

Sentencia T-018/16

Referencia: expediente (AC) T-5114625 y T-5150961

Acciones de tutela instauradas de forma separada por Alba Marina Gallego de Henao y María Emilia Zuluaga de Méndez contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa, y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Mediante la cual se pone fin al trámite de revisión de los siguientes fallos de tutela dictados dentro de los procesos de la referencia:

Expediente	Fallos de tutela
T-5114625	Primera instancia: sentencia del 08 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales Segunda instancia: sentencia del 26 de junio de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales
T-5150961	Única instancia: sentencia del 03 de febrero de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja

I. ANTECEDENTES

Acumulación de procesos

Por auto del 28 de septiembre de 2015 la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional acumuló entre sí los expedientes T-5114625 y T-5150961 para que fueran fallados en una sola sentencia tras considerar que presentan unidad de materia.

Expediente T-5114625

Acción de tutela instaurada por Alba Marina Gallego de Henao contra el ICBF y Coasobien con vinculación oficiosa del Consorcio Colombia Mayor y Colpensiones.

De los hechos y la demanda

1. La señora Alba Marina Gallego de Henao, persona de 57 años de edad y con enfermedad poliarticular crónica con limitación funcional, ojo seco, hernias discales y fibromialgia generalizada, sostuvo que se desempeña como madre comunitaria desde el 07 de octubre de 1991 a través de vinculación con la Asociación Fatima Pio XII del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF en el municipio de Manizales.
2. Aseguró que su labor consiste en cuidar 14 niños diariamente en su casa, suministrarles alimentación y adelantar actividades recreativas con ellos en jornadas que se desarrollan de lunes a viernes entre las 8:00 a.m. y las 4:00 p.m. Manifestó que en contraprestación por su labor únicamente recibió una beca inferior al salario mínimo legal vigente y no percibió prestación social alguna antes del 1º de febrero de 2014.
3. Indicó que en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 289 del 12 de febrero de 2014 del Ministerio del Trabajo, firmó contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año con la Cooperativa de Asociaciones de Hogares Comunitarios de Bienestar (en adelante Coasobien) para desempeñar la función de madre comunitaria.
4. Señaló que realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida a través del sistema subsidiado de pensiones. Sin embargo, Colpensiones solo certificó aportes por 884.43 semanas, las cuales no corresponden al monto que debería tener cotizado pues se desempeña como madre comunitaria desde el 07 de octubre de 1991.
5. Solicitó mediante derecho de petición a Coasobien y al ICBF que procedieran a efectuar las cotizaciones que dejaron de realizar desde el 07 de octubre de 1991, ya que en total debería tener 1.150 semanas aportadas. Mientras la primera negó la pretensión argumentando que el régimen jurídico de las madres comunitarias es distinto al que tienen los trabajadores independientes, el ICBF respondió que la actora debía dirigir su petición directamente ante Coasobien.

6. Aseveró que a través de la vinculación con Coasobien a partir del 1º de febrero de 2014 se legalizó una relación laboral con una denominación especial para evadir responsabilidades y obligaciones contractuales en violación del artículo 24 del código sustantivo del trabajo.

7. Con fundamento en los hechos descritos y en la sentencia T-628 de 2012 la demandante solicitó la tutela de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social y, en consecuencia, pidió que se ordene al ICBF y Coasobien iniciar el trámite legal pertinente para el *“pago retroactivo de los aportes para seguridad social en pensiones, por los periodos de tiempo que no aparezcan relacionados como cotizados en el reporte de semanas cotizadas expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en el periodo comprendido entre el 7 de octubre de 1991 y a la fecha de suscripción del contrato de trabajo con la cooperativa Coasobien”*.

Intervención de la parte accionada

Intervención del ICBF

8. Luis Eduardo Céspedes en su condición de Director Regional del ICBF Regional Caldas se opuso a la tutela solicitada. En su criterio la acción resulta improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad. Señaló que la demandante pretende eludir el trámite ante la jurisdicción ordinaria por medio de la acción de amparo constitucional.

9. Sostuvo que la entidad que representa no desconoció los derechos fundamentales invocados por la actora, pues de acuerdo con lo expuesto en las sentencias SU-224 de 1998, T-668 de 2000, T-1173 de 2000 y T-628 de 2012 no existe subordinación entre las madres comunitarias y el ICBF.

10. Añadió que entre la accionante y el ICBF no existe relación laboral y por ello la entidad no está obligada a realizar el pago de aportes a seguridad social en pensiones a favor de la actora.

Intervención de Coasobien

11. Irma Lucia Garzón Rivera en su condición de representante legal de la Cooperativa de Asociaciones de Hogares de Bienestar Coasobien se opuso a la prosperidad de la tutela.

12. Indicó que los hogares comunitarios son una modalidad de atención a la primera infancia que funciona mediante el otorgamiento de becas a las familias por parte del ICBF para la atención de las necesidades básicas de la población más necesitada. El programa es administrado por asociaciones de padres de familias o entidades como la que representa.

13. Aseveró que las madres comunitarias son las personas bajo cuyo cuidado se dejan los infantes de los estratos sociales más pobres del país para que sean atendidos en sus necesidades de nutrición, salud, protección y desarrollo individual. Estas, pertenecen a los mismos grupos sociales de los niños bajo cuidado y son vinculadas a través de los operadores del programa bajo un régimen especial que no constituye relación laboral.

14. Señaló que las madres comunitarias antes de la vigencia del Decreto 289 de 2014 eran beneficiarias del régimen subsidiado de aporte a la pensión y por ello debían cotizar de su propio ingreso el 20% del aporte total mientras que el restante 80% era asumido por el fondo de solidaridad pensional.

15. Indicó que Coasobien administra el programa de hogares comunitarios desde el año 1999 pero desconoce la fecha de vinculación de la demandante a la Asociación Fatima PIO XII en el municipio de Manizales.

16. Aseguró que no tenía obligación de realizar retenciones para pagar el aporte individual a pensión, como si ocurría tratándose de cotizaciones a salud. Por esa razón, la entidad no tiene responsabilidad en el pago de los aportes a pensión de la demandante y, en su lugar, la carga es del administrador del fondo de solidaridad pensional.

17. Finalmente, expresó que la accionante no se encuentra incapacitada para laboral lo cual desvirtúa la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. En su opinión, la acción de tutela resulta improcedente en tanto la demandante cuenta con un medio ordinario de defensa judicial idóneo y eficaz ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Intervención del Consorcio Colombia Mayor 2013

18. Juan Carlos López Castrillón en su condición de gerente general del Consorcio Colombia Mayor 2013 se opuso a la prosperidad de la solicitud. Indicó que la entidad que representa es la administradora fiduciaria del fondo de solidaridad pensional y se encuentra a cargo del manejo de la subcuenta de solidaridad que financia el programa de subsidio al aporte en pensión y la subcuenta de subsistencia con la que se cubre el programa Colombia Mayor.

19. Señaló que el fondo de solidaridad pensional es una cuenta especial de la nación, sin personalidad jurídica y adscrita al Ministerio del Trabajo. Manifestó que en virtud del contrato de encargo fiduciario 0213 de 2013 el consorcio se limita a seguir las instrucciones que le dicta el referido ministerio.

