firmada por los padres acudientes y también está firma legible de la señora Blanca Flor Prado.”[46]

En principio, se advierte que no se habría cumplido en debida forma con el procedimiento establecido para proceder al cierre del Hogar que estuvo a cargo de la accionante, por lo que una medida de protección transitoria mientras se decide sobre la validez de ese procedimiento, sería la de ordenar la reincorporación de la señora Blanco Flor Prado a sus labores como madre comunitaria, ahora, en las nuevas condiciones reglamentadas mediante el Decreto 289 de 2014, ya que en la actualidad las madres comunitarias al encontrarse vinculadas mediante contrato de trabajo, cuentan con las mismas garantías de un trabajador dependiente como lo es la afiliación por parte de su empleador al Sistema de Seguridad Social General Integral (salud, pensión, riesgos laborales). De igual modo, se daría la orden del pago de los aportes faltantes al Sistema de Seguridad Social.

No obstante, de las pruebas que obran en el expediente, se pudo constatar que la accionante no está en condiciones de salud para reasumir las labores de madre comunitaria, como quiera que se trata de una persona de 65 años de edad, que padece de carcinoma de colon, intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones y ha sido calificada con una pérdida de capacidad laboral de 59.70%.

Frente a esta situación, la Sala reitera que el Subsidio de Subsistencia que se confiere a las madres comunitarias retiradas, no resulta la medida óptima que garantice el mínimo vital y el derecho a la seguridad social de la accionante. De ahí, que en primera instancia, se ordenará el pago a cargo del ICBF de los aportes faltantes al Sistema de Seguridad Social General, causados durante el tiempo que la señora Blanca Flor Prado se desempeñó como madre comunitaria, a partir del 30 de julio de 1999, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 509 que estableció los beneficios de seguridad social para las madres comunitarias.

Como medida de protección transitoria, se ordenará la inclusión de la señora Prado en la lista de madres comunitarias retiradas beneficiarias del Subsidio de Subsistencia hasta el momento en que le sea reconocida la pensión de invalidez o la pensión de vejez, de acuerdo con la ley.

III. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 1º de julio de 2014, por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao, para en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales, al mínimo vital y seguridad social de la señora Blanca Flor Prado.

SEGUNDO.- NEGAR el amparo constitucional en relación con los derechos fundamentales al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada.

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a realizar los trámites necesarios para cancelar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones (antes ISS-Seguro Social) a la cual fue afiliada la señora Blanca Flor Prado, los aportes faltantes al Sistema de Seguridad Social causados entre el 1º de julio de 1999, fecha en la que entró en vigencia la Ley 509 de 1999 y el 18 de junio de 2012, cuando finalizó la vinculación de la accionante al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. De igual manera, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá realizar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, el pago de los aportes que falta cancelar durante el mismo período, a la Entidad Promotora de Salud, Nueva EPS a la cual ha estado afiliada la señora Prado.

CUARTO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta providencia, proceda a ordenar la inclusión de la señora Blanca Flor Prado en el grupo de beneficiarios de la asignación del Subsidio de Subsistencia reglamentado en el Decreto 605 de 2013.

QUINTO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y

cúmplase.

Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

[1] Sentencia T-151 de 2014

[2] Sentencia T-544 de 2013

[3] Reiteró lo establecido en Sentencia T-211 de 2009 y T-113 de 2013.

[4] Sentencia T-594 de 2006

[5] Sentencia T-789 de 2003, tomada de la Sentencia T-594 de 2006.

[6] Sentencia T-037 de 2013.

[7] Sentencia T-301 de 2009

[8] Ibídem

[9] Sentencia T- 1028 de 2010, cita tomada de la Sentencia T-142 de 2012.

[10] Resolución 776 de 2011.

[11] Artículo 1, parágrafo 2: “(...) Se entiende por Hogares Comunitarios de Bienestar,

aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país.”

[12] Artículo 4º ibídem.

