

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 22 MAR. 2019

Sentencia de tutela No. 034.

**Accionada:** Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

**Accionante:** María Margarita Niño Casas

**Derechos Invocados:** trabajo – petición – seguridad social integral – mínimo vital – vida digna en aplicación del derecho de igualdad

**Radicado:** 110013335-017-2019-00088-00

**Actuación:** Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por la señora María Margarita Niño Casas, en nombre propio contra la Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales al trabajo – petición – seguridad social integral – mínimo vital – vida digna en aplicación del derecho de igualdad; no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia así:

#### I. ANTECEDENTES

**La acción.** Refirió la señora María Margarita Niño Casas que desde el 13/06/1988 hasta el 04/08/2017 prestó sus servicios en los Hogares Comunitarios de Bienestar, programa de atención a la infancia en la modalidad de Madre Comunitaria perteneciente al ICBF a través de la Asociación Mundo Infantil de la Localidad de Soacha.

Atendiendo a que la prestación de servicios al ICBF empezó con anterioridad a febrero de 2014, esta entidad no canceló los aportes a salud y pensión causados en ese tiempo.

Destaca que en la actualidad cuenta con 73 años de edad, siendo adulta mayor sujeto de especial protección.

Señala que la Corte Constitucional en sentencia T 480 de 2016 estudió la situación de 106 madres comunitarias, que posteriormente a través de 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; esta última decisión fue declarada nula por la Corte Constitucional según se comunicó el 11 de abril de 2018.

Que presentó derecho de petición ante el ICBF el 26/07/2017 solicitando le certificaran el tiempo laborado en los hogares comunitarios la cual le fue expedida el 11/08/2017.

**Derecho fundamental vulnerado.** Considera que en primer lugar la tutela es el único mecanismo de protección de sus derechos fundamentales en tanto lo que persigue es la protección de sus derechos fundamentales al trabajo – petición – seguridad social integral – mínimo vital – vida digna en aplicación del derecho de igualdad ordenándose el reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social que debe efectuar el ICBF y el Consorcio Colombia Mayor 2013.

**Argumento de las autoridades accionadas.** Dentro del término establecido en el auto de fecha 6 de marzo de 2019 (fl.18 debidamente notificado en la misma fecha fl.19), el ICBF no emitió pronunciamiento dentro del proceso.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: María Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

Por su parte, el **Departamento Administrativo para la Prosperidad Social** en oportunidad contestó la acción manifestando que no tuvo vínculo jurídico contractual o administrativo con la accionante y por lo tanto no puede endilgarse vulneración a derecho fundamental alguno por su parte siendo improcedente su vinculación, pero que si la presunta vulneración pretende endilgársele al ICBF y en razón a ello se adelantó el llamado al DPS hace claridad que tal instituto es un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio y es solo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a quien le compete realizar pronunciamiento frente a los hechos.

En razón a lo anterior propone la existencia de falta de legitimación en la causa por pasiva del DPS no siendo esta entidad la facultada para emitir respuesta a las solicitudes de la accionante por tratarse de controversias de carácter administrativo y laboral ajenas al resorte de sus competencias, y de las dos pretensiones de la accionante ninguna va dirigida a esa entidad.

La **Nación – Ministerio de Trabajo** también señala la existencia de falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad por cuanto no tiene injerencia alguna en el Programa de Madres Comunitarias del ICBF, desconociendo la relación entre la entidad y la accionante solicitando ser desvinculada del trámite de la referencia.

Destaca que la pretensión de la actora está encaminada al pago de aportes a pensión el cual únicamente puede derivarse de la declaración de un contrato laboral, en consecuencia, las pretensiones de la acción desconocen la finalidad de la tutela, pues de acuerdo con la reiterada y uniforme jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 60 del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario, es decir, que procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos. De tal manera, como quiera que las pretensiones de acción están dirigidas a que se le paguen salario prestaciones, aportes a seguridad social, tiene que haber una declaración de un contrato realidad, lo cual desborda el principio de subsidiariedad de la acción constitucional.

Pese a que es evidente que en el caso particular, la actora es sujeto de especial protección constitucional, dada su condición de vulnerabilidad también lo es que cuenta, si lo tiene a bien, con un mecanismo para la protección de sus derechos presuntamente violados, como lo es una demanda ante la jurisdicción ordinaria, por lo que la presente acción es improcedente al desconocer el carácter subsidiario de la tutela.

Finalmente con base en la sentencia SU-079 de 2018, el Fondo de Solidaridad Pensional - Ministerio del Trabajo no tiene responsabilidad alguna respecto de los aportes pensionales que reclama la accionante, como quiera que la responsabilidad del FSP se limita al pago de los subsidios, correspondientes al pago que sus afiliados hicieron ante Colpensiones, por lo que en el caso particular, la accionante estuvo vinculada al PSAP desde el 1º de abril de "1996 2003" (sic) hasta el 28 de agosto de 2010, fecha en la cual fue retirada por alcanzar la edad tope para recibir el subsidio, conforme al artículo 29 de la Ley 100 de 1993 habiéndosele subsidiado 720 semanas de cotización durante la vigencia de su afiliación.

La **Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A.**, que a partir del 1º de diciembre de 2018 obra como Administradora Fiduciaria del Fondo de Solidaridad Pensional, en virtud del Contrato de Encargo Fiduciario No.604 del 21 de noviembre de 2018 suscrito con el Ministerio del Trabajo, que maneja dos subcuentas Subsistencia – Programa Colombia Mayor y Solidaridad – Programa de Subsidio al Aporte en pensión – PSAP; dio contestación a la tutela de la referencia sosteniendo que una vez consultada la base de datos de beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional (FSP), se logró establecer que la señora María Margarita Niño Casas, se afilió en el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión — PSAP desde el 1º de abril de 1996, en el grupo poblacional "Madre Comunitaria". fue retirada el 1º de abril de 2010, por incurrir en la causal de pérdida del derecho "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"; así la accionante fue desvinculada del Programa al cumplir los 65 años, constituyéndose esto como un hecho irrefutable que la hizo incurrir en la causal para exclusión, además, porque el Administrador Fiduciario debe observar estrictamente las normas que regulan el Fondo de Solidaridad

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: Maria Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

Pensional, en tanto tal disposición constituye un mecanismo de protección del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión establecido desde la ley 100 de 1993, que lo instituyó como criterio regulador y de sostenibilidad porque los recursos del Estado Colombiano son restringidos, y extender más allá el subsidio pone en riesgo la continuidad del Programa. Tal temporalidad ha sido estudiada y aprobada por la Corte Constitucional Sentencia T-757-2011.

