

T-175-19

Sentencia T-175/19

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Caso en que ciudadanas reclaman el reconocimiento y pago de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social a cargo del ICBF, en razón a la labor de madre comunitaria que desempeñaron

ACCION DE TUTELA DE MADRES COMUNITARIAS CONTRA ICBF-Condiciones especiales para su procedencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS DE LAS MADRES COMUNITARIAS-Evolución normativa del programa hogares comunitarios de bienestar implementado por el ICBF

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Línea jurisprudencial

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Evolución jurisprudencial

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Alcance de la sentencia T-480/16 y de su declaratoria de nulidad parcial y de las medidas adoptadas en el Auto 186/17

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-No existió vulneración por cuanto las accionantes incurrieron en alguna de las causales de pérdida del derecho al Subsidio al Aporte en Pensión

Expedientes acumulados:

EXPEDIENTE

T-6.190.251

T-6.193.730

T-6.196.094

T-6.203.162

T-6.208.901

DEMANDANTES

Gloria Solano

Neris Aponte Ariza y otros

Flor Vargas Salas y otros

Claribel Munera Pereañez

María Edilma González y otros

Ángela Parra Gamboa y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF.

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, y las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los siguientes fallos:

EXPEDIENTE

PRIMERA INSTANCIA

SEGUNDA INSTANCIA

T-6.190.251

Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, 4 de enero de 2017

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga – Sala Civil Familia, 14 de febrero de 2017

T-6.193.730

Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, 3 de febrero de 2017

Sin impugnación

T-6.196.094

Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja, 25 de enero de 2017

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala Laboral, 3 de marzo de 2017

T-6.201.064

Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, 31 de enero de 2017

Auto interlocutorio que rechaza la impugnación, 15 de marzo de 2017

T-6.203.162

Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja, 24 de enero de 2017

Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión No. 5, primero de marzo de 2017

T-6.208.901

Juzgado Civil del Circuito de Los Patios

(Norte de Santander), 13 de febrero de 2017

Tribunal Superior del Distrito Judicial
marzo de 2017

de Cúcuta – Sala de Decisión Civil Familia, 29 de

Estos procesos fueron escogidos para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de la Corte Constitucional, mediante auto de 30 de junio de 2017 y repartidos a la Sala Cuarta de Revisión integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado y José Fernando Reyes Cuartas. Por presentar unidad de materia, se ordenó su acumulación para que fueran decididos en una misma sentencia.

I. ANTECEDENTES

NOMBRE

CÉDULA DE CIUDADANÍA

1

Gloria Solano

37.934.508

2

Nohora Alba Ramos Rosado

42.403.505

3

Levith del Socorro Marquez de Mejía

26.877.461

4

Yadis Mercedes Guerra Ustariz

26.877.854

5

Yenitza María Ramos Torres

6

Adis María Murgas Murgas

42.403.512

7

Miriam Rosa Blanquicet Coneo

49.749.730

8

Delvis Leonor Rosado Amaya

49.742.226

9

Aura María Padilla Padilla

26.877.812

10

Digna Rosa Banquez Torres

36.516.185

11

Margarita Rosa Murgas Guerrero

42.404.498

12

Fanny María Becerra Arzuaga

42.403.628

13

Caridad Meza Martinez

41.789.534

14

Maricela Muñoz Oñate

42.404.177

15

Rosalba Padilla Zapata

42.496.587

16

Yomaira Ustariz Liñan

36.516.148

17

Neris del Carmen Aponte Ariza

49.691.027

Mariely Julio Orozco

49.749.712

19

Liseth Cecilia Noya de la Hoz

22.590.133

20

Marlys Zeira Aguilar Barona

49.737.305

21

Flor Elisa Vargas Salas

23.781.254

22

Miriam Ocación Gallo

40.017.925

23

Susana Patarroyo de Cuervo

23.271.965

24

María Alejandrina Cuchivague Camargo

40.023.942

25

Elsa María Reyes

24.078.440

26

Yolanda Moreno Mariño

40.013.943

27

María Preselia Higuera Rodríguez

40.021.388

28

María Elicenia Guzmán Rodríguez

21.200.436

29

Amanda Suarez Vanegas

40.014.782

30

María Elizabeth González de Barón

23.272.482

31

María Irene Tenza de DeSalvador

24.068.209

32

Claribel Munera Pereañez

39.208.514

33

María Edilma González Rodríguez

40.025.746

34

Agueda García Rodríguez

40.023.480

35

María Ernestina Martínez de Pinzón

23.267.340

36

Rogelia Panche Suesca

24.069.244

37

María Rita Nope Cuchivaguen

23.544.417

38

Ana Silde Suarez de Quintero

40.010.214

39

Rosa María Aguilar de Molina

23.262.903

40

Blanca Elvira Aguirre de Aguirre

23.399.349

41

María Inés Ríos Bernal

24.201.652

42

Miriam Estela Suarez Cárdenas

40.022.878

43

María Carmenza Viasus Molina

40.014.590

44

Flor Nelly Yanquen Valentín

45

Flor Avicena Sepúlveda

40.008.629

46

Ángela Parra Gamboa

60.317.036

47

Adriana Laudice Rodríguez Vega

60.442.353

48

Gema Socorro Hernández Aparicio

60.400.179

49

Liliana Correa

60.443.898

50

María Stela Jaimes Miranda

60.318.708

51

Ana Cecilia Guarnizo Gutiérrez

52

Zoraida Mojica Jaimes

27.897.484

53

Norys Sánchez Galván

60.441.815

54

Edilia Flórez Villamizar

60.250.169

55

Feglei Abril Otálora

60.378.740

56

Ana Liduvina Villamizar Ramírez

60.422.188

57

Rosa Elena Carrero Cala

60.321.290

58

Belcy Parada Pérez

27.673.304

59

Luz Yaneth Páez Sánchez

27.897.796

60

Ericilda Lizcano

63.321.180

61

Adela Amaríz Santos

60.422.498

62

Carmen Aleyda Leal Suarez

60.440.671

63

60.252.670

64

Eleonora María Villasmil Bernal

60.303.171

65

Myriam Hernández Vera

60.385.400

66

María Regina Santos Prada

28.677.803

67

Blanca Cecilia Bohórquez Herrán

37.234.216

68

Gloria Melsa Quintero Jaimes

60.275.018

69

Blanca Cecilia Bautista Gutiérrez

37.243.836

70

Olga Vargas Rojas

60.285.396

71

Gladys Flórez González

27.847.614

72

Marcelina Carvajal de Peña

60.250.790

73

Noraima Ortiz Zambrano

60.365.348

74

Omaira Ortiz Zambrano

60.400.263

75

July Mayerly León Arias

1.093.753.159

76

Martha Laura Velasco Pita

60.404.125

77

Rosalba Briceño Hernández

60.382.812

78

Carmen Elena Carvajal Quintero

31.915.849

79

Erika María Rodríguez Collantes

60.440.727

80

1.093.736.612

81

Alba Luz Contreras Contreras

60.422.762

82

Nancy Sepúlveda Contreras

1.093.734.128

83

Velkys Vianney Díaz Cruz

60.421.539

84

Sandra Milena Villamizar Lamus

60.441.048

85

Omaira Molina Rodríguez

60.385.237

86

María Elena Villamizar Ruiz

60.349.666

87

Blanca Elena Dávila Montañez

60.344.474

Emilce Riveros Torrado

60.379.174

1.1. Las 88 ciudadanas anteriormente referidas interpusieron acciones de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo y al principio de primacía de la realidad, con fundamento en los siguientes hechos comunes a los expedientes acumulados:

Mediante Ley 89 de 1988, el Gobierno Nacional implementó los Hogares Comunitarios de Bienestar, cuya sostenibilidad económica se surte a través de becas del ICBF destinadas “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”.

Las accionantes indicaron que las labores que desempeñaron en calidad de madres comunitarias son: (i) cuidar a los 15 o más niños y niñas asignados al hogar comunitario; (ii) alimentarlos; (iii) organizar y realizar actividades pedagógicas; y (iv) estar al tanto de la salud e higiene personal de los infantes.

Explicaron que su jornada laboral diaria iniciaba a las 5:00 a.m. con el alistamiento de la casa y la preparación de los alimentos para las niñas y niños beneficiarios. A partir de las 8:00 a.m. los reciben para dar inicio a las actividades lúdicas, que si bien deberían culminar a las 4:00 p.m., lo cierto es que finalizan horas más tarde cuando el último de los niños es recogido por sus padres.

Manifestaron que han desempeñado su trabajo de manera personal, permanente, y con carácter de subordinación ante el ICBF, puesto que sus funciones son asignadas y supervisadas por dicha entidad conforme a los estándares establecidos por la misma. Algunas agregaron que, como prueba de ello, continuamente se han clausurado hogares comunitarios por incumplir las exigencias para su funcionamiento.

Afirmaron que desde la fecha de su vinculación al Programa de Hogares Comunitarios del ICBF, han recibido el pago mensual de una suma de dinero denominada “beca”, que por su continuidad y características, se constituye en el salario a través del cual se reconocen los servicios prestados en su calidad de madres comunitarias, contraprestación que se igualó al monto de un salario mínimo mensual legal vigente a partir del primero de febrero de 2014.

En consecuencia, consideran que les ha sido vulnerado su derecho a la igualdad porque desde la fecha de su vinculación al Programa y hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mismo, su jornada laboral diaria, a pesar de superar las 8 horas legales, no fue reconocida para el pago del salario mínimo mensual legal vigente; lo anterior desconoció sus derechos laborales y las sometió a una desigualdad económica ilegal.

Alegaron que su vínculo con el ICBF constituía contrato realidad, por cuanto se encontraban reunidos los elementos esenciales establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, así: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la continua subordinación o dependencia; y (iii) un salario como retribución del servicio, el cual, según ellas, sería la denominada “beca” que recibían como pago de la labor desempeñada.

Adujeron que desde la creación de los hogares comunitarios, el ICBF se ha preocupado por desarrollar diferentes estrategias jurídicas para desvirtuar la relación laboral existente con las madres comunitarias, y ha omitido pagar los aportes parafiscales al sistema de seguridad social en materia pensional propios de ese tipo de vínculos lo que impide que a futuro puedan acceder a una pensión de vejez. Aunado a ello, manifestaron que lo recibido a título de “beca” no alcanzaba para sufragar los costos de sus necesidades básicas por lo que no les correspondía asumir el aporte a pensión.

Advirtieron que sólo a partir del primero de febrero de 2014, el ICBF empezó a pagar los correspondientes aportes a seguridad social a través de las Entidades Administradoras del Servicio.

1.2. Con base en lo anterior solicitaron: (i) ser amparadas en sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo y al principio de primacía de la realidad; (ii) declarar la existencia del contrato realidad entre las accionantes y el ICBF, en aplicación del precedente constitucional de la sentencia T-480 de 2016; (iii) ordenar al ICBF pagar los aportes pensionales no pagados, junto con los intereses moratorios causados desde la fecha de su vinculación al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF y hasta el 31 de enero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa; y (iv) ordenar al ICBF reconocer y pagar las acreencias laborales correspondientes (salarios, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, subsidios, dotación, subsidio de transporte, sanciones moratorias, indemnizaciones, etc.).

2. Oposición a las demandas de tutela

2.1. En los expedientes T-6.190.251[1], T-6.193.730[2], T-6.196.094[3], T-6.201.064[4], T-6.203.162[5] y T-6.208.901[6], los respectivos juzgados admitieron las acciones de tutela y ordenaron ponerlas en conocimiento de las entidades demandadas y vinculadas para que

se pronunciaron respecto de los hechos y las pretensiones planteadas en ellas.

2.2. En los expedientes T-6.190.251[7], T-6.193.730[8], T-6.196.094[9], T-6.203.162[10] y T-6.208.901[11], la jefa de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF precisó que en virtud del desarrollo legal y jurisprudencial en torno a los Hogares Comunitarios de Bienestar, las Madres Comunitarias se han erigido como trabajadoras dependientes de las Entidades Administradoras del Servicio -EAS en su condición de único empleador, por lo que en ningún caso existe vinculación laboral con el ICBF. Lo anterior, por cuanto “las madres comunitarias no son funcionarias o empleadas del Instituto y ni siquiera contratistas, son nombradas y dependen de la Asociación de Padres de Familia de la cual hace parte su Hogar de Bienestar. Las Asociaciones de Padres de Familia que administran los hogares de bienestar tampoco hacen parte de la estructura administrativa del Instituto”. Además de que “la madre comunitaria jamás podría tener la condición de empleado público o de trabajador oficial del Estado, al haber sido definida por la Ley una relación contractual entre dichas madres y la persona jurídica Asociación”.

2.3. Al efecto, realizó un recuento de la jurisprudencia constitucional consolidada respecto del reconocimiento de la existencia de un régimen jurídico especial aplicable a las madres comunitarias e indicó la relación contractual de carácter civil, conmutativo, remunerado y no laboral surgida entre la Entidad sin ánimo de lucro de beneficio social y la madre, donde el ICBF no es parte.

2.4. En consecuencia, solicitó la declaratoria de improcedencia de las acciones de tutela acumuladas.

2.5. En el expediente T-6.201.064, el ICBF guardó silencio.

2.6. En el expediente T-6.201.064, la entidad vinculada Asociación de Padres de Hogares de Bienestar el Futuro de Colombia, solicitó que se le desvinculara del proceso, en razón a que: (i) seguían “órdenes y lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”; (ii) no se encuentra en funcionamiento ya que el contrato con el ICBF terminó el 31 de octubre de 2016; y (iii) en la actualidad, “es otro operador quien trabaja de la mano con el ICBF”.

3. Decisiones judiciales que se revisan en los expedientes acumulados

EXPEDIENTE

PRIMERA INSTANCIA

SEGUNDA INSTANCIA

T-6.190.251

Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja; 4 de enero de 2017:
Declara la improcedencia.

T-6.193.730

Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar; 3 de febrero de 2017: Tutela los derechos fundamentales de las 19 accionantes, declara la existencia del contrato de trabajo, ordena el reconocimiento y pago de los salarios y de los aportes a seguridad social en pensiones.

Sin impugnación.

T-6.196.094

Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja; 25 de enero de 2017: Declara la improcedencia de la acción de tutela presentada por las accionantes.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala Laboral; 3 de marzo de 2017: Revoca y tutela los derechos fundamentales de 10 accionantes[12], declara la existencia del contrato de trabajo, ordena el reconocimiento y pago de los salarios y de los aportes a seguridad social en pensiones.

T-6.201.064

Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento; 31 de enero de 2017: Tutela los derechos fundamentales, declara la existencia del contrato de trabajo, ordena el reconocimiento y pago de los salarios y de los aportes a seguridad social en pensiones.

AUTO INTERLOCUTORIO del 15 de marzo de 2017: Rechaza impugnación por no acreditar legitimación en la causa por pasiva[13].

T-6.203.162

Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja; 24 de enero de 2017: Tutela los derechos fundamentales, declara la existencia del contrato de trabajo, ordena el reconocimiento y pago de los salarios y de los aportes a seguridad social en pensiones a las 13 accionantes.

Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión Nro. 5; 1º de marzo de 2017: Modifica la sentencia, amparando a 6[14] de las accionantes y deja por fuera a 1[15], además de que declara improcedentes las pretensiones de otras 6 de ellas (por edad)[16].