20. Preciso que la señora Gallego de Henao ingresó al programa de subsidio al aporte en pensión el 1º de febrero de 1997 y su afiliación fue suspendida el 05

de febrero de 2014 por traslado al régimen contributivo de pensiones. Durante ese periodo registró 874.29 semanas subsidiadas.

Intervención de Colpensiones

21. Leonardo Chavarro Forero en su condición de gerente nacional de aportes y recaudo de Colpensiones se opuso a la prosperidad de la solicitud. Indicó que los hechos de la acción de tutela no se refirieron a la conducta de Colpensiones.

22. Expresó que la accionante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida y reporta 922.89 semanas cotizadas. Luego de verificada la historia laboral de la peticionaria encontró que no existen aportes en mora de pago a cargo de la Cooperativa Asociación de Hogares Comunitarios Cooasobien.

Del fallo de primera instancia

23. En sentencia del 08 de mayo de 2015 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales declaró improcedente la acción de tutela. La autoridad judicial señaló que la demandante no se encuentra ante un perjuicio irremediable por lo que debe someter sus pretensiones al conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Atendiendo a las condiciones del caso concreto no observó situaciones que resten idoneidad y eficacia al mecanismo de defensa principal.

Impugnación

24. Por medio de escrito del 19 de mayo de 2015 la parte accionante impugnó la sentencia de primera instancia. El apoderado reiteró los hechos referidos en la demanda e insistió en los argumentos jurídicos expresados en ese documento. Añadió que el mecanismo de defensa judicial que tiene a disposición la solicitante no es idóneo y eficaz pues los procesos en la jurisdicción ordinaria tardan en promedio un año y medio y conllevan costos que esta no puede asumir.

Del fallo de segunda instancia

25. En sentencia del 26 de junio de 2015 la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales confirmó la decisión impugnada. En síntesis, acompañó los argumentos del juez de primera instancia y sostuvo, además, que en la sentencia T-628 de 2012, invocada por la parte actora, la Corte Constitucional declaró improcedente la acción de tutela al estimar que la solicitante de ese caso debía acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Expediente T- 5150961

Acción de tutela instaurada por María Emilia Zuluaga de Méndez contra el ICBF

De los hechos y la demanda

26. La señora María Emilia Zuluaga de Méndez, persona de 62 años de edad, afirmó que se desempeñó como madre sustituta entre los años 1984 y 2007 en la ciudad de Tunja. Indicó que en el año 2007 solicitó el retiro del programa del ICBF para acompañar la recuperación de su esposo luego de una cirugía que le fue practicada.

27. Sostuvo que luego de la recuperación de su esposo solicitó el reintegro al programa de madres sustitutas del ICBF pero la entidad no accedió a su petición. Lo anterior, por cuanto no cumplía el requisito de edad al contar con más de 55 años.

28. Señaló que durante los veintitrés años que ejerció como madre sustituta se dedicó al cuidado y protección de los niños y adolescentes a su cargo sin desarrollar otra actividad económica o laboral. Manifestó que su cónyuge era el responsable de proveer los recursos para el sostenimiento del núcleo familiar y por ello dependía de él. Aseguró que por este motivo le fue imposible aportar al sistema general de pensiones.

29. Aseveró que el 24 de junio de 2014 solicitó al ICBF que le reconociera su calidad de madre sustituta y en consecuencia le pagara la bonificación contemplada en el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011 y el subsidio consagrado en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011 y el Decreto 605 de 2013.

30. Mediante escrito del 27 de agosto de 2014 el ICBF negó las pretensiones de la solicitante por considerar que la inclusión como beneficiaria del subsidio de solidaridad pensional solo es procedente frente a las madres comunitarias que se retiraron a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011.

31. La accionante expresó que debido a su avanzada edad no lo es posible acceder a un trabajo remunerado. El único ingreso que percibe es producto de la solidaridad de su familia, el cual en todo caso es insuficiente para llevar una vida digna.

32. Con fundamento en los hechos descritos la demandante solicita la tutela del derecho fundamental a la seguridad social y, en consecuencia, se ordene al ICBF que reconozca su calidad de madre sustituta, pague la bonificación consagrada en la Ley 1450 de 2011 y la vincule a la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional.

Intervención de la parte accionada

33. Junior Adrián Franco Riaño en su condición de coordinador del Centro Zonal Tunja II del ICBF se opuso a la prosperidad de la solicitud de tutela. Aseguró que no es posible el reintegro de la demandante como madre sustituta ya que la resolución 5930 de 2010 del ICBF establece que solo podrán acceder al programa las personas menores de 55 años de edad.

34. En relación con el subsidio pedido por la demandante sostuvo que este solo es procedente frente a las madres comunitarias que se retiraron después de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011. Para el interviniente, la actora debe acudir a formular su reclamo ante el administrador del fondo de solidaridad pensional.

Del fallo de única instancia

35. En sentencia del 03 de febrero de 2015 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja negó la tutela solicitada al considerar que las actuaciones del ICBF se ajustaron al ordenamiento jurídico y que la actora no solicitó oportunamente el reintegro de su condición de madre sustituta. Además, sostuvo que la vinculación al fondo de solidaridad pensional no es competencia del ICBF y por ello este no vulneró los derechos fundamentales de la accionante al no acceder a su petición.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

36. Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico planteado

37. De acuerdo con los hechos expuestos y las precisiones realizadas, corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si la presente acción de tutela es procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y seguridad social de las accionantes. En este sentido, deberá establecer si en el caso concreto los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada, o si se advierte la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable.

38. De encontrar procedente la acción la Sala comprobará si en el expediente T-5114625 el ICBF y Coosobien transgredieron los derechos constitucionales de la señora Alba Marina Gallego de Henao al negar el pago de aportes a pensión entre el 07 de octubre de 1991 y el 30 de enero de 2014 argumentando que en virtud del régimen especial de las madres comunitarias no existió relación laboral alguna entre la accionante y las entidades demandadas.

39. Por su parte, en el expediente T-5150961 la Corte establecerá si el ICBF vulneró los derechos fundamentales de la señora María Emilia Zuluaga de Méndez al negar el reconocimiento de los beneficios consagrados en la Ley 1450 de 2011 en favor de las madres comunitarias, argumentando que esta no es aplicable a las madres sustitutas, en especial si se desvincularon del servicio luego de su entrada en vigencia.

40. Para dar solución al problema jurídico planteado la Sala Novena de Revisión reiterará la jurisprudencia sobre i) los presupuestos procesales de la acción de tutela; ii) el derecho al trabajo y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y iii) el régimen jurídico de las madres comunitarias y sustitutas frente al ICBF. Posteriormente, aplicará estas reglas para solucionar el caso concreto.

Solución del problema jurídico

Los presupuestos procesales de la acción de tutela

41. El artículo 86 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la acción de tutela. De conformidad con esta disposición toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos que señala la ley.

42. Por expreso mandato superior el amparo constitucional se caracteriza por su naturaleza subsidiaria y residual. De allí que solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, o teniéndolo, busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable, caso en que procede como instrumento transitorio¹.

