



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
- SECCIÓN SEGUNDA -  
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D. C., 20 de junio de 2018

Sentencia T. N° 75

**Accionada:** Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF

**Tema:** Pago de aportes Seguridad Social

**Derecho presuntamente vulnerado:** Seguridad social, Igualdad, Dignidad humana y mínimo vital.

**Radicado:** 110013335-017-2018-00125-00

**Demandante:** María Ana Silva Bermejo Ávila

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por la señora María Ana Silva Bermejo Ávila.

## I. ANTECEDENTES

### A. SOLICITUD

El 12 de abril de 2018, la señora María Ana Silva Bermejo Ávila instauró acción de tutela contra El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, por estimar vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales de Seguridad social, Igualdad, dignidad humana y mínimo vital.

Pretende la tutelante que por intermedio de la presente acción, se ordene a la entidad accionada que dentro del término de 3 meses, realice las acciones necesarias para el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social de conformidad con los periodos acreditados.

### B. HECHOS

De acuerdo con la demanda los hechos pueden sintetizarse así:

1. La señora María Ana Silva Bermejo Ávila prestó sus servicios en la "modalidad de hogares comunitarios" desde el 04 de febrero de 1993, a través de la "Asociación de Padres Usuarios de Hogares Comunitarios Barrio San Antonio Norte- Lijacá", teniendo en cuenta la certificación expedida por el ICBF.
2. Prestó sus servicios antes de 12 febrero de 2014 y no le fueron cancelados los aportes pensionales; en la actualidad cuenta con 66 años de conformidad con los términos señalados en el artículo 7 literal b de la ley 1276 de 2009.
3. Señala que la Corte Constitucional en sentencia T 480 de 2016 estudió la situación de 106 madres comunitarias, que posteriormente en Auto 186 de 2017, modificó el amparo y ordenó al ICBF y al Fondo de Pensiones, realizar los pagos de los aportes al sistema de Seguridad Social.
4. El H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de fecha 31 de mayo de 2018 declaró la nulidad de lo actuado en la presente acción de tutela a partir del 17 de abril de 2018, por indebida notificación al Consorcio Colombia Mayor 2013.

### **C. ARGUMENTOS DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS**

#### **Instituto Nacional de Bienestar Familiar- ICBF**

Señala que el Sistema General de Pensiones define dos tipos para realizar aportes a pensión esto es los trabajadores dependientes e independientes, últimos que tienen que afiliarse y realizar los aportes; caso de las madres comunitarias que debían realizar el 100% de los aportes antes de la ley 100, y con la expedición de la ley 100 de 1993 el legislador previó el subsidio de los aportes a pensión en un 80% a las madres comunitarias.

Las madres comunitarias no tenían vínculo laboral con las Asociaciones, ni con el ICBF, siendo trabajadoras independientes y por ende estaban obligadas a realizar su afiliación y pago a la seguridad social de manera integral, por lo cual no hay vulneración alguna a los derechos fundamentales. Por otro lado, menciona la sentencia de Unificación SU-224 de 1998, precedente judicial que sustentó la decisión de nulidad de la Sentencia T-480 de 2016, declarada por la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Auto 186 de 2017, sentencia de unificación que indicó que no existe contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o entidades que participen en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y que el vínculo es de naturaleza contractual de origen civil, es decir que en el periodo comprendido entre la creación de Programas de Hogares Comunitarios (29 de diciembre de 1988) y el 12 de febrero de 2014, fecha en la que se publicó el Decreto 289, las madres comunitarias eran trabajadoras independientes.

Que de conformidad con la norma superior la Seguridad Social es un servicio Público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección y control del Estado, en los términos que establezca la ley, que mediante Acto Legislativo 001 de 2005 señala que para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, semanas cotizadas o el capital necesario y no existiendo regímenes especiales ni exceptuados, siendo claro que las madres comunitarias no tienen un régimen especial, debiendo cumplir con todas las obligaciones que establece la ley, por lo cual el artículo 25 de la ley 100 de 1993 creó el Fondo de Solidaridad Pensional-FPS destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población con condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los sistema de seguridad social, tales como trabajadores independientes o madres comunitarias entre otros.

Finalmente señala que el ICBF no ha incurrido en acción u omisión respecto de la obligación de pagar aportes a pensión de las madres comunitarias y en caso de declarar la protección de los derechos fundamentales incoados, el fallo debe proferirse en los términos y condiciones de financiamiento del subsidio pensional en favor de las 106 madres comunitarias en el marco de las leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008, que fijó la Corte Constitucional en el Auto 186 de 2017, fallo en el cual se señale que el 100% de los aportes deben ser pagados por el Fondo de Solidaridad Pensional-FPS. (Fl.25 a 37)

#### **Ministerio de Trabajo**

Dentro del término otorgado por el Despacho, el Ministerio de Trabajo mediante correo electrónico de fecha 19 de abril de 2018, brindó respuesta a la tutela, informando que no tiene injerencia en el Programa de Madres Comunitarias que maneja el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, por cuanto es ajena a los hechos que narran en el escrito de tutela y pruebas que relaciona.

Por otro lado señala la improcedencia de la acción de tutela para declarar un contrato realidad y su consecuente pago de aportes a la seguridad social, pues de acuerdo a con la reiterada y uniforme jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de carácter subsidiario, siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la protección de los derechos. En cuanto al contrato realidad, menciona la Sentencia de Unificación SU-224 de 1998 de la Sala Plena de la H. Corte Constitucional la cual resalta que para que exista una vinculación contractual de carácter laboral se requiere prestación personal del servicio, subordinación y el salario, este último como retribución del servicio, lo cual, para las madres comunitarias no existe tal nexo al suponerse una vinculación voluntaria, humanitaria y ciudadana.