T-6.208.901

Juzgado Civil del Circuito de los Patios (Norte de Santander); 13 de febrero de 2017: Tutela los derechos fundamentales, declara la existencia del contrato de trabajo, ordena el reconocimiento y pago de los salarios y de los aportes a seguridad social en pensiones a las 43 accionantes.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta – Sala de Decisión Civil Familia; 29 de marzo de 2017: Confirma.

4. Escritos allegados en sede de revisión

4.1. ICBF

Dentro del expediente T-6.201.064, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, mediante escrito recibido el 31 de agosto de 2017, solicitó la adopción de medidas provisionales a efectos de suspender las órdenes impartidas en el fallo de 31 de enero de 2017 proferido por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, quien - con fundamento en la sentencia T-480 de 2016- declaró la existencia de una relación laboral entre la madre comunitaria Claribel Munera Pereañez y el ICBF.

Informó que luego del trámite del incidente de desacato, el 16 de agosto de 2017, el juzgado sancionó a la Directora de la Regional Antioquia con 3 días de arresto y una multa de 2 S.M.L.M.V.

Manifestó que de cumplir y acatar el fallo señalado, se desconocería el precedente y los parámetros establecidos en el Auto 186 de 2017, además de que afectaría gravemente el erario público, la seguridad jurídica y la igualdad.

4.2. Apoderado Luis Carlos España Gómez

Mediante oficio recibido el 11 de septiembre de 2017, el apoderado Luis Carlos España Gómez -en los expedientes T-6.196.094 y T-6.203.162- solicitó (i) decretar las pruebas solicitadas en sede de instancia y comisionar a los juzgados respectivos a fin de realizar una inspección judicial a los Centros Zonales del ICBF para verificar “los datos pertinentes en cuanto a los extremos de la relación laboral, jornada de trabajo y demás aspectos contentivos en la Base de Datos de las Madres Comunitarias de Boyacá”; y (ii) declarar la existencia de un contrato realidad entre sus poderdantes y el ICBF.

En subsidio, y en aplicación del Auto 186 de 2017 (que declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016) solicitó que se ordene al ICBF pagar los aportes a seguridad social para pensión de todas las accionantes.

5. Sentencia T-639 de 2017 (17 de octubre de 2017)

La sentencia que ahora se reemplaza, al encontrar procedentes las acciones de tutela, respondió los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Es aplicable la solución jurídica resuelta en la sentencia T-480 de 2016 como precedente constitucional, tal como lo solicitan las accionantes? En caso afirmativo, deberá determinar si ¿existió relación laboral entre el ICBF y las 88 demandantes que desempeñaron la labor de madres comunitarias en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al referido programa, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa?
- ¿Vulnera el ICBF los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital de Gloria Solano (T-6.190.251); Neris Aponte Ariza y otros (T-6.193.730); Flor Vargas Salas y otros (T-6.196.094); Claribel Munera Pereañez (T-6.201.064); María Edilma González y otros (T-6.203.162) y Ángela Parra Gamboa y otros (T-6.208.901); al negarse a pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensión, a favor de quienes adelantaron la labor de madres comunitarias desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, hasta el 12 de febrero de 2014[17], o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa?

Para resolverlos, la Sala de Revisión abordó los siguientes ejes temáticos: (i) el derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas de las madres comunitarias: evolución normativa y jurisprudencial del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF; y (ii) el alcance de la sentencia T-480 del primero de septiembre de 2016 y del Auto 186 de 17 de abril de 2017 que declaró su nulidad parcial.

5.1. Consideraciones que tuvo en cuenta para decidir

La Sala Cuarta de Revisión encontró que la vulneración iusfundamental alegada por las 88 demandantes se enmarca en la falta de pago de contribuciones pensionales causadas en un tiempo específico, por lo que resultaba apropiado e imperativo la observancia del marco normativo que para esa época regulaba el sistema de seguridad social en pensiones de las madres comunitarias. Si bien para el lapso comprendido entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014 ni la ley ni la jurisprudencia establecieron relación laboral alguna

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

La Sala consideró que, en aplicación del derecho a la igualdad, resultaba claro que a las accionantes se les podría extender –excepcionalmente- las características previstas en el régimen jurídico especial con el fin de garantizarles su derecho a la seguridad social en materia pensional.

En consecuencia, las 88 demandantes debían recibir protección constitucional al encontrarse en una situación de vulnerabilidad y desprotección ante la ausencia del pago de los aportes pensionales que se hubieren causado entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014.

Y, en aplicación del precedente constitucional fijado en el Auto 186 de 2017, se ampararon sus derechos a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital, sin incluir el derecho al trabajo.

5.2. Órdenes emitidas

La Sala de Revisión ordenó al ICBF adelantar el correspondiente trámite administrativo para reconocer y pagar a cada una de las demandantes, los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social a efecto de que obtengan su pensión de conformidad con lo establecido en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, sin menoscabo de su petición por vía ordinaria. Dichos aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria.

Para cumplir con lo anterior, en aplicación del precedente sentado por la Sala Plena de esta Corporación en el Auto 186 de 2017, el Tribunal indicó que el ICBF debía gestionar los trámites necesarios para que:

- Las accionantes sean reconocidas como beneficiarias del subsidio pensional previsto en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008.
- El Fondo de Solidaridad Pensional, en ejercicio de su deber legal, transfiera a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones -en la que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada una de las demandantes- los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en el período comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Para tal efecto, la Sala de Revisión advirtió que:
 - a) Dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las accionantes, y con el propósito de evitar cargas económicas desproporcionadas que generen mayores traumatismos y obstaculicen la obtención de su pensión, además de que se materialice plenamente la protección iusfundamental contenida en dicho pronunciamiento, resultaba razonable que el monto del subsidio pensional a reconocer y transferir no fuera equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio efectivo y comprobado de su labor de madres comunitarias, en el período comprendido entre la fecha en que se hayan vinculado como tales al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa;
 - b) Esas cotizaciones pensionales faltantes debían realizarse tomando como referencia el salario mínimo legal mensual vigente con la respectiva indexación en los casos en que hubiere lugar; y
 - c) En atención a las excepcionales y especiales circunstancias que rodearon el caso, advirtió que la transferencia de los recursos correspondientes al subsidio pensional no causaría intereses moratorios de ninguna índole.

6. Las solicitudes de nulidad

Contra la sentencia T-639 de 2017 elevaron solicitud de nulidad tanto el Ministerio del Trabajo como el Consorcio Colombia Mayor 2013, así:

6.1. Mediante escrito radicado el 14 de diciembre de 2017, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Trabajo solicitó declarar la nulidad de la Sentencia T-639 de 2017, por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso por indebida integración del contradictorio.

Inicialmente, manifestó que la omisión de vincular al Ministerio de Trabajo vicia de nulidad el trámite de las tutelas que conllevaron a proferir la Sentencia T-639 de 2017, porque no otorgó oportunidad procesal para ejercer el derecho de contradicción y defensa dentro de un proceso que afectó los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional adscrito a dicho Ministerio.

6.2. Por su parte, mediante escrito radicado el 15 de marzo de 2018, el apoderado judicial del Consorcio Colombia Mayor 2013 -en calidad de administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional- solicitó declarar la nulidad de la sentencia T-639 de 2017, “teniendo en cuenta que en la parte resolutive de la citada providencia se impusieron cargas al Fondo de Solidaridad Pensional que afectan directamente al Consorcio Colombia Mayor 2013 como su administrador fiduciario”.

Consideró vulnerado el derecho al debido proceso (contradicción y defensa), toda vez que el Consorcio no fue notificado ni vinculado al trámite de tutela que en sede de revisión concluyó en la providencia T-639 de 2017, cuyo principal fundamento resultó ser la aplicación del precedente constitucional fijado en el Auto 186 de 2017, que estableció el esquema de financiación de los aportes a pensión de las madres comunitarias y ordenó pagar con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, sin haber vinculado al Consorcio Colombia Mayor 2013 ni al Ministerio de Trabajo.

En ese orden de ideas, planteó la nulidad por indebida conformación del contradictorio, con el fin de retrotraer las actuaciones acumuladas hasta los autos admisorios de cada una de las acciones de tutela acumuladas, toda vez que el Consorcio no fue notificado de las mismas y, por consiguiente, no se le corrió traslado alguno, situación que -a su juicio- desconoce el artículo 29 Superior.

Adicionalmente, informó que presentó un incidente de nulidad contra el Auto 186 de 2017 por afectación directa de los intereses del Consorcio Colombia Mayor en calidad de administrador del Fondo de Solidaridad Pensional.

7. Auto 546 de 2018 (22 de agosto)

7.1. La Sala Plena declaró la nulidad de la Sentencia T-639 de 2017 por indebida integración del contradictorio. Explicó que la jurisprudencia constitucional ha establecido la posibilidad de que durante el trámite de revisión se decida acerca de la nulidad por dicha causal, la cual podría sanearse con alguna de las siguientes dos alternativas: (i) una de carácter general, la cual consiste en retrotraer la actuación judicial a su inicio, a fin de que la acción de tutela se tramite en su integridad con la concurrencia de la parte y/o tercero que no fue llamado; y (ii) una de carácter excepcional, que opta por la vinculación en sede de revisión, para que la parte y/o tercero se pronuncien ante la Corte sobre el amparo reclamado y los pronunciamientos de instancias.

Advirtió que la segunda alternativa está reservada a aquellos asuntos donde se demuestre fehacientemente que el demandante “es un sujeto de especial protección constitucional en razón de su situación de vulnerabilidad, lo que haría desproporcionado extender en el tiempo la exigibilidad judicial de sus derechos fundamentales. Este deber de motivación resulta agravado en los casos en que el tercero que se vincula tiene una potencial naturaleza excluyente, puesto que esta persona sería, en caso que se conceda el amparo, responsable pleno de la protección de dichos derechos. Por lo tanto, la privación de la posibilidad de recurrir los fallos y de participar en el debate jurídico y probatorio a lo largo del trámite de la acción, debe responder a razones constitucionales de primer orden, debidamente identificadas por la Sala de Revisión correspondiente”.

7.2. Ahora bien, es sabido que la jurisprudencia constitucional ha acogido la regla según la cual no es necesario vincular al proceso de tutela ni al de revisión de los fallos pronunciados en sede de amparo constitucional, a las autoridades de orden nacional, regional y local que dentro de su deber legal y constitucional tienen la obligación de cumplir lo que se disponga en el marco de dichos trámites. Ante la concurrencia de esas precisas particularidades, no es de recibo que esas autoridades aleguen el desconocimiento del debido proceso por indebida integración del contradictorio, dado que su vinculación deviene innecesaria en el entendido que de su deber legal y constitucional emerge el carácter vinculante que les ha sido impuesto para cumplir precisamente con lo que se les ordene en virtud de dicho deber.

No obstante lo anterior, advirtió que si el juez de amparo imparte órdenes a alguna autoridad de carácter nacional, regional o local, desbordando el deber legal y constitucional impuesto a esa autoridad para el cumplimiento de lo ordenado, sin haberla vinculado al proceso de tutela y al trámite de revisión, ello sí constituye un desconocimiento del debido proceso por indebida integración sobreviniente del contradictorio. Bajo ese escenario, la autoridad involucrada está habilitada para solicitar la nulidad de la respectiva providencia o de las actuaciones a que haya lugar, por cuanto se vulnera la garantía del debido proceso al no ser vinculada a dichos trámites y teniendo en cuenta que lo dispuesto en su contra excede su deber legal y constitucional.

7.3. Explicó que los artículos 13 y 16 del Decreto 2591 de 1991 establecen que terceros con interés legítimo en el asunto, pueden intervenir en calidad de coadyuvantes del actor o de la persona o autoridad pública contra quien va dirigida la tutela, ordenando por demás, que el juez les notifique las providencias que se emitan en el trámite de este proceso constitucional. Entonces, la no vinculación de terceros que resultan directamente afectados, en calidad de partes procesales, con un fallo de decisión, y quienes en consecuencia, no tuvieron la oportunidad de ejercer sus derechos de defensa y contradicción, constituye una grave violación del derecho al debido proceso que no podría ser ignorada por el pleno de esta Corporación.

Esa es la causal invocada por los peticionarios, toda vez que tanto el Ministerio de Trabajo como el Consorcio Colombia Mayor 2013, en su condición de terceros obligados a dar cumplimiento a las órdenes de protección de derechos fundamentales dictadas, arguyen que deben tener la oportunidad de presentar pruebas y ejercer los demás derechos asignados a las partes.

7.4. Al respecto, la Sala encontró que las órdenes contenidas en la sentencia T-639 de 2017, pese a que se dirigen directamente al ICBF para que adelante el correspondiente trámite administrativo con miras a reconocer y pagar los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo acreditado como madres comunitarias a efectos de que obtengan su pensión, afectan directamente al Fondo de Solidaridad Pensional encargado de transferir dichos aportes a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones.

De esta manera, se afectaron los intereses del Ministerio de Trabajo y del Consorcio Colombia Mayor 2013, toda vez que por una parte, dicho Fondo es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica y adscrita al mencionado Ministerio, y por otra, el Consorcio solicitante es el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, por lo que decidió promover su participación en calidad de terceros interesados en los resultados del proceso.

7.5. Se aclara que el precedente constitucional bajo el cual se resolvió reconocer y pagar a favor de las accionantes los aportes parafiscales en pensión faltante al Sistema de Seguridad Social, por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias, fue el Auto 186 de 2017 por medio del cual se anuló parcialmente la sentencia T-480 de 2016, expresa y ampliamente citado en la Sentencia T-639 de 2017.

8. Trámite surtido con posterioridad a la declaratoria de nulidad, en sede de revisión

8.1. Mediante auto de 6 de diciembre de 2018, se dio traslado al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio del Trabajo de las acciones de tutela acumuladas al expediente T-6.190.251, en virtud de lo decidido por la Sala Plena en el Auto 546 de 22 de agosto de 2018. En el mismo proveído se solicitaron pruebas para mejor proveer[18].

8.2. A través de oficio Nro. DJ-EN-201901-00104 suscrito el 11 de enero de 2019, la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., que a partir del primero de diciembre de 2018 obra como administradora fiduciaria del Fondo de Solidaridad Pensional en virtud del contrato de encargo fiduciario suscrito con el Ministerio del Trabajo, contestó las acciones de tutela.

8.2.1. Sostuvo que son improcedentes en tanto lo solicitado por las accionantes es el amparo de derechos de contenido económico al pretender el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, acreencias laborales y aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

8.2.2. Consideró que el requisito de inmediatez no se cumplió dado que la mayoría de las accionantes fueron vinculadas laboralmente como madres comunitarias en el año 2014, luego “la supuesta afectación a los derechos fundamentales que se afirman vulnerados se materializó hace más de cuatro (4) años, o incluso mucho tiempo atrás (...) lo que desvirtúa

de plano la acción de amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Al respecto, advirtió que si bien la Corte ha sostenido que el no pago de aportes al sistema siempre representa una violación actual y continuada de los derechos fundamentales, lo cierto es que dicha posición “resulta desacertada en la medida que no puede confundirse la imprescriptibilidad, con la inmediatez, pues una cosa es que el paso del tiempo no extinga los derechos, y otra es que el amparo se presente en un tiempo razonable del que se pueda inferir que en realidad existe una violación a los derechos fundamentales de la parte actora”.