43. En consonancia con el artículo 86 superior y su desarrollo en el Decreto 2591 de 1991, la Corte ha puntualizado que la existencia del medio de defensa judicial ordinario no veda por sí sola la competencia del juez constitucional,

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-981 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). En el mismo sentido pueden ser consultados, entre muchos otros, los fallos T-649 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas), T-112 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas), T-595 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-514 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), SU-961 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y, C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández). Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786/08 (M.P. Manuel José Cepeda) expresó: “Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”. En un sentido semejante pueden consultarse las sentencias T-225/93 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), SU-544/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1316/01 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-983/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

pues el mecanismo ordinario deber ser *idóneo* y *eficaz* para atender el asunto sometido a su escrutinio y, además, debe descartarse la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable.

44. De manera semejante, la idoneidad y eficacia del medio ordinario, así como la probable generación del perjuicio irremediable, deben ser analizadas por el juez constitucional en arreglo a las particularidades fácticas y normativas que rodean el asunto iusfundamental concreto². La corporación ha precisado que la *idoneidad* hace referencia a la aptitud que debe tener el mecanismo judicial ordinario para producir el efecto protector integral del derecho fundamental presuntamente amenazado o conculcado, mientras la *eficacia* impone que el mecanismo ordinario esté diseñado de forma que brinde de manera rápida y oportuna una protección a la faceta amenazada o vulnerada del derecho involucrado³.

45. El marco constitucional vigente reconoce que los grupos humanos son diversos y están conformados por sujetos heterogéneos, situados en posiciones desiguales de partida. En ese contexto, el juez de tutela debe tener en cuenta que acudir a un proceso judicial ordinario laboral o contencioso administrativo a impugnar una decisión que niega la declaración de una prestación pensional supone una carga, que si bien afecta a todas las personas que hacen uso del respectivo mecanismo, no aqueja a todos por igual, pues en una sociedad marcada por profundas inequidades el recurso a un proceso judicial ordinario puede impactar de manera más intensa a colectivos marginados o situados en circunstancias de debilidad manifiesta (discriminación indirecta).

46. En la sentencia T-721 de 2012⁴ la Corte recordó que la jurisprudencia ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante, y establecido algunos aspectos que el juez debe valorar para establecer si la pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada.

47. En un sentido similar, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que si bien el derecho fundamental a la acción de tutela es predicable de todas las personas (Art. 86 C.P.), en aplicación del artículo 13 superior se debe tener en cuenta que si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, en condición de diversidad funcional, cabeza de familia, en situación de pobreza, etc.) o de individuos que se encuentran en

² Esta previsión se encuentra expresamente consagrada en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. “*Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: || 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (...)*”.

³ Sentencia T-649 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

⁴ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

posiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza ostensiblemente, haciéndose menos exigente en razón de la tutela reforzada predicable de estos colectivos⁵.

El derecho al trabajo y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades

48. La Constitución Política otorga una importancia esencial al trabajo como medio de realización de la dignidad humana. El artículo 1º establece que Colombia es un estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran; en tanto que el artículo 25 superior señala que el trabajo en condiciones dignas y justas es un derecho fundamental y una obligación social que goza en todas sus modalidades de una especial protección por parte del Estado. En relación con este aspecto la sentencia C-645 de 2011 indicó que,

De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución, el trabajo goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. La Corte ha destacado que esa especial protección se predica no solamente de la actividad laboral subordinada, regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, sino que la misma se extiende a otras modalidades, entre las cuales se cuentan aquellas en las que el individuo lo ejerce de manera independiente, puesto que, más que al trabajo como actividad abstracta se protege al trabajador y a su dignidad.⁶

49. En armonía con el principio de igualdad formal y material (Art. 13 C.P.) la Constitución precisa que el Estado, de manera especial, intervendrá para alcanzar el pleno empleo y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, *“en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de bienes y servicios básicos”* (Art. 334 C.P.). En el mismo sentido, el artículo 54 superior señala que el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar las condiciones de trabajo digno a las personas en situación de diversidad funcional.

50. Sin distingo de la modalidad laboral, la Corte ha sostenido que “el mandato constitucional de brindar especial protección al trabajo implica dos tipos de responsabilidades para el Estado. Por un lado, el deber de promover las condiciones que permitan a todas las personas que lo requieran acceder a un trabajo para generar los ingresos necesarios y, por otro, velar porque el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad, particularmente cuando se realiza bajo subordinación y dependencia, dado que, en ese escenario, se

⁵ Sentencias T-142 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-042 de 2013, T-1093 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-259 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁶Sentencia T-475 de 1992

presenta una contraposición de intereses, dentro de la cual el trabajador es el extremo más débil”⁷.

51. Para esta corporación, “el deber de promover el empleo, en cualquiera de sus formas, responde a un imperativo de la dignidad de la persona humana, porque busca dar una respuesta, no sólo a los requerimientos materiales de las personas, sino también a sus necesidades de autosuficiencia, realización personal y contribución a la vida social. A su vez, la garantía de las condiciones de dignidad en el trabajo, implica promover una cultura laboral acorde con las mismas, definir un mínimo de derechos del trabajador y aplicar el poder del Estado para proscribir las conductas contrarias a ese mínimo, así como para señalar el marco obligatorio dentro del cual deben desenvolverse las distintas modalidades de trabajo. Esta última dimensión tiene particular sentido cuando existe oposición de intereses y se interviene en favor del extremo más débil de la relación”⁸.

52. El artículo 53 de la Constitución consagra los postulados mínimos del derecho fundamental al trabajo. De esta manera, por disposición superior el Estado debe garantizar las siguientes dimensiones,

- i) La igualdad de oportunidades para los trabajadores.
- ii) Remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.
- iii) Estabilidad en el empleo.
- iv) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.
- v) Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.
- vi) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.
- vii) Primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.
- viii) Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario.

⁷ Sentencia C-645 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

⁸ Ibíd.

ix) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad⁹.

53. Esa misma disposición señala que los convenios internacionales del trabajo, debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna; y que la ley, los contratos, los acuerdos y convenciones de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. Además, el artículo 215 consagra una cláusula de inmunidad de los derechos de los trabajadores, al precisar que el Gobierno no podrá desmejorar dichas garantías al amparo de los decretos dictados bajo un estado de excepción. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha resaltado que,

Estos principios son postulados fundamentales que dan vida al libre desempeño de la actividad personal en condiciones dignas y justas¹⁰, y guardan íntima relación con el funcionamiento mismo del Estado. En efecto, *“cuando el constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente de la nueva legalidad”*¹¹, y que junto con las otras piedras angulares de nuestro sistema económico, a saber, la empresa y la propiedad, el trabajo *“cumple una función social”*¹².

Es más: son principios esenciales que también se relacionan con la organización política del Estado Social de Derecho, empeñado en *“combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población [v.g. los trabajadores], prestándoles asistencia y protección”*¹³; todo esto, a través de herramientas (como las del artículo 53 C.P.), dirigidas a la construcción de las condiciones indispensables *“para asegurar a todos los habitantes del país una vida justa dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”*¹⁴.¹⁵

54. En un sentido semejante el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incorporado al bloque de constitucionalidad por medio de la Ley 74 de 1968, establece que los Estados Parte *“en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un*

⁹ De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha precisado *“que los principios enunciados constituyen tan sólo un mínimo de derechos para los trabajadores que bien pueden adicionarse con otros que resulten igualmente benéficos o favorables para el trabajador pero jamás desconocerse, pues son mandatos imperativos de obligatorio cumplimiento que impregnan íntegramente el derecho laboral en todos sus órdenes y se constituyen en pauta para su aplicación e interpretación y en garantías que el Estado está obligado a asegurar.”* Sentencia C-055 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁰ Cfr. Sentencia T-462 de 1992.