[13] Sentencia T-668 de 2000.

[14] Artículo 5º ibídem

[16] En el cuarto informe presentado por Colombia

[17] Leyes 1187 de 2008 y 509 de 1999 y el acuerdo 18 de 2000 del ICBF, las madres comunitarias se encuentran afiliadas a la seguridad social en salud y pensiones con un regulación muy similar a la de los trabajadores subordinados ya que no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes sino que el Estado paga una parte de los mismos,

[18] Jornada máxima de trabajo tanto para las madres comunitarias como para los trabajadores subordinados es de 8 horas.

[19] Artículo 3º y 4º

[20] Artículo 2º, 5º y 6º

[21] Artículo 6º, numeral 3.

[22] Artículo 13, literal i, modificado por la Ley 797 de 2003 en relación al subsidio económico otorgado de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema.

[23] Artículo 26.

[24] Este documento establece que las madres comunitarias de cualquier edad afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que hayan cumplido por lo menos un año de servicio como tales, serán beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional.

[25] Artículo 157.

[26] Artículo 2º Ibídem

[27] Ibídem, “Artículo 3º.- El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a las EPS escogidas por las beneficiarias, los valores correspondientes a las Unidades de Pago por Capitación del Régimen Contributivo, transfiriendo los recursos necesarios de la subcuenta de solidaridad a la subcuenta de compensación en los valores correspondientes a las Unidades de Pago por Capitación subsidiada.

Artículo 4º.- La diferencia que resulte entre las Unidades de Pago por Capitación -UPC, subsidiadas, no cubierta con los aportes de las Madres Comunitarias a que hace referencia el artículo 2 de esta ley y con las transferencias previstas por el artículo 3 de la misma, será satisfecha con el porcentaje que sea necesario, de los rendimientos producidos por el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, para lo cual, se autoriza al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, ordenar el giro a la subcuenta de compensación, de los valores correspondientes.”

[28] Artículo 1º del Acuerdo 50 de 1996

[29] ibídem

[30] Artículo 4º de la Resolución 706 de 1998 “Procedimiento para el cierre inmediato”

[31] Artículo 2º del Acuerdo 50 de 1996 y Artículo 3º de la Resolución 706 de 1998.

[32] Artículos 5º y 6º de la Resolución 706 de 1998.

[33] Artículo 3º del Acuerdo 50 de 1996.

[34] Sentencia T-278 de 2012

[35] Sentencia T-1083 de 2004

[36] Sentencia T-455 de 2005

[37] Sentencia T- 041- de 2014, en esta oportunidad la Corte Constitucional determinó en

uno de los 9 casos estudiados, que al tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, pues es una persona de la tercera edad (tiene más de setenta años), que padece una enfermedad coronaria severa y que es el responsable de su familia, entre los que se encuentran varios menores de edad, el requisito de procedibilidad de la acción se flexibiliza haciéndola procedente. Aclarando, que sus efectos serán transitorios “pues no encuentra esta Corte elementos probatorios suficientes que le permitan determinar la existencia o no de un contrato realidad. Por tanto, será la justicia ordinaria laboral quien, siguiendo el principio de la inmediación probatoria, deberá definir este asunto. Ello, nuevamente, no implica que no se de algún tipo de protección.”

[39] Posición reiterada en Sentencia T-1173 de 2000.

[40] Folio 64, respaldo.

[41] Argumentos esgrimidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cumplimiento a la prueba decreta por esta Corporación el día 26 de febrero de 2006.

[42] En la sentencia C-372 de 1998, la Corte se pronunció sobre la no extensión de esta pensión a los servidores públicos pertenecientes a la categoría de empleados público

[43] Sentencia T-628 de 2012 y artículo 4 del Decreto 1340 de 1995.

[44] Artículo 5º

[45] Folio 64, respaldo.

[46] Argumentos esgrimidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cumplimiento a la prueba decreta por esta Corporación el día 26 de febrero de 2006.