8.2.3. Tampoco encuentra probado el requisito de subsidiariedad por cuanto las accionantes debieron acudir preferentemente al juez natural para hacer efectivos los derechos de los que puedan ser titulares. Además, cuentan con la posibilidad de “elevar peticiones al ICBF reclamando las mismas pretensiones elevadas en la acción de tutela, con el fin de que la administración pueda resolver sobre la viabilidad del pago de dichos rubros; no obstante, de serles desfavorable la decisión, podrán interponer los recursos legales correspondientes agotando la vía administrativa y abriendo paso a la posibilidad de solicitar la nulidad del Acto Administrativo nugatorio de sus pretensiones, y a título de restablecimiento, deben exigir la orden de pago de los tan mencionados aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones”.

8.2.4. Explicó que el alegado perjuicio irremediable no se configura, pues de un lado, el acervo probatorio demuestra que “gran parte de las accionantes se encuentran trabajando actualmente, o están recibiendo ayudas estatales para garantizar su subsistencia, situaciones que ni siquiera pusieron en conocimiento de los juzgadores de instancia; sin embargo, estas situaciones económicas permiten concluir que gran parte de las accionantes cuentan con garantías suficientes para acudir ante el juez competente y hacer valer allí sus derechos”. Y del otro, “la mayoría de ellas no pueden considerarse de la tercera edad, pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se ha sentado que una persona hace parte de ese grupo poblacional cuando cuenta con una edad igual o superior a la expectativa de vida certificada por el DANE”, que para los años 2015-2020 está en 73.08 años para los hombres, y 79.39 años para las mujeres.

8.2.5. En cuanto al fondo del asunto, alegó que con base en la sentencia SU079 de 2018, no existe obligación alguna a cargo del ICBF, de la administradora fiduciaria, ni del

Ministerio del Trabajo de reconocer subsidios a favor de las madres comunitarias dado que, con base en las pruebas que arrimó, ninguna cumplió con su deber legal de aportar el porcentaje que le correspondía.

8.2.6. En efecto, aun cuando todas las personas que pretendan recibir alguna prestación del sistema de seguridad social están obligadas a cotizar, “la mayoría de las accionantes fueron retiradas del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión por no haber realizado el pago del aporte que les correspondía, es más algunas no se interesaron en ser parte, así las cosas, que ahora pretendan recibir beneficios del Sistema cuando ni siquiera se preocuparon por suministrar parte de los recursos que financiarían sus prestaciones pensionales, resulta a todas luces inequitativo frente a quienes realizan cotizaciones financiando el Sistema”.

8.3. Mediante oficio Nro. OPT-A-3588/2018 suscrito el 19 de diciembre de 2018, el Ministerio de Trabajo contestó las acciones de tutela[19].

8.3.1. Solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que a dicha entidad se refiere, dado que “es evidente que el Ministerio del Trabajo no tiene injerencia alguna en el Programa de Hogares Comunitarios, pues dependen exclusivamente del ICBF, en consecuencia, cualquier reconocimiento respecto la declaración de un contrato realidad, así como su pago de salarios, prestaciones y aportes parafiscales, no le corresponden a este Ministerio, sino a quien se demuestre que fungió como empleador”.

8.3.2. Y sobre el fondo del asunto, subrayó que los subsidios del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión son otorgados de manera temporal y parcial con el fin de que quien no cuente con la suficiente capacidad de pago realice un esfuerzo propio, que en el caso de las madres comunitarias ascendía al 20% de la cotización; sin embargo, mientras el afiliado no realice el pago de su parte del aporte, el fondo no puede girar el subsidio y la mora se constituye en causal de pérdida del derecho al mismo por lo que se extingue la obligación de girarlo. En opinión del interviniente, esta es la situación en la que se encuentran la mayoría de las accionantes según consta en las pruebas aportadas.

8.4. Por su parte, Colpensiones contestó a la solicitud de información realizada en el auto de pruebas, mediante oficio Nro. BZ2018/15715097-0067115 de 9 de enero de 2019, y enlistó las accionantes afiliadas al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, el estado

de cada uno de los aportes realizados por ellas dentro del Programa, y la identificación de quienes han realizado trámites pensionales ante Colpensiones[20].

Surtidos los trámites propios de este tipo de procesos, procede la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, y las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, por autorización de la Sala Plena de la Corporación, a dictar la presente sentencia de reemplazo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión es competente para revisar las sentencias proferidas en los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del auto del 30 de junio de 2017 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de la Corte Constitucional que ordenó la selección y acumulación respectiva.

De acuerdo con lo descrito en el capítulo anterior sobre los antecedentes de los casos acumulados que ahora se estudian, corresponde a la Sala determinar de manera conjunta para los 88 asuntos acumulados, si ¿son procedentes las acciones de tutela contra los entes demandados y vinculados, para establecer la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, donde las accionantes solicitan se les reconozca la existencia de un contrato realidad con el ICBF por su labor de madres comunitarias y se ordene el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como los aportes pensionales que alegan no fueron cotizados por el presunto empleador al sistema de seguridad social? Al efecto, se reiterarán las reglas jurisprudenciales que establecen los requisitos que se deben acreditar para la procedibilidad de la acción de tutela por personas que han desempeñado o en la actualidad desempeñan labores en calidad de madres comunitarias.

De ser procedentes se determinará si ¿entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y las accionantes puede predicarse la existencia de una relación laboral, con las consecuentes obligaciones que de allí se derivan, tales como el pago de salarios,

prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de acuerdo con lo alegado por las accionantes?

Al efecto, la Sala abordará (i) la evolución normativa del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF; (ii) la línea jurisprudencial sobre el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF; y (iii) la resolución de los casos concretos.

3. Verificación, en conjunto, del cumplimiento de los requisitos de procedencia de las acciones de tutela acumuladas que se revisan

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular. Sin embargo, estas características no relevan el cumplimiento de unos requisitos mínimos para que la acción de tutela proceda, a saber: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) inmediatez; y (v) subsidiariedad.

Es por ello que de manera preliminar, la Sala analizará -en conjunto para los seis asuntos acumulados-, si resultan procedentes las acciones de tutela instauradas por Gloria Solano (T-6.190.251); Neris Aponte Ariza y otros (T-6.193.730); Flor Vargas Salas y otros (T-6.196.094); Claribel Munera Pereañez (T-6.201.064); María Edilma González y otros (T-6.203.162) y Ángela Parra Gamboa y otros (T-6.208.901); contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, a través de las cuales pretenden que se ordene el reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión en razón a la labor que en su calidad de madres comunitarias realizaron desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.

3.1. Legitimación en la causa por activa

Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona

cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, en los casos específicamente previstos por el Legislador, y no exista otro mecanismo de defensa judicial que permita su protección efectiva. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario de la acción de tutela, determina que:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

3.1.2. La Sala observa, por un lado, que (i) de las 88 accionantes, sólo la señora Gloria Solano (T-6.190.251) presentó la acción de tutela de manera directa, mientras que (ii) en los escritos de tutela se indica que los abogados Madelaine Zabaleta Daza y Edwin Alberto Montoya Montes, actúan como apoderados judiciales en los expedientes T-6.193.730 y T-6.201.064, respectivamente; que el abogado Luis Carlos España Gómez, actúa como apoderado judicial en los expedientes T-6.196.094 y T-6.203.162; y que los abogados Andrés Fernando Silva Vergel, José Vladimir Silva Vergel y Isidoro Velasco Cobos de la sociedad Colectivo de Abogados Velasco Tarazona SAS, actúan como apoderados judiciales en el expediente T-6.208.901. Y por otro, que las poderdantes son las presuntas víctimas de la alegada vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo.

También se advierte que, para cada caso, se anexaron los poderes especiales suscritos por las accionantes y los mencionados abogados[21]. En esa medida, es claro que tales circunstancias se enmarcan en una de las reglas fijadas por esta Corte para acreditar la legitimación por activa, esto es, que la acción de tutela sea promovida por un tercero (apoderado judicial) en representación del titular del derecho fundamental presuntamente vulnerado. En consecuencia, se constata el cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

3.1.3. Respecto del expediente T-6.196.094, la Sala encontró que a folios 362, 366 y 367 del cuaderno 2, se anuncian como accionantes a las señoras LUCILA OCASIÓN GALLO (CC 40.018.331) y MARÍA ELSA DESALVADOR TENZA (CC 40.013.122). Sin embargo, no obra copia del poder conferido por ellas al abogado Luis Carlos España López, ni de las pruebas que dicen hacer valer o alguna que respalde sus pretensiones por lo que, en caso de realizarse un pronunciamiento de fondo, la Sala se abstendrá de hacerlo respecto de ellas por indebida representación.

3.2. Legitimación en la causa por pasiva

La legitimación pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental cuando resulte demostrada.

Inicialmente, se pone de presente que (i) todas las acciones de tutela están dirigidas contra el ICBF; (ii) en algunos de los trámites de los asuntos acumulados en el sub lite se vinculó a las siguientes entidades: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[22]; a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones[23]; a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar el Futuro de Colombia[24]; a las Asociaciones de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar Once de Noviembre, La Sabana, Patio Centro, La Cordialidad, Tierra Linda, Doce de Octubre, La Esperanza, Las Cumbres y El Progreso[25]; y (iii) en sede de revisión, se vinculó al Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor 2013, cuyas funciones ahora las ejerce Fiduagraria S.A.

3.2.1. Al respecto, se tiene que el marco normativo que regula las funciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no incluye la de pagar los aportes en pensión a favor de las personas que hayan desempeñado labores de madre o padre comunitario en desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, pues su misión es “el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de Defensa Jurídica de la Nación y del Estado; formular, evaluar y difundir las políticas de prevención de las conductas antijurídicas, del daño antijurídico y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren una adecuada defensa de los intereses litigiosos de la Nación”[26]. En esa medida, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado carece de aptitud legal para responder por el presunto desconocimiento iusfundamental alegado en

esta oportunidad, por lo que se dispondrá la improcedencia de la acción de tutela T-6.193.730 frente a la misma.

3.2.2. En lo que respecta a Colpensiones (anteriormente ISS), vinculada en el trámite de la acción de tutela T-6.193.730, se verificó que si bien no tiene a su cargo “la obligación de haber realizado el pago de los aportes parafiscales que echan de menos las accionantes, sí le corresponde reconocer las pensiones de quienes cumplen los requisitos legales para ello, custodiar y administrar la historia laboral de las madres comunitarias y sustitutas afiliadas y el cobro de los aportes a pensión realizados por el Fondo de Solidaridad Pensional cuando corresponda. Así, tratándose del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (al cual pueden estar inscritas las demandantes), este envía al Consorcio que administra los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional las cuentas de cobro que corresponden a los subsidios que deben desembolsarse a nombre de los beneficiarios que cancelan la parte del aporte que les corresponde. Por tanto, para la Sala Colpensiones se encuentra legitimado por pasiva en las acciones de tutela acumuladas”[27].

3.2.3. En cuanto a las Asociaciones de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar, vinculadas en el trámite de las acciones de tutela T-6.201.064 y T-6.208.901, la Sala no encuentra que tengan aptitud legal para ser llamadas a responder por el amparo reclamado, por cuanto se trata de organizaciones conformadas por “los padres de los menores beneficiarios del programa o las personas que los tengan bajo su responsabilidad y las madres comunitarias”[28], en las que estas “podrán ser elegidas como delegadas a la Asamblea de Delegados y en consecuencia como miembros de las Juntas Directivas”[29]. Y ante la posibilidad de que en una misma persona concurren las calidades de demandantes y demandados, la Sala dispondrá la improcedencia de las acciones de tutela T-6.201.064 y T-6.208.901, en relación con las referidas asociaciones.

3.2.4. En lo que respecta al ICBF, el numeral 5 del artículo 1.2.1.1. del Decreto 1084 de 2015 establece que es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (creado por la Ley 75 de 1968, reorganizado por la Ley 7 de 1979 y mediante Decreto Nro. 4156 de 2011 fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social), que de acuerdo con el artículo 5 y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, puede ser sujeto de responsabilidad si con su accionar (positivo o negativo) vulnera o amenaza cualquier derecho fundamental; y dado

que las accionantes consideran que los salarios y aportes que se dejaron de pagar le correspondía asumirlos al ICBF, se cumplen los requisitos para constatar su legitimación en la causa por pasiva.

3.2.5. También se comprueba la legitimación en la causa por pasiva del Ministerio del Trabajo, al que se encuentra adscrito el Fondo de Solidaridad Pensional, cuenta especial de donde se derivan los recursos para el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del cual pueden ser beneficiarias las accionantes.

3.2.6. Y, en el mismo sentido, en relación con el Consorcio Colombia Mayor 2013, reemplazado en sus funciones por Fiduagraria S.A., hay legitimación en la causa por pasiva debido a que es la persona jurídica que valida el cumplimiento de los requisitos legales cuando las personas se inscriben al Programa del Subsidio al Aporte en Pensión, procesa la nómina respectiva y efectúa el giro del subsidio a la Administradora del Fondo de Pensiones.

En conclusión, la Sala constata el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por pasiva con respecto a Colpensiones, ICBF, el Ministerio de Trabajo y Fiduagraria S.A.

3.3. Trascendencia iusfundamental del asunto

3.3.1. En la sentencia SU-617 de 2014, esta Corporación señaló que la trascendencia iusfundamental del asunto se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental. Al respecto, la Sala encuentra que el debate jurídico del presente asunto acumulado radica en que 88 ciudadanas solicitan, en común, la protección constitucional frente a la supuesta negativa del ICBF de reconocer una relación de trabajo y pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensión, en su calidad de madres comunitarias, labor que desempeñaron desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.

3.3.2. Así las cosas, resulta evidente que el asunto en discusión se encuentra inmerso en una controversia iusfundamental que gira en torno al presunto desconocimiento sistemático

por parte de una autoridad pública, de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de personas que pertenecen, por lo general, a los sectores económica y socialmente más deprimidos del país.

3.4. Inmediatez

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

Sin embargo, en tratándose de asuntos en donde se reclama el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas relacionadas con derechos pensionales, como es el caso de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social, esta Corporación ha sido enfática al precisar que:

“(…) en virtud de su naturaleza, los derechos prestacionales, como las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, son imprescriptibles[30]. Es decir, pueden ser reclamados en cualquier tiempo, por lo que se descarta la posibilidad de que un juez se abstenga de reconocerlos bajo el argumento de que la acción de tutela resulta improcedente por razones de inmediatez, al no haber sido instaurada en un término razonable, pues tales derechos siempre serán actuales”[31] (negrilla fuera de texto).

3.4.2. En el sub lite, las demandantes reclaman el reconocimiento y pago de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social a cargo del ICBF, prestaciones periódicas que no fueron asumidas por dicha entidad. Y como dicho reclamo puede efectuarse en cualquier tiempo debido al carácter imprescriptible del derecho pensional involucrado (pensión de vejez) por tratarse de una presunta afectación actual y continua de los derechos invocados por las 88 madres comunitarias, especialmente frente al derecho fundamental a la seguridad social, la Sala halla satisfecha la exigencia de inmediatez.

3.5. Subsidiariedad

3.5.1. La Corte ha sostenido con base en el artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[32]. En desarrollo de ello, este Tribunal ha precisado que la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto[33], pues la acción tutelar no puede desplazar los mecanismos judiciales específicos previstos en la correspondiente regulación común[34].

