

T-244-19

Sentencia T-244/19

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

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE 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

-

Demandantes: Amparo Ortiz Aguirre (T-6.913.441) y Mavis Isabel Jaraba Pacheco y otras (T-6.919.735)

Demandados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio 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

En la revisión de las decisiones judiciales proferidas el 1 de junio de 2018 por la Sala de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que revocó parcialmente la dictada el 24 de abril de 2018 por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de la misma ciudad dentro del expediente T-6.913.441, y el 5 de marzo de 2018 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, que confirmó el proferido el 4 de diciembre de 2017 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad dentro del expediente T-6.919.735.

Los expedientes fueron escogidos para revisión por la Sala de Selección Número Ocho de 2018 por medio de Auto de 30 de agosto de 2018, y repartidos a la Sala Quinta de Revisión luego de que se acumularan a efectos de ser decididos en una misma sentencia por guardar unidad de materia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones comunes en los expedientes acumulados

NOMBRE

CÉDULA

EXPEDIENTE T-6.913.441

39.150.195

EXPEDIENTE T-6.919.735

2

Mavis Isabel Jaraba Pacheco

26.996.229

3

Betty Trespacios de Mercado

26.994.478

Josefa María Amaya Arciniegas

29.993.742

5

Miryam Lubo

26.992.561

6

Erellys Duarte de Molina

26.983.622

7

Yaneth Leonor Rodríguez Villar

26.995.504

8

Carmen Sofía Epiayu Epiayu

56.053.073

9

Paula Rosa Brito Díaz

26.986.687

10

Rosa Marlina Duarte Brito

26.986.808

11

Adalus Iris Díaz Brito

26.983.420

12

Margarita Rosa Carrillo Pushaina

26.985.093

13

Iris Yohana Angulo Jiménez

26.969.856

14

Juana Bautista Pinto Contreras

49.772.486

15

Lucía Mercedes Díaz Daza

27.004.429

16

Libia Astrid Barragán Murillo

40.918.673

17

Rubira Isabel González de Valdez

27.015.655

18

Ester Leticia Mendoza Solano

19

Imelda Josefa Solano Apushana

56.055.639

20

Gladis Leonor Mejía Moscote

40.917.315

21

María de la Cruz Mendoza Rodríguez

23.240.422

22

Graciela Uriana

40.837.867

23

Ana Ibis Guerra Ortega

27.013.907

24

Olga Beatriz Escobar Núñez

40.797.102

25

Yadira Esther Pérez Montero

27.015.957

26

Idalis María Díaz Quintero

40.797.148

27

Ana Francisca Fragoso Beleño

27.013.270

28

40.914.493

29

Gladys Mercado Cortes

57.180.018

30

Rosalía Uriana Epieyu

56.069.719

31

Regina Uriana

40.838.292

32

María Petronila Cuadrado Sánchez

27.011.285

33

Margarita Pushaina Epinayu

56.057.145

34

Elba Rosa Alguero

26.994.548

35

Luz Enith Castrillo Ospino

26.995.337

Elma Rosario Gamez Toncel

27.005.389

37

Aurora Castaño Mendoza

36.518.387

38

Maleny Adalays Amaya Rojas

40.893.605

39

Marinella Barbosa Correa

56.089.139

40

Viviana Tile Uriana

40.945.058

41

Alides Sofía Gil Villegas

39.007.997

42

María Beatriz Cadena Rangel

26.785.856

43

Milagro Medina Barrios

56.084.464

44

Miriam Rocío Valencia Sinisterra

56.083.773

45

Manuela Beatriz Mejía Suárez

56.090.971

46

Edita Gregoria Sierra Amaya

56.082.951

47

Yolima Esther Torres Vergel

56.090.642

48

Luz Elvira Ortiz Zabaleta

56.081.214

49

Mariela Rangel Peinado

60.310.274

50

Miriam Cano Martínez

56.087.964

Evanyelis Yohana Bermúdez Castro

57.463.339

52

Elisa Rangel Florian

39.491.432

53

Johanna Leniceth Iguaran Epiayu

1.124.032.605

54

Nellys Esther Herrera Ramírez

49.796.393

55

Miladis Ipuana Epiayu

1.124.020.573

56

Ibeth Castro Otalora

40.880.184

57

Dolores Mercedes Navarro Alfaro

56.089.787

58

Carmen Elena Iguaran Quintero

26.959.877

59

Johana Patricia Jusayu Epiayu

1.006.0889.211

60

Deira Luz Manjarres Ávila

33.200.398

61

Nelvis Cecilia Gómez Rodríguez

39.096.056

62

Yenis del Carmen Guzmán Hoyos

27.024.918

63

Katty Yulieth Gutiérrez Montaña

1.124.032.545

64

Oliva Navarro Avellaneda

28.023.714

65

Yulis Edit Arrieta Cervantes

1.123.992.816

66

Wudys Conde Navarro

32.718.780

67

Minda Rosa Padilla Bravo

56.086.874

68

39.032.681

69

Elith Elena Gamez Freyle

1.124.020.255

70

Luz Darys García Morales

56.084.110

71

Rosa Herminia Ramírez Toncel

56.082.110

72

Yarlis Enit Tejada Mendoza

56.088.814

73

Damaris Pulido López

40.877.823

74

Yameris Judith Berrio Ravelo

40.881.024

75

Dalia María Cambar Sapuana

27.024.996

76

Reina Yasmin Oquendo Echavarría

49.779.332

77

Ana Isabel Doria Tordecilla

1.123.992.569

1.1. Las 77 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 sobre las formas jurídicas, con fundamento en los siguientes hechos comunes a los expedientes acumulados:

Mediante la 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 recibían 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.

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 denominado “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 sobre las formas jurídicas; (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, dotación, subsidio de transporte, sanciones moratorias, indemnizaciones, etc.).

2. Pruebas pertinentes y relevantes

2.1. Expediente T-6.913.441

Fueron aportadas al trámite de tutela las siguientes pruebas:

- Poder autenticado conferido por la actora a un abogado para que, a su nombre, presente la acción bajo examen (folio 47 del cuaderno 2).
- Disco compacto que contiene: (i) copia ampliada de la cédula de ciudadanía de la actora, (ii) copia de una certificación expedida el 10 de febrero de 2009 por el ICBF, regional Risaralda, en el que consta, entre otras cosas, que la demandante pertenece al programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, ingresando el 15 de octubre de 2004, (iii) copia de una certificación expedida el 7 de febrero de 2013, por parte de la Coordinadora del Centro Zonal Pereira, en la que certifica que la accionante está registrada a la asociación San Nicolás y pertenece al programa de madres comunitarias de bienestar. Sin embargo, aclara el documento que no pertenece a la planta de personal del ICBF, por lo que no tiene subordinación ni vinculación laboral alguna, (iv) copia de siete certificados en el que consta que la señora Ortiz participó en diversas capacitaciones brindadas por la Alcaldía de Pereira, (v) copia de un certificado proferido por el SENA, en el que consta que la demandante participó en un curso de fundamentos básicos de inglés, (vi) copia del diploma que acreditó a la señora Ortiz como técnica en atención integral a la primera infancia, expedido por el SENA, (vii) copia de los certificados de grado que le fueron entregados por la actora en un diplomado que realizó en técnicas de auxiliar en preescolar y un seminario en pedagogía infantil, (viii) copia del oficio que el 10 de agosto de 2015 la actora remitió a la directora del ICBF haciendo la reclamación administrativa tendiente a obtener lo que ahora pretende en

sede de tutela, (ix) copia de una petición que la actora, el 10 de agosto de 2015, le remitió a la directora de la regional Risaralda para solicitarle le certifique la remuneración que desde el inicio de su vinculación como madre comunitaria recibió, (x) respuesta que la entidad accionada, el 20 de agosto de 2018, hizo a las dos peticiones anteriores, negando lo pretendido por la actora, al considerar que no existió una relación laboral, lo que además impide que le sean expedidos los certificados pretendidos.

2.2. Expediente T-6.919.735

Con la demanda de tutela, las accionantes adjuntaron -en físico- los poderes que las 76 personas le confirieron a una abogada para que en su nombre y representación presente el recurso de amparo (folios 55 al 131 del cuaderno 2).

Adicionalmente en medio magnético todas las demandantes aportaron la copia simple de su cédula de ciudadanía, el registro civil de nacimiento y copia del memorando que el ICBF remitió a las entidades administradoras del servicio de hogares comunitarios de bienestar con orientaciones relacionadas con el pago que se les iba a efectuar a las madres comunitarias de la regional Bogotá, en el mes de enero de 2015.

Del mismo modo, la mayoría de ellas aportaron certificados de afiliaciones a EPS, certificaciones de administradoras de pensiones, copias de diplomas de cursos y talleres, y certificados expedidos por el ICBF, las asociaciones de padres de familia en donde prestaron sus servicios, o por particulares que daban constancia de la calidad de madre comunitaria.

3. Respuesta a las acciones de tutela

3.1. Expediente T-6.913.441

3.1.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF

La jefa de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF solicitó la nulidad de lo actuado desde la admisión de la demanda de tutela con fundamento en las causales 3 y 8 del artículo 133 del Código General del Proceso, concretamente, las de prejudicialidad y falta de conformación del litisconsorcio necesario. Lo anterior, por cuanto se encontraba a la espera de la resolución de un incidente de nulidad que presentaron el Consorcio Colombia Mayor y el

Ministerio de Trabajo contra el Auto 186 de 2017, por medio del cual se decretó la nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016.

Por tanto, solicitó suspender el proceso hasta que se profiera la decisión de nulidad propuesta.

Sin embargo, mediante otro oficio del 16 de abril de 2018, contestó la demanda de tutela solicitando negar las pretensiones por considerar que el ICBF no ha incurrido en ninguna acción u omisión que genere la vulneración de los derechos alegados.

Con relación al fondo del asunto manifestó que no puede accederse a lo pedido por la señora Ortiz como quiera que nunca tuvieron una relación laboral, pues su vinculación se dio por intermedio de los operadores de los hogares comunitarios y tal como se expresó en las certificaciones laborales que aportó, ella nunca perteneció a la planta de personal del ICBF.

Agregó que han dado respuesta a todas las peticiones que ha presentado la demandante y que no tienen la posibilidad de establecer con veracidad el tiempo en que, supuestamente, desarrolló la actividad, máxime si se tiene en cuenta que el ICBF no tuvo la obligación legal de constituir expedientes administrativos de cada uno de los hogares comunitarios, pues de conformidad con la normatividad legal, la entidad contrataba con las asociaciones de padres, entidades públicas y privadas[1], para que estas ejecutaran el programa.

Añadió que tampoco se cumple el requisito de inmediatez, pues entre la fecha en que dejó de ser madre comunitaria (12 de febrero de 2014) y la fecha en que acudió a la tutela (4 de noviembre de 2018), pasaron más de 4 años; ni el de subsidiariedad, pues no demostró encontrarse frente a un perjuicio irremediable que viabilice el amparo, toda vez que tiene 61 años y, aunque manifestó afrontar un mal estado de salud, no lo acreditó.

Agregó que tampoco probó padecer unas condiciones socioeconómicas análogas a las de las 106 madres comunitarias cuyos casos fueron estudiados en el Auto 186 de 2017, por lo que no se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela.

3.1.2. Consorcio Colombia Mayor –FSP[2]

El Consorcio, en su respuesta, solicitó que se denegaran las pretensiones de la accionante

al considerar que no ha vulnerado derecho fundamental alguno. Sin embargo, a pesar de lo anterior, también pidió al juez que declarara la improcedencia del recurso de amparo al considerar que se presentaba una falta de legitimación por pasiva, además de incumplir con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

En lo que respecta al fondo del caso, explicó la naturaleza del Fondo de Solidaridad Pensional, en adelante FSP, y del funcionamiento del programa de subsidio al aporte, fruto del cual enfatizó en que ellos solo realizan el desembolso del subsidio ante Colpensiones cuando dicha entidad ha recibido el pago del porcentaje que le corresponde a la madre comunitaria.

Además, aclaró que el funcionamiento operativo de ellos está regulado en el contrato fiduciario Nro. 216 de 2013, el cual claramente advierte que el ordenador del gasto del FSP es el Ministerio del Trabajo, por lo que el consorcio carece de competencias para girar recursos sin que medie una autorización de dicha cartera ministerial.

Finalmente, frente al caso concreto manifestó que las condiciones laborales de las madres comunitarias fueron reguladas en el Decreto 289 de 2014, por lo que, en la actualidad, no pueden ser beneficiarias del Programa de Subsidio al Aporte Pensional, en adelante PSAP, y, en ese sentido, el Consorcio no tiene ninguna obligación con relación a la actora.

Añadió que las personas que dejen de ser madres comunitarias y que no cumplan los requisitos para acceder a la pensión o a los Beneficios Económicos Periódicos -en adelante BEPS-, pueden acceder al subsidio previsto en el artículo 2.2.14.3.1 del Decreto 1833 de 2016.

Respecto al Auto 186 de 2017, advirtió que no puede considerarse con efectos erga omnes o una determinación de unificación jurisprudencial, pues se limitó al estudio de la situación de las 106 madres comunitarias que acudieron a la tutela estudiada en la Sentencia T-480 de 2016.

A propósito de los requisitos de procedibilidad, dijo que no se cumple con la subsidiariedad requerida en tanto no se evidenciaba un perjuicio irremediable que justificara el desplazamiento de las competencias del juez común toda vez que se trata de una persona de 61 años, que no es sujeto de especial protección en razón a la edad. Tampoco se

satisface el requisito de inmediatez, toda vez que dejó pasar más de 4 años entre la fecha en la que se reconocieron los derechos a la seguridad social y el momento en que acudió a la tutela.

Sobre la legitimación por pasiva manifestó que la entidad demandada es el ICBF luego es ella la que tiene la capacidad de suspender cualquier posible trasgresión a las garantías constitucionales fundamentales de las partes.

Y finalmente, alegó prejudicialidad respecto a la solicitud de nulidad contra el Auto 186 de 2017 y el desconocimiento del marco constitucional, legal y reglamentario del FSP por parte de la Sentencia T-639 de 2017, la cual impuso el pago del 100% del aporte al Consorcio Colombia Mayor.

3.1.3. Ministerio de Trabajo

La cartera ministerial solicitó que se declare la falta de legitimación por pasiva en lo que respecta a ellos, toda vez que no tienen injerencia alguna en el programa de madres comunitarias que maneja el ICBF y, además, alegó la falta de subsidiariedad pues el mecanismo de amparo no surge como el procedimiento llamado a declarar la existencia de un contrato realidad y su consecuente pago de aportes a seguridad social, salvo que se evidencie que la persona está padeciendo un perjuicio irremediable, lo que no fue acreditado en los asuntos.