¹¹ Sentencias T-222 de 1992 y C-546 de 1992, entre otras.

¹² Además de la ya citada C-479 de 1992, puede consultarse con provecho la sentencia C-221 de 1992.

¹³ Sentencia T-426 de 1992.

¹⁴ Ibid. T-426 de 1992

¹⁵ C-055 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

55. A su turno, el artículo 7º del PIDESC señala que el derecho al trabajo comprende i) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; y condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del Pacto; ii) la seguridad y la higiene en el trabajo; iii) igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad y iv) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

56. Aunque la Constitución resguarda ampliamente todas las modalidades de trabajo, esta corporación ha resaltado que existe “una mayor protección constitucional de carácter general al empleo derivado del vínculo laboral tanto con los particulares como con el Estado”. Para la Corte, este cuidado reforzado “genera un menor margen de libertad configurativa para el Legislador, en cuanto debe respetar condiciones laborales mínimas, así como la garantía de unas condiciones mínimas del contrato de trabajo con el fin de evitar los posibles abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y de la justicia”¹⁶.

57. De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo, la “relación de trabajo es una noción jurídica de uso universal con la que se hace referencia a la relación que existe entre una persona, denominada «el empleado» o «el asalariado» (o, a menudo, «el trabajador»), y otra persona, denominada el «empleador», a quien aquélla proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración. Es mediante la relación de trabajo, independientemente de la manera en que se la haya definido, como se crean derechos y obligaciones recíprocas entre el empleado y el empleador. La relación de trabajo fue, y continua siendo, el principal medio de que pueden servirse los trabajadores para acceder a los derechos y prestaciones asociadas con el empleo en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social. Es el punto de referencia fundamental para determinar la naturaleza y la extensión de los derechos de los empleadores, como también de sus obligaciones respecto de los trabajadores”¹⁷.

¹⁶ Sentencia C-171 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). De acuerdo con esta sentencia la especial reforzada al contrato laboral “*se evidencia en numerosas disposiciones superiores, como los artículos 25, 26, 39, 40 num.7, 48 y 49, 53 y 54, 55 y 56, 60, 64, los artículos 122 y 125, y los artículos 215, 334 y 336 de la Carta Política..*”.

¹⁷ OIT: *La relación de trabajo*. Informe V (1) de la Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2006. P. 3.

58. Al amparo del contrato o relación laboral la legislación colombiana resguarda distintas dimensiones contenidas en el derecho fundamental al trabajo, como los derechos al salario mínimo vital y móvil, las vacaciones remuneradas, las primas legales o extralegales por servicios prestados, el auxilio de cesantía, la afiliación a seguridad social contributiva en salud, pensiones y riesgos profesionales, la afiliación a una Caja de Compensación Familiar, entre otras prestaciones sociales y garantías laborales.

59. Pese a lo anterior, existen distintos eventos en que los empleadores particulares u oficiales pueden desconocer los derechos y beneficios derivados de la relación de trabajo, otorgando a los vínculos la apariencia de un contrato civil, comercial o de otra índole. Para la oficina de la OIT, “disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley o evadir impuestos o las obligaciones de la seguridad social. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta [...]. El encubrimiento más radical consiste en hacer aparecer una relación de trabajo con el aspecto de una relación de naturaleza jurídica diferente, sea civil, comercial, cooperativa, de base familiar o cualquier otra. Algunos de los arreglos contractuales de uso más frecuente para disfrazar la relación de trabajo incluyen una amplia variedad de contratos civiles y comerciales que hacen creer que se está realizando un trabajo en forma independiente”¹⁸.

60. Esta clase de prácticas sustrae al trabajador de la protección y beneficios propios del derecho fundamental al trabajo y acarrea efectos perjudiciales sobre su plan de vida, las familias, las empresas y la sociedad. De acuerdo con el citado informe de la OIT,

La falta de protección laboral tiene consecuencias adversas sobre todo para los trabajadores y sus familias. Al mismo tiempo, la inexistencia de derechos y garantías puede tener efectos contraproducentes en las empresas y acarrear resultados negativos para la sociedad en general. Además, algunos indicios sugieren que los cambios afectan más a las mujeres que a los hombres. Los trabajadores perjudicados no sólo pierden los derechos que les conferían las leyes de trabajo, sino que también tropiezan con dificultades para conseguir que los inspectores del trabajo intervengan en su favor o tener acceso a los tribunales de trabajo. En muchos países, esos trabajadores quedan relegados al margen del sistema de seguridad social o reciben prestaciones mucho menos favorables que las que pueden obtener los trabajadores a quienes se reconoce la condición de empleados.

Que los trabajadores carezcan de protección laboral también puede acarrear consecuencias para los empleadores, en la medida en que

¹⁸ Oficina OIT, op. cit., p. 14.

ello socava la productividad y distorsiona la competencia entre las empresas, tanto a nivel nacional o sectorial como en el ámbito internacional, a menudo en detrimento de aquellas empresas que cumplen la ley. La falta de seguridad jurídica puede redundar en la adopción de decisiones judiciales en virtud de las cuales se dé la calificación de asalariados a trabajadores contratados como independientes, con considerables consecuencias económicas imprevistas para las empresas...¹⁹.

61. Para afrontar esta circunstancia la Constitución consagró el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (Art. 53 C.P.). De acuerdo con este postulado, para establecer si entre las partes existe o no una relación laboral es pertinente orientarse por la situación fáctica concreta en que se desarrolla la labor y no por la regulación o denominación formal que estas le hayan otorgado al vínculo²⁰. En la misma línea, la jurisprudencia de esta Corte ha entendido que la regulación por parte del legislador debe en todo caso respetar los derechos mínimos y básicos de los trabajadores, y por tanto “no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales”.²¹

62. En desarrollo de este principio el legislador definió el contrato de trabajo como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”²². Los elementos esenciales del contrato de trabajo fueron precisados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo de esta manera: “Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país y c) un salario como retribución del servicio”.

63. La misma legislación establece que “una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”, mientras que el artículo 24 de ese código señala que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

¹⁹ Oficina OIT, op. cit., p. 10.

²⁰ Sentencia C-171 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

²¹ Sentencia C-614 de 2009.

²² Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22.

64. Por último, sobre este punto la Recomendación 198 de 2006 de la OIT (recomendación sobre la relación de trabajo) exhorta a los Estados a “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que oculten la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”. El documento también establece que “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”.

El régimen jurídico de las madres comunitarias y sustitutas frente al ICBF

De los hogares comunitarios de bienestar y las madres comunitarias

65. La creación de los hogares comunitarios de bienestar (en adelante HCB) se inscribe en el documento CONPES de 1986 que aprobó el plan de lucha contra la pobreza absoluta y para la generación de empleo²³. La Ley 089 de 1988 materializó ese propósito mediante la instauración de los HCB con el objeto de complementar la alimentación y control nutricional de los niños, y para apoyar la generación de empleo, vinculando a la mujer en los procesos productivos del país, para enfrentar la pobreza²⁴.