De igual manera, señala que en el Auto 186 de 2017 expresamente se indica que entre las Madres comunitarias y el ICBF no existe un contrato laboral y en la sentencia T-480 de 2016, se desconoció los precedentes jurisprudenciales desconociendo la SU-224 de 1998, en relación a la inexistencia de un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones y entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, de ahí que se imposibilita aplicar la sentencia T-480 de 2016 y Auto 186 de 2017, como quiera que el Fondo de Solidaridad Pensional únicamente subsidia cotizaciones de los beneficiarios que se afiliaron al programa los cuales cumplieron los requisitos, por el periodo de tiempo para el que se encontraban afiliados al FSP, el cual en el caso de la señora MARÍA ANA SILVA ÁVILA se hizo parte del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, desde el 1 de octubre de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1999 fecha en la cual fue retirada porque no pagó cumplidamente sus aportes, del cual **se subsidió 274.29 semanas de cotización**, por lo que no se le puede endilgar al FPS las consecuencias de su actuar, siendo la afiliación voluntaria y dirigida a todos los grupos poblacionales. En conclusión faltándole a la accionante 1.025.71 semanas para cumplir el requisito de pensión de acuerdo al auto, es decir hasta los **85 años** y si no cumple los requisitos se le pagará una indemnización sustitutiva y se devolverán los subsidios al Fondo de Solidaridad Pensional, por lo que claramente le conviene afiliarse al Programa de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) y al Programa Colombia Mayor.

Finalmente solicita al Despacho se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Ministerio de Trabajo- Fondo de Solidaridad Pensional, por cuanto no es la entidad llamada a responder sobre las pretensiones y por lo antes expuesto denegar las pretensiones de la accionante. (Fl. 48 a 66)

Posterior a la providencia del H. Tribunal, la accionada agrega a lo ya señalado en la contestación, la imposibilidad de aplicar el Auto 186 de 2017 por haber sido declarado nulo parcialmente, mediante el auto 217 de 2018 por cuanto debió vincularse al Consorcio Colombia Mayor y al Ministerio de Trabajo, dado que lo ordenado al Fondo de Solidaridad pensional en apartes del Auto 186 de 2017 desbordó el deber legal que le ha sido impuesto al Fondo, en relación al valor a sumir el subsidio de los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias, al haberse determinado que 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. (Fl.146-165)

#### **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

La entidad vinculada mediante memoriales de fecha 20 de abril de 2018 brindó respuesta a la acción de tutela, informando que de acuerdo a los hechos en los que se fundan las peticiones,

la Agencia Nacional advierte que los mismos no tienen relación alguna con las competencias y funciones asignadas a la entidad, por cuanto la vinculación cumple la finalidad de una comunicación mediante la cual la entidad conoce de las demandas contra entidades públicas del orden nacional de conformidad con el artículo 612 del C.G.P., en consecuencia no pronunciándose o interviniendo en la acción., por lo cual solicita desvincularla de la acción y comunicar la decisión para los fines pertinentes.

#### **Departamento Administrativo para la Prosperidad Social**

Aunque no se ordenó su notificación, presentó informe en el que señala que de acuerdo a lo presentado por la accionante, aclara que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, no fungió en ningún momento como empleador de la accionante y menos en el desarrollo de programas de Hogares Comunitarios, por cuanto corresponde al ICBF en aplicación a la legitimación en causa por pasiva dentro de la acción de tutela, refiriendo lo establecido en el Auto 134 de 2005 sobre el deber legal de vincular a la partes que tengan interés dentro de la acción promovida.

Por tanto, se oponen a las pretensiones de la acción al no incurrir en actividades que reflejen labores propias de empleador respecto de la accionante y en consecuencia solicita desvincular y/o absolver a la entidad de todos los cargos impetrados. (Fl. 126-131)

#### **Consortio Colombia Mayor 2013**

Expone que mediante el artículo 25 de la Ley 100 de 1993 se creó el Fondo de Solidaridad Pensional como una cuenta especial de presupuesto, adscrito al Ministerio del Trabajo, actualmente el Consortio Colombia Mayor 2013 es el administrador Fiduciario del Fondo conformado el 09 de abril de 2013, manejando dos subcuentas una de **subsistencia**, destinado a los subsidios económicos para los adultos mayores en estado de indigencia o de pobreza extrema a través del programa Colombia Mayor y, el de **solidaridad** que financia el programa de aportes en pensión –PSAP, destinado a ampliar la cobertura mediante un subsidio a las cotizaciones para pensiones de los grupos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los sistemas de seguridad social y que carecen de recursos para efectuar la totalidad del aporte pensional.

Indica que el funcionamiento del programa de subsidio al aporte en pensión, inicia cuando la persona interesada se inscribe en el programa y el mismo es validado por el Consortio respecto del cumplimiento de los requisitos que exige el Decreto 1833 de 2016, hoy Decreto 387 de 2018, por lo cual Colpensiones es la entidad en la que deben estar afiliados los beneficiarios según la ley de 100 de 1993, entidad que genera un talonario con los recibos para que el beneficiario cancele el aporte obligatorio del 20% y una vez verificado el aporte, Colpensiones envía una cuenta de cobro al Consortio para que desembolse dentro de los 10 días del mes el subsidio correspondiente al beneficiario previa validación de la información del aplicativo web operado exclusivamente por Colpensiones, lo anterior en aplicación a lo dispuesto en el artículo 2.2.14.1.26 del Decreto 1833.

Por otra parte, el Consortio agrega que de conformidad con el numeral 2.3 del artículo 2.214.1.3 del decreto 1833 de 2016, tiene la obligación de entregar los talonarios, pero no de generar el medio de pago, ni de recibirlos, competencia que recae en Colpensiones, funcionamiento operativo regulado en el contrato de encargo fiduciario N° 216 de 2013, en el cual se advierte que el ordenador del gasto del Fondo de Solidaridad Pensional es el Ministerio de Trabajo, así pues el administrador fiduciario(Consortio Colombia Mayor 2013)

carece de competencia para girar recursos, sin que medie una autorización de la cartera Ministerial.