Subraya que la Corte Constitucional al realizar el estudio sobre el pago de aportes parafiscales en pensiones a las madres comunitarias en sentencia SU-079 de 2018, indicó que no era posible que el anterior Administrador Fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional se viera obligado a cancelar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de las madres comunitarias, pues si bien la Ley 1187 de 2008 estableció un subsidio de aportes a pensiones para este grupo poblacional (madres comunitarias), también establecía que a las beneficiarias de dicho subsidio les correspondía cancelar el 20% del total de los aportes, y una vez sucediera,

Colpensiones requería al administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional el pago del 80% restante, es decir, el pago de sus aportes estaba supeditado a que ellas realizarán el pago del 20% correspondiente, de lo contrario no existía obligación alguna de parte del ICBF, del anterior Administrador Fiduciario, del Ministerio del Trabajo o de Colpensiones para realizar el pago de aporte alguno.

Concluye solicitando, se le desvincule del presente trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva, se declare improcedente la tutela por no ser este el medio idóneo para el reconocimiento de prestaciones de carácter económico, o que se denieguen las pretensiones de la acción por falta del principio de inmediatez y subsidiariedad.

Finalmente, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones dentro de los dos días concedidos por el auto 19/03/2019 (fls.61-62) para pronunciarse dentro del presente trámite constitucional en razón de su vinculación, guardó silencio.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

## II. CONSIDERACIONES

**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 entidades del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, y 1º del Decreto 1382 de 2000, y Decreto 1983 de 2017.

**Legitimación en la causa por activa.** En cuanto a la legitimación por activa, la solicitante es persona natural que actúa en nombre propio (art. 10 del D. 2591 de 1991) y en razón a su condición de madre comunitaria ejerciendo tal labor para el ICBF, como queda soportado con la certificación visible a folio 15 del expediente.

**Legitimación en la causa por pasiva.** En cuanto a la legitimación por pasiva, el artículo 13 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. La acción se interpuso frente a la actuación de varias entidades públicas nacionales, esto es, el Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y Departamento Administrativo para la Prosperidad Social conforme el Decreto 1983 de 2017 (art. 13 del D. 2591 de 1991); respecto de la legitimación de cada una de estas en el caso concreto tenemos que:

1. Sobre la legitimación del **ICBF**, debe indicarse que el numeral 5º del artículo 1.2.1.1. del Decreto 1084 de 2015, prevé que dicho instituto es un establecimiento descentralizado, con personería jurídica,

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: María Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

autonomía administrativa y patrimonio propio<sup>1</sup>. En punto a la definición de los Hogares Comunitarios de Bienestar, se tiene que está comprendida en el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 89 de 1988<sup>2</sup>. De acuerdo a lo anterior, puede afirmarse que la labor de madre comunitaria que asegura realizó la accionante, se desarrolló de conformidad con la implementación de los programas de Hogares Comunitarios de Bienestar que efectuó el ICBF con base en lo previsto en la normatividad. Por lo cual, resulta claro que dadas las particularidades que reviste el asunto, es posible que entre la accionante y el ICBF haya habido una relación laboral o que la entidad haya tenido la obligación de efectuar el pago de los aportes en pensión que demandan. En consecuencia, el instituto cuenta con aptitud legal de ser eventualmente llamado a responder por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

2. Ahora bien sobre la legitimidad del **Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –DPS**, el ICBF directamente implicado en el vínculo contractual y administrativo alegado por la accionante se encuentra adscrito al DPS de conformidad con el Decreto 4156 de 2011, razón por la cual se encuentra legitimado por pasiva.

3. Legitimación en la causa por pasiva del **Ministerio de Trabajo**, es procedente, por cuanto al crearse el Fondo de Solidaridad Pensional como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica adscrita 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.

4. Legitimación en la causa por pasiva de **Fiduagraria S.A.** es procedente, toda vez que el Ministerio de Trabajo y la Administradora Fiduciaria suscribieron Contrato de Encargo Fiduciario No. 604 del 21 de noviembre de 2018, para el manejo de dos subcuentas: Subsistencia – Programa Colombia Mayor y Solidaridad – Programa de Subsidio al Aporte en pensión – PSAP, correspondiéndole a partir del 1º de diciembre de 2018 actuar en nombre de estos programas (donde las madres comunitarias figuran como potencial beneficiarias).

5. Finalmente, en cuanto al **Consorcio Colombia Mayor 2013** existe legitimación en la causa por pasiva, por cuanto esta persona jurídica era quien validaba (antes del 1º de diciembre de 2018) el cumplimiento de los requisitos legales (Decreto 1833 de 2016<sup>3</sup>) cuando las personas se inscriben al Programa del Subsidio al Aporte en Pensión (al cual pueden estar inscritas las accionantes), procesa la nómina respectiva y efectúa el giro del subsidio a la Administradora del Fondo de Pensiones. En esa medida, el Consorcio se encuentra legitimado por pasiva en el presente trámite.

Conforme lo expuesto hasta este punto, el Despacho considera que el requisito de legitimación en la causa por pasiva se encuentra cumplido, respecto del ICBF, el **Ministerio del Trabajo**, el **Departamento Administrativo para la Prosperidad Social**, y el **Consorcio Colombia Mayor 2013** así como la administradora fiduciaria **Fiduagraria S.A.**

#### **Procedibilidad de la acción de tutela.**

**Inmediatez:** El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o por la omisión de autoridades públicas o de los particulares que señala dicho precepto superior.

<sup>1</sup> Creado por la Ley 75 de 1968, reorganizado por la Ley 7 de 1979 y mediante Decreto 4156 de 2011, fue adscrito al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social. Esta adscripción también se encuentra señalada en el Decreto 1084 de 2015, el cual organiza el sector de la inclusión social y la reconciliación

<sup>2</sup> Son "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". Esta misma normativa, en su artículo 8º, establece que "rige a partir de la fecha de su promulgación", es decir, el 29 de diciembre de 1988, según consta en el Diario Oficial No. 38.635 del 29 de diciembre de 1988

<sup>3</sup> "Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones".

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: María Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

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 esa 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.

En cuanto al tiempo dentro del cual se debe solicitar la acción de tutela, el máximo órgano constitucional ha establecido algunos factores que determinan la razonabilidad o no del tiempo transcurrido entre la presunta afectación del derecho fundamental y la presentación de la solicitud de amparo. En sentencia T-743 de 2008 precisó lo siguiente:

*“La Corte Constitucional ha establecido algunos de los factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición”.*

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos no es necesario que concurra el requisito de inmediatez. Un ejemplo de ello es la sentencia T-172/13, en la cual determinó los casos en los cuales es posible la ausencia del requisito de inmediatez, al respecto señaló:

*“El juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado. Además de lo anterior, **la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que “... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”** (Resaltado por el Despacho).*

18. Esa Corporación ha señalado que para verificar el cumplimiento del requisito de la inmediatez<sup>4</sup>, el juez constitucional debe comprobar alguna de las siguientes situaciones:

*- 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/o*  
*- 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>5</sup>.*

La H. Corte Constitucional en Sentencia SU-079 de 2018<sup>6</sup> puntualizó sobre este requisito de procedencia en el caso de la madres comunitarias:

*“Sin embargo, cuando se trata de casos donde lo pretendido sea el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas relacionadas con derechos pensionales, como por ejemplo el pago de aportes*

<sup>4</sup> El principio de inmediatez exige que la acción de tutela deba 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. Al respecto ver sentencias SU-961 de 1999 y T-291 de 2016.