Adicionalmente, se pronunció respecto al fondo de los casos, solicitando que se denegaran las pretensiones de la actora, por cuanto el Auto 186 de 2017 expresamente indicó que entre las madres comunitarias y el ICBF no existió una relación laboral y que la Sentencia T-480 de 2016, desconoció algunos precedentes sobre el particular.

Por último, alegó la imposibilidad de aplicar la Sentencia T-480 de 2016 y el Auto 186 de 2017, por la naturaleza del subsidio de aportes el cual tiene unas características particulares que hacen que sea temporal y parcial, además de que le corresponde al beneficiario realizar un pago parcial del aporte a su cargo, lo que no ocurrió, pues la señora Ortiz ni siquiera se afilió a ese programa, luego no es viable que se le imponga una obligación similar a la ordenada en dichas providencias.

3.2. Expediente T-6.919.735

3.2.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF

El ICBF dio respuesta indicando que el caso bajo estudio carece de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela pues, con relación a la inmediatez, no se cumple ya que, entre la fecha de retiro de la actividad como madres comunitarias y la presentación de la tutela, han transcurrido entre uno y veintisiete años, de lo cual se infiere que ninguna de las demandantes acudió al amparo dentro de un término razonable.

Además, con relación a la subsidiariedad, la entidad adujo que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que avale el desplazamiento de las competencias del juez común, como quiera que, aunque la apoderada judicial manifestó que las accionantes son sujetos de especial protección en razón de la edad, lo cierto es que teniendo en cuenta lo señalado en la Sentencia T-047 de 2015, para que una persona sea considerada de la tercera edad debe tener 74 años o más, edad que solo es superada por la señora María de la Cruz Mendoza Rodríguez, quien tiene 83 años, y “se encuentra activa”[3].

Precisó que, en virtud del desarrollo legal y jurisprudencial en torno a los Hogares Comunitarios de Bienestar, la labor de las madres comunitarias no ha involucrado ninguna vinculación laboral con el ICBF, siendo las EAS (Entidades Administradoras del Servicio) la que tienen la condición de único empleador, erigiéndose como trabajadoras dependientes de las mismas.

Añadió, luego de hacer un estudio del marco constitucional, legal y reglamentario, que las madres comunitarias eran consideradas trabajadoras independientes, situación que a su vez implicó que estaban obligadas a afiliarse al SGSSP, así como a realizar la cotización correspondiente en el porcentaje que no cubría el Subsidio del FSP, por lo que el ICBF no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

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

Finalmente, expuso el trámite adelantado en esta Corporación con posterioridad a la nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016, mediante el Auto 186 de 2017, oponiéndose a algunas de sus conclusiones en tanto que, en su opinión, se desconocieron los artículos 13, 15 y 19 de la Ley 100 de 1993 y su reglamentación, pues dichos textos imponen las obligaciones de (i) que los particulares realicen la afiliación al SGSSP y (ii) que las madres comunitarias, efectúen la cotización del porcentaje correspondiente, el cual era del 20% del aporte, pues el desembolso del subsidio es supeditado al cumplimiento de dicha condición.

Por tanto, consideró que para que las accionantes alcancen su derecho pensional, deben haber cumplido con la obligación de afiliarse al SGSSP y cotizar desde la creación del FSP (1996) y hasta la fecha. En ese sentido, debe contar con una determinada cantidad de semanas de cotización para consolidar la prestación o seguir aportando hasta que cumpla los requisitos.

Por lo argumentado, solicitó la declaratoria de improcedencia de las acciones de tutela acumuladas.

Sin embargo, de manera posterior a su respuesta, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF presentó un escrito solicitando la nulidad de lo actuado desde la admisión de la tutela.

Lo anterior, alegando la configuración de las causales de prejudicialidad (num. 3º del artículo 133 del CGP), causada por la decisión que estaba pendiente de adoptar la Sala Plena de la Corte Constitucional con relación al Auto 186 de 2017, y la vulneración del debido proceso (art. 29 C.P.) e indebida notificación (num. 8 del artículo 133 del CGP), por cuanto al surtir el traslado de la demanda no se remitió con todos los anexos.

3.2.2. Ministerio del Trabajo[4]

Se pronunció en los mismos términos expuestos en el expediente T-6.913.441, y advirtió: (i) la falta de legitimación por pasiva y la improcedencia de la tutela para declarar la existencia de un contrato real y el consecuente pago de aportes a seguridad social cuando no existe un perjuicio irremediable acreditado que justifique desplazar las competencias del juez común; y (ii) la imposibilidad de aplicar la Sentencia T-480 de 2016 y

el Auto 186 de 2017, por las características propias del PASP del FSP -Colombia Mayor.

3.2.3. Colpensiones[5]

Solicitó la desvinculación del proceso por falta de legitimación en la causa por pasiva pues no tiene responsabilidad alguna en la transgresión de los derechos fundamentales alegada en la tutela, máxime si se tiene en cuenta que lo planteado no entra en el marco de la competencia que asumió mediante el Decreto 2011 de 2013.

3.2.4. Consorcio Colombia Mayor

Aunque el despacho judicial que estudió el caso en primera instancia dispuso la vinculación del FSP -Consorcio Colombia Mayor, este no dio respuesta a las pretensiones de la demanda de tutela.

4. Decisiones judiciales que se revisan en los expedientes acumulados

4.1. Expediente 6.913.441

4.1.1. Decisión de primera instancia

Mediante providencia judicial dictada el 24 de abril de 2018, el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira, declaró improcedente la acción de tutela promovida por la señora Ortiz por considerar que el caso carece de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

Frente al primero, por cuanto no acreditó encontrarse frente a situaciones que la expongan a padecer un perjuicio irremediable si no se dicta una medida pronta en sede de tutela, y frente al segundo, por cuanto entre el hecho que presuntamente generó la vulneración de sus derechos, y la fecha en que acudió al recurso de amparo, transcurrieron más de 4 años.

4.1.2. Impugnación

El anterior fallo fue impugnado por la parte demandante por no compartir los razonamientos realizados por el a quo en tanto que no analizó el cumplimiento del requisito de subsidiariedad e inmediatez, en los términos fijados en la Sentencia T-480 de 2016, lo cual,

si hubiera ocurrido, le habrían permitido concluir que la tutela se tornaba procedente, dando lugar al estudio del fondo.

En ese sentido, consideró que cumple el requisito de inmediatez pues solicita un reconocimiento prestacional periódico frente al cual no puede imponerse tal exigencia, y en lo que respecta a la subsidiariedad, lo cumple al haber acreditado pertenecer a un sector deprimido económica y socialmente.

4.1.3. Decisión de segunda instancia

La Sala de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante providencia del 1 de junio de 2018, decidió revocar parcialmente el fallo impugnado y, en su lugar, mantuvo la improcedencia con relación a la solicitud de declaratoria de existencia de un contrato realidad pero analizó el reconocimiento pensional, ordenando el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de la demandante; en consecuencia, impuso al ICBF la obligación de reconocer y pagar a la actora el 100% de los aportes parafiscales en pensiones faltantes al SGSSP desde el 15 de octubre de 2004 hasta el 12 de febrero de 2014, tiempo efectivamente acreditado como madre comunitaria.

Para considerar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad realizó el análisis en los términos señalados en la Sentencia T-480 de 2016. Y, con relación al estudio de lo pretendido en la demanda, tuvo en cuenta lo señalado en los artículos 25 y 26 de la Ley 100 de 1993, Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008 con el fin de fundamentar la obligación pensional que pesaba sobre la entidad demandada y que, para el caso de la actora, había sido incumplida.

4.2. Expediente T-6.919.735

4.2.1. Decisión de primera instancia

El asunto inicialmente le fue asignado al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Riohacha, el cual, mediante auto del 4 de diciembre de 2017, se declaró incompetente para asumir su estudio en virtud de lo señalado en el artículo 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, por tanto, remitió el caso a la oficina judicial para que fuera

asignado a un despacho de categoría municipal.

Reasignado el caso, le correspondió el estudio al Juzgado de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Riohacha que, a través de auto del 6 de diciembre de 2017, también declaró su incompetencia para conocer de la demanda de tutela al considerar que, según la naturaleza de la entidad demandada, le corresponde asumir el estudio del caso, en primera instancia, a los jueces de circuito[6], y así lo dispuso.

Es así como, el asunto le fue asignado el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, el cual, mediante auto del 11 de diciembre de 2017, admitió la demanda de tutela y, a través de auto del 18 de enero de 2018, decretó la nulidad de lo actuado por falta de notificación al Ministerio de Trabajo, al Consorcio Colombia Mayor y a Colpensiones, terceros con interés en las resultas del caso.

Saneado lo anterior, el precedido despacho, dictó sentencia el 24 de enero de 2018, por medio de la cual amparó los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital de las 76 demandantes.

En consecuencia, ordenó al ICBF reconocer y pagar los aportes parafiscales en pensiones faltantes por el tiempo efectivamente acreditado como madre comunitaria hasta el 12 de febrero de 2014 o hasta la fecha en que, con anterioridad, hayan estado vinculadas a dicho programa.

Así mismo, ordenó al FSP administrado por el Consorcio Colombia Mayor, transferir al respectivo fondo de pensiones en el que se encuentren afiliadas las accionantes o al que se deseen afiliar, los aportes pensionales faltantes subsidiados en porcentaje equivalente al 100% del total de las cotizaciones pensionales, tomando como referencia el salario mínimo legal mensual vigente.

4.2.2. Impugnación

El anterior fallo fue impugnado por el Consorcio Colombia Mayor así:

Según el marco legal, principalmente, los artículos 25 y 26 de la Ley 100 de 1993, 5 y 6 de la Ley 509 de 1999 y 2 de la Ley 1187 de 2008, las madres comunitarias tenían derecho a ser beneficiarias del FSP, en el PASP, con un subsidio en un porcentaje equivalente al 80%

del total del monto del aportado. Sin embargo, ello no las eximía de cubrir -con sus propios recursos- el 20% restante para causar la totalidad del aporte mensual, por lo que resulta desproporcionado que se le ordene subsidiar el 100% del aporte de las accionantes.

Adicionalmente, el numeral e) del artículo 9 del Decreto 2414 de 1998, prevé la pérdida del subsidio cuando se deje de cancelar durante cuatro meses continuos el aporte que le corresponde al beneficiario, periodo que aumentó a seis meses en virtud del artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016. Lo anterior, no fue tenido en cuenta en el fallo de primera instancia como quiera que no observó que la mayoría de las demandantes incumplieron su deber al no cancelar el 20% faltante del aporte a pesar de que a varias de ellas se les volvió a generar una segunda afiliación al programa.

Añadió que las accionantes no cumplen con las exigencias propias que la Corte Constitucional plasmó en el Auto 186 de 2017, sin manifestar en concreto alguna.

Finalmente, indicó que tampoco se percató que tanto la suspensión como la terminación del subsidio se concretaron debido a la configuración de la causal de capacidad de pago contemplada en artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016, que de haberse realizado, hubiera permitido concluir que al menos 32 de las demandantes, fueron retiradas del programa por dicha causal, gracias a que se convirtieron en beneficiarias de la formalización laboral de las madres comunitarias, lo que les permitió contar con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo.

4.2.3. Decisión de segunda instancia

La Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, mediante sentencia del 5 de marzo de 2018, decidió negar la solicitud de nulidad propuesta por el ICBF y confirmar la decisión dictada por el a quo.

Al respecto, manifestó que el Consorcio Colombia Mayor no demostró que todos los meses desembolsó el subsidio al aporte de las demandantes, lo que en todo caso no impide la condena del pago de la cotización a la seguridad social en el porcentaje equivalente al 100% del aporte, toda vez que la Corte no solo lo manifestó de esa manera en el Auto 186 de 2016, sino que también lo hizo en la Sentencia T-639 de la misma anualidad, según la cual “(...) resulta razonable que el monto del subsidio pensional a reconocer y transferir no

sea equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio efectivo y comprobado de su labor de madre comunitaria, en el periodo comprendido entre la fecha en que se hayan vinculado como tales al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa”.

En ese sentido, a pesar de la regulación laboral actual para las madres comunitarias, lo cierto es que ello no supone el desconocimiento de los derechos que les asiste al haber desempeñado sus labores desde el 29 de diciembre de 1988, cuando entró en vigencia la Ley 89 de 1988, y el 12 de febrero de 2014, cuando comenzó a regir la Ley 1607 de 2012.

Por último, finalizó indicando que no es posible que se invoque el principio de sostenibilidad fiscal pues dicho criterio no puede servir de fundamento para restringir, menoscabar o negar la protección de los derechos fundamentales.

II. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE

Mediante auto de 29 de octubre de 2018 el Magistrado sustanciador decretó pruebas para mejor proveer, así:

“PRIMERO. SOLICITAR, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, a las accionantes relacionadas a continuación que, por medio de sus apoderados judiciales, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la comunicación del presente Auto, se sirvan remitir cada una, mediante el correo electrónico secretaria1@corteconstitucional.gov.co, con el asunto o referencia “pruebas expedientes acumulados T-6.913.441 y otro”, lo señalado a continuación:

Nombre

Cédula

Nombre

Cédula

Amparo Ortiz Aguirre

39.550.195

Viviana Tile Uria

40.945.058

Mavis Isabel Jaraba Pacheco

26.996.229

Alides Sofía Gil Villegas

39.007.997

Betty Trespalacio de Mercado

26.994.478

María Beatriz Cadena Rangel

Josefa María Amaya Arciniegas

26.993.742

Milagro Medina Barrios

56.084.464

Mirian Lubo

26.992.561

Miriam Rocío Valencia Sinisterra

56.083.773

Erellys Duarte de Molina

26.983.622

Manuela Beatriz Mejía Suarez

56.090.971

Yaneth Leonor Rodríguez Villar

26.995.504

Edita Gregoria Sierra Amaya

56.082.951

Carmen Sofía Epiayu Epiayu

56.053.073

Yolima Esther Torres Vergel

56.090.642

Paula Rosa Brito Díaz

26.986.687

Luz Elvira Ortiz Zabaleta

56.081.214

Rosa Marlina Duarte Britto

26.986.808

Mariela Rangel Peinado

60.310.274

Adaluz Iris Díaz Brito

26.983.420

Miriam Cano Martínez

56.087.964

Margarita Rosa Carrillo Pushaina

26.985.093

Evanyelis Johana Bermúdez Castro

57.463.339

Iris Yohana Angulo Jiménez

26.969.856

Elisa Rangel Florian

39.491.432

Juana Bautista Pinto Contreras

49.772.486

Jhoanna Leniceth Iguaran Epiayu

1.124.032.605

Lucia Mercedes Díaz Daza

27.004.429

Nellys Esther Herrera Ramírez

49.796.393

Libia Astrid Barragan Murillo

40.918.673

Miladis Ipuana Epiayu

1.124.020.573

27.015.655

Iveth Castro Otalora

40.880.184

Ester Leticia Mendoza Solano

40.807.182

Dolores Mercedes Navarro Alfaro

56.089.787

Imelda Josefa Solano Apushana

56.055.639

Carmen Elena Iguaran Quintero

26.959.877

Gladis Leonor Mejía Moscote

40.917.315

Johana Patricia Jusayu Epiayu

1.006.889.211

María de la Cruz Mendoza Rodríguez

23.240.422

Deira Luz Manjarrez Avila

33.200.398

Graciela Uriana

40.837.867

Nelvis Cecilia Gómez Rodríguez

39.096.056

Ana Ibis Guerra Ortega

27.013.907

Yenis del Carmen Guzmán Hoyos

27.024.918

Olga Beatriz Escobar Nuñez

40.797.102

Katty Yulieth Gutiérrez Montaña

1.124.032.545

Yadira Esther Pérez Montero

27.015.957

Olivia Navarro Avellaneda

28.023.714

Idalis María Díaz Quintero

40.797.148

Yulis Edith Arrieta Cervantez

1.123.992.816

Ana Francisca Fragozo Beleño

27.013.270

Wudys Conde Navarro

32.718.780

Vilma Bersabette Iguaran de Mena

40.914.493

Minda Rosa Padilla Bravo

56.086.874

Gladis Mercado Cortes

57.180.018

39.032.681

Rosalia Uriana Epieyu

56.069.719

Elith Elena Gámez Freyle

1.124.020.255

Regina Uriana

40.838.292

Luz Darys García Morales

56.084.110

María Petronila Cuadrado Sánchez

27.011.285

Rosa Herminia Ramírez Toncel

56.082.110

Margarita Pushaina Epinayu

56.057.145

Yarlis Enit Tejada Mendoza

56.088.814

Elba Rosa Agüero

26.994.548

Damaris Pulido López

40.877.823

Luz Enit Castrillo Ospino

26.995.337

Yameris Judith Berrio Ravelo

40.881.024

Elma Rosario Gamez Toncel

27.005.389

Dalia María Cambar Sapuana

27.024.996

Aurora Castaño Mendoza

36.518.387

Reina Yasmin Oquendo Echavarria

49.779.332

Adalays Maleny Amaya Rojas

40.983.605

Ana Isabel Doría Tordecilla

1.123.992.569

Marinella Barbosa Correa

56.089.139

1. Actualmente, cómo obtienen los medios de subsistencia, con quiénes viven, a cuánto asciende el monto de los gastos en que incurren mensualmente para su manutención. Especifique si padece de alguna enfermedad, así como las demás condiciones de vida actuales, que permitan establecer el grado de vulnerabilidad. Anexar los soportes respectivos.

2. Precise si fue beneficiaria del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (PSAP) en el grupo poblacional “Madre Comunitaria” o “Madre Sustituta”, durante qué periodos, cuál es el número de semanas subsidiadas que registra y, en caso de haber perdido la condición de beneficiaria del subsidio al aporte en pensión, especifique las causales legales que generaron esa situación. Anexar los soportes respectivos.

SEGUNDO. SOLICITAR, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la comunicación del presente auto, por medio del correo electrónico secretaria1@corteconstitucional.gov.co, con el asunto o referencia “pruebas expedientes acumulados T-6.913.441 y otro”, REMITA certificado en el que conste si las accionantes en los procesos bajo revisión se desempeñaron como Madres Comunitarias o Madres Sustitutas. En caso afirmativo, precise los periodos durante los cuales ejercieron dicha labor. Adjunte la documentación que así lo soporte (certificación de coordinador de centro zonal, certificación del operador o de la asociación de padres, etc.).

TERCERO. SOLICITAR, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, al Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor 2013, que dentro de los siete (7) días hábiles, siguientes a la comunicación del presente auto, mediante el correo electrónico secretaria1@corteconstitucional.gov.co, con el asunto o referencia “pruebas expedientes acumulados T-6.913.441 y otro”, INFORME (i) respecto de cada una de las accionantes en los expedientes acumulados si fueron o son beneficiarias del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (PSAP) en el grupo poblacional “Madre Comunitaria” o “Madre Sustituta”, durante qué periodos se reconoció el beneficio, cuál es el número de semanas subsidiadas que registran, en qué administradora de fondo de pensiones se realizaron los pagos y (ii) en caso de haber perdido la condición de beneficiarias del subsidio, especifique las causales legales que generaron esa situación. Adicionalmente, (iii) precise si ha reportado el no pago de los aportes de las accionantes afiliadas. Anexar los soportes respectivos.

CUARTO. SOLICITAR, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, a COLPENSIONES que, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la comunicación del presente auto, mediante el correo electrónico secretaria1@corteconstitucional.gov.co, con el asunto o referencia “pruebas expedientes acumulados T-6.913.441 y otro”, REMITA un informe en el que precise:

- (i) si las accionantes, afiliadas a la entidad, son beneficiarias del Subsidio al Aporte en Pensión y si el mismo se ha reportado en sus historias laborales;
- (ii) si esa administradora de pensiones, una vez realizados los aportes del 20% por las beneficiarias del programa, ha enviado al Consorcio Colombia Mayor 2013 cuentas de

cobro, en procura de recaudar el pago del subsidio;

(iii) si el Consorcio Colombia Mayor 2013 ha reportado el no pago de los aportes de las accionantes afiliadas a la entidad y la gestión adelantada al respecto;

(iv) si las accionantes han solicitado el reconocimiento pensional y cuál fue su resultado; y,

(v) copia de la historia laboral actualizada de las accionantes.”

Adicionalmente, mediante Auto de 12 de diciembre de 2018 se suspendieron los términos en el proceso de la referencia.

Durante el término probatorio, se recibieron las siguientes comunicaciones:

· Oficio Nro. S-2018-675429-0101 del 15 de noviembre de 2018, remitido por la jefa de la Oficina Asesora Jurídica (e) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, mediante el cual da respuesta al oficio OPT-A-3227/2018, recibido en esta Secretaría, vía correo electrónico el 15 de noviembre del presente año, en 3 folios con 37 folios anexos, y en original, el 16 de noviembre siguiente, en 3 folios con 1 CD anexo.

· Oficio del 15 de noviembre de 2018, remitido por la Asesora de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Trabajo, mediante el cual da respuesta al oficio OPT-A-3228/2018, recibido vía correo electrónico en esta Secretaría el mismo 15 de noviembre. Consta de 9 folios con 78 folios anexos.

· Oficio Nro. 201881882 -EN-012 del 14 de noviembre de 2018, remitido por el Coordinador Jurídico PSAP del Consorcio Colombia Mayor -2013, mediante el cual da respuesta al oficio OPT-A-3229/2018, recibido vía correo electrónico en la Secretaría de esta Corporación el mismo 14 de noviembre. Consta de 5 folios.

· Oficio Nro. BZ2018_14004843-3528570 del 15 de noviembre de 2018, remitido por el Gerente de Defensa Judicial de Colpensiones, mediante el cual da respuesta al oficio OPT-A-3230/2018, recibido vía correo electrónico en la Secretaría el mismo 15 de noviembre. Consta de 1 folio.

· Oficio Nro. BZ2018_14004843-3591214 del 21 de noviembre de 2018, remitido por el Gerente de Defensa Judicial de Colpensiones, mediante el cual da respuesta al oficio OPT-A-3230/2018, recibido en esta Secretaría, vía correo electrónico el 21 de noviembre del presente año, en 19 folios y en original el 22 de noviembre siguiente, en 19 folios y 1 CD.

1. ICBF

En respuesta al segundo interrogante del auto de pruebas, el ICBF manifestó que ninguna de las accionantes de los procesos bajo revisión se ha desempeñado en calidad de madre sustituta en el marco de la modalidad de atención de Hogares Sustitutos de esa entidad, pero sí como madres comunitarias en el marco de la modalidad de atención de Hogares Comunitarios de Bienestar, para lo cual remitió las certificaciones de las mismas.

Sin embargo, señaló que, con la documentación allegada, no se encontró registro o soporte asociado a las siguientes 12 demandantes:

1

Vilma Bersabett Iguarán de Mena

7

Yaneth Leonor Rodríguez Villar

2

Carmen Sofía Epiayu Epiayu

8

Paula Rosa Brito Díaz

3

Rosa Marlina Duarte Britto

9

Adaluz Iris Díaz Brito

4

10

Miladis Ipuana Epiayu

5

Regina Uriana

11

María Petronila Cuadrado Sánchez

6

Yameris Judith Berrio Ravelo

12

Reina Yasmín Oquendo Echavarría

Adicionalmente, solicitó a la Corte analizar los asuntos teniendo en cuenta el pronunciamiento contenido en la sentencia SU-079 de 2018, la cual indicó que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales de las madres comunitarias, toda vez que entre estas y el ICBF no se estructuró una relación laboral, de conformidad con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional vigente.

Añadió que no puede perderse de vista que los Programas de Hogares Comunitarios y Sustitutos se fundamentan en una labor voluntaria y solidaria de carácter social.

Y, por último, solicitó que no se le impusiera el pago de aportes de seguridad social y se deniegue el amparo solicitado pues, al no existir la relación laboral que pregonan las demandantes, los mismos deben realizarse de acuerdo con la normativa vigente, tal como

fue indicado en la providencia mencionada.

Dentro de las certificaciones que aportaron se extrae la siguiente información:

No

Nombre

Fecha de Inicio

Fecha Final

Administración

1

Yenis del Carmen Guzmán

3 de febrero de 2008

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o Entidades administradoras de servicio, en adelante
EAS.

2

Aracelis Esther Villalba Granados

marzo de 1999

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

Miriam Aideth Lubo Amaya

15 de diciembre de 1988

Hasta la fecha

EAS

4

Josefa María Amaya Arciniegas

15 de diciembre de 1985

Hasta la fecha

EAS

5

Elma Rosario Gamez Toncel

25 de agosto de 1995

Hasta la fecha

EAS

6

Gladis Mercado Cortes

1998

Hasta la fecha

EAS

7

Margarita Pushaina Epinayu

6 de junio de 1996

Hasta la fecha

EAS

8

Ana Ibis Guerra Ortega

22 de septiembre de 1989

Hasta la fecha

EAS

9

Yadira Esther Pérez Montero

5 de noviembre de 1991

Hasta la fecha

EAS

10

Imelda Josefa Solano Apushaina

Abril de 1991

Hasta la fecha

EAS

11

Libia Astrid Barragán Murillo

5 noviembre de 1991

Hasta la fecha

EAS

12

Mavis Isabel Jaraba Pacheco

15 enero de 1990

Hasta la fecha

EAS

13

Betty Trespalacios Mercado

23 de noviembre de 1997

EAS

14

Rosa Herminia Ramírez Toncel

1 de mayo de 1996

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

15

Yarlis Enit Tejada Mendoza

16 de febrero de 2006

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

16

Iveth Castro Otálora

13 de febrero de 2007

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

17

Luz Darys García Morales

4 de abril de 2007

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

18

Luz Elvira Ortiz Zabaleta

24 de julio de 2000

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

19

Miriam Rocío Valencia Sinisterra

12 de febrero de 2013

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

20

Johana Patricia Jusayu Epiayu

2 de julio de 2006

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

21

Johanna Leniceth Iguaran Epiayu

1 de junio de 2012

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

22

5 de septiembre de 2006

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

23

Oliva Navarro Avellaneda

11 de septiembre de 2004

Junio de 2015

Asociaciones de padres de familia o EAS

24

Elith Elena Gamez Freyle

4 de febrero de 2008

5 febrero de 2012

Asociaciones de padres de familia o EAS

25

Milagro Medina Barrios

17 de agosto de 1995

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

26

Damaris Pulido López

17 de octubre de 2006

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

27

Dalia María Cambar Sapuana

5 de febrero de 2012

Asociaciones de padres de familia o EAS

28

Aurora Castaño Mendoza

18 de julio de 2005

26 de abril de 2015

Asociaciones de padres de familia o EAS

29

Adalys Maleny Amaya Rojas

15 de enero de 1990

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

30

Ana Isabel Doria Rodecilla

9 marzo de 2009

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

31

Marinella Barbosa Correa

2 de noviembre de 2005

1 de junio de 2015

Asociaciones de padres de familia o EAS

32

Viviana Tile Urianá

1 de marzo de 2010

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

33

María Beatriz Cadena Rangel

5 mayo de 2002

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

34

Edita Gregoria Sierra Amaya

3 febrero de 1993

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

35

Manuela Beatriz Mejía Suárez

21 septiembre de 1998

Hasta la fecha

36

Yolima Esther Torres Vergel

2 de febrero de 2007

1 de julio de 2015

Asociaciones de padres de familia o EAS

37

Mariela Rangel Peinado

3 de febrero de 1997

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

38

Miriam Cano Martínez

3 de febrero de 2006

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

39

Evanyelis Johana Bermúdez Castro

20 de febrero de 2006

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

40

Elisa Rangel Florian

15 de septiembre de 2003

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

41

Nellys Esther Herrera Ramírez

noviembre de 2011

Asociaciones de padres de familia o EAS

42

Dolores Mercedes Navarro Alfaro

1 de febrero de 2000

1 de junio de 2015

Asociaciones de padres de familia o EAS

43

Deira Luz Manjarrez Avila

3 de mayo de 1993

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

44

Nelvis Cecilia Gómez Rodríguez

7 de junio de 2011

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

45

Katty Yulieth Gutiérrez Montaña

2 de febrero de 2012

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

46

Wudys Conde Navarro

2 de febrero de 2010

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

47

Minda Rosa Padilla Bravo

9 de febrero de 2009

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

48

Grasiela Uriana

12 de diciembre de 2011

EAS

49

Rosalía Uriana Epiayu

1993

2005

EAS

50

María de la Cruz Mendoza Rodríguez

1995

2011

EAS

51

Gladis Leonor Mejía Moscote

11 de mayo de 1989

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

52

Iris Yohana Angulo Jiménez

1 de noviembre de 2016

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

53

Juana Bautista Pinto Contreras

1 de febrero de 2010

Hasta la fecha

Asociaciones de padres de familia o EAS

54

Amparo Ortiz Aguirre

2013

Hasta la fecha

Fundación para el fomento de la Industria de Alimentos

55

Erellys Duarte de Molina

1994

Hasta la fecha

EAS

56

Olga Beatriz Escobar Núñez

13 de abril de 1992

Hasta la fecha

EAS

57

Elba Rosa Alguero

Abril de 2004

Hasta la fecha

EAS

58

2 de febrero de 1994

Hasta la fecha

EAS

59

Idalis María Díaz Quintero

2 de febrero de 1998

Hasta la fecha

EAS

60

Esther Leticia Mendoza Solano

1 de junio de 2006

Hasta la fecha

EAS

61

Rubira Isabel González Valdés

18 de noviembre de 1992

Hasta la fecha

EAS

62

Margarita Rosa Carrillo Pushaina

15 de agosto de 1988

15 de diciembre de 1999

EAS

2. Ministerio de Trabajo

Además de precisar las características del FSP, indicó que el subsidio al aporte está supeditado a la realización del aporte por parte de sus beneficiarios para poder hacer efectivo el subsidio. Procedió a referir la situación de las demandantes en dicho fondo, aclarando que las causales de retiro denominadas “Capacidad de Pago”, “No Pago de sus Aportes Cumplidamente” y “Temporalidad de Edad”, hacen referencia a las señaladas en el artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016.