En cuanto a la cancelación de beneficiarios por mora superior a 4 meses se encuentra establecido en el literal e) de artículo 9 del decreto 2414 de 1998, el cual señala que la entidad administradora de pensiones vencido el termino de los cuatro meses tendrá que comunicar al Fondo de Solidaridad pensional sobre tal situación, con el fin que esta última proceda a suspender el pago del subsidio. De igual manera aclara la situación de las madres comunitarias respecto del retiro del programa de Subsidio al aporte en Pensión, debido a la formalización laboral de las Madres Comunitarias con las entidades administradoras del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar formalización regulada por el Decreto 289 de 2014, por lo cual se encuentra enmarcado como causal para la pérdida del derecho al subsidio contemplado en el artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016, establece que; cuando se adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión, se pierde el derecho al Subsidio.

Que para el caso en concreto la accionante se encontraba afiliada al programa de subsidio al Aporte-PSAP en 1996 en el grupo poblacional "Madre Comunitaria" y retirada del programa en 1999 por pérdida del derecho al no cancelar por cuatro meses el aporte que le correspondía, que posterior a ello, nuevamente se afilió en 2008 en el grupo "Madre Comunitaria" suspendida el 01 de febrero de 2014, fecha en la que empezó a ser trabajadora y retirada del programa en 2015, por pérdida del derecho, teniendo en cuenta que actualmente las madres comunitarias no pueden ser beneficiarias del programa de Subsidio al Aporte, ya que su régimen pensional se encuentra en el contributivo y no en el subsidiado, sin embargo el Decreto 1833 de 2016 en su artículo 2.2.14.3.1 contempló la posibilidad quien las personas que dejaran de ser madres comunitarias y no reunieran los requisitos para acceder a una pensión y no fueran beneficiarias del mecanismo de beneficios económico, tendrían acceso a un subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional siempre y cuando reúnan las condiciones, el cual es regulado por la Ley 1450 de 2011 que creó el Subsidio de Subsistencia, también señala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es quien realiza el proceso de selección de los beneficiarios y no el Consorcio Colombia Mayor.

Por ultimo señala que el valor del subsidio fue establecido por el artículo 2.2.14.3.5 del Decreto 1833 de 2016, teniendo en cuenta el tiempo de las aspirantes en el programa de hogares comunitarios de Bienestar Familiar, deduciendo que el Consorcio Colombia Mayor 2013 como administrador de Fondo de Solidaridad Pensional, brinda una protección económica a las madres comunitarias que no lograron una pensión y tampoco accedieron al programa de beneficios económicas a través del subsidio de la Subcuenta de subsistencia.

Considera que la accionante no puede considerarse como sujeto de especial protección por su edad, pues cuenta con 66 años no ostentando la calidad de persona de la tercera edad, por lo tanto la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas y teniendo en cuenta la nulidad parcial del Auto 186 de 2017, declarado por medio del auto 217 de 2018, por lo anterior solicita se denieguen las pretensiones de la acción al no haber vulnerado derecho fundamental y se desvincule al Consorcio Colombia Mayor 2013 por falta de legitimación en la causa por pasiva.(Fl. 166-177)

Se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

## II. CONSIDERACIONES

### A. COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

#### Legitimación por activa.

La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.<sup>1</sup>

En el presente asunto la acción de tutela es presentada en nombre propio por la señora MARÍA ANA SILVA BERMEJO ÁVILA, en procura de la defensa de los derechos fundamentales de Seguridad social, Igualdad y dignidad humana.

#### Legitimación por pasiva.

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto.

1. Respecto de la legitimidad del **Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –DPS**, de conformidad con la Ley 489/1998 y Ley 1448/ 2011 dentro de sus funciones no se atribuye la de pagar los aportes en pensión a las personas que hubiesen desempeñado la labor de madres comunitarias, por lo tanto carece de aptitud legal para responder por la presunta violación de los derechos fundamentales de la accionante.

2. Sobre la legitimidad de la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, no está llamada a responder, toda vez que no es de su competencia pagar los aportes en pensión a las personas que hubiesen desempeñado la labor de madres comunitarias.

3. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar** la Corte en la sentencia T-480 de 2016 consideró lo siguiente:

“25. Frente al ICBF, cabe señalar que el numeral 5 del artículo 1.2.1.1. del Decreto 1084 de 2015 establece que dicho instituto es “un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; creado en virtud de la Ley 75 de 1968, cuyo objeto es propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos”; lo cual, lo hace sujeto por pasiva tutelar si con su accionar (positivo o negativo) vulnera o amenaza cualquier derecho fundamental.

<sup>1</sup> El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

Ahora bien, por un lado, el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988 señala que: "(...) 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."

Y por otro, el artículo 8 de ese cuerpo normativo dispone que el mismo "rige a partir de la fecha de su promulgación", esto es, el 29 de diciembre de 1988.

De la lectura de esas normas legales, resulta válido afirmar que: (i) la labor de madre comunitaria que desempeñaron las accionantes se desarrolló de conformidad con la implementación del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar que efectuó el ICBF con base en lo previsto en la Ley 89 de 1988; y (ii) la implementación legal de dicho programa tuvo lugar el 29 de diciembre de 1988, es decir, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 89 de 1988.

Estas circunstancias son suficientes para inferir que, dadas las particularidades verificadas en el presente caso acumulado, el ICBF podría haber tenido la obligación de realizar el pago de los aportes parafiscales en pensión que reclaman las accionantes, pero solo respecto de los aportes causados y dejados de pagar desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa 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. Por consiguiente, la Sala encuentra que esa entidad sí cuenta con aptitud legal de ser el posiblemente llamado a responder por el presunto desconocimiento de los derechos fundamentales invocados".

4. En relación del **Ministerio de Trabajo**, este está legitimado en la causa por pasiva, por cuanto el Fondo de Solidaridad Pensional se creó como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica adscrito al Ministerio de Trabajo, cuyo objeto es subsidiar las cotizaciones para pensiones de los grupos de población con características y condiciones socio económicas especiales que no tengan acceso al sistema de seguridad social y carezcan de recursos para efectuar la totalidad del aporte pensional.