66. El párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 089 de 1988 definió los HCB 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”.

67. Por su parte, el párrafo del artículo 1º del Acuerdo 21 de 1996 estableció que el “Programa de hogares comunitarios de bienestar está dirigido a fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, la participación comunitaria en la autogestión y solución de sus

²³ En 1986, el CONPES No. 2278 aprobó el Plan de Lucha contra la Pobreza Absoluta y para la Generación del Empleo, y definió como un programa específico el de “Bienestar y Seguridad Social del Hogar”, donde se inscribió el Proyecto Hogares Comunitarios de Bienestar como una estrategia para atender a la población infantil más pobre.

²⁴ Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar presentada ante la Corte Constitucional el 13 de enero de 2016 en respuesta al auto de pruebas del 09 de noviembre de 2015.

problemas, orientando sus recursos y trabajo solidario en beneficio de los niños”.

68. De conformidad con el artículo 2º del Decreto 1340 de 1995, la coordinación del programa está en cabeza de la junta directiva del ICBF, la cual establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento de los HCB. Lo anterior, “dando cumplimiento a la obligación del Estado, en concurrencia con la familia y la sociedad de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”²⁵.

69. Los HCB se financian a través de i) los recursos que asigna el Gobierno Nacional por medio del ICBF; ii) los aportes que asignen las entidades territoriales para el desarrollo del programa; iii) las cuotas de participación de los padres de familia y el trabajo solidario de la comunidad y iv) los aportes de personas naturales y jurídicas públicas y privadas y los organismos internacionales²⁶.

70. En lo relativo al trabajo concreto de los HCB, el ordenamiento jurídico establece que su funcionamiento y desarrollo “será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del programa, que se constituirán en Asociaciones de Padres u otra forma de organización comunitaria y quienes una vez tramitada su personería jurídica ante el ICBF, celebrarán contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad. 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”²⁷.

71. De forma más específica, los HCB funcionan bajo el cuidado de una madre comunitaria escogida por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria. La figura de madre comunitaria debe observar el siguiente perfil: “hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños”²⁸.

72. La normatividad también establece que los HBC “podrán funcionar en la casa de la madre comunitaria, en espacio comunitario o en espacio cedido por

²⁵ Artículo 2º del Decreto 1340 de 1995.

²⁶ Artículo 4º del Acuerdo 021 de 1996.

²⁷ Artículo 2º del Acuerdo 021 de 1996.

²⁸ Artículo 5º del Acuerdo 021 de 1996.

persona pública o privada”. Estos lugares “deben garantizar mínimas condiciones físicas, ambientales y de seguridad que permitan realizar actividades con los niños para proporcionar su normal crecimiento y desarrollo y evitar posibles riesgos”²⁹.

73. Los niños que son atendidos en los HCB tienen edades entre cero y siete años. El servicio público de bienestar se presta “en horarios definidos con la comunidad de acuerdo con las necesidades de los niños y los padres de familia o personas responsables del cuidado de estos, en jornadas no inferiores a cuatro horas y de hasta ocho horas diarias”³⁰.

74. De acuerdo con el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995 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 Comunitarios”, 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”.

75. De este modo, para realizar sus actividades el HCB y la madre comunitaria reciben una beca por parte del ICBF. “Por beca se entiende los recursos que se asignen a las familias para atender a los niños y por lo tanto se destinarán a la madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos. Para la ejecución de estos recursos las asociaciones de padres o las organizaciones comunitarias deberán observar estrictamente los lineamientos del ICBF”.

76. En armonía con lo expuesto, el literal j) del artículo 5º del Acuerdo 21 de 1996 señaló 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 por la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia. La junta directiva de las Asociaciones de Padres de Familia velarán porque las madres comunitarias se vinculen al régimen de seguridad social en salud y pensiones”.

77. El artículo 2 de la ley 1187 de 2008 precisa que “el fondo de solidaridad pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales”. El artículo 6 de la ley 509 de 1999 fijó el monto del subsidio en el “ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión” y estipula su duración “por el término en que la madre comunitaria ejerza esta actividad”.

²⁹ Artículo 5º del Acuerdo 021 de 1996.

³⁰ Artículo 5º del Acuerdo 021 de 1996.

78. Además, el mencionado artículo 2 de la ley 1187 de 2008 prescribe que “El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las madres comunitarias al subsidio de la subcuenta de subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al fondo de solidaridad pensional - subcuenta de solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido”.

79. Por su parte, la Ley 509 de 1999 modificada por la Ley 1023 de 2006 establece algunos “beneficios en favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social”. De este modo, el artículo 1º señala que “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”. El artículo de la misma legislación señala que cotizarán mensualmente como aporte al sistema “un valor equivalente al cuatro por ciento (4%) de la suma que reciben por concepto de bonificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. Finalmente, en lo relativo al sistema de riesgos profesionales, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 previó que “se les reconocerá un incremento que, como trabajadoras independientes, les permita en forma voluntaria afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales”.

80. El ICBF ha justificado el régimen jurídico de las madres comunitarias en el criterio de aportación voluntaria y solidaria de las participantes del programa y en el principio de responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas. En su intervención ante la Corte, el ICBF señaló:

En cumplimiento de su misión, el ICBF coordina la ejecución del programa, teniendo en cuenta que por disposición constitucional es una corresponsabilidad del Estado, la familia y la comunidad como principales actores involucrados. Así, las madres comunitarias, quienes desde su inicio, fueron escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria, aceptaron su vinculación al programa como trabajo solidario y voluntario, por el cual recibían una beca o beneficio, teniendo en cuenta que debían disponer del tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños.

81. En diversas sentencias esta corporación ha descrito el régimen normativo de las madres comunitarias recién expuesto. En la sentencia SU-224 de 1998³¹ la Corte estudió el caso de una madre comunitaria que cuestionó por vía de tutela el cierre del hogar comunitario que regentaba. El ICBF había procedido

³¹ M.P. Hernando Herrera Vergara. SV, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

de esta manera al constatar que la actora sobrepasaba el límite de edad aceptado por la normatividad vigente para pertenecer al programa³².

82. Al abordar el análisis la Sala consideró que el vínculo jurídico entre la madre comunitaria y el ICBF era de carácter civil y por ello la disputa no podía resolverse a la luz de la legislación laboral como lo pretendía la demandante. Al respecto, recordó que en la sentencia T-269 de 1995 “se determinó que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de bienestar es de naturaleza contractual, de origen civil...”. Advirtió que en el asunto concreto no se reunían los requisitos que configuran la relación laboral, y por ello negó la tutela del derecho al trabajo³³.

83. Por su parte, el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante Comité PIDESC) también ha evaluado el marco normativo que regula la vinculación de las madres comunitarias. En el examen del informe presentado por Colombia en el marco de las sesiones 32, 33 y 35 celebradas los días 21 y 22 de noviembre de 1995 expresó “su preocupación por la existencia de un gran número de niños abandonados, o niños de la calle, privados de todos sus derechos (ambiente familiar, educación, sanidad, vivienda...). Preocupa al Comité el hecho de que el “Programa de madres comunitarias” destinado a ayudar a los niños no cuente con fondos suficientes, habida cuenta de la importante labor social que llevan a cabo esas mujeres sin la formación adecuada y en malas condiciones de trabajo”. Por ese motivo, recomendó al Estado Colombiano “mejorar la formación de las “madres comunitarias y regularizar su situación laboral, tratándolas a todos los fines como trabajadores empleados por una tercera persona”³⁴.