Añadió, que en algunos casos puede aparecer la causal de “Temporalidad de Edad” pero con cero (0) semanas subsidiadas, lo cual obedece a que al cumplir los 65 años de edad y no pensionarse o no continuar cotizando, debe hacerse la devolución de subsidios como lo indica el artículo 27 del Decreto 3771 de 2007.

En efecto, la información aportada de las demandantes se consolida de la siguiente manera:

#

Nombre

Afiliadas al PSAP

Desde

Hasta

Causal de retiro

2º ingreso

Hasta

Semanas cotizadas

1

Amparo Ortiz Aguirre

SI

11/01/01

6/20/02

NO PAGO APORTES

SI

5/01/04

3/09/16

420

2

Mavis Isabel Jaraba Pacheco

SI

8/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

12/01/02

10/31/03

12,86

3

Josefa María Amaya Arciniegas

SI

8/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

NO

0

4

Miryam Lubo

SI

8/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

12/01/02

10/31/03

0

5

Erellys Duarte Molina

SI

8/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

11/01/08

5/31/12

6

Carmen Sofía Epiayu Epiayu

SI

11/02/08

6/30/09

NO PAGO APORTES

NO

0

7

Adaluz Iris Díaz Brito

SI

8/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

NO

8,57

8

Margarita Rosa Carrillo Pushaima

SI

8/01/96

NO PAGO APORTES

NO

8,57

9

Iris Yohana Angulo Jiménez

SI

1/01/14

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

0

10

Lucía Mercedes Díaz Daza

SI

8/01/96

6/30/01

NO PAGO APORTES

SI

11/01/08

90

11

Libia Astrid Barragán Murillo

SI

8/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

11/01/08

2/28/14

278,57

12

Rubira Isabel González de Valdes

SI

8/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

11/01/08

2/28/14

252,86

13

Gladis Leonor Mejía Moscote

SI

12/01/97

6/30/01

NO PAGO APORTES

NO

0

14

María de la Cruz Mendoza Rodríguez

9/01/96

3/31/99

TEMP. DE EDAD

NO

0

15

Graciela Uriana

SI

10/01/96

6/30/01

NO PAGO APORTES

NO

72,86

16

Ana Ibis Guerra Ortega

SI

11/01/97

9/30/99

NO PAGO APORTES

NO

0

17

Olga Beatriz Escobar Núñez

SI

08/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

NO

8,57

18

Yadira Esther Pérez Montero

SI

08/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

11/01/08

6/30/09

12,86

19

SI

10/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

NO

0

20

Vilma Bersabette Iguaran de Mena

SI

11/01/97

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

10/01/02

5/31/05

64,29

21

Gladis Mercado Cortes

SI

11/01/10

6/30/12

NO PAGO APORTES

SI

11/01/10

6/30/12

137,14

22

Aracelis Esther Villalba Granados

SI

06/01/02

4/30/03

NO PAGO APORTES

03/01/04

8/31/12

411,43

23

Rosalía Uriana Epieyu

SI

09/01/96

6/30/02

NO PAGO APORTES

NO

120

24

Regina Uriana

SI

09/01/96

6/30/01

NO PAGO APORTES

NO

111,43

25

Elba Rosa Alguero

SI

01/01/98

6/30/01

NO PAGO APORTES

SI

8/01/02

10/31/03

0

26

SI

08/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

NO

25,71

27

Elma Rosario Gamez Toncel

SI

08/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

NO

8,57

28

Aurora Castaño Mendoza

SI

2/28/10

NO PAGO APORTES

SI

7/01/12

2/28/14

111,43

29

Adalys Maleny Amaya Rojas

SI

08/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

8/01/09

2/28/14

274,29

30

Marinella Barbosa Correa

SI

5/01/13

3/09/16

CAP. DE PAGO

NO

21,43

31

Viviana Tile Urianá

SI

11/01/13

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

0

32

Alides Sofía Gil Villegas

SI

07/01/12

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

64,29

33

María Beatriz Cadena Rangel

SI

8/01/08

NO PAGO APORTES

SI

7/01/12

2/28/14

184,29

34

Milagro Medina Barrios

SI

08/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

8/01/08

12/31/09

21,43

35

Miriam Rocío Valencia Sinisterra

SI

01/01/14

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

0

36

Manuela Beatriz Mejía Suárez

SI

7/01/12

1/31/13

NO PAGO APORTES

SI

11/01/13

2/28/14

17,14

37

Edita Gregoria Sierra Amaya

SI

08/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

09/01/11

2/28/14

107,14

Yolima Esther Torres Vergel

SI

5/01/13

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

34,29

39

Luz Elvira Ortiz Zabaleta

SI

7/01/12

1/31/13

NO PAGO APORTES

SI

11/01/13

2/28/14

8,57

40

Mariela Rangel Peinado

SI

5/11/99

6/30/02

NO PAGO APORTES

SI

08/01/08

2/28/14

265,71

41

Marian Cano Martínez

SI

11/01/13

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

12,86

42

Evanyelis Johanna Bermúdez Castro

SI

7/01/12

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

77,14

Elisa Rangel Florian

SI

8/01/08

3/31/09

NO PAGO APORTES

SI

7/01/12

2/28/13

4,29

44

Johanna Leniceth Iguaran Epiayu

SI

11/01/13

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

0

45

Nellys Esther Herrera Ramírez

SI

7/01/09

11/30/10

NO PAGO APORTES

SI

9/01/11

5/31/12

25,71

46

Miladis Ipuana Epiayu

SI

12/01/08

7/31/09

NO PAGO APORTES

SI

11/01/13

2/28/14

8,57

47

Ibeth Castro Otálora

SI

7/01/12

5/31/13

NO PAGO APORTES

NO

17,14

48

Dolores Mercedes Navarro Alfaro

SI

3/09/16

CAP. DE PAGO

NO

38,57

49

Carmen Elena Iguaran Quintero

SI

11/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

NO

0

50

Johana Patricia Jusayu Epiayu

SI

11/01/13

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

0

51

Deira Luz Manjarres Ávila

SI

8/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

8/01/08

6/30/2009

120

52

Nelvis Cecilia Gómez Rodríguez

SI

7/01/12

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

47,14

53

Yenis del Carmen Guzmán Hoyos

SI

10/01/12

4/30/13

CAP. DE PAGO

SI

2/28/14

0

54

Katty Yulieth Gutiérrez Montañez

SI

7/01/12

1/31/13

NO PAGO APORTES

SI

11/01/13

2/28/14

12,86

55

Oliva Navarro Avellaneda

SI

12/01/08

7/31/09

NO PAGO APORTES

SI

5/01/11

11/30/11

17,14

56

Wudys Conde Navarro

SI

07/01/12

1/31/13

NO

8,57

57

Minda Rosa Padilla Bravo

SI

07/01/09

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

218,57

58

Luz Darys García Morales

SI

08/01/08

9/30/09

NO PAGO APORTES

SI

5/01/13

10/31/13

30

59

Rosa Herminia Ramírez Toncel

SI

8/01/96

9/30/99

NO PAGO APORTES

SI

08/01/08

10/31/09

128,57

60

Yarlis Enit Tejeda Mendoza

SI

9/01/11

3/31/12

NO PAGO APORTES

NO

0

61

Damaris Pulido López

11/01/13

2/28/14

CAP. DE PAGO

NO

8,57

62

Dalia María Cambar Sapuaxia

SI

7/01/12

1/31/13

NO PAGO APORTES

Si

11/01/13

2/28/14

21,43

63

Ana Isabel Doria Tordecilla

SI

7/01/12

2/28/14

NO

60

64

Betty Trespalacio de Mercado

NO

65

Yaneth Leonor Rodríguez Villar

NO

66

Paula Rosa Brito Díaz

NO

67

Rosa Marlina Duarte Brito

NO

Juana Bautista Pinto Contreras

NO

69

Ester Leticia Mendoza Solano

NO

70

Imelda Josefa Solano Aphasana

NO

71

Idalis María Díaz Quintero

NO

72

María Petronila Cuadrado Sánchez

NO

73

Margarita Pushaina Epinayu

NO

74

Yulis Edith Arrieta Cervantes

NO

75

Elieth Elena Gamez Freyle

NO

76

Yameris Judith Berrio Ravelo

NO

77

Reina Yasmin Doria Tordecilla[7]

NO

3. Consorcio Colombia Mayor

Adjuntó el listado de las madres comunitarias que se afiliaron al PSAP, en una tabla que evidencia que 63 de las demandantes hicieron parte de ese programa, información que, al ser comparada por la Sala con la remitida por el Ministerio del Trabajo, coincide salvo por la ausencia de la afiliación de la señora Wudys Conde Navarro, de quien la cartera ministerial expuso que tuvo 8,57 semanas cotizadas, pero el consorcio señala que no hizo parte del programa.

Del mismo modo, evidenció la Sala que respecto a la señora María Petronila Cuadrado Sánchez informó el Consorcio que ingresó desde el 1 de mayo de 2009 al programa y, actualmente, es beneficiaria “ACTIVA” sin indicar las semanas cotizadas.

En ese sentido, al parecer de la entidad, las demandantes que no se afiliaron al PSAP, son las siguientes:

1

Betty Trespalacios de Mercado

8

2

Paula Rosa Brito Díaz

9

Rosa Marlina Duarte Britto

3

Juana Bautista Pinto Contreras

10

Ester Leticia Mendoza Solano

4

Imelda Josefa Solano Apusahana

11

Idalis María Díaz Quintero

5

Margarita Pushaina Epiyanu

12

Yulis Edith Arrieta Cervantes

6

Wudys Conde Navarro

13

Elith Elena Gámez Freyle

7

Yameris Judith Berrio Ravelo

14

Reina Yasmín Oquendo Echavarría

Del mismo modo, reiteró la cancelación de los beneficios por mora, prevista en el literal e) del artículo 9 del Decreto 2414 de 1998 y en el artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016. Y, por último, expuso la cancelación del PSAP por la causal de capacidad de pago.

4. Colpensiones

Arrimó la información de las demandantes que estuvieron afiliadas al PSAP, indicando la fecha de la afiliación y el motivo de la desvinculación. Además, reportó que las siguientes demandantes no hicieron parte del PSAP:

1

Betty Trespalacios de Mercado

8

Yaneth Leonor Rodríguez Villar

2

Paula Rosa Brito Díaz

9

Rosa Marlina Duarte Britto

3

Juana Bautista Pinto Contreras

10

Ester Leticia Mendoza Solano

4

Imelda Josefa Solano Apushana

11

5

Yulis Edith Arrieta Cervantes

12

Elith Elena Gámez Freyle

6

María Petronila Cuadrado Sánchez

13

Margarita Pushaina Epinayu

7

Yameris Judith Berrio Ravelo

14

Reina Yasmin Oquendo Echavarría

En ese sentido, la entidad indicó que 63 de las accionantes hicieron parte del PSAP, dentro de las que se encuentra la señora Wudys Conde Navarro quien fue reportada por el no pago de sus aportes cumplidamente.

Explicó que mensualmente Colpensiones genera para el Consorcio una cuenta de cobro de los subsidios que corresponden a los grupos poblacionales beneficiarios, de los cuales hacen parte las madres comunitarias, y en los eventos en los que la afiliada no realizó el pago del porcentaje que le correspondía, esa situación es verificada por el Consorcio con el fin de decidir sobre la suspensión del beneficio o el retiro del programa. Por el contrario, cuando la afiliada realizó los pagos correspondientes, se procede con el trámite de imputación, siempre y cuando el valor pagado corresponda con el grupo poblacional al que pertenece. Además, remitió un informe detallado que refleja el estado de cada uno de los aportes realizados por las demandantes afiliadas.

Respecto de la situación de las accionantes, indicó que sólo la señora María de la Cruz Mendoza Rodríguez adelantó el trámite de reconocimiento pensional, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. GNR 061530 del 14 de abril de 2013, concediéndole la

indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Además, advirtió, que solo tienen el historial laboral de 67 de las accionantes en la que consta el estado de su afiliación, el número de semanas subsidiadas, no subsidiadas y en mora y el reporte de cotizaciones entre 1967 y 1994, en caso de contar con semanas cotizadas en dichos tiempos. Lo anterior, con la excepción de las personas que no cuenta con historia laboral, las cuales seguidamente se relacionan:

1

Yaneth Leonor Rodríguez Villar

6

Paula Rosa Brito Díaz

2

Rosa Marina Duarte Britto

7

Ester Leticia Mendoza Solano

3

Idalis María Díaz Quintero

8

Yulis Edith Arrieta Cervantes

4

Elith Elena Gámez Freyle

9

María Petronila Cuadrado Sánchez

5

Margarita Pushaina Epinayu

10

Yameris Judith Berrio Ravelo

5. Demandantes

En el asunto ninguna de las demandantes absolvió los interrogantes que se les realizó, ni aportó documentación alguna.

III. TRÁMITE ADELANTADO EN TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del 11 de marzo de 2019, el Magistrado sustanciador consideró necesario vincular en sede de revisión a Fiduagraria S.A., por asistirle un interés en las resultas del proceso.