5. Finalmente, el **Consortio Colombia Mayor 2013**, también se encuentra legitimado en la causa por pasiva, toda vez que el Ministerio de Trabajo y el Consorcio suscribieron un contrato de encargo fiduciario, en el que se determinó que dicho consorcio sería el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, para el manejo de los recursos de las subcuentas: (i) *Solidaridad*, que financia el programa de subsidio al aporte en Pensión –PSAP–(donde las madres comunitarias figuran como potencial beneficiarias) y (ii) se *Subsistencia* con el cual se financia el programa Colombia Mayor.

#### **Inmediatez:**

El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esta Corporación. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción de improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

La H. Corte Constitucional en la citada Sentencia T-480 de 2016 puntualizó en el caso de las madres comunitarias:

(...) “que de conformidad con el presupuesto de inmediatez, la acción de tutela debe ser utilizada en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios y/o amenazantes de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional<sup>2</sup>.

12. Para constatar el cumplimiento de este requisito, el juez de tutela debe comprobar cualquiera de estas situaciones: (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<sup>3</sup>; y/o (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 se solicitó el amparo tutelar<sup>4</sup>.

13. Además de las dos pautas referidas en precedencia, tratándose de asuntos en donde se reclama el **reconocimiento y pago de prestaciones periódicas relacionadas con derechos pensionales**, como es el caso de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social, esta Corporación ha sido enfática al precisar lo siguiente: “en virtud de su naturaleza, los derechos prestacionales, como las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, **son imprescriptibles**<sup>5</sup>. 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.”<sup>6</sup> (Negrilla fuera del texto original).”

#### **Subsidiariedad:**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

Respecto a la subsidiariedad de las tutelas promovidas por madres comunitarias la H. Corte Constitucional ha señalado que la acción procede para “personas que han desempeñado o cumplen la labor de madre comunitaria en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar

<sup>2</sup> Al respecto, consultar, entre otras, las Providencias SU-961 de 1999 y T-291 de 2016.

<sup>3</sup> Ver, entre otros, los Fallos T-135 de 2015 y T-291 de 2016.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> “Al respecto ver T-681 de 2011, T-037 de 2014, T-292 de 2014 y T-324 de 2014, entre otras.”

<sup>6</sup> Consultar T-262 de 2014, T-292 de 2014 y T-350 de 2015.

del ICBF, en múltiples pronunciamientos, esta Corporación ha encontrado precedentes dichas solicitudes de amparo, por cuanto ha considerado a las accionantes como sujetos de especial protección constitucional, al verificar cualquiera de las siguientes condiciones particulares:

(i) Encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente<sup>7</sup>; (ii) ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente<sup>8</sup>; (iii) pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo<sup>9</sup>; (iv) **hallarse en el estatus personal de la tercera edad**; (v) afrontar un mal estado de salud; (vi) ser madre cabeza de familia; y/o (vii) ser víctima del desplazamiento forzado<sup>10</sup>.

Ahora bien, la accionante se desempeñó por más de 20 años como Madre Comunitaria, grupo social que ha sido reconocido históricamente por la Corte Constitucional como de especial protección, en razón a sus precarias condiciones económicas y a que han quedado apartadas de las garantías constitucionales al trabajo, lo que las sitúa en una posición de desventaja, es por ello, que el análisis de procedibilidad de la tutela para estos casos debe ser flexible, por consiguiente y como quiera que las acciones judiciales ordinarias resultarían ineficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta la edad de la accionante (66 años), siendo adulto mayor,<sup>11</sup> pero no considerándose una persona perteneciente a la tercera edad, el Despacho estima procedente dar trámite a la presente acción.

#### **Problema jurídico y tema jurídico a tratar**

La tutelante manifiesta que la entidad accionada ha vulnerado sus derechos fundamentales de Seguridad social, Igualdad, Dignidad humana y al mínimo vital, al no vincularla al programa de normalización para el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social para las madres comunitarias, conforme con lo ordenado por la H. Corte Constitucional en Sentencia T-480 de 2016 y Auto 186 de 2017.

De acuerdo con la presentación de la tesis de la parte demandante, en esta oportunidad corresponde determinar si de las probanzas se puede colegir que existe, por parte de la entidad accionada, vulneración de los derechos fundamentales invocados y es procedente reconocer el pago de los aportes a la accionante en el término laborado como madre comunitaria.

#### **Sentencia de la Honorable Corte Constitucional T-480/ 2016 de 01 de septiembre de 2016 y declarada nula parcialmente mediante Auto 186/ 2017 de 17 de abril de 2017.**

En sentencia **T-480 de 2016**, la Honorable Corte estudió el caso de las Madres Comunitarias que reclaman el reconocimiento y pago de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social a cargo del ICBF y tuteló los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de las allí accionantes y declaró la existencia de un contrato laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar familiar y cada una de las accionantes, ordenando el pago de los salarios y prestaciones dejados de

<sup>7</sup> Ver Providencias T-978 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001 y T-159 de 2001, entre otras.

<sup>8</sup> Consultar el Fallo T-018 de 2016

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> En cuanto a las condiciones especiales (iv) a (vii), ver la Sentencia T-628 de 2012.

<sup>11</sup> fallos T-718 de 2011, T-457 de 2012 y SU-856 de 2013, entre otros.

percibir desde la fecha de vinculación como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que hayan estado vinculadas al programa, , precisando que esta decisión hace relación específicamente con el demandado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF.

Contra la anterior decisión el ICBF presentó solicitud de nulidad por considerar vulnerado el debido proceso al estimar configuradas las presuntas causales de nulidad (i) cambio de jurisprudencia, (ii) indebida integración del contradictorio, (iii) indebida atribución de legitimación en la causa por pasiva y (iv) elusión arbitraria de análisis de asuntos de relevancia constitucional.