84. Posteriormente, al analizar el cuarto informe periódico del Estado colombiano sobre la aplicación del Pacto en sus sesiones 61 y 62, celebradas el 14 de noviembre de 2001, el Comité PIDESC expresó entre sus principales motivos de preocupación el hecho de que el Estado colombiano no aportara información suficiente sobre las medidas concretas que había adoptado “para tener en cuenta y aplicar las recomendaciones contenidas en las observaciones finales aprobadas por el Comité en 1995 en relación con el tercer informe periódico” y, en particular, sobre la discriminación de que son objeto las mujeres y la situación de las “madres comunitarias”³⁵.

³² Esta postura ha sido sostenida en las sentencias T-269 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-668 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-1173 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-990 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-1056 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas) y T-335 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao).

³³ Sentencia SU-224 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

³⁴ Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/uploads/pics/19.pdf?view=1>

³⁵ Cabe precisar que el organismo también mostró su preocupación por otras situaciones como “el índice elevado de pobreza, la magnitud del problema de los desplazados, los niños de la calle, la discriminación de que son objeto las mujeres, la suerte de las comunidades indígenas, la protección de los sindicalistas y de los defensores de los derechos humanos, la gratuidad de la enseñanza, [...] y la vivienda para las personas de pocos ingresos”.

85. También manifestó que “Preocupa al Comité la reducción del presupuesto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para las “madres comunitarias”, que se ocupan de casi 1,3 millones de niños. Deplora que las madres comunitarias sigan sin ser reconocidas como trabajadoras ni perciban el salario mínimo legal”. De forma consecuente, reiteró sus recomendaciones de 1995 de formalizar la condición laboral de las madres comunitarias y “considerarlas como trabajadoras para que tuvieran derecho a percibir el salario mínimo, mejorar su formación y regularizar su situación laboral, tratándolas a todos los fines como trabajadores empleados por una tercera persona”³⁶.

86. Con fundamento en las recomendaciones del Comité PIDESC, la postura de la sentencia SU-224 de 1998 fue matizada en la sentencia T-628 de 2012³⁷. En esta providencia la Sala Octava de Revisión estimó que las normas que regulan la situación de las madres comunitarias establecen un “régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente”. Sobre este punto manifestó que “el análisis del régimen jurídico actual de las madres comunitarias revela, de un lado, características propias del trabajo subordinado tales como la limitación de la jornada laboral a ocho horas diarias y, de otro, divergencias importantes con los trabajadores independientes en lo que toca con la seguridad social pues no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, lo cual obedece a la lógica misma del Programa, cual es la responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas. De modo tal que, hoy en día, las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente”.

87. En la misma decisión, la Corte estimó que el régimen especial de las madres comunitarias comportaba una discriminación contra la mujer frente al régimen laboral ordinario en lo relacionado con la retribución económica que percibían por su labor en los HCB. En particular, porque i) “ante una jornada laboral máxima de igual duración, a los trabajadores subordinados se les otorga un salario mínimo legal mensual y a las madres comunitarias se les fija una retribución económica menor al mismo”; ii) “la diferenciación descrita tiene por objeto no reconocer a las madres comunitarias la remuneración mínima vital, consagrada en el artículo 53 de la Constitución como parte del derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas” y iii) “aunque según el artículo 5 del Acuerdo 21 de 1996 tanto hombres como mujeres pueden ser madres comunitarias, y en ese sentido la distinción afectaría tanto a hombres como mujeres, existen dos razones que demuestran que la diferenciación sí está basada en el sexo. La primera es que, en la práctica, son solo mujeres las

³⁶ Estas observaciones finales fueron aprobadas en las sesiones 85 y 86 del Comité PIDESC, celebradas el 29 de noviembre de 2001. Documento disponible en:

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf

³⁷ M.P. Humberto Sierra Porto.

que se dedican a la labor de madre comunitaria³⁸. La segunda, y la más importante, es que las actividades que desarrollan las madres comunitarias son “típicamente femeninas” -cuidado de menores de edad, alimentación, aseo, etc.-, es decir, son tareas que históricamente la sociedad ha asociado al sexo femenino³⁹. Así, se asigna una retribución económica por debajo del salario mínimo mensual a una alternativa laboral desarrollada solo por mujeres y que consiste precisamente en ejercer su rol tradicional”⁴⁰.

88. La sentencia T-628 de 2012 estimó que en virtud de los artículos 13 y 43 de la Constitución y del artículo 2, ordinal f de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Estado colombiano estaba en la obligación tomar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar las normas o políticas que contienen la discriminación contra la mujer que se ha puesto en evidencia. En razón de ello, ordenó al ICBF que “de forma inmediata inicie, lidere y coordine un proceso interinstitucional y participativo de diseño y adopción de tales medidas, el cual deberá asegurar que, de forma progresiva pero pronta, las madres comunitarias de tiempo completo del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente. Con este fin, deberá convocar a (i) la Presidenta de la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República, (ii) la Alta Consejera Presidencial para la Equidad de la Mujer, (iii) el Ministerio de Hacienda, (iv) el Departamento Nacional de Planeación, (v) la Mesa Nacional de las Organizaciones de Madres Comunitarias y (vi) representantes de las Asociaciones de Padres de Familia y Organizaciones Comunitarias que participan en el Programa”.

89. Posteriormente, la Ley 1607 de 2012 en su artículo 36 estableció que durante el transcurso del año 2013 se otorgaría a las madres comunitarias y sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. “De manera progresiva durante el año 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”. Igualmente, dispuso que la segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se haría a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las madres comunitarias estarían formalizadas laboralmente y devengarían un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al programa.

³⁸ En el cuarto informe periódico de Colombia al Comité DESC en el 2007, el Gobierno indicó que eran alrededor de 87.000 mujeres las que desarrollan esta actividad. Párrafo 32.

³⁹ En este sentido las sentencias C-410 de 1994 y C-540 de 2008. Así mismo, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, 2011, párrafos 117, 128, 134, 141 y 142.

⁴⁰ Sentencia T-628 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto).

90. El Decreto 289 de 2014 del Ministerio del Trabajo desarrolló el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012. El decreto dispuso que las madres comunitarias se vincularán laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del programa de HCB y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el código sustantivo del trabajo. Así mismo, precisó que el ICBF no tendría la calidad de empleador ni respondería solidariamente por el eventual incumplimiento del empleador. Finalmente, el artículo 7° señaló que el ICBF inspeccionará, vigilará y supervisará la gestión de las entidades administradoras del programa de HCB con el fin de garantizar la calidad en la prestación del servicio y el respeto por los derechos de los niños beneficiarios del programa, atendiendo la naturaleza especial y esencial del servicio público de bienestar familiar.