3.5.2. Respecto a las acciones de tutela promovidas por personas que han desempeñado o cumplen la labor de madres comunitarias en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, esta Corporación ha encontrado que son procedentes cuando se constate cualquiera de las siguientes condiciones:

- Estar en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente[35];
- Ser de la tercera edad[37];
- Afrontar un mal estado de salud[38];
- Ser madre cabeza de familia y/o víctima del desplazamiento forzado[39].

La Sala precisa que tan sólo una de las anteriores circunstancias impone al juez de tutela el deber de implementar un examen flexible de procedibilidad de la acción instaurada por quienes han realizado o realizan la labor de madres comunitarias en el ICBF, estudio que se debe ajustar a las condiciones físicas, sociales, culturales o económicas que han puesto en estado de debilidad manifiesta a ese grupo de personas por un tiempo considerablemente prolongado.

3.5.3. La Sala advierte que si bien las accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para obtener la protección de sus derechos, lo cierto es que de acuerdo con la

posición reiterada por la Corte, ese medio ordinario resulta ineficaz para resolver el reclamo que emerge de un contexto donde las demandantes, por sus condiciones físicas, sociales, culturales o económicas, se han encontrado en estado de debilidad manifiesta por un tiempo considerablemente prolongado. Así, someterlas a un trámite ordinario resultaría riesgosamente tardío y desproporcionado.

Tal determinación se debe a que no hay duda que las 88 madres comunitarias son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto se verifica que todas ellas cumplen con la siguiente condición especial:

(i) Se encuentran en una situación económica precaria que afecta su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente. En efecto, desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, por sus servicios prestados como madres comunitarias, las 88 accionantes recibieron el pago mensual de una suma de dinero denominada “beca”, la que sólo a partir del 1 de febrero de 2014 se igualó al monto de un salario mínimo mensual legal vigente para aquéllas que continuaban vinculadas. Al respecto, recuerda la Sala que el análisis en esta ocasión se limita al lapso transcurrido entre la fecha en que entraron a hacer parte del respectivo programa, hasta el momento en que fueron vinculadas mediante contrato de trabajo (12 de febrero de 2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa. Es decir, que al haber recibido un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, antes de ser vinculadas formalmente, vieron afectado su mínimo vital durante los años de servicio.

Adicionalmente, algunas cumplen con las siguientes condiciones:

(ii) Hacen parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente. No existe dificultad alguna para demostrar que la mayoría de las accionantes también cumplen con esta condición, ya que por disposición del artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996[40]: “(...) Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados”. Consultado el Sistema de información de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -Sisben, se constató que el puntaje que presenta la

mayoría de las accionantes para un total de 63 no supera el nivel 2, siendo consideradas como pertenecientes a hogares en estado de vulnerabilidad; 4 no están registradas, y las demás superan dicho nivel.

NOMBRE

CÉDULA DE CIUDADANÍA

PUNTAJE DE SISBEN

1

Gloria Solano

37.934.508

22,8

2

Nohora Alba Ramos Rosado

42.403.505

29,71

3

Levith del Socorro Marquez de Mejía

26.877.461

67,93

4

Yadis Mercedes Guerra Ustariz

26.877.854

SIN REGISTRO

5

Yenitza María Ramos Torres

26.877.769

51,07

6

Adis María Murgas Murgas

42.403.512

52,66

Miriam Rosa Blanquicet Coneo

49.749.730

24,28

8

Delvis Leonor Rosado Amaya

49.742.226

54,3

9

Aura María Padilla Padilla

26.877.812

37,76

10

Digna Rosa Banquez Torres

36.516.185

33,4

11

Margarita Rosa Murgas Guerrero

42.404.498

48,99

12

Fanny María Becerra Arzuaga

42.403.628

61,73

13

Caridad Meza Martinez

41.789.534

14,12

14

42.404.177

32,87

15

Rosalba Padilla Zapata

42.496.587

5,56

16

Yomaira Ustariz Liñan

36.516.148

49,17

17

Neris del Carmen Aponte Ariza

49.691.027

36,25

18

Mariely Julio Orozco

49.749.712

39,61

19

Liseth Cecilia Noya de la Hoz

22.590.133

43,55

20

Marlys Zeira Aguilar Barona

49.737.305

30,75

21

Flor Elisa Vargas Salas

23.781.254

33,14

22

Miriam Ocación Gallo

40.017.925

80,56

23

Susana Patarroyo de Cuervo

23.271.965

46,67

24

María Alejandrina Cuchivague Camargo

40.023.942

25

Elsa María Reyes

24.078.440

SIN REGISTRO

26

Yolanda Moreno Mariño

40.013.943

49,79

27

María Preselia Higuera Rodríguez

40.021.388

79,75

28

María Elicenia Guzmán Rodríguez

21.200.436

76,26

29

Amanda Suarez Vanegas

40.014.782

19,16

30

María Elizabeth González de Barón

23.272.482

31,13

31

María Irene Tenza de DeSalvador

24.068.209

31,17

32

Claribel Munera Pereañez

39.208.514

29,54

33

María Edilma González Rodríguez

40.025.746

38,17

34

40.023.480

74,14

35

María Ernestina Martínez de Pinzón

23.267.340

64,21

36

Rogelia Panche Suesca

24.069.244

SIN REGISTRO

37

María Rita Nope Cuchivaguen

23.544.417

35,84

38

Ana Silde Suarez de Quintero

40.010.214

22,7

39

Rosa María Aguilar de Molina

23.262.903

16,08

40

Blanca Elvira Aguirre de Aguirre

23.399.349

55,22

41

María Inés Ríos Bernal

24.201.652

74,92

42

Miriam Estela Suarez Cárdenas

40.022.878

67,85

43

María Carmenza Viasus Molina

40.014.590

43,14

44

Flor Nelly Yanquen Valentín

51.624.451

67,57

Flor Aviena Sepúlveda

40.008.629

45,32

46

Ángela Parra Gamboa (2 periodos)

60.317.036

54,69

47

Adriana Laudice Rodríguez Vega

60.442.353

60,52

48

Gema Socorro Hernández Aparicio

60.400.179

39,36

49

Liliana Correa

60.443.898

42,49

50

María Stela Jaimes Miranda

60.318.708

48,55

51

Ana Cecilia Guarnizo Gutiérrez

60.369.983

34,72

52

Zoraida Mojica Jaimes

27.897.484

61,4

53

Norys Sánchez Galván

60.441.815

48,61

54

Edilia Flórez Villamizar

60.250.169

20,59

55

Feglei Abril Otálora

60.378.740

20,59

56

Ana Liduvina Villamizar Ramírez

60.422.188

62,15

Rosa Elena Carrero Cala

60.321.290

28,66

58

Belcy Parada Pérez

27.673.304

27,07

59

Luz Yaneth Páez Sánchez

27.897.796

46,5

60

Ericilda Lizcano

63.321.180

28,88

61

Adela Amaríz Santos

60.422.498

36,02

62

Carmen Aleyda Leal Suarez

60.440.671

36,67

63

Marta Leal Suarez

60.252.670

48,33

64

Eleonora María Villasmil Bernal

60.303.171

SIN REGISTRO

65

Myriam Hernández Vera

60.385.400

40,54

66

María Regina Santos Prada

28.677.803

36,02

67

Blanca Cecilia Bohórquez Herrán

37.234.216

25,77

68

Gloria Melsa Quintero Jaimes

60.275.018

69

Blanca Cecilia Bautista Gutiérrez

37.243.836

64,78

70

Olga Vargas Rojas

60.285.396

46,52

71

Gladys Flórez González (2 periodos)

27.847.614

59,39

72

Marcelina Carvajal de Peña

60.250.790

51,48

73

Noraima Ortiz Zambrano

60.365.348

34,93

74

Omaira Ortiz Zambrano

60.400.263

46,13

75

July Mayerly León Arias

1.093.753.159

19,14

76

Martha Laura Velasco Pita

60.404.125

22,13

77

Rosalba Briceño Hernández

60.382.812

38,89

78

Carmen Elena Carvajal Quintero

31.915.849

50,13

79

Erika María Rodríguez Collantes

60.440.727

24,82

80

Norida Yasmin Suarez Ortiz

37,73

81

Alba Luz Contreras Contreras

60.422.762

38,44

82

Nancy Sepúlveda Contreras

1.093.734.128

21,68

83

Velkys Vianney Díaz Cruz

60.421.539

42,41

84

Sandra Milena Villamizar Lamus

60.441.048

64,75

85

Omaira Molina Rodríguez

60.385.237

12,13

86

María Elena Villamizar Ruiz

60.349.666

48,58

87

Blanca Elena Dávila Montañez

60.344.474

29,03

88

Emilce Riveros Torrado

60.379.174

13,13

(iii) Pertenecen a la tercera edad. Se evidenció que algunas de ellas son adultas mayores de conformidad con lo establecido y definido en los artículos 1 y 7 (literal b) de la Ley 1276 de 2009[41]; en efecto, de las 88 demandantes, 14 tienen más de 60 años de edad, y 5 tienen más de 70 años de edad.

(iv) Afrontan un mal estado de salud. Con base en lo consignado en las escasas historias clínicas que fueron aportadas a los procesos que se revisan, 13 de las accionantes padecen enfermedades de consideración:

NOMBRE

HISTORIA CLÍNICA

1

Gloria Solano

2

Susana Patarroyo de Cuervo

Osteoartrosis degenerativa y síndrome de túnel carpiano

3

María Alejandrina Cuchivague Camargo

Neuropatía de nervio mediano bilateral leve, vértigo, hipoacusia neurosensorial
derecha

4

Elsa María Reyes

Desgarro de meniscos, osteocondrosis disecante, hipotiroidismo, obesidad,
hipertensión esencial

5

María Elicenia Guzmán Rodríguez

Síndrome de abducción dolorosa del hombro

6

Amanda Suarez Vanegas

Bronquiectasia congénita

7

María Irene Tenza de DeSalvador

Enfermedad pulmonar obstructiva crónica, dislipidemias, hipertensión arterial,
osteoartritis degenerativa

8

María Edilma González Rodríguez

Lumbalgia ocasional, dolor en las articulaciones

9

María Ernestina Martínez de Pinzón

Hipertensión arterial, dislipidemia, hipotiroidismo, osteoartritis

10

Rogelia Panche Suesca

Hiperlipidemia mixta

11

María Rita Nope Cuchivaguen

Hígado graso, hipotiroidismo, rinitis alérgica, amnesia global transitoria, vértigo

12

Ana Silde Suarez de Quintero

Hipertensión arterial, hipertrigliceridemia, catarata senil, enfermedad pulmonar
obstructiva crónica

13

Rosa María Aguilar de Molina

Artrosis de rodilla bilateral

3.5.4. En conclusión, probado el cumplimiento de los requisitos de legitimación en la causa por activa y por pasiva, trascendencia iusfundamental, inmediatez y subsidiariedad, la Sala Quinta de Revisión encuentra procedentes las seis solicitudes de amparo que acumulan las pretensiones de las 88 accionantes, por lo que realizará al análisis de los problemas jurídicos formulados de forma conjunta.

4. El derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas de las madres comunitarias: evolución normativa del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF

4.1. El derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas.

El alcance y contenido del derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas se ha definido, de manera progresiva, con cada uno de los pronunciamientos tanto en control abstracto como en concreto de constitucionalidad, que esta Corte ha proferido al interpretar y aplicar sistemáticamente el preámbulo[42] y los artículos 1[43] y 48 (seguridad social)[44] de la Constitución.

Así, “la seguridad social es el derecho que tienen las personas que ‘contraen o han mantenido una relación laboral’, y sus beneficiarios, para demandar una protección apropiada de su empleador por ser titular de las prestaciones laborales[45]. De acuerdo con ello, la seguridad social tiene relación directa con el derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Carta y que goza de la protección Estatal. El derecho fundamental a la seguridad social se encuentra reglado en el artículo 48 Superior”[46], y se complementa con las normas internacionales en la materia.

Se trata de un derecho del que también han de gozar las personas que se encuentran en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de contingencias como la vejez, el desempleo, la enfermedad, la incapacidad laboral y/o la muerte[47].

4.2. Evolución normativa del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF.

Recogido en la Ley 89 de 1988, el programa recibió una importante inyección presupuestal

como eje fundamental de las políticas sociales del país al disponer, en el parágrafo 2 del artículo 1, que “[E]l incremento de los recursos que establece esta Ley se dedicará exclusivamente a dar continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país. 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”.

Posteriormente, el Decreto 2019 de 1989 dispuso que el programa habría de fundamentarse en el trabajo solidario de la comunidad encaminada a garantizar la atención en los temas de nutrición, protección y desarrollo individual, bajo el entendido de que “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 la 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 el efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo”[49].

En efecto, el artículo 125 del Decreto 1471 de 1990, estableció que los programas que adelante el ICBF en cumplimiento del servicio público de Bienestar Familiar, se fundamentarían en: a) la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos[50]; b) la participación de la comunidad[51]; y c) la determinación de la población prioritaria[52].

Aun cuando el Decreto 1340 de 1995 derogó el Decreto 2019 de 1989, reiteró que “[E]l funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, será ejecutado directamente por la comunidad a través de Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias”[53]; además, insistió, en que la contribución voluntaria no implica vinculación laboral alguna con las asociaciones ni con las entidades públicas que participen en el programa[54].

En este orden de ideas, el Acuerdo 21 de 1996 del ICBF dispuso los lineamientos y

procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, que sería ejecutado por las Asociaciones de Padres u otra forma de organización Comunitaria en que se organicen las familias de los niños beneficiarios del programa que hayan tramitado personería jurídica ante el ICBF, con el fin de habilitarse para celebrar contratos de aporte[55] y administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad[56].

De acuerdo con el artículo 5 del mencionado Acuerdo, y sus actualizaciones[57], los Hogares Comunitarios “tienen las siguientes características: (i) es 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 una persona pública o privada), que cumpla con las condiciones físicas, ambientales y de seguridad necesarias para el crecimiento y desarrollo del mismo; (ii) 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 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 por la Ley 100 de 1993 sus Decretos Reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia (Destaca la Sala)”[58].

4.3. Evolución normativa del Sistema de Seguridad Social Integral de las madres comunitarias.

La Ley 100 de 1993 creó el fondo de solidaridad pensional[59] “como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la presente ley”[60].

El objeto de ese fondo es

“[s]ubsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

El subsidio se concederá parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización. El Gobierno Nacional reglamentará la proporción del subsidio de que trata este inciso.

Los beneficiarios de estos subsidios podrán escoger entre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero en el evento de seleccionar esta última opción, sólo podrán afiliarse a fondos que administren las sociedades administradoras que pertenezcan al sector social solidario, siempre y cuando su rentabilidad real sea por lo menos igual al promedio de los demás fondos de pensiones de conformidad con lo establecido en la presente ley.

Para hacerse acreedor al subsidio el trabajador deberá acreditar su condición de afiliado del Régimen General de Seguridad Social en Salud, y pagar la porción del aporte que allí le corresponda.

Estos subsidios se otorgan a partir del 1o. de enero de 1.995.

PARÁGRAFO. No podrán ser beneficiarios de este subsidio los trabajadores que tengan una cuenta de ahorro pensional voluntario de que trata la presente ley, ni aquellos a quienes se les compruebe que pueden pagar la totalidad del aporte”[61] (subrayado fuera de texto).