Por su parte, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado coadyuvó la solicitud de nulidad de la decisión contenida en la sentencia T-480, argumentando que:

*“i) La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional desconoció de varias maneras el precedente constitucional vinculante contenido en la sentencia SU-224/98, especialmente en cuanto omitió considerar la inexistencia de un contrato realidad entre la madre comunitaria demandante y el ICBF como ratio decidendi de necesaria aplicación en la sentencia cuestionada.*

*ii) El fallo adolece de una notoria incongruencia en razón de una abierta contradicción entre los elementos fácticos obrantes en el expediente (no se refiere a hechos probados, sino a normas sobre competencias de inspección, vigilancia, control y sanción del ICBF) y las consideraciones jurídicas que se elaboran alrededor de la subordinación laboral.*

*iii) Se desconocen, sin justificación expresa, los efectos de cosa juzgada sobre casos similares ya fallados, de cara a la orden general de la Sala en términos de reconocimiento de derechos laborales y de seguridad social a todas las madres comunitarias desde el inicio de sus actividades.*

*iv) Se dejó de lado el análisis del caso y del régimen jurídico aplicable a las madres comunitarias a la luz de los principios constitucionales de solidaridad, progresividad y legalidad, que de haber sido aplicados hubiesen conducido a otro tipo de decisión.*

*v) Se vulneró el debido proceso, por la vía del desconocimiento del principio de confianza legítima que debe ser reconocido a todo sujeto de derecho por disposición del artículo 83 superior, en cuanto se operó un cambio abrupto de la postura consolidada y pacífica de la Corte Constitucional en casos idénticos al que se decidió en la sentencia T-480/16.*

*vi) Se vulneró el artículo 83 constitucional, en la medida en que el cambio abrupto, intempestivo e instantáneo que generó la sentencia T-480/16, desconoció la confianza legítima que las entidades públicas demandadas tenían en la aplicación del derecho por parte del juez constitucional.*

*vii) La sentencia T-480/16 también desconoció la confianza legítima que las entidades públicas demandadas depositaron en el juez constitucional, en la medida en que el cambio intempestivo y abrupto de jurisprudencia no se fundamentó en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, asuntos que no fueron objeto de reflexión alguna por parte de la Sala Octava de Revisión.”*

Luego de verificar los requisitos formales de las solicitudes y la procedencia de la nulidad en la acción de tutela la Corte mediante **Auto 186 de 2017** encontró que:

*“7.3.18. En suma la Sala Plena encuentra que la Sala Octava de Revisión de esta Corporación vulneró el derecho al debido proceso, toda vez que al proferir la tutela T-480 de 2016 también desconoció la jurisprudencia en vigor contenida en los fallos T-269 de 1995, 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 y T-1029 de 2001.*

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

Con fundamento en lo anterior señaló los alcances de la declaratoria de nulidad parcial de la Sentencia T-480 de 2016 y las medidas a adoptar, así:

*“1. Sea lo primero reiterar que en la tutela T-480 de 2016 se 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 de madre comunitaria que 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.*

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

*3. Si bien para el lapso comprendido entre el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988)<sup>12</sup> y el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)<sup>13</sup> tanto la ley como la jurisprudencia no establecieron una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cierto es que el ordenamiento jurídico sí prevé el derecho a la seguridad social de las madres comunitarias bajo unas particularidades especiales. Veamos.*

*4. La Ley 100 de 1993, creó el fondo de solidaridad pensional “como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la presente ley.”<sup>14</sup> El objeto de ese fondo es “**subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.**<sup>15</sup> (Negrilla fuera de texto original).*

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

<sup>12</sup> Fecha en la cual se implementó el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar con la expedición de la Ley 89 de 1988.

<sup>13</sup> Data en la cual entró en vigencia el Decreto 289 de 2014 que reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

<sup>14</sup> Nota interna. Artículo 25.

<sup>15</sup> Artículo 26.

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

5.2. *El Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al régimen general de pensiones de las madres comunitarias, sin importar su edad y siempre que se acredite un (1) año de servicio como tales.*

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

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

6. *A su turno, el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008<sup>16</sup> dispone que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, sin importar su edad y tiempo de servicio. Adicionalmente, el referido precepto legal prevé: "El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido."(Negrilla fuera de texto)*

7. *En virtud de la anterior normatividad, en aplicación del derecho a la igualdad, es claro entonces que a las 106 accionantes se les podría extender excepcionalmente las especificaciones previstas en dicho régimen jurídico especial con el fin de garantizarles su derecho a la seguridad social en materia pensional. Al respecto, en providencia T-130 de 2015 la Corte Constitucional concedió el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de una madre comunitaria y, en consecuencia, ordenó al ICBF que realizara los trámites necesarios para cancelar a Colpensiones, fondo al cual estaba afiliada la accionante, los aportes faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en un tiempo determinado.*

8. *Descendiendo al asunto sub examine, la Sala Plena observa que las 106 demandantes son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto se verifican las siguientes condiciones especiales:*

8.1. *Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente. No existe dificultad para demostrar que todas las madres comunitarias tienen esta condición especial, por cuanto así lo establece el artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996<sup>17</sup>: "(...) 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".*

8.2. *Hallarse en el estatus personal de la tercera edad. Conforme a lo establecido en los artículos 1<sup>18</sup> y 7<sup>19</sup> (literal b) de la Ley 1276<sup>20</sup> de 2009, se evidencia que la mayoría de las accionantes se hallan en*

<sup>16</sup> "por la cual se adiciona un parágrafo 2° al artículo 2° de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones."

<sup>17</sup> "Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar".

<sup>18</sup> "Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto la protección a las personas de la tercera edad (o adultos mayores) de los niveles I y II de Sisbén, a través de los Centros Vida, como instituciones que contribuyen a brindarles una atención integral a sus necesidades y mejorar su calidad de vida."

<sup>19</sup> "Artículo 7°. Definiciones. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones:

b). Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen; (...). Esta definición ha sido acogida por la Corte Constitucional en varias oportunidades, por ejemplo, en los fallos T-718 de 2011, T-457 de 2012 y SU-856 de 2013, entre otros.

<sup>20</sup> "A través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida".