<sup>5</sup> Corte Constitucional Sentencia T-369 de 2017.

<sup>6</sup> Corte Constitucional Sala Plena Sentencia SU-079 del nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, Referencia: Expedientes acumulados T-6.230.725, T-6.247.971, T-6.252.322, T-6.254.396, T-6.256.781, T-6.260.131, T-6.233.225, T-6.328.113, T-6.345.999, T-6.372.840, T-6.373.260, T-6.349.652, T-6.355.026, T-6.387.406, T-6.420.476, T-6.414.206, T-6.436.508, T-6.445.730 y T-6.470.399. Acciones de tutela instauradas por María Ana Luisa Granados de Rincón y otros contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y otros.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: María Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

*a pensión en el Sistema de Seguridad Social, el principio de inmediatez en la interposición de la acción de tutela se flexibiliza en virtud del carácter imprescriptible de las pensiones, donde se supone que el daño se mantiene actual mientras subsista el derecho a la prestación<sup>7</sup>.*

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

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

De conformidad con lo aparte en cita, y entendiendo que en el presente asunto la accionante también está solicitando el cumplimiento en el pago de aportes pensionales al Sistema de Seguridad Social los cuales son reclamables en cualquier tiempo, el principio de inmediatez en la interposición de la acción de tutela se flexibiliza en virtud del carácter imprescriptible de las pensiones, se entiende que la alegada vulneración a los derechos fundamentales de la señora María Margarita Niño Casas persiste en el tiempo “*mientras subsista el derecho a la prestación*”; con lo que el Despacho considera cumplido este requisito.

**Subsidiariedad:** El Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, establece en el artículo 6º las causales de improcedencia y en el numeral 1º señala que no procederá “*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

De otro lado, la Corte ha considerado que el agotamiento de los recursos ordinarios de defensa judicial responde al principio de subsidiariedad, lo cual pretende asegurar que la acción de tutela no se convierta en una instancia más dentro del trámite jurisdiccional, debiendo el juez analizar en cada caso si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten la defensa de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional ha precisado que la subsidiariedad supone agotar previamente los medios de defensa que la ley establece para la protección de los derechos, por cuanto la acción de tutela no está diseñada para desplazar los mecanismos judiciales legalmente diseñados.

De acuerdo con lo anterior, es posible señalar que aun cuando el actor disponga de mecanismos de defensa en la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, según sea el caso, para reclamar el reconocimiento de derechos laborales o pensionales, el juez constitucional debe analizar las circunstancias del caso concreto a fin de verificar la idoneidad de estas herramientas para garantizar efectivamente la protección del derecho al trabajo y a la seguridad social.

21. Tratándose de las acciones de tutela instauradas por las personas que se han desempeñado o aún se desempeñan como madres comunitarias en el programa liderado por el ICBF, la jurisprudencia ha encontrado precedentes tales demandas de amparo, toda vez que se ha estimado que las accionantes son sujetos de especial protección constitucional, al establecer alguno de los siguientes requisitos:

*“- Encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente<sup>8</sup>;*

<sup>7</sup> En sentencia T-350 de 2015, al respecto se consideró que “*en virtud de su naturaleza, los derechos prestacionales, como las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, son imprescriptibles. Es decir, pueden ser reclamados en cualquier tiempo, por lo que se descarta la posibilidad de que un juez se abstenga de reconocerlos bajo el argumento de que la acción de tutela resulta improcedente por razones de inmediatez, al no haber sido instaurada en un término razonable*”.

<sup>8</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, reiterada en la T-480 de 2016.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: Maria Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

- ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente<sup>9</sup>;
- hallarse en el estatus personal de la tercera edad<sup>10</sup>;
- afrontar un mal estado de salud<sup>11</sup>;
- ser madre cabeza de familia y/o víctima del desplazamiento forzado<sup>12</sup><sup>13</sup>.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia de las Salas de revisión, la estructuración de tan solo una de las circunstancias señaladas impone al juez constitucional el deber de flexibilizar el examen de procedibilidad de la acción de tutela instaurada por aquellas personas que han cumplido o realizan la labor de madre comunitaria en el ICBF, “estudio que se debe ajustar a las condiciones físicas, sociales, culturales o económicas que han puesto en estado de debilidad manifiesta a ese grupo de personas por un tiempo considerablemente prolongado”<sup>14</sup>.

Nuevamente, la H. Corte Constitucional, en Sentencia SU-079 de 2018<sup>15</sup>, estudiando el caso de las madres comunitarias, señaló:

*“La Sala debe precisar que los anteriores requisitos se hacen extensibles a los casos de las accionantes que se desempeñaron o aún se desempeñan como madres sustitutas, puesto que las características específicas del Programa de Hogares Sustitutos no hacen variar por sí mismas las condiciones materiales de las accionantes ni su condición de sujetos de especial protección constitucional.*

*22. Por tanto, aun cuando las demandantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para lograr la garantía de sus derechos, para la Corte el medio ordinario deviene ineficaz dadas las particulares condiciones que ostentan cada una de las accionantes, por lo que resultaría desproporcionado y tardío someterlas al agotamiento del trámite común. A esta conclusión se llega luego de verificar que las accionantes son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto se establece que cumplen con las siguientes condiciones especiales establecidas por la jurisprudencia. Veamos:*

***(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.*** *En esta oportunidad, de acuerdo a los presupuestos fácticos y a las respuestas dadas por el ICBF como la documentación allegada a cada uno de los expedientes acumulados, resulta claro que las 162 accionantes recibieron por los servicios prestados desde la fecha de su vinculación a los Programas Hogares Comunitarios y Sustitutos de Bienestar del ICBF, el pago mensual de una suma de dinero denominada “beca”, la cual, únicamente a partir del 1º de febrero de 2014 se igualó al monto de un salario mínimo mensual legal vigente para quienes continuaban vinculadas<sup>16</sup>. En otras palabras, estas madres comunitarias y sustitutas recibieron un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente (dicho ingreso ha oscilado entre el 30% y el 70% del smlmv), lo que estructuró una afectación a su mínimo vital durante el tiempo en que así se desempeñaron<sup>17</sup>. Si bien algunas de las*

<sup>9</sup> Ver los Fallos T-018 de 2016 y T-480 de 2016 y consultar Auto 186 de 2017.