El decreto 692 de 1994, por el cual se reglamentó parcialmente la ley 100 de 1993, en lo que se refiere al sistema general de pensiones, creó tanto el régimen solidario de prima media con prestación definida, como el régimen de ahorro individual con solidaridad, los

cuales garantizan a sus afiliados y beneficiarios, cuando sea el caso, la pensión de vejez, la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes, y una prestación por auxilio funerario, bajo el entendido de que cuando no se cumplan los requisitos mínimos para acceder a las pensiones previstas, habrá lugar, en todo caso, a la devolución de saldos o a las indemnizaciones sustitutivas que correspondan.

Con la expedición de la Ley 509 de 1999[62], las madres comunitarias fueron vinculadas al SGSS en salud a través del régimen subsidiado, a partir del 3 de agosto de 1999, y se hicieron acreedoras -a título personal- de las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo previsto por la Ley 100 de 1993. Además, en los artículos 5, 6 y 7 dispuso que, sin importar su edad, aquellas serían beneficiarias de un apoyo en el aporte de la cotización al régimen general de pensiones con cargo al fondo de solidaridad pensional que ascendía al 80% del total de la cotización, siempre que llevaran al menos un (1) año de actividades y mientras estuvieran realizándolas.

Por su parte, la Ley 797 de 2003 que modificó, entre otros, el artículo 15 de la Ley 100 de 1993[63], dispuso que serán afiliadas al Sistema General de Pensiones de forma obligatoria “[T]odas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales” (subrayado fuera de texto).

A través de la Ley 1023 de 2006[64] se modificó la forma de afiliación de las madres comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del ICBF que traía la Ley 509 de 1999, y dispuso que se afiliarían junto con su grupo familiar al régimen contributivo, con las mismas prestaciones asistenciales y económicas, y la obligación de pagar una cotización mensual.

De esta forma, quedó establecido que las madres comunitarias serían titulares de las

prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo establecido por la Ley 100 de 1993; el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiaría los aportes al régimen general de pensiones sin importar su edad siempre que acreditaran un año de servicio en calidad de madres comunitarias; el valor del subsidio equivaldría al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión; y su permanencia se mantendría por el lapso durante el que la madre comunitaria haya realizado esta actividad. Además, reiteró que el Fondo de Solidaridad Pensional administraría los recursos que cubren el subsidio a los aportes de ellas.

Con la expedición del Decreto 3771 de 2007, incluido en la compilación realizada en el Decreto 1833 de 2016, se reglamentó la afiliación al Fondo de Solidaridad Pensional, así:

Artículo 14. “Los trabajadores que deseen acceder al Subsidio de la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional, deberán diligenciar el formulario de solicitud del subsidio ante el administrador fiduciario, o a través de los promotores de las entidades administradoras de pensiones autorizadas para administrar el subsidio.

En todo caso, corresponde a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, verificar el cumplimiento de los requisitos legales y aquellos otros establecidos por el Conpes para su otorgamiento.

El hecho de diligenciar el formulario de que trata este artículo, no implica el reconocimiento automático del subsidio, el cual estará sujeto, de una parte, a la verificación por la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, de que los potenciales beneficiarios cumplan con los requisitos fijados por la normatividad vigente y durante todo el tiempo en que sean beneficiarios del subsidio, y por la otra, a la disponibilidad de recursos administrados por el fondo.

Una vez seleccionados los beneficiarios del subsidio por parte de la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, aquellos se constituyen en afiliados obligatorios del sistema general de pensiones y en consecuencia, deberán dar cumplimiento a las obligaciones legales que se derivan de tal calidad” (subrayado fuera de texto).

Artículo 19. “Los aportes por cotizaciones estarán a cargo del afiliado, cuando este sea independiente. Cuando se trate de trabajadores dependientes beneficiarios del subsidio al

aporte en pensión, la responsabilidad por el pago del monto total de la cotización estará a cargo del empleador, en las proporciones establecidas para el Sistema General de Pensiones en la Ley 100 de 1993 y el artículo 22 del presente decreto. Para efectos del recaudo de los aportes, dichos afiliados se asimilarán al grupo de trabajadores independientes y por lo tanto sus cotizaciones deberán efectuarse de manera anticipada” (subrayado fuera de texto).

Artículo 26. “La entidad administradora de recursos del Fondo de Solidaridad Pensional transferirá mensualmente los recursos correspondientes al subsidio, dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente a aquel en que las administradoras de pensiones presenten la cuenta de cobro correspondiente a sus afiliados beneficiarios del subsidio que realizaron el aporte a su cargo, la cual deberá ser presentada entre el 20 y el 25 de cada mes. Con el fin de facilitar el cruce de información, la cuenta de cobro deberá ser soportada con la base de datos que contenga uno a uno los beneficiarios y el mes o meses objeto de las cotizaciones.

La no transferencia oportuna causará los intereses moratorios de que trata el artículo 28 del Decreto 692 de 1994, con cargo a los recursos propios del administrador Fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, siempre y cuando las causas sean imputables a este.

Para todos los efectos, el pago del aporte al Sistema General de Pensiones se entenderá efectuado en la fecha en que el beneficiario del subsidio cancela la parte del aporte que le corresponde.

PARÁGRAFO. Lo previsto en el presente artículo empezará a regir dos meses después de la vigencia del presente decreto, de tal forma que la entidad administradora de recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, transferirá el valor del subsidio dentro de los diez (10) primeros días del mes subsiguiente y así sucesivamente” (subrayado fuera de texto).

Artículo 24. “El afiliado perderá la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión en los siguientes eventos:

a) Cuando adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión;

b) Cuando cese la obligación de cotizar en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993;

c) Cuando se cumpla el período máximo establecido para el otorgamiento del subsidio;

d) Cuando deje de cancelar seis (6) meses continuos el aporte que le corresponde. La entidad administradora de pensiones correspondiente, tendrá hasta el último día hábil del sexto mes para comunicar a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional sobre tal situación, con el fin de que esta proceda a suspender su afiliación al programa. En todo caso, la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá verificar que no se haya cobrado el subsidio durante este período.

La pérdida del derecho al subsidio por esta causal será por el término de seis (6) meses, contados a partir del momento de la suspensión de la afiliación al programa. Vencido este término, quien fuera beneficiario podrá efectuar una nueva solicitud de ingreso al Fondo de Solidaridad Pensional, hasta completar las 750 semanas subsidiadas, siempre y cuando, cumpla la edad y semanas de cotización o tiempo de servicio, señaladas en la normatividad vigente para ser beneficiarios del mismo;

e) Cuando se demuestre que en cualquier tiempo, el beneficiario ha suministrado datos falsos para obtener el subsidio; que se encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o que posee capacidad económica para pagar la totalidad del aporte.

En los eventos previstos en este literal, y sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar, el beneficiario perderá la totalidad de los recursos aportados por el Fondo de Solidaridad Pensional durante el tiempo en el cual permaneció afiliado sin el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario del subsidio y no podrá en el futuro volver a ser beneficiario del programa.

Los aportes efectuados por el fondo, junto con los correspondientes rendimientos financieros, deberán devolverse a la Entidad Administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, dentro de los treinta días siguientes a la pérdida del subsidio.

Los aportes efectuados por la persona que perdió el subsidio, le serán devueltos junto con

los rendimientos financieros, descontando los gastos de administración, como si nunca hubiese cotizado al sistema;

f) Cuando el beneficiario del subsidio se desafilie del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea del Régimen Contributivo o del Régimen Subsidiado.

Las personas que hubiesen perdido el subsidio por esta causal, en cualquier momento podrán ser sujetos de nuevos subsidios del fondo, hasta completar las 750 semanas subsidiadas, siempre y cuando cumplan con los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicio, señaladas en la normatividad vigente para ser beneficiarios del mismo.

PARÁGRAFO 1o. Se entenderá que la fecha de suspensión del subsidio o retiro de afiliación, será el último día del último mes cotizado.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos del último inciso del artículo 29 de la Ley 100 de 1993, las entidades administradoras de pensiones deben organizar contabilidad diferente para los recursos que reciban por concepto del subsidio de que trata este decreto y para los recursos que aportan directamente los beneficiarios y deberán mantener vigente la historia laboral” (subrayado fuera de texto).

De esta manera, una vez adquirida la calidad de beneficiario del mencionado subsidio, también se adquiere la obligación de realizar los aportes correspondientes en los términos del artículo 19 de la Ley 100 de 1993, y para que se cause el aludido subsidio, es necesario que el beneficiario haya realizado el aporte a su cargo. Por tanto, “el subsidio al aporte en pensión a cargo del Fondo de Solidaridad Pensional no puede entenderse causado cuando el beneficiario no realiza el pago que legalmente le corresponde. De esta manera, los subsidios son aplicados a la historia laboral de los ciudadanos por parte de la respectiva administradora de pensiones (Colpensiones)[65] una vez estos hacen el pago, toda vez que el aporte al Sistema General de Pensiones solo estará completo cuando se dé la contribución del beneficiado y el subsidio del Estado a través del administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional”[66] (subrayado fuera de texto).

A su turno, el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008[67] dispuso que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiaría los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres

comunitarias, sin importar su edad ni tiempo de servicio, y estableció que “[E]l Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional – Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido” (subrayado fuera de texto). Y el artículo 4 estableció que la bonificación mensual de las madres comunitarias se incrementaría al 70% del salario mínimo legal mensual vigente a partir del 1 de enero de 2008 sin perjuicio de los posteriores incrementos que se realicen[68]. Al respecto, “en materia de aportes parafiscales en pensión, el único beneficio que contemplaba la normatividad para las madres comunitarias y sustitutas está previsto en el artículo 2º de la Ley 1187 de 2008, el cual solo consagró un subsidio a la cotización pensional”[69].

Tres años después, se sancionó la Ley 1450 de 2011[70] por medio de la cual se dispuso que: (i) las personas que dejen de ser madres comunitarias y no cumplan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos del régimen subsidiado en pensiones y por tanto reúnan las condiciones para acceder a la misma, tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional[71]; (ii) el ICBF efectuará la identificación de las posibles beneficiarias a este subsidio[72]; y (iii) las madres comunitarias que adquirieron por primera vez esa calidad entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008, y por tanto no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante este periodo, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones, bajo el entendido que “[D]icha suma cubrirá exclusivamente las semanas en las cuales las madres comunitarias hubiesen desarrollado su actividad en el periodo mencionado, y siempre y cuando detenten esa condición en la actualidad, de acuerdo con la certificación que al respecto expida el ICBF. El valor de esa suma se reconocerá y pagará directamente a la administradora de prima media, a la cual estarán afiliadas en la forma en que establezca el Gobierno Nacional, al momento en que se haga exigible para el reconocimiento de la pensión, quedando identificado y sujeto a las mismas condiciones de que trata el artículo 29 de la Ley 100 de 1993”[73].

Finalmente, el artículo 165 establece que la bonificación que el ICBF reconoce en favor de las madres comunitarias tendrá un incremento correspondiente al doble del IPC publicado

por el DANE durante las vigencias 2012, 2013 y 2014, además de que se les reconocerá un incremento que, como trabajadoras independientes, les permita en forma voluntaria afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales.

A su turno, el artículo 6 de la ley 1587 de 2012 estableció que con el fin de garantizar el acceso al subsidio al aporte de la Subcuenta de Solidaridad de la que trata la Ley 797 de 2003, las madres comunitarias que se encuentren afiliadas al Régimen de Ahorro Individual y que así lo deseen, tendrían 3 meses para trasladarse por única vez al régimen de prima media.

La Ley 1607 de 2012 en el artículo 36, benefició a las madres comunitarias con una beca que ascendía al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, y advirtió sobre las distintas modalidades de vinculación que se diseñarían a futuro con el fin de garantizarles el ingreso mínimo a la par de los demás trabajadores. Dichas modalidades se desarrollaron a través del Decreto 289 de 2014 que reglamentó la vinculación laboral por contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de bienestar como su único empleador, siempre bajo el entendido de que no por ello las madres comunitarias adquieren la calidad de servidoras públicas.

En todo caso, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acto Legislativo 1 de 2005, y en el artículo 87 de la ley 1328 de 2009, el documento CONPES 156 de 2012, diseñó los Beneficios Económicos Periódicos -BEPS, “mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario, de protección para la vejez que se ofrece como parte de los Servicios Sociales Complementarios y que se integra al Sistema de Protección para la Vejez, dirigido a las personas que al final de su etapa productiva no alcanzan a obtener una pensión del Sistema General de Pensiones y que pertenezcan a los niveles de Sisben 1, 2 y 3”. El acceso y operación del Servicio Social Complementario de BEPS fue reglamentado mediante el Decreto 604 de 2013 en el que se indicó que el aporte será voluntario y flexible en cuantía y periodicidad.

Por su parte, el Decreto 605 de 2013 reglamentó las “condiciones para el acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para obtener una pensión, ni sean beneficiarias del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS)”[74] y

definió “las reglas para la determinación del cálculo actuarial establecido en el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011”[75].

Y a través del artículo 212 de la Ley 1753 de 2015, se dispuso que “las personas que fueron beneficiarias del programa Subsidio Aporte a la Pensión podrán vincularse al servicio complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) y trasladar un porcentaje de dicho subsidio en la proporción y condiciones que reglamente el Gobierno Nacional. En todo caso será prioritario el reconocimiento de la pensión si se logra cumplir los requisitos para ello. Las madres comunitarias, sustitutas y FAMI también podrán beneficiarse de lo dispuesto en este artículo. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para el traslado entre el sistema general de pensiones y BEPS, y la forma como el Programa Subsidio Aporte a la Pensión se cerrará gradualmente, manteniendo una alternativa para quien quiera obtener pensión” (subrayado fuera de texto).

Finalmente, el Decreto 387 de 2018, que recogió el Decreto 1833 de 2016, previó que el traslado al servicio complementario de BEPS, pueden realizarlo las personas que son beneficiarias del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión –PSAP y no han reunido los requisitos para acceder a la pensión o no tengan la probabilidad de reunirlos, además de aquellas que fueron beneficiarias del mencionado Subsidio al Aporte y no son afiliadas obligatorias de Sistema General de Pensiones[76].

En efecto, los recursos de la subcuenta de solidaridad se han de destinar a subsidiar los aportes al sistema general de pensiones de los trabajadores que carezcan de capacidad para realizarlos de manera total, entre los que se cuenta a las madres comunitarias, mientras los recursos de la subcuenta de subsistencia se destinan a la protección social, entre otros, de las madres comunitarias que dejaron de serlo y no reúnen los requisitos para obtener una pensión, ni sean beneficiarias del mecanismo de BEPS.

El artículo primero dispone:

Artículo 2.2.14.5.3. “Requisitos para vinculación a BEPS. Las personas que han pertenecido o se encuentran como beneficiarias del Programa de Subsidio al Aporte para Pensión podrán voluntariamente vincularse al Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) y deberán cumplir con los requisitos previstos en el artículo 2.2.13.2.1 del Decreto número 1833 de 2016 “por el cual se compilan las normas

del Sistema General de Pensiones”.