*el estatus personal de la tercera edad. En efecto, de conformidad con el recaudo probatorio, de las 106 accionantes, 95 cuentan con 60 años de edad o más. Inclusive, de las 106 madres comunitarias, 88 de ellas cuentan con 70 años o más. (...)*"

*8.3. Afrontar un mal estado de salud. Con base en lo consignado en las historias clínicas aportadas a los procesos tutelares de acumulación, 25 madres comunitarias de las 106 en total afrontan un mal estado de salud, por cuanto padecen diferentes enfermedades de consideración. (...)*

*9. Dada la situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encuentran todas las 106 demandantes y ante la ausencia del pago de los aportes pensionales que se hubieren causado entre el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988)<sup>21</sup> y el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)<sup>22</sup>, para la Sala Plena resulta imperativo mantener la protección concedida a las 106 accionantes 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."*

En la misma providencia dispuso que el ICBF gestionaría los trámites necesarios para el reconocimiento del subsidio pensional previsto en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008, así:

*"10.1. Las ciento seis (106) accionantes sean reconocidas como beneficiarias del subsidio pensional previsto en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008. Dicha afiliación tendrá cobertura para el periodo comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de 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.*

*10.2. El Fondo de Solidaridad Pensional, en ejercicio de su deber legal, transfiera a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones –AFP– en la que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada una de las ciento seis (106) demandantes según la legislación aplicable, los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social causados en el periodo comprendido desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de 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 referido programa. Para tal efecto, se deberán observar las siguientes precisiones:*

*(i) Dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las 106 accionante, aunado al propósito de evitar cargas económicas desproporcionadas que generen mayores traumatismos y que obstaculicen la obtención de su pensión, y con la finalidad de que efectivamente se materialice plenamente la protección iusfundamental contenida en el presente pronunciamiento, dando cumplimiento a los establecido por la Sala Cuarta de Revisión 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 comunitario, en el periodo comprendido entre la fecha en que se haya vinculado como tal al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014. (Subraya fuera de texto original)*

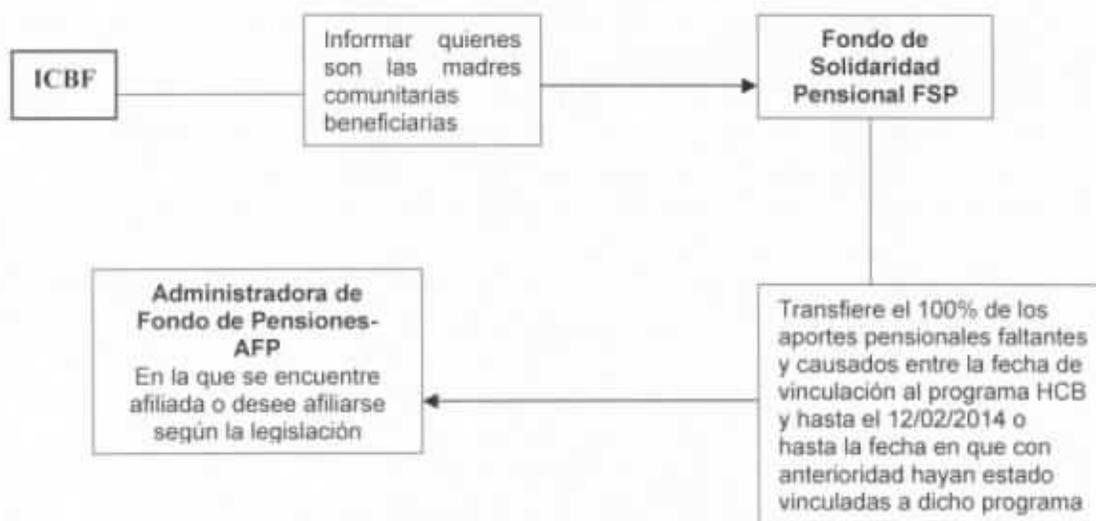
*(ii) Esas cotizaciones pensionales faltantes deberán realizarse tomando como referencia el salario mínimo legal mensual vigente con la respectiva indexación en los casos en que hubiere lugar.*

<sup>21</sup> Se reitera que a partir de esa fecha se implementó el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar con la expedición de la Ley 89 de 1988.

<sup>22</sup> Data en la cual entró en vigencia el Decreto 289 de 2014 que reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

(iii) En atención a las excepcionales y especiales circunstancias que rodean el presente asunto, se advierte que la transferencia de los recursos correspondientes al subsidio pensional que se realizará a las respectivas administradoras de pensiones con ocasión de esta decisión no causará intereses moratorios de ninguna índole.

Alta Corte, que ilustró el Esquema de financiamiento del subsidio pensional, de la siguiente manera:



Con base en las consideraciones que allí expuso la Corte Constitucional decidió: declarar la nulidad parcial de la sentencia T 480-2016 y tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo, desde el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) o desde la fecha en que con posterioridad se haya vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad haya estado vinculada a dicho programa y ordenó al ICBF- que, en el término de tres (3) meses siguientes a la notificación de la providencia, adelantara el correspondiente trámite administrativo para el reconocimiento y pago de los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este pronunciamiento, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias 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 referido programa. Esos aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria.

#### Auto 217 de 2018.

Sin embargo, el Consorcio Colombia Mayor 2013 y el Ministerio de Trabajo solicitaron la nulidad del Auto 186 de 2017 por considerar que se afectaron sus intereses, por cuanto por una parte, el Consorcio Colombia Mayor, es el administrador del Fondo de Solidaridad Pensional y, entre otras cosas en la parte resolutive del Auto objeto de estudio, establece reconocer y pagar a nombre de las accionantes los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias a efecto de que obtengan su pensión, **de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este pronunciamiento**, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias (...), argumentando la nulidad por indebida

conformación del contradictorio, la nulidad por falta de notificación y nulidad por desconocimiento de la sostenibilidad fiscal.

Y por otra parte el Ministerio de Trabajo sostuvo que se omitió su participación desconociendo en debido proceso, que el Fondo de Solidaridad Pensional es una entidad adscrita a dicho Ministerio y como no fue vinculado en ninguna de las etapas no puede ser condenado, razones por las que solicitó que (i) se declare la nulidad del Auto, en todo lo relacionado con el Fondo de Solidaridad pensional, y (ii) no se ordene al Ministerio con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional, por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, ante la (i) indebida integración del contradictorio ii) falta de notificación iii) nulidad por violación del principio de congruencia.