91. Por su parte, la Ley 1450 de 2011 en sus artículos 164 y 166 estableció dos beneficios de protección para la vejez de las madres comunitarias consistente en un subsidio del fondo de subsistencia pensional y el pago de un cálculo actuarial sobre determinados periodos de cotización. En relación con el primero, el artículo 2° del Decreto 605 de 2013 que desarrolló la precitada ley, estableció que tendrán acceso al beneficio las personas que dejaron de ser madres comunitarias a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 y no reúnan los requisitos para tener una pensión ni sean beneficiarias del servicio complementario de los beneficios económicos periódicos BEPS.

92. Frente al beneficio de cálculo actuarial, el artículo 7° del Decreto 605 de 2013 establece que las madres comunitarias que adquirieron tal calidad por primera vez entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008, y no tuvieron acceso al fondo de solidaridad pensional durante ese periodo, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo.

De los hogares sustitutos de bienestar y las madres sustitutas

93. La estructuración de los hogares sustitutos inició en la década de 1970 como una modalidad familiar y comunitaria orientada a prevenir la privación afectiva de los niños, niñas y adolescentes que se encontraban en el ICBF. Estos hogares acogen menores de edad, principalmente extraviados, en peligro o en proceso de adopción. En 1985 el ICBF formalizó el cuidado solidario por parte de los vecinos y la familia extensa del menor, quienes remplazaban la familia biológica.

94. El artículo 73 del Decreto 2737 de 1989 establecía la medida de “colocación familiar”. La colocación familiar consistía en la entrega de un menor que se encontraba en situación de abandono o de peligro, a una familia que se comprometía a brindarle la protección necesaria, en sustitución de la de origen.

95. Posteriormente, el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006 estableció que la ubicación en hogar sustituto es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la entrega del niño, niña o adolescente a una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen. La norma establece que esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen, sin que pueda exceder de seis meses.

96. En relación con el sostenimiento del hogar sustituto el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006 dispone que el ICBF asignará un aporte mensual para atender exclusivamente a los gastos del niño, niña o adolescente. Además, precisa que en ningún caso se establecerá relación laboral entre el ICBF y los responsables del hogar sustituto.

97. De conformidad con el ICBF, el hogar sustituto es un servicio social que presta una familia sustituta a favor de los niños, niñas y adolescentes acogidos en el hogar familiar, y tiene como principal fundamento la solidaridad y voluntariedad. Una de sus principales particularidades es su carácter temporal debido a que no se puede someter a los niños a una situación de interinidad en relación con la garantía de sus derechos. Este servicio se presta en atención al principio de corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el estado, en la protección de la infancia y la adolescencia⁴¹.

98. En este sentido, el ICBF establece contratos de aporte con entidades sin ánimo de lucro que administran los hogares sustitutos, los cuales, sin tener un vínculo laboral con las madres sustitutas, les brindan apoyo y soporte para que presten un servicio de calidad en el cuidado y la protección de los derechos de los menores⁴².

99. Finalmente, el artículo 111 de la Ley 1769 de 2015 dispuso que “tendrán acceso al subsidio otorgado por la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional, las personas que dejaron de ser madres sustitutas que no reúnan los requisitos para tener una pensión y cumplan las siguientes condiciones: a) ser colombiano; b) tener como mínimo 57 años de edad si es mujer o 62 años de edad si es hombre; c) residir durante los últimos diez años en el territorio nacional [y] d) acreditar la condición de retiro como madre sustituta de la modalidad hogares sustitutos del Bienestar Familiar”.

Del caso concreto.

De los presupuestos procesales de la acción de tutela

100. A continuación la Sala abordará el estudio de los casos concretos

⁴¹ Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar presentada ante la Corte Constitucional el 13 de enero de 2016 en respuesta al auto de pruebas del 09 de noviembre de 2015.

⁴² *Ibíd.*

acumulados al presente trámite. En particular, determinará si la acción de tutela es procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y seguridad social de las accionantes. En este sentido, deberá establecer si en el caso concreto los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada, o si se advierte la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable.

101. En el presente caso las accionantes cuentan con acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa para plantear sus reclamos y buscar la protección de los derechos que consideran conculcados. En ese proceso, también, tienen la posibilidad de emplear el mecanismo de protección cautelar dispuesto en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011. Esta situación, en principio, tornaría improcedente el estudio de fondo de la acción de tutela.

102. No obstante, en criterio de la Sala el mecanismo de defensa judicial ordinario carece de eficacia en el caso concreto, pues comporta una carga desproporcionada para las accionantes atendiendo a sus condiciones materiales de existencia. En especial, porque las demandantes hacen parte de un segmento situado en posición de desventaja, en tanto uno de los presupuestos de acceso al programa de madres comunitarias consiste precisamente en pertenecer a los sectores del país más deprimidos económica y socialmente. Adicionalmente, las actrices pertenecen a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho constitucional al trabajo, por lo que en su caso el análisis formal de procedibilidad debe flexibilizarse ostensiblemente.

103. Esa circunstancia, junto con los problemas de salud que padece la señora Alba Marina Gallego y la avanzada edad de la señora María Emilia Zuluaga, restan eficacia al medio ordinario de defensa judicial en el caso concreto. Por ese motivo, la Corte estudiará el fondo del asunto propuesto en las demandas de tutela.

De la acción de tutela de Alba Marina Gallego de Henao

104. La señora Alba Marina Gallego solicita la tutela de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones de dignas y a la seguridad social. Señala que el ICBF vulneró sus derechos al negar el pago de los aportes a pensión entre el 07 de octubre de 1991 y el 30 de enero de 2014. La autoridad accionada sostiene, por su parte, que la accionante no tiene derecho a las cotizaciones reclamadas, pues el régimen jurídico de las madres comunitarias contemplado con anterioridad a la vigencia del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 no contemplaba el pago de ese tipo de obligaciones.

105. Bajo esa óptica, la Sala encuentra que el ICBF no lesionó los derechos fundamentales de la solicitante por el cargo demandado, ya que efectivamente

el sistema normativo que regulaba la situación jurídica de las madres comunitarias antes de la entrada en vigor del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 no consagraba el pago de aportes a pensión a cargo del ICBF o de las asociaciones que operaban el programa de hogares comunitarios de bienestar.

106. De este modo, el literal j) del artículo 5° del Acuerdo 21 de 1996 del ICBF establece 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 por la Ley 100 de 1993. El único beneficio que contemplaba la normatividad en relación con el pago de aportes para este colectivo está consagrado en el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008, el cual solo consagró un subsidio a la cotización pensional.

107. Sin embargo, en el presente caso la demandante no invoca el acceso a dicho subsidio, pues justamente hizo uso de este, según consta en el expediente con la cotización de 874 semanas subsidiadas. Lo que pretende la actora, se reitera, es el pago de los aportes a pensión derivados de una supuesta relación de trabajo entre ella y el ICBF.

108. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la solicitante plantea en su demanda la existencia de una relación laboral con el ICBF, la Corte deberá establecer si en realidad esta se configuró, pues de ser así la accionada tendría la carga de trasladar los aportes a pensión pedidos por la actora, en virtud del régimen laboral que habría estado vigente durante el vínculo contractual que sostuvieron las partes antes de la entrada en vigor del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014. Pasa la Sala a estudiar esta circunstancia.

109. En los fundamentos normativos de esta sentencia la Sala resaltó que el ICBF ha justificado el régimen jurídico preexistente de las madres comunitarias en el presupuesto de aportación voluntaria y solidaria de las participantes en el programa HCB, y en el principio de responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas.