A través de apoderado judicial, Fiduagraria S.A.[8]. solicitó negar las pretensiones de las accionantes por cuanto sus derechos no han sido vulnerados, además de que las acciones de tutela incumplen con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, toda vez que, (i) las actoras cuentan con mecanismos judiciales ordinarios al no estar frente a un perjuicio irremediable pues a pesar de pertenecer a uno de los grupos marginados de la sociedad, actualmente cuentan con todas las prerrogativas de los trabajadores formales; y (ii) la supuesta afectación a las garantías básicas cesó hace más de 4 años.

En todo caso, hizo un llamado a dar aplicación a la Sentencia SU-079 de 2018 de esta Corporación, en la que se concluyó que no existe obligación alguna del ICBF, de la administradora fiduciaria, ni del Ministerio del Trabajo, de reconocer subsidios cuando las madres comunitarias han incumplido con su deber de pagar la parte del aporte que les correspondía y, en ese sentido, lo pretendido en esta ocasión no tiene ningún sustento legal ni jurisprudencial que lo fundamente.

Finalmente informó sobre los datos que reposan en sus bases de datos, los cuales coinciden

con los suministrados por el Consorcio Colombia Mayor, salvo por un registro que aparece activo en la información registrada por el consorcio, pero no así en la que arrimó Fiduagraria S.A. En este orden de ideas, las personas que según Fiduagraria, nunca estuvieron afiliadas al sistema son:

1

Betty Trespalacio de Mercado

8

Yaneth Leonor Rodríguez Villar

2

Paula Rosa Britto Díaz

9

Rosa Marlina Duarte Brito

3

Juana Bautista Pinto Contreras

10

Ester Leticia Mendoza Solano

4

Imelda Josefa Solano Apushana

11

Idalis María Díaz Quintero

5

Margarita Pushaina Epinayu

12

Yulis Edith Arrieta Cervantes

6

Elith Elena Gámez Freyle

13

Yameris Judith Berrio Ravelo

7

Reina Yasmín Oquendo Echevarría

Concluyó que, todas las demandantes omitieron su deber legal de cotizar y cumplir con su parte de la obligación impuesta para hacer efectivo el subsidio del PSAP y, por tanto, no puede endilgársele responsabilidad alguna en la supuesta violación de derechos fundamentales.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

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 Ocho de la Corte Constitucional que ordenó la selección y

acumulación respectiva.

2. Problema jurídico

De acuerdo con lo descrito en el capítulo anterior sobre los antecedentes de los casos acumulados que ahora se estudian, corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar de manera conjunta para las 77 demandantes de los dos asuntos, si ¿son procedentes las acciones de tutela contra los entes demandados y vinculados, para establecer la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados en sede de tutela, en las que las accionantes solicitan se les reconozca la existencia de un contrato realidad con el ICBF por su labor de madres comunitarias y, en consecuencia, 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 General de Seguridad Social en Pensiones? 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 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 General de Seguridad Social en Pensiones?

Por tanto, 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, en virtud de lo señalado en el artículo 86 Superior, ha reiterado que la acción de tutela es un mecanismo procesal preferente, informal, sumario y expedito que persigue el amparo y cuidado de las garantías fundamentales de una persona, cuando estas se encuentran vulneradas o amenazadas por la acción u omisión de una autoridad pública o

de un particular. Sin embargo, las anteriores características no relevan al ciudadano del cumplimiento de unos requisitos mínimos para que la acción de tutela sea procedente, 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 dos asuntos acumulados-, si resultan procedentes las acciones de tutela instauradas por la señora Amparo Ortiz Aguirre (T-6.913.441) y Mavis Isabel Jaraba Pachego y otras (T-6.919.735) contra el 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

En lo que tiene que ver con el requisito de legitimación en la causa por activa, 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”.

En este orden de ideas, la legitimación en la causa por activa se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de los representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; o (iv) mediante agente oficioso.

3.1.1. La Sala observa que las 77 accionantes presentaron las tutelas por intermedio de apoderados judiciales, alegando ser víctimas de la presunta vulneración de los derechos

fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital, a la vida y al trabajo.

También se advierte que, para cada caso, se anexaron los poderes especiales suscritos por las accionantes y los abogados. 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 mediante el apoderado judicial del titular del derecho fundamental presuntamente vulnerado. En consecuencia, se constata el cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

3.2. Legitimación en la causa por pasiva

La legitimación por 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; y (ii) en algunos de los trámites de los asuntos acumulados en el sub lite se vinculó a las siguientes entidades: Colpensiones, Ministerio del Trabajo y Consorcio Colombia Mayor 2013 cuyas funciones ahora las ejerce Fiduagraria S.A.[9].

3.2.1. Al respecto, frente a Colpensiones (anteriormente ISS), 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 FSP cuando corresponda. Así, tratándose del PSAP (al cual pueden estar inscritas las demandantes), este envía al Consorcio que administra los recursos del FSP 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 legitimada por pasiva en las acciones de tutela acumuladas.

3.2.2. También se comprueba la legitimación en la causa por pasiva del Ministerio del Trabajo, al que se encuentra adscrito el FSP, cuenta especial de la que se derivan los recursos para el PSAP del cual pueden ser beneficiarias las accionantes.

3.2.3. 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 PSAP, procesa la nómina respectiva y efectúa el giro del subsidio a Colpensiones.

En conclusión, la Sala constata el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por pasiva respecto a Colpensiones, el 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 de asuntos como el estudiado en esta ocasión se cumple cuando se 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 77 ciudadanas solicitan, en común, la protección constitucional frente a la supuesta negativa del ICBF a reconocer una relación de trabajo y pagar los aportes al SGSSP, 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, vida 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 Constitucional 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 los que se reclama el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas relacionadas con derechos pensionales, como es el caso de los aportes a pensión en el SGSSP, 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[10]. 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[11]”[12].

3.4.2. En el sub lite, las demandantes reclaman el reconocimiento y pago de los aportes a pensión en el SGSSP 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 77 accionantes, especialmente frente al derecho fundamental a la seguridad social, la Sala halla satisfecha la exigencia de inmediatez.

3.5. Subsidiariedad

3.5.1. Esta Corporación ha sostenido con base en el artículo 86 Superior, 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 existiendo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[13]. En desarrollo de ello, este Tribunal ha precisado que la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa ordinarios disponibles al efecto[14], pues la acción tutelar no puede desplazar caprichosamente los mecanismos judiciales específicos previstos en la correspondiente regulación común[15].

3.5.2. Respecto a las acciones de tutela promovidas por personas que se 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 padeciendo 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[16];
- Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como, por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente[17];
- Ser de la tercera edad[18];
- Afrontar un mal estado de salud[19];
- Ser madre cabeza de familia y/o víctima del desplazamiento forzado[20].

En ese sentido, 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. Así las cosas, para que se flexibilice el requisito de subsidiariedad de la acción en este tipo de asuntos, se debe acreditar la calidad de madre comunitaria y, a partir de ello, 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 esta Corte, ese medio ordinario resulta ineficaz para resolver el reclamo que emerge de un contexto en el que 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.

Ahora, teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encontró irregularidades en la información

suministrada que involucran a 21 mujeres, a saber: (i) Vilma Bersabett Iguarán de Mena, (ii) Yaneth Leonor Rodríguez, (iii) Carmen Sofía Epiayu Epiayu, (iv) Paula Rosa Brito Díaz, (v) Rosa Marlina Duarte Britto, (vi) Adaluz Iris Diaz Brito, (vii) Lucía Mercedes Díaz Daza, (viii) Miladis Ipuana Epiayu, (ix) Regina Uriana, (x) María Petronila Cuadrado, (xi) Yameris Judid Berrio Ravelo, (xii) Reina Yasmín Oquendo, (xiii) Betty Trespacios de Mercado, (xiv) Juana Bautista, (xv) Ester Leticia Mendoza, (xvi) Imelda Josefa Solano, (xvii) Idalis María Díaz Quintero, (xviii) Margarita Pushaina, (xix) Yulis Edith Arrieta, (xx) Wudys Conde Navarro, (xxi) Elith Elena Gamez.

Las 12 primeras personas corresponden a aquellas respecto de las cuales el ICBF manifestó no tener registro alguno y las restantes son personas que, aunque dicha entidad señaló que ostentaban la calidad de madre comunitaria, no acreditaron registros de afiliación ante el PSAP.

En ese sentido, teniendo en cuenta que los derechos alegados parten de la acreditación de la calidad de madre comunitaria, de la cual, en sus opiniones se derivaba la obligación de seguridad social pretendida, la Sala se encaminará a estudiar la situación de las 12 demandantes respecto de las cuales el ICBF manifestó no tener registro alguno.

Así las cosas, al analizar el caso de Vilma Bersabett Iguarán de Mena, se evidencia que, a pesar de las manifestaciones del ICBF de ausencia de registro en sus bases de datos, en su caso fue constatada su afiliación al PSAP por parte del Consorcio, de Colpensiones y del Ministerio de Trabajo. Adicionalmente, (i) allegó el historial laboral, (ii) se constató que tiene una calificación en el Sisbén de 19,54 puntos, (iii) adjuntó una certificación autenticada expedida por la Fundación Promigas en la que daban fe de su desempeño como madre comunitaria desde enero de 2001 a diciembre de 2002, (iv) un diploma en el que el ICBF y la Cruz Roja Colombiana le realizan un reconocimiento por su disposición en el programa educador familiar, (v) un carné de manipulación de alimentos expedido por el Hospital Nuestra Señora de los Remedios, en favor de la señora Iguarán, en la especialidad de madre comunitaria.

Respecto de la señora Carmen Sofía Epiayu Epiayu, debe destacarse que si bien el ICBF manifestó no tener registro, lo cierto es que tanto el Consorcio, como el Ministerio de Trabajo y Colpensiones sí acreditaron la afiliación al PSAP como madre comunitaria, a lo que

se suma que allegó una certificación expedida por el representante legal de la Fundación con los Brazos Abiertos, en la que certifica su desempeño como madre comunitaria desde el 10 de septiembre de 2007 hasta diciembre de 2009.

Con relación a la señora Rosa Marlina Brito Díaz encuentra la Sala que si bien el ICBF y las entidades vinculadas al caso, concuerdan en no tener existencia en sus registros de la calidad de madre comunitaria ni de la afiliación al PSAP, lo cierto es que dentro del material probatorio allegado al caso se aportó una certificación suscrita por la representante legal de la Fundación con los Brazos Abiertos, en la que se da constancia de su desempeño como madre comunitaria desde el 12 de julio de 2007 hasta el 8 de junio de 2012 y del valor de la beca recibida. Elemento que constituye una prueba a su favor que no fue desvirtuada concretamente por el ICBF, lo que permite presumir un indicio en favor de la veracidad de sus afirmaciones.

Frente a la situación de la señora Adaluz Iris Díaz Brito la Sala encuentra que las entidades vinculadas al caso acreditaron su afiliación al PSAP, además, tiene un puntaje de 24,83 puntos en el Sisbén y allegó una certificación expedida por la representante legal de “Juventud Gestora de Progreso -JUDESPRO” en la que da constancia de que la demandante se desempeñó como madre comunitaria desde el 4 de febrero hasta el 30 de diciembre de 2003.

Con respecto a la señora Lucía Mercedes Díaz Daza, se certificó por parte de las entidades vinculadas la afiliación al PSAP y, además, aportó tres constancias en las que se certifica su desempeño como madre comunitaria en distintos tiempos, las cuales fueron expedidas por los representantes legales de la Fundación con Sentido Social por Colombia “Funcol”, la Organización de Servicio Social Alianza Comunitaria “ALCOM”, y la Fundación Integrar.

Con relación a la señora Regina Uriana se aportó por parte de las entidades vinculadas la afiliación al PSAP en calidad de madre comunitaria y, además, la actora en el expediente adjuntó tres certificaciones autenticadas, expedidas por los representantes legales de la Fundación Integracionista “Kashy”, la Asociación de Hogares Comunitarios de Bienestar del Barrio La Unión y la Asociación de Hogares Comunitarios de Bienestar del Barrio Berlín, en las que se da constancia de su desempeño como madre comunitaria. Allegó además un diploma en el que el Coordinador del ICBF de la zonal No. 4 del municipio de Manaure le

resalta a la actora en calidad de madre comunitaria, la participación en un evento conmemorativo.

Frente a la señora María Petronila Cuadrado el Consorcio Colombia Mayor acreditó su afiliación al PSAP, aunque no pudo certificar los tiempos exactos de cotización. A lo que se suma que en su caso allegó certificaciones en las que se da constancia de su desempeño como madre comunitaria. A saber: las expedidas por distintos representantes legales de la Asociación de Padres Usuarios de Hogares de Bienestar de El Cafetal, en diferentes tiempos, además, un diploma de participación en un curso de “Gestión Básica de Cooperativismo” y otro por la participación en un seminario de “Nutrición Comunitaria a base de soya y germinados” dictado por el ICBF. Adicionalmente, la Sala destaca que la actora tiene 86 años y un puntaje en el Sisbén de 24,42 puntos.

En lo que tiene que ver con la señora Yameris Judith Berrio Ravelo, si bien no obra registro en el PSAP, lo cierto es que acreditó su calidad de madre comunitaria con una certificación expedida por la Fundación Porvenir, en la que se da constancia por parte de la representante legal, de que la actora estuvo desempeñándose como madre comunitaria en el HCB Los Pingüinos desde febrero de 2007 hasta diciembre de 2009, prueba que no fue atacada por parte del ICBF.

Con relación a la señora Reina Yasmín Oquendo, si bien las entidades vinculadas no dieron constancia de su afiliación al PSAP, lo cierto es que en el caso se evidencia una certificación expedida por la representante legal de la Asociación para el Desarrollo Cultural y Social de la Guajira “Adesgua” en la que da constancia de que dicha demandante se desempeñó como madre comunitaria desde el 12 de junio de 1996 hasta el 17 de abril de 2004, información que fue corroborada por el presidente de la Junta de Acción Comunal de Garrapatero del municipio de Maicao.

Así las cosas, en relación con las demandantes recién indicadas la Sala concluye que acreditaron elementos probatorios que permiten inferir que se desempeñaron como madres comunitarias.

Sin embargo, con relación a la señora Yaneth Leonor Rodríguez, la Sala considera que no se probó su calidad de madre comunitaria toda vez que, además de no existir registro por parte del ICBF, tampoco se encontró relación alguna en las bases de datos del Consorcio,

Ministerio de Trabajo, Colpensiones, ni allegó elementos de prueba que permitieran inferir una duda a su favor, pues aunque arrimó una certificación para acreditar dicha calidad, lo cierto es que la misma estaba suscrita por un particular quien no alegó ser representante legal de alguna fundación o asociación en concreto, la cual tampoco suministra ningún dato que permita corroborar la validez y veracidad de la información señalada.