La Corte Constitucional, en **Auto 217 de 2018** al estudiar los argumentos de las entidades estimó que el Consorcio Colombia Mayor 2013 y el Ministerio de Trabajo estaban legitimados en la causa, en calidad de terceros con interés, y que por tanto sus intereses resultaron afectados en los ordinales tercero, quinto y séptimo de la parte resolutive del Auto 186 de 2017, que ordenaron al ICBF adelantar los correspondientes trámites administrativos para el reconocimiento y pago a nombre de cada una de las 106 accionantes ***“los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este pronunciamiento, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias 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 a dicho programa.”*** (Negrilla fuera del texto original).

Que para el cumplimiento de lo decidido en los ordinales tercero, quinto y séptimo, del Auto cuestionado se señaló que el ICBF debía gestionar los trámites necesarios para que: (i) las 106 accionantes fueren reconocidas como beneficiarias del subsidio pensional previsto en las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008; y (ii) el Fondo de Solidaridad Pensional, en ejercicio de su deber legal dispuesto en los artículos 6<sup>23</sup> de la Ley 509 de 1999 y 2<sup>24</sup> de la Ley 1187 de 2008, transfiriera a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones –AFP– en la que se encontrara afiliada o deseara afiliarse cada una de las demandantes, los aportes pensionales faltantes al Sistema de Seguridad Social y aunado a las condiciones de vulnerabilidad en las que se encontraban las accionantes y evitar cargas económicas desproporcionadas que generaran mayores traumatismos y que obstaculizaran la obtención de su pensión, y con la finalidad de que efectivamente se materializara la protección iusfundamental mantenida en ese pronunciamiento, **se ordenó que el monto del subsidio pensional a reconocer y transferir no**

<sup>23</sup> **“Artículo 6°.- El monto del subsidio será equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad.”** (Subraya fuera del texto original).

<sup>24</sup> **“Artículo 2°. Acceso al Fondo de Solidaridad Pensional. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales.**

*El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.*

**Parágrafo 1°. Las Madres Comunitarias para ser beneficiarias de los subsidios de la subcuenta de Solidaridad, deben acreditar la calidad de Madres Comunitarias que ostenta, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces.**

**Parágrafo 2°. Las madres sustitutas, los agentes educativos FAMI (Familia, Mujer e Infancia), tendrán acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley.”** (Subraya fuera del texto original).

**fuera el 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.

Por lo anterior, la alta Corte señaló: “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 en comentario 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 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**”. (Negrilla y Subraya fuera de texto)

Por lo tanto, la H. Corte evidenció que al proferirse el Auto 186 de 2017 se vulneró el derecho al debido proceso del Consorcio Colombia Mayor 2013 y del Ministerio del Trabajo, ante la concurrencia de la causal material de indebida integración sobreviniente del contradictorio y absteniéndose de continuar con el análisis de los demás yerros invocados, esto es la nulidad en todo lo relacionado con el Fondo de Solidaridad Pensional y, por ende, se retrotrajeran las actuaciones a que haya lugar, toda vez que lo ordenado al Fondo afectó los intereses de las convocantes, dado que, por un lado, dicho Fondo es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica y adscrita al mencionado Ministerio y, por otro, el referido Consorcio es el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional.

Razón por la cual la H. Corte Constitucional declaró la nulidad parcial del enunciado “y, en consecuencia, en su lugar, tomar las decisiones que se enuncian en esta providencia” contenido en el primer ordinal resolutivo del Auto 186 de 2017, así como las órdenes de reemplazo comprendidas en los ordinales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo dictadas en ese mismo proveído, con el objeto de sanear la nulidad parcial y una vez se vincule al Consorcio Colombia Mayor y al Ministerio de Trabajo se proferirá la decisión que corresponda en el marco de las garantías a los derechos fundamentales, en lo referente al subsidio pensional previsto en las leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008.

## Conclusión

De lo antes expuesto, mediante Auto 217 de 2018, se declaró nulo parcialmente el Auto 186 de 2017, respecto del enunciado “y, en consecuencia, en su lugar, tomar las decisiones que se enuncian en esta providencia”, así como las órdenes de reemplazo comprendidas en los ordinales tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo, que hacían mención al reconocimiento y pago de los aportes parafiscales en pensiones del 100% faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado por las madres comunitarias, a efecto que se obtuviese su pensión, de conformidad con la legislación aplicable. Lo anterior, por falta de notificación a los contradictorios, con ello omitiendo el derecho al debido proceso y en consecuencia a la defensa y contradicción del Consorcio Colombia Mayor 2013, administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, para el manejo de los recursos de las Subcuentas (i) *de Solidaridad*, que financia el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión - PSAP- (donde las madres comunitarias figuran como potenciales beneficiarias), y (ii) *de Subsistencia*, con la cual se financia el Programa Colombia Mayor. Así como del Ministerio de Trabajo, el cual es adscrito el Fondo de Solidaridad Pensional y cuyo objetivo es subsidiar las

cotizaciones para pensiones de los grupos de población con características y condiciones socioeconómicas especiales.

#### 4. Solución del caso concreto

Mediante el ejercicio de la presente acción, la señora María Ana Silva Bermejo Ávila pretende que se le garanticen sus derechos de igualdad, mínimo vital, seguridad social y dignidad humana en razón a la omisión al pago por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF de los aportes a la seguridad social para pensión que se hubiere causada en los periodos acreditados como madre comunitaria esto es del 04 de febrero de 1993 a 30 de septiembre de 2017.