<sup>10</sup> Consultar Auto 186 de 2017.

<sup>11</sup> Consultar Auto 186 de 2017.

<sup>12</sup> Ver la Sentencia T-628 de 2012.

<sup>13</sup> Sentencia T-639 de 2017.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Corte Constitucional Sala Plena Sentencia SU-079 del nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Magistrado Ponente: JOSE FERNANDO REYES CUARTAS, Referencia: Expedientes acumulados T-6.230.725, T-6.247.971, T-6.252.322, T-6.254.396, T-6.256.781, T-6.260.131, T-6.233.225, T-6.328.113, T-6.345.999, T-6.372.840, T-6.373.260, T-6.349.652, T-6.355.026, T-6.387.406, T-6.420.476, T-6.414.206, T-6.436.508, T-6.445.730 y T-6.470.399. Acciones de tutela instauradas por Maria Ana Luisa Granados de Rincón y otros contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y otros.

<sup>16</sup> Ley 1607 de 2013, artículo 36: “Durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas. // La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa. Las madres sustitutas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del 2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes”. Ver también Resolución 3444 del 21 de abril de 2016 del ICBF.

<sup>17</sup> En sentencia T-1081 de 2000, esa Corporación consideró que “constituye un indicio de afectación del mínimo vital, el hecho de que la accionante devenga un ingreso inferior al salario mínimo”. Asimismo, en la sentencia T-241 de 2000, respecto al mínimo vital, se señaló que “tal concepto no equivale al del salario mínimo como con claridad lo expreso la Sala Plena en reciente fallo de unificación (SU-995 del 9 de diciembre de 1999, M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz), por lo cual, aun en casos en los cuales se recibe el equivalente de

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: Maria Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

*accionantes actualmente devengan un salario mínimo por continuar vinculadas a los mencionados programas, otras dejaron de ser madres comunitarias o sustitutas con anterioridad a la nivelación de la beca al salario mínimo y se encuentran desempleadas, por lo que se entiende que persiste su afectación al mínimo vital.*

**(ii) Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja como, por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente.** Las madres comunitarias hacen parte de un fragmento desfavorecido en la sociedad colombiana, tal y como lo confirman los propios reglamentos administrativos. Así, el artículo 2º del Acuerdo 21 de 1996<sup>18</sup> establece que: "(...) 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". Evidentemente las madres comunitarias hacen parte de dichos sectores pues esta es una de las condiciones para que se desempeñen como tales.  
(...)

**(iii) Hallarse en el estatus personal de la tercera edad.** Como se desprende de las pruebas allegadas, se evidenció, conforme a la tabla inserta en la presente sentencia, que algunas de las accionantes se encuentran en el estatus personal de la tercera edad o adulto mayor<sup>19</sup>, ya que según las respectivas cédulas de ciudadanía obrantes en los expedientes acumulados, de las 162 madres comunitarias en total, 41 cuentan con más de 60 años de edad.

**(iv) Afrontar un mal estado de salud. (...).**"

Considera el Despacho que a pesar de tener otro medio de defensa judicial para reclamar sus derechos, al encontrarse en una situación de debilidad por pertenecer a una población vulnerable se encuentra satisfecho el requisito de procedibilidad de la tutela en razón a la subsidiariedad, por cuanto la accionante es parte de un segmento situado en posición de desventaja económica y social, al devengar ingresos inferiores al salario mínimo conforme la certificación proferida por el ICBF visible a folio 15 del expediente y contar en la actualidad con más de 60 años de edad conforme la cedula de ciudadanía allegada como anexo del escrito de tutela a folio 13.

## ANÁLISIS DEL DESPACHO

### Problema jurídico.

De acuerdo con la situación fáctica planteada le corresponde al Despacho, determinar si es procedente que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF realice las acciones necesarias para el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la tutelante en los periodos comprendidos entre el 13 de junio de 1988 y el 12 de febrero de 2014<sup>20</sup> en su labor como madre comunitaria en la Asociación Mundo Infantil.

### Solución al problema jurídico.

En primer término no es procedente que el ICBF realice las acciones necesarias para el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la tutelante en los periodos de tiempo comprendidos desde el 13 de junio de 1988 y hasta el 12 de febrero de 2014<sup>21</sup> en su labor como madre comunitaria en la Asociación Mundo Infantil, porque entre la accionante señora María Margarita Niño Casas y el ICBF el ordenamiento jurídico y la Jurisprudencia Constitucional no se encuentra provisto la posibilidad de que se estructure una relación laboral, razón por la que no se genera la obligación para el Instituto de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales a su favor.

*tal otra obligatoria, puede darse una vulneración del mínimo vital en cuanto aquella no sea inherente para satisfacer las más elementales necesidades inherentes al desarrollo de la vida humana en condiciones de dignidad y justicia. // Si ello ocurre percibiendo alguien el salario mínimo, con mayor razón acontece cuando la cantidad pagada por el patrono -violando la ley- es inferior"*

<sup>18</sup> "Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar".

<sup>19</sup> Los adultos mayores o personas de la tercera edad son aquellas que cuentan con más de 60 años, de acuerdo con el art. 2º de la ley 1251 de 2008 y el artículo 7º de la ley 1276 de 2009.

<sup>20</sup> Fecha de entrada en vigencia del Decreto 289 de 2014 que reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias.

<sup>21</sup> Fecha de entrada en vigencia del Decreto 289 de 2014 que reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: María Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

Respecto del Consorcio Colombia Mayor 2013, no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados ya que este administrador (hoy el administrador fiduciario es Fiduagraria S.A.) con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional (FSP) ha subsidiado los aportes en pensiones de acuerdo al marco legal y reglamentario que gobierna el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión desde el 1° de abril de 1996 hasta el 28 de agosto de 2010.

Por su parte Colpensiones, pese a que fue vinculada por el Despacho previo a proferir sentencia en razón a su competencia para expedición de la historia laboral de la accionante, es evidente que las funciones asignadas por la ley a esta administradora de pensiones, están sujetas al cumplimiento de las cargas impuestas a los beneficiarios del régimen, sobre quienes, en el caso específico de las madres comunitarias, una vez acreditado el pago del 20% del aporte pensional, procede a solicitar a la administradora fiduciaria el pago del 80% subsidiado por el Estado, razón por la cual no se acredita en esta instancia la configuración de una amenaza a los derechos fundamentales de la accionante por parte de esta entidad.

Finalmente, en cuanto al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - DPS, y el Ministerio del Trabajo, accionados, debe señalarse que, si bien se encontraron legitimados, por cuanto sobre el primero, el ICBF se encuentra adscrito a este, y el Ministerio del Trabajo tiene adscrito el Fondo de Solidaridad Pensional, cuenta especial de donde se derivan los recursos para el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del cual fue beneficiaria la accionante, no se evidencia vulneración alguna a sus derechos ius fundamentales.