Similar situación se presenta con la señora Paula Rosa Brito Díaz, que no se encuentra en los registros del ICBF ni tampoco en los de afiliación al PSAP. En efecto, para acreditar la calidad de madre comunitaria allegó una certificación suscrita por un particular, sin identificar la calidad en la que actúa, ni tampoco suministra algún dato que permita corroborar la validez y veracidad de la información que certificó.

Así las cosas, aunque si bien dicha entidad señaló un listado mayor de personas que no reposaba en sus bases de datos como madres comunitarias, lo cierto es que al contrastar la información suministrada por todas las entidades, la Sala encontró, en algunos casos, elementos probatorios que le generaron una duda en favor de la demandante respecto de su calidad de madre comunitaria, lo cual no pudo avizorarse en el caso de la señora Yaneth Leonor Rodríguez y Paula Rosa Brito Díaz, ya que los únicos documentos que aportaron para probar su calidad de madres comunitarias fueron unas certificaciones expedidas por particulares, sin hacer mención al cargo que fungen, o la asociación de padres o entidad que representan o el lugar en que fueron prestados los servicios, además de la información adicional que permitiera a la Corte verificar la información certificada. Esto, sumado al hecho de que ninguna de las entidades encontró registro alguno de esas personas, no permiten desvirtuar la afirmación del ICBF, y hacen que para dichas mujeres no se pueda flexibilizar el requisito de subsidiariedad de la acción.

Sin embargo, con relación a las 75 accionantes restantes, se debe avalar un estudio menos rígido, pues por el tipo de labor que desempeñaron, son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto se verifica que todas ellas cumplen con la siguiente condición especial:

(i) Encontrarse en una situación económica precaria que afecta su mínimo vital, lo que se configura por el hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo. Ello se presenta en este asunto pues de las pruebas obrantes en los expedientes resulta claro que las

accionantes percibieron por los servicios desarrollados desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, 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 aquellas 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, lo que avala la intervención del juez de tutela.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta exigencia se encuentra acreditada en los 75 casos en los que las accionantes demostraron haberse desempeñado como madres comunitarias, lo que es suficiente para considerar cumplido el requisito de subsidiariedad.

Sin embargo, también se encuentra acreditado que algunas de las demandantes:

(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[21]: “(...) 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 -Sisbén, se constató que el puntaje[22] que presenta la mayoría de las accionantes se ubica en el nivel 1, habida cuenta que 51 demandantes hacen parte de dicho parámetro, 8 en el nivel 2, siendo consideradas como pertenecientes a hogares en estado de vulnerabilidad.

NOMBRE

CÉDULA

PUNTAJE DEL SISBEN

EDAD

1

Amparo Ortiz Aguirre

39.150.195

Sin registro

62

2

Mavis Isabel Jaraba Pacheco

26.996.229

15,80

61

Betty Trespacios de Mercado

26.994.478

Sin registro

62

4

Josefa María Amaya Arciniegas

29.993.742

14,91

61

5

Miryam Lubo

26.992.561

15,31

75

6

Erellys Duarte de Molina

26.983.622

58,39

59

7

Carmen Sofía Epiayu Epiayu

56.053.073

Sin registro

45

8

Rosa Marlina Duarte Brito

26.986.808

11,30

54

9

Adalus Iris Díaz Brito

26.983.420

24,83

58

10

Margarita Rosa Carrillo Pushaina

26.985.093

Sin registro

45

11

Iris Yohana Angulo Jiménez

26.969.856

45,12

12

Juana Bautista Pinto Contreras

49.772.486

26,27

44

13

Lucía Mercedes Díaz Daza

27.004.429

48,67

52

14

Libia Astrid Barragán Murillo

40.918.673

49,89

58

15

Rubira Isabel González de Valdez

27.015.655

65,15

59

16

Ester Leticia Mendoza Solano

40.807.182

Sin registro

38

17

Imelda Josefa Solano Apushana

56.055.639

Sin registro

48

18

Gladis Leonor Mejía Moscote

40.917.315

41,56

62

19

María de la Cruz Mendoza Rodríguez

23.240.422

13,34

85

20

Graciela Uriana

40.837.867

37,78

62

21

Ana Ibis Guerra Ortega

27.013.907

38,14

67

22

40.797.102

32,14

57

23

Yadira Esther Pérez Montero

27.015.957

61,94

62

24

Idalis María Díaz Quintero

40.797.148

31,80

56

25

Ana Francisca Fragoso Beleño

27.013.270

46,83

73

26

Vilma Bersabette Iguarán de Mena

40.914.493

19,54

58

27

Gladys Mercado Cortes

57.180.018

65,71

59

28

Rosalía Uriana Epieyu

56.069.719

8,56

51

29

Regina Urianá

40.838.292

28,15

63

30

María Petronila Cuadrado

27.011.285

24,42

86

31

Margarita Pushaina Epinayu

56.057.145

Sin registro

42

32

Elba Rosa Alguero

22,44

61

33

Luz Enith Castrillo Ospino

26.995.337

5,79

58

34

Elma Rosario Gamez Toncel

27.005.389

57,84

57

35

Aurora Castaño Mendoza

36.518.387

29,42

47

36

Maleny Adalays Amaya Rojas

40.893.605

36,28

58

37

Marinella Barbosa Correa

56.089.139

43

38

Viviana Tile Uriana

40.945.058

Sin registro

33

39

Alides Sofía Gil Villegas

39.007.997

29,95

62

40

María Beatriz Cadena Rangel

26.785.856

42,49

61

41

Milagro Medina Barrios

56.084.464

35,90

48

42

Miriam Rocío Valencia Sinisterra

56.083.773

16,89

48

43

Manuela Beatriz Mejía Suárez

56.090.971

31,21

44

Edita Gregoria Sierra Amaya

56.082.951

36,42

47

45

Yolima Esther Torres Vergel

56.090.642

31,06

43

46

Luz Elvira Ortiz Zabaleta

56.081.214

29,91

49

47

Mariela Rangel Peinado

60.310.274

23,31

54

48

Miriam Cano Martínez

56.087.964

12,27

52

49

Evanyelis Yohana Bermúdez Castro

57.463.339

8,25

33

50

Elisa Rangel Florian

39.491.432

26,72

35

51

1.124.032.605

Sin registro

27

52

Nellys Esther Herrera Ramírez

49.796.393

20,09

40

53

Miladis Ipuana Epiayu

1.124.020.573

22,47

30

54

Ibeth Castro Otalora

40.880.184

31,57

35

55

Dolores Mercedes Navarro Alfaro

56.089.787

25,67

40

56

Carmen Elena Iguaran Quintero

26.959.877

12,04

76

57

Johana Patricia Jusayu Epiayu

1.006.889.211

Sin registro

32

58

Deira Luz Manjarres Ávila

33.200.398

45,63

53

59

Nelvis Cecilia Gómez Rodríguez

39.096.056

26,79

44

60

Yenis del Carmen Guzmán Hoyos

38,01

42

61

Katty Yulieth Gutiérrez Montaña

1.124.032.545

Sin registro

27

62

Oliva Navarro Avellaneda

28.023.714

3,89

54

63

Yulis Edit Arrieta Cervantes

1.123.992.816

43,51

33

64

Wudys Conde Navarro

32.718.780

35,20

60

65

Minda Rosa Padilla Bravo

56.086.874

34,17

44

66

Aracelis Esther Villalba Granados

39.032.681

19,85

56

67

Elith Elena Gamez Freyle

1.124.020.255

24,07

32

Luz Darys García Morales

56.084.110

29,40

49

69

Rosa Herminia Ramírez Toncel

56.082.110

45,67

52

70

Yarlis Enit Tejada Mendoza

56.088.814

28,79

41

71

Damaris Pulido López

40.877.823

18,55

37

72

Yameris Judith Berrio Ravelo

40.881.024

11,99

35

73

Dalia María Cambar Sapuana

27.024.996

18,38

42

74

Reina Yasmin Oquendo Echavarría

49.779.332

26,02

45

75

Ana Isabel Doria Tordecilla

1.123.992.569

25,73

33

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 procedente la tutela contenida en el expediente T-6.913.441 y, en lo que tiene que ver con el segundo caso, el expediente T-6.919.735, la Sala encuentra probada la procedencia respecto de las demandantes, salvo las siguientes dos personas: Yaneth Leonor Rodríguez y Paula Rosa Brito.

Lo anterior, por cuanto no demostraron encontrarse frente a un perjuicio irremediable que justifique el desplazamiento de las competencias del juez común, a pesar de la solicitud de pruebas que realizó el Magistrado sustanciador, frente a la cual guardaron silencio, así como tampoco acreditaron pertenecer al grupo de madres comunitarias para considerarlas sujeto de especial protección constitucional, de modo que se flexibilizara el análisis de los requisitos de procedibilidad.

En ese sentido, teniendo en cuenta la similitud de las pretensiones en los dos casos acumulados, se realizará al análisis del problema jurídico formulado 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[23] y los artículos 1[24] y 48 (seguridad social)[25] 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. 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”[26], 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[27].

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

El programa Hogares Comunitarios de Bienestar fue aprobado en 1986 por el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES, “como estrategia de desarrollo humano integral dirigida a atender a los niños menores de 7 años pertenecientes a las poblaciones más pobres del país. Con este Programa se busca apoyar el proceso de socialización y mejorar la nutrición y las condiciones de vida de estos niños mediante acciones realizadas por las madres comunitarias”[28].

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”[29].

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[30]; b) la participación de la comunidad[31]; y c) la determinación de la población prioritaria[32].

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”[33]; 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[34].

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 clasificación 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[35] y administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad[36].

De acuerdo con el artículo 5, y sus actualizaciones[37], 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” (Negrillas de la Sala)[38].

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[39] “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” [40].

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” [41] (Subrayado de la Sala).

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 prestaciones 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[42], 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[43], 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 su turno, el Acto Legislativo 1 de 2005, estableció, entre otras, que “[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión” (subrayado fuera de texto).

A través de la Ley 1023 de 2006[44] 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 realizara esta actividad. Además, reiteró que el Fondo de Solidaridad Pensional administraría los recursos que cubren el subsidio a los aportes de ellas.

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”.

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)[45] 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"[46]. (Subrayado fuera de texto)

A su turno, el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008[47] 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”. 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[48]. 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”[49].

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)” y definió “las reglas para la determinación del cálculo actuarial establecido en el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011”[54].

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 alcanzado 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[55].

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:

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. Reiteración

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.

(...)

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, 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”[56].

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 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 efecto, en la Sentencia T-480 de 2016 se estudió el caso acumulado de 106 ciudadanas 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 por parte de la entidad durante el tiempo en que se desempeñaron como madres comunitarias.

En dicha ocasión, la Sala sostuvo que entre el ICBF y las 106 madres comunitarias sí existió contrato de trabajo realidad 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 exhorto 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”[57].

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 2018, a través del Auto 546 de 2018.

6. Análisis de los casos concretos acumulados.

Las accionantes solicitaron al juez de tutela 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 SGSSP?

Al efecto, y de acuerdo con lo ya dicho respecto a que el precedente aplicable al sub lite es la Sentencia SU-079 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 providencia:

“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.

La Ley 100 de 1993 estableció que el Fondo de Solidaridad Pensional comenzaría a funcionar a partir del 1º de enero de 1995, sin modificar la voluntariedad en la afiliación de los grupos de población que por sus características no tiene acceso a los sistemas de seguridad social –dentro de los que se incluyen las madres comunitarias Art. 2.2.14.1.1., los potenciales beneficiarios debían diligenciar el formulario para que la fiduciaria encargada de administrar los recursos (hoy Colombia Mayor 2013), definiera el acceso al subsidio y, una vez concedido el mismo, el afiliado cumpliera con la obligación de realizar el aporte en el porcentaje que le correspondía (20%) a la Administradora de Fondo de Pensiones del sector social y solidario (Colpensiones). Una vez realizara el pago del porcentaje respectivo, la Administradora de Fondo de Pensiones cobraba al Fondo de Solidaridad Pensional el porcentaje subsidiado restante” (subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala concluye que en los asuntos bajo examen tampoco se puede predicar la existencia de una relación laboral entre el ICBF y las accionantes, pues como fue decantado en el precedido fallo, la actividad desempeñada por las madres comunitarias, con anterioridad a febrero de 2014, gozaba de una regulación normativa que tenía un enfoque solidario cuya vinculación no implicaba una relación laboral bajo ningún

caso, ni con los organismos o entidades responsables de la ejecución (art. 4º del Decreto 1340 de 1995 y art. 16 del Decreto 1137 de 1999).

Adicional a lo anterior, de acuerdo con el material probatorio que reposa en el plenario sobre el estado actual e historia de las accionantes en el PSAP que reportó el Consorcio Colombia Mayor y Fiduagraria, se constata que varias de las accionantes se afiliaron al FSP, algunas realizaron los aportes de forma constante mientras otras lo hicieron esporádicamente o dejaron de hacerlo, y otras ni siquiera se afiliaron.

Al respecto, dichas entidades coinciden en indicar que 63 de las demandantes hicieron parte del PSAP, dentro de las que se encuentran mujeres que no realizaron cumplidamente los aportes, o que efectuaron cotizaciones parciales durante su afiliación y, por el contrario, otras 14 demandantes no se afiliaron, a saber:

1

Betty Trespalacios de Mercado

8

Yaneth Leonor Rodríguez Villar

2

Paula Rosa Brito Díaz

9

Rosa Marlina Duarte Britto

3

Juana Bautista Pinto Contreras

10

Ester Leticia Mendoza Solano

4

Imelda Josefa Solano Apusahana

11

Idalis María Díaz Quintero

5

Margarita Pushaina Epiyanu

12

Yulis Edith Arrieta Cervantes

6

Wudys Conde Navarro

13

Elith Elena Gámez Frayle

7

14

Reina Yasmín Oquendo Echavarría

Por tanto, según la información consignada en las respuestas que el Consorcio Colombia Mayor y Fiduagraria dieron a los interrogantes de esta Corte[58], la cual seguidamente se especificará, se tiene que 63 de las accionantes fueron beneficiarias del PSAP pero todas incurrieron en una causal de suspensión y retiro del programa, o bien por dejar de cancelar durante 4 o 6 meses continuos el aporte que les correspondía o por adquirir capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte respectivo, como consecuencia de la

formalización realizada en el 2014. Del mismo modo, se evidencia las 14 demandantes restantes que no se afiliaron o registraron en ningún momento como beneficiarias del programa.