Artículo 2.2.14.5.4. Condiciones para el traslado del subsidio de aporte para pensión a BEPS. Las personas que han pertenecido o se encuentran como beneficiarias del PSAP podrán manifestar su voluntad de vincularse a BEPS y solicitar el traslado del Subsidio de Aporte para Pensión otorgado por el Fondo de Solidaridad Pensional a BEPS junto con los aportes realizados por el interesado durante el tiempo que fue beneficiario del subsidio al aporte, siempre y cuando los recursos no se hayan devuelto al citado Fondo en cumplimiento de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993, ni se haya otorgado y pagado la indemnización sustitutiva.

Los interesados en el traslado del subsidio deben cumplir con las siguientes condiciones:

1. Diligenciar el formulario que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) defina para tal fin.
2. Presentar ante la administradora de BEPS, Colpensiones, la certificación de las cotizaciones realizadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuya vigencia no podrá ser superior a un (1) mes. Las cotizaciones efectuadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida no requerirán certificación y serán aportadas por la misma Administradora de BEPS, Colpensiones.

PARÁGRAFO. La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) establecerá los lugares de recepción de documentos”.

Artículo 2.2.14.5.10. “Ex madres comunitarias. Para las personas que dejaron de ser madres comunitarias a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011, que cumplan con lo establecido en los artículos 2.2.14.5.3. y 2.2.14.5.4. del presente capítulo y destinen los recursos del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos al pago de una suma de dinero mensual o beneficio económico periódico hasta su muerte, se les reconocerá adicionalmente el beneficio de que trata el artículo 2.2.14.3.2 del Decreto número 1833 de 2016 en las mismas condiciones definidas en el título 13 del citado decreto. Igualmente, aplica para las ex madres sustitutas objeto del beneficio regulado en el artículo 2.2.14.4.3. del Decreto número 1833 de 2016”.

Así las cosas, se permitió el traslado a la cuenta individual de BEPS, del subsidio del Estado para acceder a la renta vitalicia, sumada a las cotizaciones hechas a Colpensiones. No obstante, también es cierto que habrá madres comunitarias que no tendrán derecho de acceder a la pensión por no contar con una expectativa cierta de cumplir con las semanas requeridas para pensionarse, caso en el cual podrá acceder al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional al que se refiere la Ley 1450 de 2011.

5. Línea jurisprudencial del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el ICBF

En la Sentencia SU-224 de 1998, la Sala Plena de la Corte Constitucional reiteró lo dicho en la anterior T-269 de 1995 en cuanto a 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”.

El problema jurídico sometido a revisión en esa ocasión versaba sobre la eventual vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, igualdad y debido proceso de la demandante, quien venía desempeñándose como madre comunitaria dentro del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, con la orden de cierre del hogar que dirigía.

Al efecto, la Sala examinó si las decisiones proferidas por los jueces al negar en primera instancia el derecho al trabajo y conceder el amparo respecto del derecho a la igualdad, y al revocar en segunda instancia esta decisión y en su lugar tutelar el derecho fundamental al debido proceso, se ajustan al material probatorio que reposa en el expediente y a la doctrina constitucional vigente.

En el análisis del caso concreto, la Corte manifestó que los requisitos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal del servicio, subordinación y salario) no se encontraban reunidos y descartó la existencia de “una vinculación contractual de carácter laboral”. Por consiguiente, con respecto al posible desconocimiento del derecho al trabajo invocado por la peticionaria, por la terminación de la relación vigente y la suspensión de la actividad del hogar comunitario a su cargo, concluyó que si de la relación existente entre la demandante y la accionada no se desprende una vinculación de carácter laboral, no es posible deducir amenaza o violación alguna de dicho derecho.

Discurrió así:

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

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

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

Insistió en que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de Bienestar, es “de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente”:

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

solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada.

(...)

Como es sabido, para que exista una vinculación contractual de carácter laboral se requiere la prestación personal del servicio por parte del trabajador, la subordinación y el salario, este último como retribución del servicio; y si se trata de un empleado vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, el respectivo nombramiento de la autoridad oficial nominadora, con la prestación personal del servicio con posterioridad a la posesión, unido a la subordinación y el respectivo salario, cuyos presupuestos no aparecen configurados en el asunto sub-examine”.

Con base en lo anterior, las sentencias T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001, T-1029 de 2001 declararon la inexistencia del contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar por cuanto el vínculo que las une es de naturaleza contractual de origen civil.

Sin embargo, a través de la sentencia T-628 de 2012, la Corte varió su jurisprudencia al sostener que la naturaleza de la relación entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones que hacen parte del mencionado programa, es de carácter intermedio entre el trabajo subordinado y el independiente en los siguientes términos:

“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 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.

(...)

Las características dadas a esta actividad por las normas legales y reglamentarias vigentes denotan que es una forma de trabajo que, aunque en principio no es subordinado y no genera relación laboral, sí permite a las personas que la ejercen dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales.

Explicó la Corte que el análisis del régimen jurídico actual de las madres comunitarias revela, de un lado, características propias del trabajo subordinado tales como la limitación de la jornada laboral a ocho horas diarias y, de otro, divergencias importantes con los trabajadores independientes en lo que toca con la seguridad social pues no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, lo cual obedece a la lógica misma del Programa, cual es la responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas. De modo tal que, hoy en día, las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente”.

Por su parte, la sentencia T-478 de 2013, 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 estimó vulnerados al haber suspendido los pagos del 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 en calidad de 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 sentencia T-130 de 2015, la Corte insistió en que el régimen jurídico de las madres comunitarias era laboral desde el año 2014, aun cuando se caracterizaba por tener algunas 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[77], 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”[78].

Posteriormente, en la sentencia T-508 de 2015 indicó que (i) si bien inicialmente se aceptó la exclusión de las madres comunitarias de la relación laboral por mandato legal, desde las primeras medidas legislativas diferenciadas se advertía la intención de conceder a esa actividad prerrogativas particulares; (ii) la actividad de madre comunitaria ha sufrido una transformación progresiva en su tratamiento legal, en procura de acercarla a la relación laboral; y por tanto, (iii) en el escenario actual, la actividad de las madres comunitarias se formalizó laboralmente y tiene asegurado un ingreso correspondiente a un salario mínimo legal vigente.

En suma, la jurisprudencia constitucional evolucionó a la par del desarrollo legislativo: en un principio, la Corte consideraba que se trataba de un vínculo contractual de índole civil entre las madres y el operador y que no se trata de trabajo subordinado ante el ICBF (T-269/1995, SU-224/1998, T-668/2000, T-978/2000 T-990/2000 y T-1173/2000). Luego, determinó que se trataba de un contrato intermedio entre el subordinado y el independiente, “que no genera relación laboral” (T-628/2012); para finalmente acompasarse con el avance legislativo de formalizar la vinculación laboral a partir de febrero de 2014 (Ley 1607 de 2012 y Decreto 289 de 2014, y sentencias T-130/2015 y T-508/2015).

No obstante lo anterior, en desconocimiento del precedente sobre el tema, la Sala Octava de Revisión estudió en la sentencia T-480 de 2016, el asunto acumulado de 106 madres comunitarias que instauraron acción de tutela contra el ICBF por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo, ante la negativa del pago de los aportes pensionales, con ocasión

de la labor que en su calidad de madres comunitarias desempeñaron desde la fecha de su vinculación al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF hasta el 31 de enero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad estuvieron vinculadas a dicho programa.

En dicha ocasión, la Sala sostuvo que entre el ICBF y las 106 madres comunitarias sí existió contrato de trabajo real desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, toda vez que en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, como garantía de la protección efectiva de los derechos que reclamaron las accionantes, se encontraron reunidos los tres elementos esenciales del contrato, es decir: (i) la prestación personal del servicio; (ii) el salario como retribución del servicio; y (iii) la continua subordinación o dependencia.

Solicitada la nulidad de la anterior providencia, por Auto 186 de 2017 esta Corporación reiteró las reglas jurisprudenciales que determinan los requisitos formales y materiales de procedencia de la nulidad de sentencias, para concluir que se había vulnerado el debido proceso de las entidades públicas al proferir la T-480 de 2016 con desconocimiento del precedente contenido en la sentencia SU-224 de 1998, vinculante al caso decidido. En consecuencia, declaró la nulidad solicitada, en una decisión en la que también se advirtió que tendría alcance parcial con el fin de mantener el amparo del derecho de las demandantes a que se realizaran los aportes faltantes al sistema de seguridad social, y así permitirles acceder a la pensión de conformidad con los términos de la legislación aplicable.

En efecto, la Corporación observó que la vulneración alegada por las demandantes se enmarcaba en la falta de pago de contribuciones pensionales causadas en un tiempo específico, por lo que resultaba imperativo la observancia del marco normativo que para esa época regulaba el sistema de seguridad social en pensiones de las madres comunitarias. Al respecto, sostuvo que si bien para el lapso comprendido entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014 tanto la ley como la jurisprudencia no establecieron una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar,

lo cierto es que el ordenamiento jurídico sí preveía el derecho a la seguridad social de las madres comunitarias con unas particularidades especiales indicadas en las leyes 100 de 1993, 509 de 1999 y 1187 de 2008.

Y concluyó que a las 106 accionantes les asistía el derecho a la seguridad social en materia pensional con las especificaciones previstas en el régimen jurídico especial indicado en la legislación vigente, y con base en lo dicho en la providencia T-130 de 2015, que concedió el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de una madre comunitaria y ordenó al ICBF realizar los trámites necesarios para cancelar a Colpensiones -por ser el fondo al cual estaba afiliada la accionante- los aportes faltantes y causados en un tiempo determinado, resolvió que (i) las 106 demandantes eran sujetos de especial protección constitucional por que hacían parte de un segmento situado en posición de desventaja; (ii) dada la situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encontraban y ante la ausencia del pago de los aportes pensionales que se hubieren causado entre el 29 de diciembre de 1988 y el 1 de febrero de 2014, resultaba imperativo mantener la protección concedida en el fallo T-480 de 2016, pero solo en relación con los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital; y (iii) el amparo no podría extenderse respecto del derecho al trabajo invocado en la medida que no se acreditó la existencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

En consecuencia, con la declaratoria de la nulidad parcial se suprimieron las siguientes declaraciones de la Sentencia T-480 de 2016: (i) el amparo del derecho fundamental al trabajo; (ii) la declaratoria de contrato de trabajo realidad entre el ICBF y las demandantes; (iii) el trámite administrativo para el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir; y (iv) el eexhorto al ICBF para la promoción e implementación de medidas idóneas y eficientes para la efectividad de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

Por su parte, en el Auto 217 de 2017 la Corte Constitucional se ocupó de resolver las solicitudes de nulidad presentadas por el Consorcio Colombia Mayor 2013 y el Ministerio del

Trabajo contra el Auto 186 de 2017.

De un lado, el Consorcio Colombia Mayor 2013 solicitó la declaratoria de nulidad de la mencionada providencia para retrotraer las actuaciones surtidas hasta la petición de nulidad que en su momento presentó el ICBF contra la Sentencia T-480 de 2016, por considerar vulnerado el debido proceso al incurrir en los yerros de (i) indebida integración del contradictorio, (ii) falta de notificación, y (iii) desconocimiento del principio de sostenibilidad fiscal. Del otro, el Ministerio del Trabajo solicitó declarar la nulidad parcial del Auto 186 de 2017, en todo lo relacionado con el Fondo de Solidaridad Pensional, por cuanto estimó violado el debido proceso ante la (i) indebida integración del contradictorio, (ii) falta de notificación del trámite de tutela, y (iii) vulneración del principio de congruencia.

La Sala Plena encontró que la providencia censurada desconoció “el derecho al debido proceso pues “debió vincularse al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio del Trabajo, dado que lo ordenado al Fondo de Solidaridad Pensional en el Auto 186 de 2017 desbordó el deber legal que le ha sido impuesto al referido Fondo, en relación con el valor a asumir como subsidio de los aportes al régimen general de pensiones de las 106 madres comunitarias, al haberse determinado que el mismo equivaldría al 100% del total de la cotización para pensión y no al 80% como lo establecen las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008”[79].

En consecuencia, la Sala reiteró que si bien esta Corporación ha establecido la regla según la cual no es necesario vincular al proceso de tutela, ni al de revisión de los fallos pronunciados en sede de amparo constitucional, a las autoridades de orden nacional, regional y/o local que dentro de su deber legal y constitucional tienen la obligación de cumplir lo que se disponga en el marco de dichos trámites, lo cierto es que en el caso de autos sí debió vincularse al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio del Trabajo, dado que lo ordenado al Fondo de Solidaridad Pensional en el Auto 186 de 2017 desbordó el deber legal que le ha sido impuesto al referido Fondo, en relación con el valor a asumir como subsidio de los aportes al régimen general de pensiones de las 106 madres

comunitarias, al haber decidido que el mismo equivaldría al 100% del total de la cotización para pensión, y no al 80% como lo establecen las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008.

Por tanto, se declaró la nulidad parcial del Auto 186 de 2017, y la consecuente declaratoria de nulidad de la sentencia T-639 de 2017G que ahora se reemplaza, a través del Auto 546 de 2018.

Finalmente, en sentencia SU079 de 2018, se aclaró la jurisprudencia vigente y aplicable al asunto sub judice, de acuerdo con la cual “el subsidio al aporte en pensión a cargo del Fondo de Solidaridad Pensional no puede entenderse causado cuando el beneficiario no realiza el pago que legalmente le corresponde. De esta manera, los subsidios son aplicados a la historia laboral de los ciudadanos por parte de la respectiva administradora de pensiones (Colpensiones) una vez estos hacen el pago, toda vez que el aporte al Sistema General de Pensiones solo estará completo cuando se dé la contribución del beneficiado y el subsidio del Estado a través del administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional. Así entonces, de acuerdo al marco constitucional, legal y reglamentario, las madres comunitarias y sustitutas, al no tener relación laboral con el ICBF (se entienden trabajadoras independientes), para acceder a la pensión de vejez tienen la obligación de afiliarse y realizar los respectivos aportes. De conformidad con el artículo 6º de la Ley 509 de 1999, “el monto del subsidio será equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad”. Este mismo porcentaje es aplicado actualmente por el Fondo de Solidaridad Pensional para subsidiar en los aportes a las madres sustitutas”.

6. Análisis de los casos concretos acumulados

Las accionantes solicitaron a esta Corporación que, al amparar sus derechos fundamentales, declare la existencia de un contrato realidad de trabajo entre ellas y el ICBF y, en consecuencia, ordene el reconocimiento y pago de los salarios y de los aportes a seguridad social en pensiones, en aplicación del precedente determinado en la sentencia T-480 de 2016.

Al respecto, sentada está la jurisprudencia aplicable al caso de acuerdo con el recuento que de la misma se hizo en el capítulo anterior, de manera que corresponde al Sala determinar si ¿entre el ICBF y las madres comunitarias puede predicarse la existencia de una relación

laboral, con las consecuentes obligaciones que ello implica, particularmente el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones?

Al efecto, y de acuerdo con lo ya dicho respecto a que el precedente aplicable al sub lite es la sentencia SU079 de 2018, se citarán in extenso las argumentaciones que la Sala desarrolló en esa ocasión por su pertinencia para la decisión que se adoptará en la presente sentencia:

“Respecto a la supuesta estructuración de una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF por los diferentes periodos en que estas se desempeñaron como madres comunitarias y sustitutas, la Sala debe recordar lo señalado en la parte dogmática de esta decisión, en la cual claramente se estableció que tanto la ley como la jurisprudencia constitucional han descartado la posibilidad de que ello se configure.