Para dar solución al problema jurídico planteado, se expondrán, conforme lo hiciera la Corte Constitucional en la Sentencia SU-079 de 2018, los siguientes temas: (i) los programas de hogares comunitarios de bienestar, (ii) el régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social Integral de las madres comunitarias y una vez precisados estos aspectos, (iii) abordará el estudio del caso concreto para determinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos que se invocan.

**i) La naturaleza de los programas de Hogares Comunitarios de Bienestar<sup>22</sup>:** A través de la Ley 89 de 1988<sup>23</sup>, se creó el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, donde se definen los mismos como *“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”* (art. 1, parágrafo 2).

En desarrollo de esta ley, el Decreto Reglamentario 2019 de 1989<sup>24</sup> dispuso que los programas de Hogares de Bienestar se fundamentan en el trabajo solidario de la comunidad, encaminado a garantizar a los niños la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual.

A través del Decreto 1340 de 1995<sup>25</sup> se estableció que el trabajo de las personas que participan en el programa de Hogares de Bienestar, es una contribución voluntaria, puesto que la obligación de asistir a los menores es de la familia y la sociedad, por lo tanto, su vinculación no constituye relación laboral con ninguna entidad. Esta normativa dispuso:

***“Artículo 3o. El 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.***

<sup>22</sup> Corte Constitucional Sala Plena Sentencia SU-079 del nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, Referencia: Expedientes acumulados T-6.230.725, T-6.247.971, T-6.252.322, T-6.254.396, T-6.256.781, T-6.260.131, T-6.233.225, T-6.328.113, T-6.345.999, T-6.372.840, T-6.373.260, T-6.349.652, T-6.355.026, T-6.387.406, T-6.420.476, T-6.414.206, T-6.436.508, T-6.445.730 y T-6.470.399. Acciones de tutela instauradas por María Ana Luisa Granados de Rincón y otros contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y otros.

<sup>23</sup> “Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

<sup>24</sup> “Por el cual se reglamenta el parágrafo 2° del artículo primero de la Ley número 89 del 29 de diciembre de 1988”.

<sup>25</sup> “Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: Maria Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

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

Con base en la anterior normativa, el ICBF expidió el Acuerdo 21 de 1996<sup>26</sup>, "Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar", estableciendo que el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar será ejecutado por medio de Asociaciones conformadas por los padres de familia de los niños que se verán beneficiados por éste, quienes podrán celebrar **contratos de aporte** con el ICBF, a fin de administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los provenientes de la comunidad (art. 2º), previa a la tramitación de su personería jurídica ante el ICBF.

Igualmente, prevé la normativa que es la Asociación de Padres la responsable del cumplimiento del contrato de aporte y quien designa a las madres comunitarias, las cuales aceptan y participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar "mediante una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria" (art. 5º).

En cuanto a la operación y organización del aludido programa, cuyos lineamientos técnicos han venido siendo actualizados por el ICBF<sup>27</sup>, el artículo 5º establece que 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 unas 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 organizarán de acuerdo a las necesidades de los niños y de los padres de familia y; (vi) **"las madres Comunitarias como titulares del derecho a la Seguridad Social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado por la Ley 100 de 1993 sus Decretos Reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia"** (Destaca la Corte en el texto original).

La Ley 1607 de 2012<sup>28</sup>, otorgó a las madres comunitarias y sustitutas una beca por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indicó que de manera progresiva durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicara otorgarles la calidad de funcionarias públicas. De esta manera, el artículo 36 de la citada ley dispuso: "La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias **se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa**"<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Este Acuerdo fue el primero que expidió la Junta Directiva del ICBF en relación con los lineamientos técnico-administrativos que debían ser observados para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y el desempeño de la labor de madre comunitaria

<sup>27</sup> 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).

<sup>28</sup> "Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones".

<sup>29</sup> Mediante sentencia T-628 de 2012, esta Corporación ordenó al ICBF iniciar liderar y coordinar un proceso institucional y participativo de diseño y adopción de todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar que, de forma progresiva pero pronta, las madres comunitarias de tiempo completo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente, en virtud de lo cual, se expidió el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: Maria Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

En desarrollo de la anterior disposición, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 289 de 2014<sup>30</sup> reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Así, establece el artículo 2º que **“Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social”** (Destaca la Corte en el texto original). Del mismo modo, el artículo 3º prevé que **“las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF”**.

En suma, si bien el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar viene funcionando desde hace más de treinta años, a cargo de madres voluntarias cuya finalidad era garantizar a los niños de bajos recursos económicos cuidado y bienestar, su vinculación a través de contrato laboral y, por tanto, regida por el Código Sustantivo del Trabajo, solo se estableció a partir del año 2014 con el Decreto 289 del 12 de febrero.

26. En punto a **la relación jurídica entre las madres comunitarias, el ICBF y las entidades administradoras u operadoras del Programa Hogares Comunitarios, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014**, como atrás se indicó, el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995 estableció que la vinculación de las madres comunitarias en dicho programa **“no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo”** (Destaca la Sala). Asimismo, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999<sup>31</sup>, señaló que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF **“en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas”**, pues dicha participación se trata de un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta.

**ii) Régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social Integral de las madres comunitarias**<sup>32</sup>: La Corte Constitucional ha desarrollado la jurisprudencia sobre los efectos y dimensiones del derecho fundamental a la seguridad social, a partir de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales que lo regulan. Así, ha sostenido que 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<sup>33</sup>. 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, el cual se complementa con las normas internacionales, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 16 expresamente consagra: **“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”**.

30. La Ley 100 de 1993 **“por medio de la cual se crea y reglamenta el Sistema de Seguridad Social Integral”**, establece como unos de sus objetivos la implementación de mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, garanticen a la población sin capacidad económica suficiente, como lo son las madres comunitarias y sustitutas, acceder al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones”

<sup>31</sup> “Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Sentencia T-352 de 1996.

<sup>34</sup> Artículo 6º, numeral 3º: **“Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente**

Para este efecto, se encuentra que el Acuerdo 21 de 1996<sup>35</sup>, dispuso en su artículo 5º, literal j, que **“las madres comunitarias como titulares del derecho a la seguridad social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado en la Ley 100 de 1993 sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia”**.

Tratándose de la seguridad social en **salud**, la Ley 509 de 1999, modificada por la Ley 1023 de 2006<sup>36</sup>, establece que **“Las Madres Comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se afiliarán con su grupo familiar al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se harán acreedoras de todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del mismo”**. En el parágrafo 1º se indica que **“La base de cotización para la liquidación de aportes con destino a la seguridad social por parte de las madres comunitarias así como las prestaciones económicas se hará teniendo en cuenta las sumas que efectivamente reciban las Madres Comunitarias por concepto de bonificación prevista por los reglamentos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”**.