#

Nombre

Subsidio al aporte

Desde

Hasta

Número de novedades

Causal de retiro

Semanas cotizadas

1

Amparo Ortiz Aguirre

SI

11/01/00

01/05/04

30/06/02

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO AL CONTRIBUTIVO

420

2

Mavis Isabel Jaraba Pacheco

SI

01/08/96

01/12/02

30/09/99

31/10/03

30/09/09

1

2

3

NO PAGO APORTES

12,86

3

Josefa María Amaya Arciniegas

SI

01/08/96

30/09/99

1

NO PAGO APORTES

0

4

Miryam Lubo

SI

01/08/96

01/12/02

30/09/99

31/10/03

31/03/09

1

2

3

NO PAGO APORTES

NO PAGO APORTES

POR VEJEZ

0

5

Erellys Duarte Molina

SI

01/08/96

01/11/08

30/09/99

31/05/12

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN VOLUNTARIO

6

Carmen Sofía Epiayu Epiayu

SI

01/11/08

30/06/09

1

NO PAGO APORTES

0

7

Adaluz Iris Díaz Brito

SI

01/08/96

30/09/99

1

NO PAGO APORTES

8,57

8

Margarita Rosa Carrillo Pushaima

SI

01/08/96

30/09/99

1

NO PAGO APORTES

8,57

9

Iris Yohana Angulo Jiménez

SI

01/01/14

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

0

10

Lucía Mercedes Díaz Daza

SI

01/08/96

01/11/08

30/06/01

31/01/10

1

2

NO PAGO APORTES

11

Libia Astrid Barragán Murillo

SI

01/08/96

01/11/08

30/09/99

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

278,57

12

Rubira Isabel González de Valdes

SI

01/08/96

01/11/08

30/09/99

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

252,86

13

Gladis Leonor Mejía Moscote

SI

01/12/97

30/06/01

1

NO PAGO APORTES

0

14

María de la Cruz Mendoza Rodríguez

SI

01/09/96

31/03/13

1

SUSPENSIÓN -BDUA

0

15

Graciela Uriana

SI

01/10/96

30/06/01

1

NO PAGO APORTES

72,86

16

SI

01/11/97

30/09/99

1

NO PAGO APORTES

0

17

Olga Beatriz Escobar Núñez

SI

01/08/96

30/09/99

1

NO PAGO APORTES

8,57

18

Yadira Esther Pérez Montero

SI

01/08/96

01/11/08

30/09/99

30/06/09

1

2

NO PAGO APORTES

12,86

19

Ana Francisca Fragoso Beleño

SI

01/10/96

30/09/99

1

NO PAGO APORTES

0

20

Vilma Bersabette Iguaran de Mena

SI

01/11/97

01/10/02

30/09/99

31/05/05

1

2

NO PAGO APORTES

64,29

21

Gladis Mercado Cortes

SI

01/08/02

31/10/04

30/06/12

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN -VOLUNTARIO

137,14

22

Aracelis Esther Villalba Granados

SI

01/06/02

01/03/04

30/04/03

31/08/12

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN- RUA

411,43

23

Rosalía Uriana Epieyu

SI

01/09/96

30/06/02

1

NO PAGO APORTES

120

24

Regina Uriana

SI

01/09/96

30/06/01

1

NO PAGO APORTES

111,43

25

SI

01/01/98

01/08/02

30/06/01

31/10/03

1

2

NO PAGO APORTES

0

26

Luz Enit Castrillo Ospino

SI

01/08/96

30/09/99

1

NO PAGO APORTES

25,71

27

Elma Rosario Gamez Toncel

SI

01/08/96

30/09/99

1

NO PAGO APORTES

8,57

28

Aurora Castaño Mendoza

SI

01/08/08

01/07/12

28/02/10

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN-PASO CONTRIBUTIVO

111,43

29

Adalys Maleny Amaya Rojas

SI

01/08/96

01/08/08

30/09/99

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN- PASO CONTRIBUTIVO

274,29

30

Marinella Barbosa Correa

01/05/13

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

21,43

31

Viviana Tile Uriana

SI

01/11/13

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

0

32

Alides Sofía Gil Villegas

SI

01/07/12

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

64,29

33

María Beatriz Cadena Rangel

SI

01/08/08

02/07/12

31/03/11

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

184,29

34

Milagro Medina Barrios

SI

01/08/08

30/09/99

31/12/09

1

2

NO PAGO APORTES

21,43

35

Miriam Rocío Valencia Sinisterra

SI

01/01/14

2/28/14

1

SUSPENSIÓN PASO A CONTRIBUTIVO

0

36

Manuela Beatriz Mejía Suárez

SI

01/07/12

01/11/13

31/01/13

28/02/14

1

2

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

17,14

37

Edita Gregoria Sierra Amaya

SI

08/01/96

01/09/11

30/09/99

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

107,14

38

Yolima Esther Torres Vergel

SI

01/05/13

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

34,29

39

Luz Elvira Ortiz Zabaleta

SI

01/07/12

01/11/13

31/01/13

20/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

8,57

40

SI

01/05/99

01/08/08

30/06/02

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

265,71

41

Marian Cano Martínez

SI

01/11/13

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

12,86

42

Evanyelis Johanna Bermúdez Castro

SI

01/07/12

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

77,14

43

Elisa Rangel Florian

SI

01/08/08

01/07/12

31/03/09

28/02/13

1

2

NO PAGO APORTES

4,29

44

SI

01/11/13

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

0

45

Nellys Esther Herrera Ramírez

SI

01/07/09

01/09/11

30/11/10

31/05/12

1

2

NO PAGO APORTES

25,71

46

Miladis Ipuana Epiayu

SI

01/12/08

01/11/13

31/07/09

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

8,57

47

Ibeth Castro Otálora

SI

01/07/12

31/05/13

1

NO PAGO APORTES

17,14

48

Dolores Mercedes Navarro Alfaro

SI

01/05/13

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

38,57

49

Carmen Elena Iguaran Quintero

SI

01/11/96

30/09/99

NO PAGO APORTES

0

50

Johana Patricia Jusayu Epiayu

SI

01/11/13

2/28/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

0

51

Deira Luz Manjarres Ávila

SI

01/08/96

01/08/02

01/08/08

01/09/11

01/05/13

9/30/99

31/05/05

30/06/09

31703/12

31/12/13

1

2

3

4

5

NO PAGO APORTES

120

52

Nelvis Cecilia Gómez Rodríguez

SI

01/07/12

2/28/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

47,14

53

Yenis del Carmen Guzmán Hoyos

SI

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

0

54

Katty Yulieth Gutiérrez Montañez

SI

01/07/12

01/11/13

31/01/13

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

12,86

55

Oliva Navarro Avellaneda

SI

01/12/08

01/05/11

01/05/13

31/07/09

30/11/11

28/02/14

1

2

3

NO PAGO APORTES

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

17,14

56

María Petronila Cuadrado Sánchez[59]

SI

01/05/09

57

Minda Rosa Padilla Bravo

SI

01/07/09

2/28/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

218,57

58

Luz Darys García Morales

SI

01//08/08

01/09/11

01/05/13

01/01/14

30/09/09

30/04/12

30/10/13

28/02/14

1

2

3

4

NO PAGO APORTES

NO PAGO APORTES

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

30

59

Rosa Herminia Ramírez Toncel

SI

01/08/96

01/08/08

01/09/11

30/09/99

30/11/09

28/02/14

1

2

3

NO PAGO APORTES

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

128,57

60

Yarlis Enit Tejeda Mendoza

SI

01/09/11

31/03/12

1

0

61

Damaris Pulido López

SI

01/11/13

28/02/14

1

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

8,57

62

Dalia María Cambar Sapuaxia

SI

01/07/12

01/11/13

31/01/13

28/02/14

1

2

NO PAGO APORTES

SUSPENSIÓN PASO CONTRIBUTIVO

21,43

63

Ana Isabel Doria Tordecilla

SI

01/07/12

2/28/14

1

SUSPENSIÓN PASO AL CONTRIBUTIVO

60

64

Betty Trespalacio de Mercado

65

Yaneth Leonor Rodríguez Villar

NO

66

Paula Rosa Brito Díaz

NO

67

Rosa Marlina Duarte Brito

NO

68

Juana Bautista Pinto Contreras

NO

Ester Leticia Mendoza Solano

NO

70

Imelda Josefa Solano Aphasana

NO

71

Idalis María Díaz Quintero

NO

72

NO

73

Margarita Pushaina Epinayu

NO

74

Yulis Edith Arrieta Cervantes

NO

75

Elieth Elena Gamez Freyle

NO

76

Yameris Judith Berrio Ravelo

NO

77

NO

En efecto, los decretos que han reglamentado el funcionamiento del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional[62], 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[63]. 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” (negrilla 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 FSP actualmente administrado por Fidagraria 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, el administrador del FSP 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.

Por tanto, la Sala encuentra acreditado en el caso que las 63 demandantes que estuvieron afiliadas en el PSAP que estas incurrieron en alguna de las causales que prevé el Decreto 1823 de 2016 que acarrearán la pérdida de dicho beneficio, habida cuenta que, en la mayoría de los casos dejaron de efectuar los aportes en los términos del numeral 4º del artículo 2.2.14.1.24 de la comentada disposición normativa y, en otros, por haber adquirido

capacidad de pago para efectuar la totalidad de los aportes (numeral 1º), originada del monto del salario que perciben a partir de la formalización que en el 2014 se hiciera de dicha actividad, más no se sustenta dicha afirmación en otra condición socioeconómica particular de la madre comunitaria.

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 (...)”[64].

En suma, las acciones impetradas no resultan viables en la medida que las 63 tutelantes que se interesaron en acceder al programa, perdieron el derecho al subsidio como se indicó atrás al incurrir en las causales de retiro y suspensión 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”[65].

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

Dicha negativa se refuerza aún más en las 12 demandantes[66] que no se afiliaron al PSAP, quienes no cumplieron con el deber de afiliación luego resulta desproporcionado endilgarle una responsabilidad a unas entidades que se encontraban supeditadas al registro de los beneficiarios y al aporte del porcentaje que le correspondía para proceder al desembolso de la parte subsidiada, como se vio en la parte considerativa de esta sentencia.

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. LEVANTAR la suspensión de términos en el proceso de la referencia.

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 1 de junio de 2018 que revocó parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira del 24 de abril de 2018 que declaró la improcedencia de la acción de tutela, dentro del expediente T-6.913.441. En su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha el 5 de marzo de 2018 que confirmó la dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de la misma ciudad del 24 de enero de 2018 por medio de la cual se tutelaron los derechos fundamentales de las accionantes dentro del expediente T-6.919.735. En su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE LA TUTELA con relación a las señoras Yaneth Leonor Rodríguez y Paula Rosa Brito y NEGAR el amparo por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia respecto de las 74 accionantes restantes.

CUARTO. 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

Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-244/19

Referencia: Expedientes T-6.913.441 y T-6.919.735

Demandantes: Amparo Ortiz Aguirre (T-6.913.441) y Mavis Isabel Jaraba Pacheco y otras (T-6.919.735)

Demandados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la Sentencia T-244 de 2019, adoptada por la mayoría de la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en sesión del 4 de junio de ese mismo año.

En términos generales comparto la providencia, pero disiento de las consideraciones que fundamentan la procedencia de estas acciones de tutela, específicamente en lo que tiene relación con el principio de subsidiariedad.

1. La Sentencia T-244 de 2019 fue proferida para resolver la solicitud de amparo de 77 mujeres que afirmaron haber sido madres comunitarias. Según lo relataron, sus labores

eran: (i) cuidar de 15 o más niños y niñas asignados al hogar comunitario; (ii) alimentarlos; (iii) organizar y realizar actividades pedagógicas; y (iv) garantizar su salud e higiene, en una jornada que iniciaba con la preparación de las condiciones del lugar y de los alimentos, aproximadamente a las 5:00 a.m. y terminaba más allá de las 4:00 p.m. Según su postura, la forma en que asumieron el desarrollo de estas actividades fue personal, permanente y subordinada respecto del ICBF, pues eran asignadas, estandarizadas y verificadas por esa entidad. Incluso recibieron un pago mensual (denominado “beca”), que fue inferior al salario mínimo hasta febrero de 2014. Pese a ello, el ICBF se ha negado a reconocer los aportes al sistema de seguridad social, lo que “impide que a futuro puedan acceder a una pensión de vejez”.

A causa de ello, las accionantes interpusieron esta acción de tutela y le solicitaron al juez declarar la existencia del contrato realidad entre ellas y el ICBF; además, ordenar al ICBF pagar los aportes pensionales y los intereses moratorios desde la fecha de su vinculación y hasta el 31 de enero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad se hayan vinculado a dicho programa; así como salarios, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, dotación, subsidio de transporte, sanciones moratorias e indemnizaciones, entre otros.

2. Uno de los jueces de primera instancia declaró improcedente la solicitud de amparo por inobservancia de los principios de subsidiariedad e inmediatez. El otro concedió el amparo y ordenó el reconocimiento y pago del 100% de los aportes parafiscales durante el tiempo que duró la vinculación de las actoras.

Impugnadas las mencionadas sentencias, la primera decisión fue mantenida respecto del contrato realidad y revocada en cuanto al reconocimiento pensional, por lo que el ad quem ordenó reconocer y pagar el 100% de los aportes parafiscales desde el 15 de octubre de 2004 hasta el 12 de febrero de 2014. La segunda decisión fue confirmada.

3. En relación con este asunto, la Sala Quinta de Revisión analizó si “¿son procedentes las acciones de tutela contra los entes demandados y vinculados, para establecer la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados en sede de tutela, en las que las accionantes solicitan se les reconozca la existencia de un contrato realidad con el ICBF por su labor de madres comunitarias y, en consecuencia, 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 General de Seguridad Social en Pensiones?” y como quiera que encontró que sí lo eran, evaluó si “¿entre el 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 General de Seguridad Social en Pensiones?”

Concluyó que la acción de tutela no puede prosperar porque las accionantes, que accedieron al programa de subsidio al aporte[67], incumplieron las condiciones de este último y dejaron de efectuar los aportes que les correspondían, durante largos periodos hasta ser desvinculadas de aquel; en esa medida la sentencia consideró que no existen derechos exigibles donde hay deberes incumplidos. No puede trasladarse la omisión de las accionantes al Estado y reconocer las prestaciones sociales en relación con las que no efectuaron el aporte correspondiente. De hacerlo, de conformidad con la sentencia SU-079 de 2018 se desconocerían el interés común y los principios de solidaridad y de legalidad.