En efecto, para el caso de las madres comunitarias, su participación en dicho programa suponía una labor solidaria y una contribución voluntaria en beneficio de los menores objeto del mismo, que responde a la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, de acuerdo con el artículo 44 superior. En esa medida, el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995 expresamente previó que la vinculación de las madres al aludido programa “no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo” (Destaca la Sala). En el mismo sentido, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, precisó 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”.

En igual dirección, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación entre las madres comunitarias y los entes vinculados al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, es de orden contractual civil y de allí “no se desprende una vinculación de carácter laboral”, en los términos de la sentencia SU 224 de 1998. Esta consideración fue justamente la que tuvo en cuenta la Sala en el Auto 186 de 2017 para declarar la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, por cambio de jurisprudencia y no atenerse a la línea en vigor, al haber determinado dicho fallo de revisión que entre el ICBF y las madres

comunitarias accionantes había existido un contrato de trabajo realidad, como se reseñó páginas atrás.

Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral.

(...)

En suma, la actividad ejercida tanto por las madres comunitarias (hasta el 12 de febrero de 2014) como por las sustitutas en sus respectivos programas, no supuso una relación de carácter laboral con el ICBF, toda vez que su participación voluntaria en los mismos respondía a una manifestación de la solidaridad y corresponsabilidad que convoca al Estado, la familia y la sociedad para asegurar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por tanto, al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, para la Corte no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma como tampoco el pago de aportes parafiscales en favor de aquellas.

Si bien se encuentra acreditado en los expedientes acumulados mediante constancias, certificaciones y declaraciones, que la mayoría de las accionantes efectivamente se desempeñaron de forma permanente o periódica como madres comunitarias y sustitutas en distintas regiones del país, lo cierto es que el ICBF no está llamado a responder por los derechos fundamentales por ellas invocados, pues ha sido la ley y el reglamento, quienes han establecido las características del régimen jurídico de los hogares comunitarios y sustitutos de bienestar, no pudiendo la entidad actuar en contravía del ordenamiento que la rige.

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

35. Ahora bien, en materia de aportes parafiscales en pensión, el único beneficio que contemplaba la normatividad para las madres comunitarias y sustitutas está previsto en el artículo 2º de la Ley 1187 de 2008, el cual solo consagró un subsidio a la cotización pensional.

Sin embargo, en los asuntos acumulados las accionantes no invocan el acceso a dicho subsidio, pues justamente la mayoría hicieron uso de este y cuentan en su historia laboral con semanas subsidiadas, de acuerdo a lo informado por el Consorcio Colombia Mayor 2013 y Colpensiones. Lo que pretenden las madres comunitarias y sustitutas es el pago de los aportes a pensión derivados de una supuesta relación de trabajo entre ellas y el ICBF, lo cual, como se señaló, no es posible.

La Corte tampoco advierte que alguna de las entidades vinculadas haya vulnerado por este aspecto los derechos fundamentales invocados por las accionantes. Recuérdese que el amparo constitucional implica una orden de ejecución u abstención respecto de una autoridad (o un particular) que con su actuar amenace o vulnere los derechos fundamentales para que dicha conducta cese, lo que necesariamente supone que la Constitución o la ley le haya impuesto una obligación y que la misma esté siendo objeto de incumplimiento.

Como se precisó en el acápite sobre el régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social Integral de las madres comunitarias y sustitutas, al no existir relación laboral entre ellas y el ICBF, el pago del 100% de los aportes en pensiones le correspondía a cada una de ellas como trabajadoras independientes de forma voluntaria, pudiendo acceder desde la creación y puesta en funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional, al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión.

De acuerdo con el material probatorio que reposa en el plenario sobre el estado actual e historia de las accionantes en el Programa de Subsidio al Aporte en pensión, Fiduagraria S.A. reportó los datos que arrojó el sistema NODUM, de acuerdo con los cuales se constata que varias de las accionantes se afiliaron al Fondo de Solidaridad Pensional, algunas realizaron los aportes de forma constante mientras otras lo hicieron esporádicamente o dejaron de hacerlo, y muchas ni siquiera se interesaron en afiliarse:

NOMBRE

AFILIACIÓN

REACTIVACIÓN

SUSPENSIÓN

RETIRO

CAUSAL DE RETIRO

SEMANAS SUBSIDIADAS

1

Gloria Solano

1/07/96

20/06/02

dejó de cancelar 4 meses continuos

150

2

Nohora Alba Ramos Rosado

01/06/96

01/09/12

20/06/02

27/05/14

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

21,43

3

Levith del Socorro Marquez de Mejía

No hay registro de afiliación

4

Yadis Mercedes Guerra Ustariz

No hay registro de afiliación

5

Yenitza María Ramos Torres

No hay registro de afiliación

6

Adis María Murgas Murgas

No hay registro de afiliación

7

Miriam Rosa Blanquicet Coneo

No hay registro de afiliación

8

Delvis Leonor Rosado Amaya

No hay registro de afiliación

9

Aura María Padilla Padilla

No hay registro de afiliación

10

Digna Rosa Banquez Torres

30/09/99

dejó de cancelar 4 meses continuos

no le fueron subsidiadas porque no cumplió con su deber de pagar el aporte correspondiente

11

Margarita Rosa Murgas Guerrero

No hay registro de afiliación

12

Fanny María Becerra Arzuaga

1/10/96

30/09/99

dejó de cancelar 4 meses continuos

no le fueron subsidiadas porque no cumplió con su deber de pagar el aporte correspondiente

13

Caridad Meza Martinez

No hay registro de afiliación

14

Maricela Muñoz Oñate

No hay registro de afiliación

15

Rosalba Padilla Zapata

1/10/96

30/09/99

dejó de cancelar 4 meses continuos

34,29

16

Yomaira Ustariz Liñan

No hay registro de afiliación

17

No hay registro de afiliación

18

Mariely Julio Orozco

No hay registro de afiliación

19

Liseth Cecilia Noya de la Hoz

No hay registro de afiliación

20

Marlys Zeira Aguilar Barona

No hay registro de afiliación

21

Flor Elisa Vargas Salas

01/10/98

01/08/08

01/08/12

20/06/02

08/08/10

27/05/14

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

235,71

22

Miriam Ocación Gallo

1/11/97

01/02/14 suspensión

09/03/16 retiro

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte

840

23

Susana Patarroyo de Cuervo

1/10/96

20/06/02

dejó de cancelar 4 meses continuos

197,14

24

María Alejandrina Cuchivague Camargo

01/04/96

01/08/08

27/05/14

27/05/14

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

415,71

Elsa María Reyes

01/08/02

01/05/13

13/11/12

10/09/14

cesó la obligación de cotizar o cumplió 65 años

dejó de cancelar 6 meses continuos

552,86

26

Yolanda Moreno Mariño

01/12/96

01/08/08

30/09/99

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

dejó de pagar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió la capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a pensión

321,43

27

María Preselia Higuera Rodríguez

01/02/97

01/08/08

20/06/02

24/12/09

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

201,43

28

María Elicenia Guzmán Rodríguez

01/10/96

01/08/08

30/09/99

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

dejó de cancelar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió la capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

270

29

No hay registro de afiliación

30

María Elizabeth González de Barón

01/12/96

01/08/08

30/09/99

02/07/09

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

4,29

31

María Irene Tenza de DeSalvador

1/05/96

27/05/00

cesó la obligación de cotizar o cumplió 65 años

188,57

32

Claribel Munera Pereañez

1/08/12

10/09/14

dejó de cancelar 6 meses continuos

47,14

33

María Edilma González Rodríguez

1/12/96

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a pensión

912,86

34

Agueda García Rodríguez

01/01/97

01/08/08

20/06/02

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

dejó de cancelar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

462,86

35

María Ernestina Martínez de Pinzón

1/02/97

30/06/01

dejó de cancelar 4 meses continuos

42,86

36

Rogelia Panche Suesca

01/12/96

01/05/04

30/10/03

01/11/08

dejó de cancelar 4 meses continuos

cesó la obligación de cotizar o cumplió 65 años

501,43

37

María Rita Nope Cuchivaguen

1/02/97

1/11/08

cesó la obligación de cotizar o cumplió 65 años

750

38

Ana Silde Suarez de Quintero

01/04/04

01/08/03

30/06/06

por voluntad propia

dejó de cancelar 4 meses continuos

407,14

39

Rosa María Aguilar de Molina

01/11/98

01/05/08 (ingresó al programa Colombia Mayor)

20/06/02

activa

dejó de cancelar 4 meses continuos

no le fueron subsidiadas porque no cumplió con su deber de pagar el aporte correspondiente

40

Blanca Elvira Aguirre de Aguirre

No hay registro de afiliación

41

1/12/96

20/06/02

dejó de cancelar 4 meses continuos

180

42

Miriam Estela Suarez Cárdenas

01/02/97

01/08/08

01/10/06

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

dejó de cancelar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

792,86

43

María Carmenza Viasus Molina

1/02/97

20/06/02

dejó de cancelar 4 meses continuos

167,14

44

Flor Nelly Yanquen Valentín

01/04/01

01/05/04

01/08/08

20/06/02

10/05/05

02/10/09

23/02/12

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

8,57

45

Flor Aviena Sepúlveda

01/02/97

01/09/11

26/05/11

23/02/12

por voluntad propia

se cumplió el periodo máximo establecido para el otorgamiento del subsidio

685,71

46

Ángela Parra Gamboa

01/12/98

01/08/08

01/04/10

20/06/02

02/03/09

07/04/11

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

por voluntad propia

42,86

47

Adriana Laudice Rodríguez Vega

1/08/08

02/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

210

48

Gema Socorro Hernández Aparicio

1/03/03

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

544,29

49

Liliana Correa

1/06/11

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

132,86

50

01/05/99

01/08/08

20/06/02

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

dejó de cancelar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

265,71

51

Ana Cecilia Guarnizo Gutiérrez

01/12/98

01/08/08

20/06/02

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

dejó de cancelar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

240

52

Zoraida Mojica Jaimes

No hay registro de afiliación

53

Norys Sánchez Galván

1/06/12

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

47,14

54

Edilia Flórez Villamizar

1/07/96

20/06/02

dejó de cancelar 4 meses continuos

231,43

55

Feglei Abril Otálora

1/01/10

15/08/12 (suspendida)

se reportó el cambio al régimen de ahorro individual con solidaridad

132,86

56

Ana Liduvina Villamizar Ramírez

No hay registro de afiliación

57

Rosa Elena Carrero Cala

1/09/96

30/04/03

dejó de cancelar 4 meses continuos

308,57

58

Belcy Parada Pérez

01/04/97

01/08/08

20/06/02

01/02/14 (suspendida)

dejó de cancelar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

304,29

59

Luz Yaneth Páez Sánchez

01/07/96

01/08/08

30/06/01

01/02/14 (suspendido)

09/03/16 (retirada)

dejó de cancelar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

295,71

60

Ericilda Lizcano

01/08/96

01/08/01

01/08/15

30/09/99

27/12/10

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

531,43

61

Adela Amaríz Santos

No hay registro de afiliación

62

Carmen Aleyda Leal Suarez

1/04/97

30/09/99

dejó de cancelar 4 meses continuos

47,14

63

Marta Leal Suarez

No hay registro de afiliación

64

Eleonora María Villasmil Bernal

No hay registro de afiliación

65

Myriam Hernández Vera

1/08/08

2/12/09

dejó de cancelar 6 meses continuos

25,71

66

No hay registro de afiliación

67

Blanca Cecilia Bohórquez Herrán

01/08/96

11/12/13 (ingresó al programa Colombia Mayor)

30/06/01

activa

dejó de cancelar 4 meses continuos

72,86

68

Gloria Melsa Quintero Jaimes

01/07/96

01/08/08

01/11/14

20/06/02

27/05/14

29/01/16

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

411,43

69

Blanca Cecilia Bautista Gutiérrez

1/07/96

25/09/01

por voluntad propia

222,86

70

Olga Vargas Rojas

No hay registro de

afiliación

71

Gladys Flórez González

01/07/96

01/01/03

17/08/08

25/09/01

01/09/05

19/02/10

por voluntad propia

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

330

72

Marcelina Carvajal de Peña

1/07/96

20/06/02

dejó de cancelar 4 meses continuos

222,86

73

Noraima Ortiz Zambrano

01/03/03

01/09/08

01/12/05

01/02/14 (suspendida)

dejó de cancelar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

342,86

74

Omaira Ortiz Zambrano

01/03/03

01/09/08

01/07/07

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

dejó de cancelar 4 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

385,71

75

July Mayerly León Arias

1/12/13

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a pensión

8,57

76

Martha Laura Velasco Pita

01/10/97

01/07/02

30/09/99

29/09/10

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

338,57

Rosalba Briceño Hernández

01/10/00

01/10/08

01/01/10

20/06/02

02/05/09

31/07/10

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

25,71

78

Carmen Elena Carvajal Quintero

1/09/13

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a pensión

12,86

79

Erika María Rodríguez Collantes

1/11/13

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a pensión

12,86

80

Norida Yasmin Suarez Ortiz

1/09/08

27/05/14

dejó de cancelar 6 meses continuos

227,14

81

Alba Luz Contreras Contreras

01/08/96

01/08/08

01/09/13

30/09/99

27/11/09

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

64,29

82

Nancy Sepúlveda Contreras

No hay registro de

afiliación

83

Velkys Vianney Díaz Cruz

01/07/02

01/12/03

30/04/03

10/05/05

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 4 meses continuos

25,71

84

Sandra Milena Villamizar Lamus

01/08/08

01/11/13

02/03/09

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

dejó de cancelar 6 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

4,29

85

Omaira Molina Rodríguez

1/04/13

01/02/14 (suspendida)

09/03/16 (retirada)

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

30

86

María Elena Villamizar Ruiz

01/10/96

01/06/11

01/08/12

01/11/13

30/09/99

26/12/11

26/02/13

01/02/14 (suspendida)

09/03/2016 (retirada)

dejó de cancelar 4 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

dejó de cancelar 6 meses continuos

empezó a ser trabajadora

adquirió capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión

34,29

87

Blanca Elena Dávila Montañez

No hay registro de

afiliación

88

Emilce Riveros Torrado

1/06/11

15/08/12

se reportó cambio al régimen de ahorro individual con solidaridad

60

De acuerdo con la información consignada en la tabla anterior, se tiene que gran parte de las accionantes fueron beneficiarias del Programa del Subsidio al Aporte en Pensión pero muchas incurrieron en las causales de suspensión y retiro por (i) dejar de cancelar durante 4 o 6 meses continuos el aporte que les correspondía, otras por (ii) adquirir capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte respectivo, así como por (iii) habersele otorgado la pensión o indemnización sustitutiva, (iv) haber cumplido 65 años de edad, y por (v) retiro voluntario. También se evidencia que varias no aparecen registradas en ningún momento como beneficiarias del Programa.