110. Estos elementos, empero, no descartan por si solos la configuración de una posible relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias, pues la voluntad, solidaria y responsabilidad en la protección de los niños y niñas son aspectos que también pueden predicarse de la actividad desarrollada por los servidores públicos del ICBF, sin que por esta razón se niegue el carácter laboral de su vinculación con la entidad.

111. Por demás, en el estado social de derecho colombiano todo trabajo es de carácter voluntario y constituye un aporte solidario de los individuos en el propósito común de alcanzar los fines plasmados en el artículo 2° de la Constitución. De este modo, el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales establece que el derecho a trabajar comprende “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado...”, mientras que el artículo 1º de la Constitución señala que “Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajado solidario de las personas que la integran...”.

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

113. De acuerdo con este postulado, para determinar si entre las partes existe o no una relación laboral es pertinente orientarse por la situación fáctica concreta en que se desarrolló la labor y no por la regulación o denominación formal que estas le hayan otorgado al vínculo. El artículo 23 del código sustantivo del trabajo establece los elementos esenciales del contrato de trabajo y señala que toda relación contractual que reúna estas características se presumirá regida por un contrato realidad de trabajo. Una postura semejante fue aceptada en la sentencia T-628 de 2012:

En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución, la naturaleza laboral de una relación no depende de lo que lo que estipulen las normas o los contratos sino de si en la realidad se presentan las características de tal relación, especialmente la subordinación. Con base en dicho principio constitucional, toda persona, incluida cualquier madre comunitaria, puede solicitar ante los jueces competentes el reconocimiento de una relación laboral, acreditando los requisitos necesarios para ello según el ordenamiento jurídico vigente.

114. Pues bien, sería del caso establecer si entre la accionante y el ICBF se presentó una actividad personal por parte de la presunta trabajadora, la continuada subordinación o dependencia de esta respecto del probable empleador y un salario como retribución del servicio. En el evento de acreditarse dicha circunstancia, la Sala debería ordenar el correspondiente traslado de los aportes pensionales, pues esta es una de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

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

116. Así, aunque a partir de la normatividad que regulaba el programa de madres comunitarias puede advertirse que a las participantes se les exigía la prestación personal de un servicio y recibían una beca como contraprestación de este, no existe prueba concreta de los extremos temporales de la relación contractual entre la actora y el ICBF o la cooperativa Coasobien. Tampoco reposan documentos que den cuenta de una relación de dependencia o subordinación, pues la accionante no allegó al expediente elementos de juicio que demuestren esa situación.

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

De la acción de tutela de María Emilia Zuluaga de Méndez

118. La señora María Emilia Zuluaga de Méndez invoca la protección de su derecho fundamental a la seguridad social, presuntamente vulnerado por el ICBF al negar el reconocimiento y pago de los beneficios establecidos en los artículos 2º y 7º del Decreto 605 de 2013 “Por el cual se reglamentan los artículos 164 y 166 de la Ley 1450 de 2011”.

119. De acuerdo con el artículo 2º del mencionado decreto, “tendrán acceso al subsidio otorgado por la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional, el cual será complementado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las personas que dejaron de ser madres comunitarias a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 y no reúnan los requisitos para tener una pensión ni sean beneficiarias del servicio social complementario de los beneficios económicos periódicos (BEPS)”.

120. Por su parte, el artículo 7º del decreto en comento señala que “Las madres comunitarias que adquirieron tal calidad por primera vez 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 período, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo, conforme lo establece el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011”.

121. Bajo ese panorama, la Sala encuentra que el ICBF no vulneró el derecho a la seguridad social de la accionante por el cargo propuesto en la demanda, toda vez que al momento de negar el subsidio, esto es, el 27 de agosto de 2014, las normas que regulan la materia no consagraban ninguno de estos beneficios en favor de las madres sustitutas.

122. Sin embargo, la Corte observa que, con posterioridad a esa respuesta, el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011 fue modificado por el artículo 213 de la Ley 1759 de 2015. De acuerdo con la nueva redacción, “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”.

123. Adicionalmente, el artículo 111 de la Ley 1769 de 2015 dispuso que “tendrán acceso al subsidio otorgado por la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional, las personas que dejaron de ser madres sustitutas que no reúnan los requisitos para tener una pensión y cumplan las siguientes condiciones: a) ser colombiano; b) tener como mínimo 57 años de edad si es mujer o 62 años de edad si es hombre; c) residir durante los últimos diez años en el territorio nacional [y] d) acreditar la condición de retiro como madre sustituta de la modalidad hogares sustitutos del Bienestar Familiar”.

124. En esa dirección, en el presente caso la Sala encuentra que de conformidad con los anexos allegados al expediente por el Centro Zonal Tunja 2 de la Regional Boyacá del ICBF, la señora “María Amelia (sic) Zuluaga, identificada con CC No. 40.008.980 expedida en Tunja, desempeñó labor social como Hogar Sustituto desde el mes de febrero de 1984, hasta el año 2007, de acuerdo con el acta de declaración extraprocesal No. 4703 de fecha 21 de octubre de 2014, suscrita por el Notario Segundo de Tunja”⁴³.

125. Por ese motivo, la Sala ordenará al ICBF que dentro de las 72 horas siguientes a la comunicación de esta providencia certifique ante la accionante los periodos en que desarrolló su actividad como madre sustituta y le brinde la orientación necesaria para que solicite el beneficio contemplado en el artículo 213 de la Ley 1759 de 2015 o el dispuesto en el artículo 111 de la Ley 1769 de 2015. En el evento en que se niegan los mencionados beneficios, la actora podrá acudir ante la jurisdicción constitucional o contenciosa administrativa a discutir esa decisión.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

⁴³ El documento se expidió el 21 de octubre de 2014 por el Coordinador del Centro Zonal Tunja 2 Adscrito a la Regional Boyacá del ICBF.

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias de instancia que declararon la improcedencia de la acción de tutela, proferidas en el expediente T-5114625 el 26 de junio de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales en segunda instancia, y el 08 de mayo de 2015 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales en primera instancia. En su lugar, negar la tutela del derecho a la seguridad social de la señora Alba Marina Gallego de Henao.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia de única instancia proferida en el expediente T-5150961 el 03 de febrero de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja, en tanto negó la tutela del derecho a la seguridad social de la señora María Emilia Zuluaga de Méndez.

TERCERO.- INFORMAR a las accionantes Alba Marina Gallego de Henao y María Emilia Zuluaga de Méndez que pueden acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a plantear sus demandas y pretensiones en contra de las entidades accionadas en el proceso de la referencia, en el evento de estimarlo pertinente.

CUARTO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que dentro de las 72 horas siguientes a la comunicación de esta providencia certifique ante la señora María Emilia Zuluaga de Méndez los periodos en que esta desarrolló su actividad como madre sustituta del programa de hogares sustitutos del ICBF, de acuerdo con la información que repose en la entidad. En el mismo término, deberá brindarle la orientación necesaria para que solicite el beneficio contemplado en el artículo 213 de la Ley 1759 de 2015 o el dispuesto en el artículo 111 de la Ley 1769 de 2015.

QUINTO.- ORDENAR que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Ponente

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