Si bien la acción de tutela es subsidiaria, no lo es únicamente por la condición socioeconómica del accionante, menos aun si no se ha demostrado la vulnerabilidad.

5. La sentencia sostuvo que las acciones de tutela cumplieron con el requisito de subsidiariedad porque sus promotoras merecen una protección especial a causa de su condición socioeconómica. A partir de la jurisprudencia de esta Corporación, encontró que para dar por satisfecho dicho requisito, además de corroborar la condición de madre comunitaria que esgrimieron las actoras, debía validar una de las siguientes condiciones: (i) una situación económica precaria que afecte el mínimo vital; (ii) ser parte de un grupo poblacional en condición de desventaja económica y social; (iii) ser una persona de la tercera edad; (iv) tener problemas de salud; o (v) ser madre cabeza de familia y/o víctima del desplazamiento forzado.

La Sala encontró que todas las reclamantes eran madres comunitarias[68] y cumplían la primera de las condiciones, al encontrarse en una situación económica precaria, por devengar menos de un salario mínimo hasta el 1° de febrero de 2014 y “haber recibido un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, antes de ser vinculadas formalmente, [viendo] afectado su mínimo vital durante los años de servicio, lo que avala la

intervención del juez de tutela”, de conformidad con lo dicho en la Sentencia SU-079 de 2018. Precisó que algunas de las accionantes, además, hacen parte de los sectores más deprimidos de la sociedad y así se desprende de su inclusión en los niveles I y II del SISBEN.

6. No comparto la posición mayoritaria de la Sala en este tema. El análisis sobre la precariedad económica y el compromiso del mínimo vital de las 75 madres comunitarias que interpusieron los amparos no puede valorarse por la condición en la que se encontraban cerca de cinco años antes de promover la acción. La necesidad de intervención inmediata del juez, asociada a la naturaleza misma de la acción de tutela, no puede derivarse de una situación pretérita para el momento de proferir la decisión[69]. Parece desacertado asumir que ellas aún se encuentran en riesgo debido a que hasta el 1º febrero de 2014 recibían una contraprestación inferior al salario mínimo. Lo cierto es que a partir de esa fecha eso cambió y para cuando presentaron la tutela ninguna de las accionantes continuaba en esa situación.

Adicionalmente, algunas de las 75 madres comunitarias ya no prestaban el servicio cuando interpusieron el amparo y no queda claro cómo las circunstancias económicas que atravesaban antes de 2014 pueden considerarse actuales para todas ellas.

Incluso las condiciones de las actoras son tan variadas que hay adultas mayores, personas de la tercera edad, pero también mujeres de 27, 30, 32 y 45 años, cuyo compromiso económico no se deduce con facilidad. Asimismo, si bien algunas fueron calificadas en los niveles I y II del SISBEN, también hay varias que no han sido siquiera registradas en él. Así, es difícil aceptar en forma general que en los 75 casos existe vulnerabilidad económica.

7. Adicionalmente, cabe anotar que, si bien la decisión de la que me aparto se soporta en un fallo de unificación de esta Corporación, esto es en la Sentencia SU-079 de 2018, es importante recordar que en los casos analizados en esa oportunidad, las madres comunitarias habían demostrado estar en condiciones apremiantes, al haber quedado desempleadas y no disponer de fuentes de ingreso, luego estaba probada su situación de vulnerabilidad. Sin embargo, en esta ocasión no ocurre lo mismo.

8. Debido a ello, disiento de la conclusión general sobre la debilidad económica de las accionantes, pues el expediente no da cuenta de ella y la fundamentación probatoria al

respecto es problemática. Considero que la acción de tutela no debió declararse procedente con base en una asumida, no probada, precariedad económica, al no existir información sobre el riesgo actual para el mínimo vital de las accionantes. Sin embargo, creo que la tutela sí procede, pero con base en la pertenencia de quienes propusieron esta acción a un grupo históricamente vulnerable y en condición de desventaja social.

9. Las accionantes son mujeres que se desempeñaron como madres comunitarias[70]. Asumieron el cuidado de menores de edad, cuyas familias, ubicadas en áreas caracterizadas por la pobreza[71] de las que ellas también hacían parte, no podían brindarlo en las condiciones de tiempo, modo y lugar requeridos. Se encargaron de “asistir y proteger a los niños y niñas con el fin de garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”[72]. Las actividades de cuidado que desempeñaron se encuentran relacionadas principalmente con “las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños y niñas con mayores necesidades del país”[73], y están asociadas a labores propias de la esfera doméstica.

El trabajo doméstico ha sido infravalorado desde el punto de vista económico y sometido a una discriminación histórica asociada al género y a los roles que tradicionalmente se impusieron en la sociedad, en función de aquel[74]. El desempeño de las labores de cuidado fue adjudicado a la mujer, confinado por mucho tiempo al hogar, al que se circunscribieron sus beneficios, lo que lo hizo invisible en la esfera pública. A través de ese imaginario histórico y cultural, las labores del hogar resultaron relegadas, al ser desprendidas del valor social y económico que tienen, por no generar un valor dinerario identificable en forma directa. Asociadas a la figura femenina, se asumió que solo eran relevantes para la reproducción social y el mantenimiento de las condiciones básicas de subsistencia humana, sin advertir que contribuyen a la producción económica familiar[75] y social[76].

Esta apreciación, no solo constituye un imaginario sobre las tareas de cuidado y sobre quienes las ejecutan, sino que además redundo en la precarización de su ejercicio[77]. Debido a él, la actividad de las madres comunitarias las expone a patrones y concepciones sociales de larga data, que las sitúan en una posición de desventaja social, como mujeres dedicadas al cuidado. A causa de la actividad que desempeñan, se enfrentan a un desequilibrio que ha llevado a la invisibilización del trabajo doméstico como una actividad económica[78] y a la disminución de su valor en la sociedad.

10. En ese contexto, planteo que si bien no se sabe si las accionantes se encuentran actualmente en una condición económica apremiante -como expliqué-, todas ellas hacen “parte de un grupo poblacional en condición de desventaja (...) social”, como mujeres dedicadas a tareas asociadas al cuidado, sobre el que pesa una vulnerabilidad asociada al género. Sostengo que, inclusive en la evaluación del cumplimiento de los requisitos de procedencia, es necesario aplicar un enfoque de género que visibilice las diferencias a las que las mujeres han estado sometidas históricamente y que han generado su exclusión.

A partir de él, encuentro que las accionantes si se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta que amerite entender superado el requisito de subsidiaridad y, en esa medida la acción constitucional es procedente.

De esta manera, expongo la razón que me conduce a aclarar el voto respecto de la Sentencia T-244 de 2019, adoptada por la Sala Quinta de Revisión.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Decreto 2388 de 1979. Artículo 127.

[2] Mediante auto del 18 de abril de 2018, el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira resolvió ordenar la vinculación del FSP –Consorcio Colombia Mayor, así como notificarle de la acción de tutela para que se pronuncie al respecto.

[3] El escrito no precisa respecto a qué se encuentra activa la actora.

[4] El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, mediante auto del 18 de enero de 2018, dispuso notificar el contenido de la demanda al Ministerio de Trabajo, a efectos de que rinda un informe sobre los hechos señalados en la tutela.

[5] Por virtud de la vinculación que el despacho le realizó mediante auto del 18 de enero de 2018.

[6] Según lo señalado en el Decreto 1983 de 2017, que modificó el Decreto 1069 de 2015.

[7] Por el número de cédula, el nombre real de la persona que no estuvo afiliada al PSP es la señora Reina Yasmín Oquendo.

[8] Mediante respuesta recibida por correo electrónico en la Secretaría General de esta Corporación, el 15 de marzo de 2019, a las 16:55 pm y, en físico, el 18 del mismo mes y anualidad.

[9] Entidad que, mediante auto del 11 de marzo de 2019, el Magistrado sustanciador resolvió vincular al asunto bajo examen.

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

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

[12] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-207A de 2018.

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

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

[16] 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.

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

[18] Consultar Auto 186 de 2017.

[19] Consultar Auto 186 de 2017.

[20] Ver Sentencia T-628 de 2012.

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

[22] En efecto, el Nivel 1: está dentro del rango 0 a 44,79 en las cabeceras municipales y de 0 a 32,98 en el área rural. El Nivel 2: está dentro del rango de 44,80 en el área urbana y 32,99 al 37.80 en el área rural. (Información obtenida en <http://inflacion.com.co/sisben-nivel-3.html>)

[23] 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.

[24] El artículo 1 Superior instituye al trabajo en uno de los cuatro pilares fundantes del Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho, el cual se encuentra organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

[25] 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.

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

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

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

[29] 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 (...)".

[30] 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.

[31] 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.

[32] 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.

[33] Artículo 3.

[34] Artículo 4.

[35] 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".

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

[37] 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).

[38] Corte Constitucional. Sentencia SU-079 de 2018.

[40] Artículo 25.

[41] Artículo 26.

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

[43] Artículo 3.

[44] 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.

[45] 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.

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

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

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

[49] Corte Constitucional. Sentencia SU-079 de 2018.

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

[51] Artículo 164.

[52] Ídem.

[53] Artículo 166.

[54] Artículo 1.

[55] Artículo 2.2.14.5.1.

[56] Artículo 2º, 5º y 6º.

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

[58] La respuesta del Consorcio Colombia Mayor se encuentra en el cuaderno 1 del expediente T-6.913.441, folios 165 al 169. Y la respuesta dada por Fiduagraria, también se encuentra en el mismo cuaderno y expediente, en los folios 273 a 293.

[59] Con relación a la señora María Petronila Cuadrado Sánchez, el CCM indicó que ingresó al PSAP el 1 de mayo de 2009 y reportó que es beneficiaria “Activa”. Sin embargo, no manifestó la cantidad de semanas cotizadas, ni eventuales fechas de retiro que hubiere presentado.

[60] Con relación a la señora Wudys Conde Navarro, si bien el Ministerio de Trabajo manifestó que estuvo activa en el PSAP desde el 1 de julio de 2012, hasta el 31 de enero de 2013, cotizando 8,57 semanas y siendo retirada por causa de falta de pago de aportes cumplidamente. Lo cierto es que dicha información no fue certificada por parte del CCM, ni de Fiduagraria.

[61] Por el número de cédula, el nombre real de la persona que no estuvo afiliada al PSP es la señora Reina Yasmín Oquendo.

[62] 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.

[63] 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”.

[64] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-079 de 2018.

[65] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-079 de 2018.

[66] Teniendo en cuenta que dos demandantes de las 14 que fueron reportadas como no afiliadas, no acreditaron ser o haberse desempeñado como madres, ni superaron el estudio de procedibilidad.

[67] El Programa del Subsidio al Aporte en Pensión brinda un auxilio económico a las personas que por sus condiciones sociales no pueden aportar el 100% de su cotización. El subsidio consiste en un porcentaje de dicha cotización, con el fin de que queden cubiertos por el sistema de seguridad social en pensiones ante los riesgos de muerte, invalidez o vejez. Sin embargo, el subsidio solo se paga por parte del Estado, cuando el beneficiario del mismo hace el aporte en el porcentaje que le corresponde.

[68] A excepción de dos que no acreditaron tal calidad.

[69] Al asumir lo contrario, por ejemplo, la figura de la carencia de objeto quedaría vacía y sin ninguna utilidad, cuando es una institución que busca resguardar el carácter resarcitorio y excepcional de la acción de tutela.

[70] A excepción de los dos casos en los que no se llegó a demostrar esta calidad.

[71] OSORIO PÉREZ, Viviana (Coord.) De cuidados y descuidos. La economía del cuidado en Colombia y perspectivas de política pública. CLACSO. Medellín, 2015.

[72] MINISTERIO DEL TRABAJO. Protocolo Ministerio de Trabajo - ICBF. En: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/protocolo_ministerio_del_trabajo_-_icbf.pdf

[73] Ídem.

[74] Sentencia C-871 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa y T-494 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

[75] PICCHIO, Antonella. Un enfoque macroeconómico ampliado de las condiciones de vida. Tiempos, trabajos y género. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001, pp. 15-37; y FEDERICI, Silvia. Revolución en punto cero: trabajo doméstico, reproducción y luchas

feministas. Traficantes de sueños: Madrid, 2013. pp. 55-56. “El trabajo doméstico es mucho más que la limpieza de la casa (...) tras cada fábrica, tras cada escuela, oficina o mina se encuentra oculto el trabajo de millones de mujeres que han consumido su vida, su trabajo, produciendo la fuerza de trabajo que se emplea (...) Esta es la razón por la que, tanto en los países «desarrollados» como en los «subdesarrollados», el trabajo doméstico y la familia son los pilares de la producción”.

[76] CARRASCO, Cristina. La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres? Mientras tanto, 2001, no 82, p. 43-70. “Históricamente los sistemas socioeconómicos han dependido de la esfera doméstica: han mantenido una determinada estructura familiar que les ha permitido asegurar la necesaria oferta de fuerza de trabajo a través del trabajo de las mujeres. [...] No obstante, los sistemas económicos se nos han presentado tradicionalmente como autónomos, ocultando así la actividad doméstica, base esencial de la producción de la vida y de las fuerzas de trabajo.”

[77] VALENZUELA, María Elena y MORA, Claudia. Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009. p. 10 “La experiencia ha demostrado que las trabajadoras domésticas se encuentran vulnerables a tratos desiguales, injustos y frecuentemente abusivos. En su mayoría trabajan más horas que las establecidas como legales para otros trabajadores, se encuentran menos protegidas en términos de coberturas sociales y son mal remuneradas.”. “La invisibilidad del cuidado, su precarización como trabajo y la forma en que se distribuye socialmente (...), son pues construcciones sociales que se soportan en la relación entre lo femenino y lo masculino en el mundo de lo productivo y lo reproductivo. De este modo, la persistencia del actual orden de cuidado (que ha sido más bien un descuido) representa un marco de discriminación y exclusión. En primer lugar, para las mujeres, debido a las condiciones de desventaja que enfrentan para su desarrollo personal y su autonomía económica, así como por la falta de reconocimiento (tanto de ellas como trabajadoras como del valor generado por lo que ellas realizan); y, en segundo lugar, para las personas con necesidades especiales de cuidados (ya sea que lo encuentren o no en sus familias), pues no disponen un de marco de provisión de cuidados que pueda ser adjetivado como suficiente o satisfactorio”.