Se encuentra probado que la señora María Ana Silva Bermejo Ávila laboró desde el 04 de febrero de 1993 al 30 de septiembre de 2017, como madre comunitaria a través de la "ASOCIACIÓN DE PADRES USUARIOS DE HOGARES COMUNITARIOS BARRIOS SAN ANTONIO NORTE LIJACA", de conformidad con la certificación para hogares comunitarios del ICBF y de conformidad con los hechos de la demanda señala tener 66 años. (Fl.13)

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF indicó que no ha incurrido en acción u omisión respecto de la obligación de pagar aportes a pensión de las madres comunitarias, en razón que no tiene una relación laboral con ellas, considerando que no se está frente a un régimen especial, pues las madres comunitarias al ser independientes, tienen la obligación de realizar los aportes a pensión y salud. (Fl. 25 a 37)

Por otra parte, el Ministerio de Trabajo y Consorcio Colombia Mayor 2013 señalan que la tutela no puede ser utilizada como mecanismo para reconocer y pagar aportes al sistema de seguridad social en pensiones, de igual manera señalan el funcionamiento del programa subsidio al aporte en pensión que funciona operativamente con la administradora colombiana de pensiones-Colpensiones así:



Que respecto al caso de la señora María Ana Silva Bermejo Ávila se afilió al programa Subsidio al Aporte en Pensión –PSASP, el 01 de octubre de 1996, en el grupo poblacional de madre comunitaria, que fue retirada del programa el 30 de septiembre de 1999, por la causa de

pérdida del derecho al dejar de cancelar por cuatro (4) meses continuos el aporte correspondiente.

Que se afilió nuevamente al programa el 01 de agosto de 2008 en el grupo de madre comunitaria y fue suspendida el 01 de febrero de 2014 al empezar a ser trabajadora y posteriormente fue retirada el 21 de septiembre de 2015 al adquirir capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión.

Conviene subrayar que las madres comunitarias que no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional- Subcuenta de Solidaridad pensional, o habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas cotizadas exigido se les garantizará la priorización al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, que al caso concreto le sería aplicable a la señora María Ana Silva Bermejo de Ávila al tener más de la edad requerida para la pensión y no haber completado las semanas de cotización requeridas.

Sin embargo, sí deben atenderse los lineamientos señalados en Sentencia T- 018 de 2016 de la Corte Constitucional, en donde se advirtió:

(...)

*82. Al abordar el análisis la Sala consideró que el vínculo jurídico entre la madre comunitaria y el ICBF era de carácter civil y por ello la disputa no podía resolverse a la luz de la legislación laboral como lo pretendía la demandante. Al respecto, recordó que en la sentencia T-269 de 1995 “se determinó que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de bienestar es de naturaleza contractual, de origen civil...”. Advirtió que en el asunto concreto no se reunían los requisitos que configuran la relación laboral, y por ello negó la tutela del derecho al trabajo*

(...)

*Aun cuando el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995 establece que la vinculación de las madres comunitarias “no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones administradoras del mismo, ni con las entidades que en él participen”, esta disposición no supone un obstáculo para analizar si la vinculación de la accionante con el ICBF constituyó un contrato laboral, ya que el artículo 53 de la Constitución plasmó el principio de “Primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.*

(...)

*115. Revisado el expediente, sin embargo, no es posible declarar la existencia de un contrato realidad entre la accionante y el ICBF, pues la documentación aportada al proceso por la demandante no demuestra la concurrencia de los elementos esenciales del contrato realidad de trabajo.*

*Así, aunque a partir de la normatividad que regulaba el programa de madres comunitarias puede advertirse que a las participantes se les exigía la prestación personal de un servicio y recibían una beca como contraprestación de este, no existe prueba concreta de los extremos temporales de la relación contractual entre la actora y el ICBF. Tampoco reposan documentos que den cuenta de una relación de dependencia o*

*subordinación, pues la accionante no allegó al expediente elementos de juicio que demuestren esa situación.*

**117. Por ese motivo, la Sala negará la tutela de los derechos invocados por la solicitante. Esto, sin perjuicio del derecho al acceso a la administración de justicia que le asiste, en virtud del cual puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa a plantear sus reclamos y pretensiones.”** *Negrillas fuera del texto.*

Ahora, si bien es cierto mediante sentencia T-480 de 2016 se tutelaron los derechos a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de las madres comunitarias accionantes con las consecuencias allí dispuestas, no es menos cierto que a través del auto 186 de 2017 se declaró la nulidad parcial de dicha providencia, manteniendo algunas decisiones de la T-480, que mediante Auto 217 de 2018 del 11 de abril de 2018 también fueron declaradas nulas (ordinales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo<sup>25</sup>), al no vincular a terceros con interés directo esto es al Ministerio de Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor 2013 al ser generador del gasto y administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, respectivamente. Por lo cual, las órdenes adoptadas en el Auto 186 de 2017, no pueden ser aplicadas en virtud de la nulidad parcial declarada, aunado a que la decisión allí contenida está sujeta a una condición y es aquella que la Corte señaló en la misma providencia: “Una vez integrado el contradictorio con el Consorcio Colombia Mayor 2013 y el Ministerio de Trabajo, con arreglo al debido proceso. PROFERIR en Sala Plena la decisión que corresponda en el marco de las garantías a los derechos fundamentales, de acuerdo con la parte motiva del presente auto, en lo referente al **subsidio pensional previsto en las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008**” (negrilla del Despacho).

En consecuencia se negarán las pretensiones de la tutela. Lo anterior, sin perjuicio del derecho al acceso a la administración de justicia que le asiste a la accionante.

De otra parte, aunque el Despacho ordenó la vinculación de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y el DEPARTAMENTO DE PROSPERIDAD SOCIAL presentó informe, que fue tenido en cuenta en la presente sentencia, se observó que las mismas no son las encargadas legal ni funcionalmente de realizar los aportes a seguridad social de la demandante por no existir ningún vínculo entre aquellas y la accionante, por lo tanto, se ordenará su desvinculación de la presente acción de tutela.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO.- NEGAR** la acción de tutela presentada por la señora **MARÍA ANA SILVA BERMEJO ÁVILA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- DESVINCULAR** de la presente acción de tutela al **DEPARTAMENTO DE PROSPERIDAD SOCIAL Y A LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, por las razones expuestas.

<sup>25</sup> Que son las que contienen las órdenes.

JUZGADO 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ

ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: Maria Ana Silva Bermejo Ávila

ACCIONADA: ICBF

RADICADO: 2018-00125

**TERCERO.- NOTIFICAR** a la entidad accionada, a las entidades vinculadas y a la accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO.-** Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Juez