En cuanto a la cotización, el artículo 2º de esta normativa prevé que dichas madres **“cotizarán mensualmente como aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud un valor equivalente al cuatro por ciento (4%) de la suma que reciben por concepto de bonificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”**. Las Madres Comunitarias tendrán la posibilidad de completar por su cuenta el valor total de la cotización y obtener de esta manera la cobertura familiar del Régimen Contributivo. La Ley deja a las Organizaciones Administradoras del Programa Hogares de Bienestar la tarea de recaudar las referidas sumas, mediante la retención y giro del porcentaje descrito, a la Entidad Promotora de Salud, EPS, escogida por la Madre Comunitaria, dentro de la oportunidad prevista por la Ley para el pago de las cotizaciones.

El artículo 48 de la Constitución Política fue adicionado a través del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se estableció que **“para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”** (Destaca la Corte en texto original).

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la filiación al Sistema General de Pensiones **“es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes”** (literal a), lo cual **“implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley”** (literal d). Tratándose de grupos poblacionales que por sus características y condiciones socioeconómicas no tenían acceso a la seguridad social, incluyendo a las madres comunitarias, se dispuso el derecho a acceder al **Subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional** (literal i)<sup>37</sup>.

*como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral”*

<sup>35</sup> “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”

<sup>36</sup> “Por la cual se disponen unos beneficios a favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social y se otorga un subsidio pensional”.

<sup>37</sup> En sentencia C-243 de 2006, esta Corporación señaló que la creación del Fondo de Solidaridad Pensional constituyó un desarrollo de los principios de universalidad y solidaridad que gobiernan el derecho fundamental a la seguridad social previsto en el artículo 48 superior, por lo que los subsidios otorgados con los recursos de dicho Fondo son una manifestación del Estado Social de Derecho. En este fallo se explicó que los referidos subsidios son una forma de redistribución de ingresos en beneficio de los menos favorecidos, al tiempo que incentiva la solidaridad al socializar los riesgos de vejez, invalidez y muerte de quienes no tienen recursos para acceder a una pensión en el marco del Sistema General de Seguridad Social.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: Maria Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

En armonía con esto último, el artículo 15 de la misma ley, con la modificación efectuada mediante el artículo 3º de la Ley 797 de 2003<sup>38</sup>, dispone que serán afiliados al Sistema General de Pensiones de forma obligatoria **“Todas 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”**<sup>39</sup> (Destaca la Corte en texto original).

De esta manera, la ley ha regulado el acceso de las madres comunitarias al Sistema General de Pensiones, como grupo que por sus condiciones socioeconómicas eran elegibles para ser beneficiarias del mencionado subsidio, teniendo entonces la obligación legal de afiliarse al sistema pensional y realizar los aportes correspondientes. Debe tenerse presente que este subsidio, en los términos del artículo 28 de la Ley 100 de 1993, es **“de naturaleza temporal”** y **parcial, de manera que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial del aporte a su cargo**.

Al respecto, los artículos 2.2.14.1.14. y 2.2.14.1.19. del Decreto 1833 de 2016<sup>40</sup>, establecen:

*“Artículo 2.2.14.1.14. Afiliación. 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.***

*(...)*

*2.2.14.1.19. Los aportes por cotizaciones estarán a cargo del afiliado, cuando este sea independiente”.*

Una vez adquirida la calidad de beneficiario del mencionado subsidio se adquiere la obligación de realizar los aportes que corresponden. El artículo 19 de la Ley 100 de 1993 preve la obligación de los trabajadores independientes y de aquellas personas que deben ser subsidiados en sus cotizaciones, de realizar aportes a pensión, así:

<sup>38</sup> “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”

<sup>39</sup> El artículo 25 de 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”* Este fondo, de acuerdo al artículo 26, tiene por objeto *“subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial, 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>40</sup> De acuerdo con el artículo 2.2.14.1.28 del Decreto 1833 de 2016, *“la temporalidad del subsidio a la que se refiere el artículo 28 de la Ley 100 de 1993, para todos los grupos poblacionales corresponderá a un periodo equivalente a 750 semanas de cotización, de conformidad con lo señalado por el Consejo Nacional de Política Social, Conpes”*.

<sup>41</sup> “Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones”. El artículo transcrito corresponde al artículo 14 del Decreto 3771 de 2007.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: Maria Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

**“Los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos. Cuando se trate de personas que el Gobierno Nacional haya determinado que deban ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido.**

*En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente”.*

En todo caso, para que se cause el aludido subsidio es necesario que el beneficiario haya realizado el aporte a su cargo. El artículo 2.2.14.1.26. del Decreto 1833 de 2016, al respecto establece:

*“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 2.2.3.3.1. del presente Decreto, 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”* (Destaca la Corte en texto original).

En ese orden, 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)<sup>42</sup> 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 beneficiario y el subsidio del Estado a través del administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional<sup>43</sup>.

Así entonces, de acuerdo al marco constitucional, legal y reglamentario, las madres comunitarias, al no tener relación laboral con el ICBF (se entienden trabajadoras independientes), para acceder a la pensión de vejez tienen la obligación de afiliarse y realizar los respectivos aportes. De conformidad con el artículo 6° de la Ley 509 de 1999<sup>44</sup>: **“el monto del subsidio será equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad”.** Este mismo porcentaje es aplicado actualmente por el Fondo de Solidaridad Pensional para subsidiar en los aportes a las madres sustitutas.

El artículo 29 de la Ley 100 de 1993 ha establecido un límite temporal para el otorgamiento y exigibilidad del subsidio, señalando que **“cuando el afiliado que haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, la entidad administradora respectiva devolverá el monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho Fondo”.**

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> Actualmente el consorcio Colombia Mayor 2013, es el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional y fue conformado el 9 de abril de 2013, por las fiduciarias públicas: Fiduprevisora S.A., Fiducoldex S.A. y Fiducentral S.A., para participar en la licitación pública que dio lugar al contrato de encargo fiduciario.

<sup>44</sup> “Por la cual se disponen unos beneficios en favor de las Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional”.

Ahora bien, todos los decretos que han reglamentado el funcionamiento del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional<sup>45</sup>, han previsto unas **causales para la pérdida del derecho al subsidio**. Actualmente, el Decreto 1833 de 2016, compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, establece en su artículo 2.2.14.1.24, 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<sup>46</sup>. 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.*
- 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” (Destaca la Corte en texto original).*

Todas estas condiciones de acceso al subsidio y causales de pérdida del mismo le eran aplicables a las madres comunitarias con anterioridad a la formalización laboral de las mismas con las entidades administradoras del programa Hogares Comunitarios de Bienestar, que les permitió pasar al régimen pensional contributivo y contar con todos los derechos y garantías consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo (regulado en el Decreto 289 de 2014). Estas mismas causales actualmente le son aplicables a las madres sustitutas, toda vez que por las características propias de dicho programa, el legislador no previó su formalización laboral.