En efecto, los decretos que han reglamentado el funcionamiento del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional[80], han previsto unas causales para la pérdida del derecho al subsidio que actualmente se encuentran compiladas en el Decreto 1833 de 2016; el artículo 2.2.14.1.24. establece lo siguiente:

“Artículo 2.2.14.1.24. Pérdida del derecho al subsidio. El afiliado perderá la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión en los siguientes eventos:

1. Cuando adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión;
2. Cuando cese la obligación de cotizar en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993;

3. Cuando se cumpla el período máximo establecido para el otorgamiento del subsidio;
4. Cuando deje de cancelar seis (6) meses continuos el aporte que le corresponde[81]. La entidad administradora de pensiones correspondiente, tendrá hasta el último día hábil del sexto mes para comunicar a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional sobre tal situación, con el fin de que esta proceda a suspender su afiliación al programa. En todo caso, la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá verificar que no se haya cobrado el subsidio durante este período.

La pérdida del derecho al subsidio por esta causal será por el término de seis (6) meses, contados a partir del momento de la suspensión de la afiliación al programa. Vencido este término, quien fuera beneficiario podrá efectuar una nueva solicitud de ingreso al Fondo de Solidaridad Pensional, hasta completar las 750 semanas subsidiadas, siempre y cuando, cumpla la edad y semanas de cotización o tiempo de servicio, señaladas en la normatividad vigente para ser beneficiarios del mismo;

5. Cuando se demuestre que en cualquier tiempo, el beneficiario ha suministrado datos falsos para obtener el subsidio; que se encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o que posee capacidad económica para pagar la totalidad del aporte. (...)
6. Cuando el beneficiario del subsidio se desafilie del sistema general de seguridad social en salud, ya sea del régimen contributivo o del régimen subsidiado.

Las personas que hubiesen perdido el subsidio por esta causal, en cualquier momento podrán ser sujetos de nuevos subsidios del fondo, hasta completar las 750 semanas subsidiadas, siempre y cuando cumplan con los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicio, señaladas en la normatividad vigente para ser beneficiarios del mismo” (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, el Subsidio al Aporte en Pensión se concretó para aquellas accionantes que se vincularon al Programa y cancelaron oportunamente el porcentaje del aporte que les correspondía hasta que incurrieron en alguna de las causales de pérdida del derecho, por lo que no puede atribuírsele al Fondo de Solidaridad Pensional actualmente administrado por Fiduagraria S.A., ni a Colpensiones, acción u omisión alguna que amenace los derechos de las tutelantes con ocasión del pago subsidiado de aportes en pensión, pues, se insiste, dicho

consorcio sólo paga el porcentaje que le corresponde una vez el afiliado ha efectuado el aporte a su cargo y Colpensiones ingresa los dos pagos que suman el 100% a la historia laboral de las demandantes.

Lo anterior no implica el desconocimiento del derecho fundamental a la seguridad social en materia pensional del que gozan las madres comunitarias; por el contrario, resalta los deberes correlativos que le son propios de manera que aquellos no pueden ampararse si estas no cumplen con sus obligaciones, pues como se ha venido señalando, “es obligación del afiliado al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión realizar el pago del porcentaje que le corresponde para que luego el Fondo de Solidaridad Pensional transfiera la parte subsidiada a la Administradora de Fondos de Pensiones (...)”[82].

En suma, las acciones impetradas no resultan viables en la medida que las tutelantes que se interesaron en acceder al Programa, perdieron el derecho al subsidio por cualesquiera de las razones indicadas en la norma tal como se constató en el acervo probatorio, pues “[N]o hay derechos legalmente exigibles allí donde hay deberes incumplidos, por lo que no es constitucionalmente admisible que el Estado deba asumir los aportes a pensión faltantes, toda vez que era una obligación de cada una de las accionantes, no pudiéndose trasladar su omisión al Estado sin que se desconozca el interés común y los principios de solidaridad y de legalidad”[83].

Así, dado que se subsidiaron los aportes en pensiones de acuerdo con el marco legal aplicable al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión y se registraron en las correspondientes historias laborales las semanas subsidiadas, no se comprobó vulneración alguna por parte de Fiduarria S.A. ni de Colpensiones, por lo que se revocarán las decisiones de instancia que concedieron el derecho y se confirmarán las que lo negaron, por las razones expuestas en esta providencia y en el inmediato precedente jurisprudencial tantas veces mencionado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa por indebida representación de las señoras Lucila Ocasión Gallo (CC 40.018.331) y a María Elsa Desalvador Tenza (CC 40.013.122).

SEGUNDO. DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva de Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y de las Asociaciones de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar.

TERCERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga – Sala Civil Familia el 14 de febrero de 2017 que revocó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja del 4 de enero de 2017 que declaró la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en esta providencia (expediente T-6.190.251).

CUARTO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar el 3 de febrero de 2017 por medio de la cual se tutelaron los derechos fundamentales de las accionantes y, en su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en esta providencia (expediente T-6.193.730).

QUINTO. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala Laboral el 3 de marzo de 2017 que revocó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja el 25 de enero de 2017 que declaró la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en esta providencia (expediente T-6.196.094).

SEXTO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento el 31 de enero de 2017 que concedió el amparo y cuya impugnación fue rechazada por falta de acreditación de la legitimación en la causa por pasiva y, en su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en esta providencia (expediente T-6.201.064).

SEPTIMO. REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja de 24 de enero de 2017 que tuteló los derechos de las accionantes; y por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión Nro. 5 de 1 de marzo de 2017 que modificó la anterior y, en su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en esta providencia

(expediente T-6.203.162).

OCTAVO. REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios (Norte de Santander) de 13 de febrero de 2017 que tuteló los derechos de las accionantes, y su confirmatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta – Sala de Decisión Civil Familia el 29 de marzo de 2017 y, en su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en esta providencia (expediente T-6.208.901).

NOVENO. LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Mediante auto del 23 de diciembre de 2016, folio 19 del cuaderno 1 del expediente.

[2] Mediante auto del 26 de enero de 2017, folio 111 del cuaderno 1 del expediente.

[3] Mediante auto del 13 de enero de 2017, folio 374 del cuaderno 1 del expediente.

[4] Mediante auto del 18 de enero de 2017, folio 64 del cuaderno 1 del expediente.

[5] Mediante auto del 12 de enero de 2017, folio 418 del cuaderno 1 del expediente.

[6] Mediante auto del 30 de enero de 2017, folio 22 del cuaderno 1 del expediente. Mediante auto del 31 de enero de 2017, el juez acumula 2 acciones de tutela a la principal, folio 267 (tomo 2) del cuaderno 1 del expediente.

[7] Folios 21 al 44 del cuaderno 1 del expediente.

[8] Folios 117 al 134 del cuaderno 1 del expediente.

[9] Folios 382 al 392 del cuaderno 1 del expediente.

[10] Folios 425 al 435 del cuaderno 1 del expediente.

[11] Folios 299 al 320 del cuaderno 1 del expediente.

[12] Excluye de protección a María Elizabeth González de Barón por no estar incluida en el texto de la demanda y por no haberse formulado pretensión alguna en su nombre, pese a haber concedido el poder al abogado. Sin embargo, la Sala pudo constatar que, si bien no se encuentra incluida en el listado inicial de accionantes, sí obra poder en el expediente y sí quedó incluida en la demanda.

[13] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Sala Constitucional del Decisión; mediante auto de 15 de marzo de 2017, rechazó la impugnación presentada por la Oficina asesora jurídica -ICBF y por el Coordinador del Grupo Jurídico de la Regional Antioquia -ICBF, por no acreditar su legitimación para actuar en representación del ICBF.

[14] Ampara los derechos de María Ernestina Martínez de Pinzón, Rogelia Panche Suesca, María Rita Nope Cuchivaguen, Rosa María Aguilar de Molina, Blanca Elvira Aguirre de Aguirre y María Inés Ríos Bernal.

[15] Ana Silde Suarez de Quintero fue amparada en la parte motiva, pero excluida en la parte resolutive.

[16] Declara improcedente la acción de tutela de María Edilma González Rodríguez, Agueda García Rodríguez, Miriam Estela Suarez Cárdenas, María Carmenza Viasus Molina, Flor Nelly Yanquen Valentín y Flor Avicena Sepúlveda.

[17] El Decreto 289 de 2014 reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias a

partir del 12 de febrero de 2014, cuyo artículo 2 establece: “Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social”.

[18] Folio 97 del cuaderno principal.

[19] Folio 515 del cuaderno principal.

[20] Folio 536 del cuaderno principal.

[21] El Magistrado Sustanciador verificó que los poderes especiales obran al interior de los respectivos expedientes.

[23] Vinculada en el expediente T-6.193.730.

[24] Vinculada en el expediente T-6.201.064.

[25] Vinculadas en el expediente T-6.208.901.

[26] Ley 1444 de 2011, reglamentada por el Decreto 4085 de 2011.

[27] Corte Constitucional; Sentencia SU-079 de 2018.

[28] Acuerdo 21 de 1989, “Por el cual se dictan procedimientos para el desarrollo del programa hogares comunitarios de bienestar”; Artículo 5 (parágrafo), modificado por el Acuerdo 43 de 1993.

[29] Acuerdo 21 de 1989, “Por el cual se dictan procedimientos para el desarrollo del programa hogares comunitarios de bienestar”; Artículo 7, modificado por el Acuerdo 17 de 25 de 1999.

[30] Al respecto ver T-681 de 2011, T-037 de 2014, T-292 de 2014 y T-324 de 2014, entre otras.

[31] Consultar T-262 de 2014, T-292 de 2014 y T-350 de 2015.

[32] Ver sentencias T-1085 de 2003, T-806 de 2004, T-397 de 2008, T-629 de 2009, T-338 de 2010, T-135 de 2015, T-379 de 2015 y T-291 de 2016, entre otras.

[33] Ver sentencias T-742 de 2002 y T-441 de 2003, reiteradas en T-291 de 2016.

[34] Cfr. SU-622 de 2001, reiterada en las Sentencias T-135 de 2015 y T-291 de 2016.

[35] Ver sentencias T-978 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001 y T-159 de 2001, reiterada en la T-480 de 2016.

[36] Ver sentencias T-018 de 2016 y T-480 de 2016 y consultar Auto 186 de 2017.

[37] Consultar Auto 186 de 2017.

[38] Consultar Auto 186 de 2017.

[39] Ver Sentencia T-628 de 2012.

[40] Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.

[41] “A través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”.

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto la protección a las personas de la tercera edad (o adultos mayores) de los niveles I y II de Sisben, a través de los Centros Vida, como instituciones que contribuyen a brindarles una atención integral a sus necesidades y mejorar su calidad de vida.

(...)

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

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

físico, vital y psicológico así lo determinen; (...).”

[42] El preámbulo de la Carta Política consagra, como uno de los fines del Pueblo de Colombia, el de asegurar el trabajo a todos sus integrantes bajo un contexto específico, esto es, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

[44] El artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social puede ser concebida desde dos posturas diferentes: servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable.

[45] Corte Constitucional; Sentencia T-352 de 1996.

[46] Corte Constitucional; Sentencia SU-079 de 2018.

[47] Corte Constitucional; Sentencia T-730 de 2012.

[48] Departamento Nacional de Planeación. Evaluación de impacto del programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF. Mayo 2009.

[49] Tema en el que se insistió en el 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. En el artículo al abordar la fundamentación del objeto del ICBF, indicó: “Los programas que adelante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se fundamentarán en: (...) 2. Participación de la comunidad. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asesorará y promoverá la forma organizativa requerida para lograr la participación mediante el trabajo solidario y contribución voluntaria de la comunidad. Dicha participación en ningún caso implica relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas (...)”.

[50] Las acciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no sustituirán la responsabilidad de la familia. Sólo cuando los padres o demás personas legalmente obligadas al cuidado del menor no estén en capacidad probada de hacerlo, el ICBF asumirá la responsabilidad dentro de su competencia, con criterio de subsidiariedad.

[51] El ICBF asesorará y promoverá la forma organizativa requerida para lograr la participación mediante el trabajo solidario y contribución voluntaria de la comunidad. Dicha participación en ningún caso implica relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas.

[52] Los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar estarán dirigidos prioritariamente a la población que se encuentre en situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica nutricional, psicoafectiva, moral y en las situaciones irregulares previstas en el Código del Menor.

[53] Artículo 3.

[54] Artículo 4.

[55] El artículo 1 del decreto 2923 de 1994, por el cual se fijan las cuantías mínimas de la Garantía Única en los contratos de aportes que celebra el ICBF, fijó “las siguientes cuantías mínimas en las garantías únicas que respalden el cumplimiento de los contratos de aporte que celebra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. a) El valor del amparo del anticipo o pago anticipado debe ser equivalente al treinta por ciento (30%) del monto que el Contratista reciba a título de anticipo o pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo. b) El valor del amparo del cumplimiento no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al tres por ciento (3%) del valor del contrato. c) El valor del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones será igual cuando menos al dos por ciento (2%) del valor total del contrato”.

[56] En los términos del artículo 127 del Decreto 2388 de 1979.

[57] Acuerdo 0005 de 1991, Resolución 680 de 1991, Acuerdo 21 de 1996, Acuerdo 38 de 1996, Acuerdo 39 de 1996, Acuerdo 50 de 1996, Lineamiento Técnico (1996), Resolución 706 de 1998, Lineamiento Técnico (2011), Resolución 776 de 2011, Resolución 2191 de 2011, Resolución 4025 de 2011, Lineamiento Técnico (2012), Resolución 5827 de 2014, Lineamiento Técnico (2014).

[58] Corte Constitucional; Sentencia SU-079 de 2018.

[59] Por medio del CONPES 2753 sobre el plan de extensión de cobertura para 1995 del

Fondo de Solidaridad Pensional, que corresponde al primer año de su funcionamiento, incluyó dentro de su población objeto a 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.

[60] Artículo 25.

[61] Artículo 26.

[62] Por la cual se disponen unos beneficios en favor de las Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional.

[63] Artículo 3.

[64] Por la cual se vincula el núcleo familiar de las madres comunitarias al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

[65] El Programa del Subsidio al Aporte en Pensión tiene una relación especial con el régimen de prima media con prestación definida, el cual es administrado por Colpensiones, pues este es el único régimen que cumple con los requisitos que impone el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, para subsidiar el aporte a pensión de los ciudadanos que se encuentren afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el fondo de pensiones al cual se afilie, pertenezca al sector solidario, lo que en Colombia no ha sido regulado legalmente.

[66] Corte Constitucional; Sentencia SU-079 de 2018.

[67] Por la cual se adiciona un párrafo 2° al artículo 2° de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

[68] Por medio del decreto 1490 de 2008 se reglamentó el artículo 4 de la ley 1187 de 2008.

[69] Corte Constitucional, sentencia SU-079 de 2018.

[70] Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

[71] Artículo 164.

[72] Ídem.

[73] Artículo 166.

[74] Artículo 2.

[75] Artículos 7 y 8.

[76] Artículo 2.2.14.5.1.

[77] Artículo 3 y 4.

[78] Artículo 2, 5 y 6.

[79] Corte Constitucional; Sentencia SU-079 de 2018.

[80] Decretos 1558 de 1995, 2414 de 1998, 3771 de 2007, 1542 de 2013 y 455 de 2014. Reglamentación actualmente compilada en el Decreto 1833 de 2016.

[81] El Decreto 2414 de 1998 en su momento previó que la pérdida del subsidio se daba “cuando deje de cancelar cuatro (4) meses continuos del aporte que le corresponde”.

[82] Corte Constitucional; Sentencia SU-079 de 2018.

[83] Ídem.