Igualmente, a través del artículo 166 la Ley 1450 de 2011, el legislador instituyó que *“las madres comunitarias, FAMI y sustitutas que ostentaron esta condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008 y no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante este periodo, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo”<sup>47</sup>*. Esto significa que, en el evento de que una madre comunitaria o sustituta alcance el requisito de edad y tenga 1.000 semanas cotizadas y que, en el periodo a que alude la norma no hayan accedido al subsidio de los aportes por el Fondo, podrán acudir al trámite previsto en el Decreto 605 de 2013 (compilado en el Decreto 1833 de 2016), para hacerse beneficiarias al pago del cálculo actuarial, pudiendo completar las semanas requeridas para acceder a la pensión.

32. El artículo 212 de la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), establece que *“las personas que fueron beneficiarias del programa Subsidio Aporte a la Pensión podrán vincularse*

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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”*.

<sup>47</sup> El 29 de enero de 2003 es la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y el 14 de abril de 2008 es la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1187 de 2008.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: María Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

*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" (Destaca la Corte en texto original).*

La anterior disposición fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto N° 387 del 26 de febrero de 2018, donde se prevé que el traslado al servicio complementario de Beneficios Económicos Periódicos, pueden realizarlo las personas que son beneficiarias del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión y no han reunido los requisitos para acceder a la pensión o no tengan la probabilidad de reunirlos, como también aquellas personas que fueron en algún momento beneficiarias del mencionado Subsidio al Aporte y no son afiliadas obligatorias de Sistema General de Pensiones. Entre los grupos poblacionales destinatarios de este beneficio se encuentran "3. *Madres comunitarias o sustitutas*" (art. 2.2.14.5.1. Decreto 1833 de 2016, adicionado por el Decreto 387 de 2018).

La reglamentación establece la posibilidad de trasladar a la cuenta individual de Beneficios Económicos Periódicos, además de las cotizaciones hechas a Colpensiones, el subsidio del Estado para que se pueda acceder a una renta vitalicia inferior al salario mínimo legal mensual. Al respecto la normativa contempla:

*"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.*

*(...)*

*Artículo 2.2.14.5.6. Porcentaje del Subsidio de Aporte para Pensión que se trasladará a BEPS. A las personas que han pertenecido o se encuentran como beneficiarias del Subsidio al Aporte para Pensión y decidan voluntariamente vincularse a BEPS, se les autoriza el traslado del 100% del subsidio otorgado a través del Fondo de Solidaridad Pensional y que ha sido transferido a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para que este se asuma como parte del ahorro en BEPS.*

*(...)*

*Artículo 2.2.14.5.9. Cálculo del valor del incentivo periódico. El cálculo del subsidio periódico que otorga el Estado del veinte por ciento (20%) se efectuará exclusivamente sobre el monto de los aportes realizados al Sistema General de Pensiones por la persona vinculada, más el ahorro que esta realice en BEPS y no se calculará sobre los subsidios otorgados por el Fondo de Solidaridad Pensional, ni sobre sus rendimientos. El reconocimiento del BEP se realizará conforme lo previsto en el Título 13 del Decreto número 1833 de 2016.*

*Parágrafo 1°. La Administradora de BEPS trasladará al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los recursos acumulados, si la persona que optó por el traslado del Subsidio de Aporte en Pensión al Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos **al momento de cumplir el requisito de edad de pensión**, tiene aportes en el Sistema General de Pensiones **que junto con los recursos acumulados en BEPS le permiten el reconocimiento de una pensión de vejez**. En este evento no se reconocerá veinte 20% de incentivo del Estado.*

*(...)*

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: María Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

*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” (Destaca la Corte en texto original).*

Ahora, también habrá madres comunitarias que no tendrán derecho a la pensión porque estando afiliadas al Fondo de Solidaridad Pensional no cuentan con una expectativa cierta o legítima de cumplir con las semanas cotizadas para pensionarse. En esta eventualidad la Ley 1450 de 2011 (Ley del Plan Nacional de Desarrollo) contempló el mecanismo de un subsidio de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional. Veamos:

*“Artículo 164. Subsidio de Solidaridad Pensional. Tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que tratará la Ley 797 de 2003 las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos (BEPS) del régimen subsidiado en pensiones y por tanto cumplan con las condiciones para acceder a la misma. La identificación de las posibles beneficiarias a este subsidio la realizará el ICBF, entidad que complementará en una proporción que se defina el subsidio a otorgar por parte de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.*

**iii) Análisis del caso concreto:** Se encuentra probado que la señora María Margarita Niño Casas laboró desde el 13 de junio de 1988 al 4 de agosto de 2017, como madre comunitaria a través de la “Asociación Mundo Infantil con Nit 800237087-0”, de conformidad con la certificación para hogares comunitarios del ICBF (fl.15) y de conformidad con los hechos de la demanda señala tener 73 años de edad (fl.13)

Según certificación allegada por **Fiduagraria S.A.**, se constata que una vez consultada la base de datos de beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional (FSP), la señora María Margarita Niño Casas, se afilió en el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión — PSAP desde el 1º de abril de 1996 y fue retirada el 1º de abril de 2010, por incurrir en la causal de pérdida del derecho “cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993”; constituyéndose esto como un hecho irrefutable que la hizo incurrir en la causal para exclusión (fl.44).

De acuerdo con la respuesta del Ministerio de Trabajo la tutelante hizo uso del subsidio al aporte y cuenta en su historia laboral con 720 semanas de cotización subsidiadas durante la vigencia de su afiliación (fl.25 vto. respuesta Ministerio del Trabajo).

Conforme al problema planteado y atendiendo lo dispuesto por la H Corte Constitucional en la Sentencia SU-079 de 2018, respecto a la supuesta estructuración de una relación de trabajo entre la accionante y el ICBF por el periodo en que se desempeñó como madre comunitaria, tanto la ley como la jurisprudencia Constitucional han descartado la posibilidad de que ello se configure.

Para el caso de las **madres comunitarias**, su participación en los hogares comunitarios del ICBF 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<sup>48</sup> 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 Corte en texto original). En el mismo sentido, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999<sup>49</sup>, precisó que

<sup>48</sup> “Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”.

<sup>49</sup> “Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: María Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

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”.

Con base en las disposiciones normativas señaladas, 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<sup>50</sup> y de allí “no se desprende una vinculación de carácter laboral”, en los términos de la sentencia SU-224 de 1998.

Solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289<sup>51</sup>, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, como su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral.

Si bien se encuentra acreditado que la accionante se desempeñó como madre comunitaria, lo cierto es que el ICBF no está llamado a responder por los derechos fundamentales por ella invocados, pues ha sido la ley y el reglamento, los que han establecido las características del régimen jurídico de los hogares comunitarios, no pudiendo el ICBF actuar en contravía del ordenamiento que la rige<sup>52</sup> y atribuirse haber ejecutado actuaciones ilegales tendientes a desconocer relaciones de carácter laboral con las madres comunitarias.

Respecto de los aportes parafiscales en pensión, el único beneficio que contemplaba la normatividad para las madres comunitarias está previsto en el artículo 2º de la Ley 1187 de 2008, el cual solo consagró un subsidio a la cotización pensional, situación que no es la invocada por la accionante, pues justamente según las respuestas de las entidades, ella hizo uso de este y cuenta en su historia laboral con 720 semanas de cotización subsidiadas durante la vigencia de su afiliación (fl.25 vto. respuesta Ministerio del Trabajo), hasta cuando incurrió en alguna de las causales previstas por el ordenamiento para la pérdida del derecho, en este caso el cumplir la edad de 65 años. En esa medida, no puede atribuirsele al Fondo de Solidaridad Pensional administrado actualmente por Fiduarria S.A., alguna actuación u omisión que amenace los derechos fundamentales de la accionante con ocasión del pago subsidiado de aportes en pensión, toda vez que este solo paga el porcentaje que le corresponde una vez el afiliado ha efectuado el aporte a su cargo<sup>53</sup> y Colpensiones ingresa los dos pagos que suman el 100% a la historia laboral de la accionante.

La Corte Constitucional Sala Plena sentencia dictada con fecha nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018), con número SU-079 de 2018, además de concluir la inexistencia de vulneración a los derechos de las madres comunitarias en los términos ya enunciados, también se permitió exponer los beneficios previstos en la Ley y a los cuales podían acceder en caso de no alcanzar las semanas de cotización necesarias para pensionarse, así:

**1) El artículo 29 de la Ley 100 de 1993 ha establecido un límite temporal para el otorgamiento y exigibilidad del subsidio, señalando que “cuando el afiliado que haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los**

<sup>50</sup> Sentencia T-269 de 1995 “Sin duda, alrededor de la relación surgida entre ambas partes -una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y un particular que nunca ostentó la calidad de empleado-, se puede decir que fue de orden civil: bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el I.C.B.F.; consensual, puesto que no requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada”.

<sup>51</sup> “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 29 de la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones”.

<sup>52</sup> Al respecto no debe olvidarse que esta Corporación, en sentencia C-337 de 1993, señaló que el ejercicio de la actividad de la Administración se construye bajo el principio de la legalidad de los actos públicos. Tal principio consiste en que “los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a sus competencias”.

<sup>53</sup> La normatividad que regía para el Programa a partir del artículo 14 y siguientes del Decreto 3771 de 2007, compilada por el Decreto 1833 de 2016, estableció respecto de la afiliación, que “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 del tal calidad”. Además, que “para efectos del recaudo de los aportes, dichos afiliados se asimilaban al grupo de trabajadores independientes y por lo tanto sus cotizaciones deberán efectuarse de manera anticipada”.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: Maria Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

*requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, la entidad administradora respectiva devolverá el monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho Fondo”.*

2) Igualmente, a través del **artículo 166 la Ley 1450 de 2011**, el legislador instituyó que *“las madres comunitarias, FAMI y sustitutas que ostentaron esta condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008 y no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante este periodo, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo”*<sup>54</sup>. Esto significa que, en el evento de que una madre comunitaria alcance el requisito de edad y tenga 1.000 semanas cotizadas y que, en el periodo a que alude la norma no hayan accedido al subsidio de los aportes por el Fondo, podrán acudir al trámite previsto en el Decreto 605 de 2013 (compilado en el Decreto 1833 de 2016), para hacerse beneficiarias al pago del cálculo actuarial, pudiendo completar las semanas requeridas para acceder a la pensión.

3) Ahora, también habrá madres comunitarias que no tendrán derecho a la pensión porque estando afiliadas al Fondo de Solidaridad Pensional no cuentan con una expectativa cierta o legítima de cumplir con las semanas cotizadas para pensionarse. En esta eventualidad nuevamente la **Ley 1450 de 2011** (Ley del Plan Nacional de Desarrollo) en su artículo 164 contempló el mecanismo de un **subsidio de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional**<sup>55</sup>.

4) El **artículo 212 de la Ley 1753 de 2015** (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), establece 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*. La reglamentación establece la posibilidad de trasladar a la cuenta individual de Beneficios Económicos Periódicos - BEPS, además de las cotizaciones hechas a Colpensiones, el subsidio del Estado para que se pueda **acceder a una renta vitalicia inferior al salario mínimo legal mensual**<sup>56</sup>.

En conclusión, al no evidenciarse vulneración alguna de los derechos fundamentales sobre los que se solicita protección, dado que, en el caso concreto, las actuaciones de la administración a través de cada una de la entidades accionadas fueron congruentes con las normas que regulan lo pretendido, en cumplimiento de la normativa que determina las condiciones para los subsidios de aportes pensionales, y observándose que existen para la accionante otras posibilidades y beneficios establecidos por el Estado para acceder a la pensión o a una renta que auxilie su subsistencia, es procedente negar el amparo solicitado.

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,

<sup>54</sup> El 29 de enero de 2003 es la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y el 14 de abril de 2008 es la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1187 de 2008.

<sup>55</sup> “Artículo 164. Subsidio de Solidaridad Pensional. Tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que tratará la Ley 797 de 2003 las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos (BEPS) del régimen subsidiado en pensiones y por tanto cumplan con las condiciones para acceder a la misma. La identificación de las posibles beneficiarias a este subsidio la realizará el ICBF, entidad que complementará en una proporción que se defina el subsidio a otorgar por parte de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

<sup>56</sup> Decreto 387 de 2018 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.

Accionada: Nación – Ministerio de Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Consorcio Colombia Mayor y otros

Accionante: Maria Margarita Niño Casas

Radicado: 110013335-017-2019-00088-00

Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

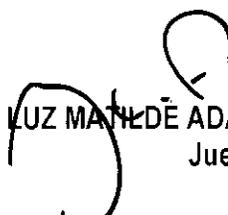
**RESUELVE:**

**PRIMERO.- NO TUTELAR** los derechos fundamentales trabajo – petición – seguridad social integral – mínimo vital – vida digna en aplicación del derecho de igualdad, invocados por la señora Maria Margarita Niño Casas, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

**SEGUNDO.- NOTIFICAR** a las accionadas y a la accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO.-** 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. Una vez regrese **ARCHÍVENSE** las presentes diligencias dejando la respectiva constancia en el Sistema Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez