Sentencia T-508/15

Referencia: expediente T-4833553

Acción de tutela interpuesta por Graciela Ortiz Betancourt contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Civil-Familia-Laboral.

Asunto: Subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, derecho a la seguridad social, mínimo vital y petición de madres comunitarias retiradas.

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., diez (10) de agosto de dos mil quince (2015).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las decisiones tomadas dentro del proceso de tutela iniciado por Graciela Ortiz Betancourt contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y fallado en primera instancia por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Garzón, el 21 de noviembre de 2014; y, en segunda instancia, por la Sala Civil, Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante sentencia de 2 de febrero de 2015.

El expediente llegó a la Corte Constitucional remitido por la Sala Civil, Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de conformidad con los artículos 86 inciso 2° de la Constitución Política, y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección de tutela número cuatro de esta Corte, escogió para revisión el expediente de la referencia, de conformidad con el auto del 16 de abril de 2015.

I. ANTECEDENTES

Graciela Ortiz Betancourt formuló acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por violación a sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, salud y petición, teniendo en cuenta que la entidad accionada se negó a otorgarle el subsidio, creado en la Ley 1450 de 2011, reglamentado por el Decreto 605 de 2013, que permite que las *“personas que dejen de ser madres comunitarias y que no reúnan los requisitos para acceder a una pensión, ni sean beneficiarias del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos”* puedan acceder a él para su subsistencia. Lo anterior, porque según aduce, ejerció la labor de madre comunitaria por más de 17 años y no cuenta con ingresos suficientes para mantener su vida en condiciones dignas.

A. Hechos y pretensiones

1.

a accionante, de 77 años de edad al momento de interponer la acción de tutela, relató que fue la responsable de proveer el sustento de su hogar, gracias a los ingresos obtenidos como *“madre FAMI”* y *“agente educativo rural”* –nombres asignados a las modalidades de la labor de madre comunitaria- en diferentes veredas del municipio de Tarqui, Huila, en el periodo comprendido entre los años 1992 y 2009¹.

Esa labor la acreditó con copia del carné *“Asociación Hogares Comunitarios de Bienestar Tarqui FAMI”* (fl.10 cd.1) y con copias de las declaraciones emitidas por Emperatriz Campos Rojas, Ernesto Aroca Betancourt, Yaneth Patiño Zabala y Yolanda Castro Trujillo, quienes, en su calidad de presidentes de las juntas de acción comunal de las veredas *“Eureka”*, *“Las Mercedes”*, *“El Pescado”* y *“Buenos Aires”* del municipio de Tarqui, respectivamente, manifestaron:

“(…) me consta que en nuestra comunidad conocemos de vista, trato y comunicación, a la señora Graciela Ortiz Betancourt, identificada con la cédula de ciudadanía No 25.577.070 de Tarqui, ya que es residente en la vereda Buenos Aires y se desempeñó como madre FAMI y AGENTE EDUCATIVO RURAL, programa liderado por el I.C.B.F., desde el año 1992 hasta el 2009, programa en el que participaron

¹Carné *“Asociación Hogares Comunitarios de Bienestar Tarqui Fami”* que evidencia su vinculación como madre comunitaria (pp.10 cd.1)// Fotografías de la accionante junto a los niños a su cuidado, en ejercicio de la labor de madre comunitaria.(pp 11-23 cd.1)// Declaraciones presidentes de las juntas de acción comunal veredas: *“Eureka”*, *“Las Mercedes”*, *“El Pescado”* y *“Buenos Aires”* en lo que se refieren al conocimiento que tienen sobre la labor de madre comunitaria ejercida por la accionante(pp. 24-27 cd.1)

durante esa época varias familias de esta vereda.

Igualmente me consta que la señora Ortiz Betancourt es una persona con carisma para el trabajo social y comunitario, que trajo mucho bienestar a través del programa a las familias que tuvieron la oportunidad de compartir su labor.”(fl. 24-27 cd.1).

1. recisó la demandante que tras ese servicio que prestó a la comunidad por más de tres lustros, en estos momentos se encuentra enferma y carece de recursos para enfrentar su vejez, al lado de su anciano esposo que no trabaja², razón por la que dependen precariamente de un hijo que tampoco cuenta con los medios necesarios para satisfacer sus necesidades mínimas.
2. eniendo en cuenta que ella aduce que fue madre comunitaria por más de 17 años, el 24 de julio de 2014, elevó sendas peticiones ante la Directora Regional y la Coordinadora del Centro Zonal de Garzón del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el objetivo de que se le incluyera como beneficiaria del Fondo de Solidaridad Pensional³ como madre comunitaria retirada, sin obtener respuesta alguna.
3. ntre los documentos aportados con el escrito de tutela se encuentran las peticiones referidas⁴, a través de las que Graciela solicitó: *“[s]e sirvan colaborarme y ordenar a quien le corresponda de carácter urgente estudiar mi caso para que me sea brindado el bono pensional que tengo derecho por haber prestado los servicios al ICBF como madre comunitaria FAMI y AGENTE EDUCATIVO RURAL en el municipio de Tarqui (...)”*.

Peticiones en las que, además, precisó: “[l]a anterior solicitud la realizo, ya que soy una mujer mayor de edad, sin trabajo y con enfermedades; tengo conocimiento que según la ley que expediera el Presidente de la República las mujeres que hubiéramos trabajado como lo antes mencionado, tenemos derecho al bono en mención” (fls.4-7 cd.1).
4. tendiendo las circunstancias expuestas y como quiera que la actora considera que cumple con los requisitos previstos en el Decreto 605 de

² Cuaderno 1, Cédula de Ciudadanía Genaro Rojas, pp.28.

³ Es una cuenta especial de la Nación destinada a subsidiar las cotizaciones para pensiones de los grupos de población que por sus condiciones no tienen acceso a los Sistemas de Seguridad Social, así como al otorgamiento de subsidios económicos para la protección de adultos mayores en circunstancias de pobreza extrema. Decreto 1127 de 2004

⁴ Cuaderno 1, Peticiones dirigidas a Gloria Virginia Pascuas Rubiano, Coordinadora Centro Zonal Garzón, I.C.B.F. y María Eugenia Alzate Jiménez, Directora Regional, I.C.B.F., constancias de remisión. pp.5,7 cd.1.

2013⁵ para ser beneficiaria del subsidio de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, diseñado para las personas que dejaron de ser madres comunitarias y no cumplen con los requisitos para acceder a pensión, pidió al juez de tutela, el “*reconocimiento del acceso al Fondo de Solidaridad Pensional de manera vitalicia*” (fl.2 cd.1).

B. Actuaciones en sede de tutela

El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Garzón admitió la acción de tutela dirigida contra la Dirección Regional del Huila y el Centro Zonal de Garzón del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y dispuso la notificación a esas autoridades, en aras de que se pronunciaran sobre los hechos narrados en el escrito de tutela. A su vez, vinculó a la Dirección General del señalado instituto, al Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor⁶ -que es la entidad encargada de administrar los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional-.

Adicionalmente el juez de primera instancia convocó a la accionante para que absolviera un interrogatorio, tendiente a establecer su condición socio-económica; actividad procesal que se adelantó el 12 de noviembre de 2014⁷. En esa oportunidad, Graciela describió con mayor detalle sus circunstancias personales. Particularmente dijo que vive en una casa de su propiedad en la vereda “*Buenos Aires*” del municipio de Tarqui, junto a su esposo, que actualmente se dedica a las labores del hogar, que eventualmente trabaja en la recolección de uvas y que para su manutención depende de los ingresos de uno de sus hijos. Igualmente precisó que: “*mis labores han sido las de ama de casa, también como MADRE FAMI y AGENTE EDUCATIVA RURAL, estos últimos cargos los trabajé en la misma vereda, también en la vereda Las Mercedes, La Eureka, y El Pescado, y empecé a trabajar como en el año 1992, y empecé como madre comunitaria, luego le cambiaron la modalidad como Agente Educativo, eso bajo la Dependencia del Bienestar Familiar de Garzón (...)*” (fl.63.cd.1).

⁵ Decreto 605 de 2013. Artículo 2°. *Subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional*. 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).

Artículo 3°. Requisitos. Para acceder al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, las personas de las que trata el artículo 2° del presente decreto, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

a) Ser colombiano.

b) Tener como mínimo 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, edad que a partir del 1° de enero de 2014 aumentará en dos años.

c) Residir durante los últimos diez años en el territorio nacional.

d) Acreditar la condición de retiro como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011.

⁶ Cuaderno 1, Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Garzón, auto de admisión de 10 de noviembre de 2014 pp.31

⁷ Cuaderno 1. Acción de tutela. pp.63-64

Cuestionada respecto al tiempo durante el que ejerció la labor de madre comunitaria señaló: “[p]ues desde 1992 hasta el 2000, de ahí nos dieron un receso poquito cuando estábamos trabajando como madre FAMI, luego seguimos me parece que fue en el mismo año, y como le cambiaron el nombre o modalidad como AGENTE EDUCATIVO RURAL, nos vincularon nuevamente hasta en el 2009”(fl.64cd.1). Finalmente indicó que adelantó múltiples gestiones ante la Alcaldía Municipal de Tarqui, pero que no pudo continuar desempeñándose como madre comunitaria en los siguientes años.

Enteradas, las entidades accionadas contestaron la solicitud de amparo, así:

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Coordinadora del Centro Zonal Garzón del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Huila, solicitó la denegación del amparo por la inexistencia de vulneración de los derechos de la demandante⁸.

Exaltó, en primer lugar, los mecanismos ordinarios al alcance de la accionante para obtener la pretensión que persigue, específicamente el procedimiento ordinario laboral y, luego, desestimó la vulneración del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, arguyendo que brindó una respuesta clara y completa a la petición elevada⁹, en la que le informó a la señora Ortiz que no obran soportes, en esa dependencia, que evidencien su vinculación con hogares infantiles, dándole la asesoría necesaria, conforme a su pretensión.

La entidad accionada en la respuesta a la petición se refirió, además, a la población beneficiaria y a los requisitos para el otorgamiento del subsidio reglamentado en el Decreto 605 de 2013, dirigido a las personas que dejaron o dejen de ser madres comunitarias y no cuenten con la posibilidad de acceso a una pensión; normas que confrontó con la situación de la accionante, para concluir:

“[p]or cuanto su retiro fue en el año 2009, en estos momentos teniendo en cuenta los requisitos establecidos para acceder a este beneficio, su retiro se dio por fuera de los términos de la ley, dado que no es retroactiva y que aplica a partir del 16 de junio del 2011, usted no aplicaría para el bono pensional.

No obstante usted sustenta que ha realizado los pagos al fondo de pensión donde se encontraba afiliada, es nuestra recomendación que haga una recolección de todos los documentos y evidencias de dichos pagos, acuda a nuestras oficinas y de acuerdo a nuestro saber y competencia podamos brindarle una orientación para que inicie el procedimiento de acceder a su pensión o servirle de contacto y puente para que gestione su pensión en caso de tener las semanas requeridas

⁸ Cuaderno 1. Acción de tutela. pp.44-51

⁹ Cuaderno 1. Comunicación, adiada 8 de agosto de 2014, dirigida a Graciela Ortiz Betancourt con firma de recibo 2 de octubre de 2014. pp 52-54

para ello” (fl.53cd.1).

Consortio Colombia Mayor 2013 –Administrador Fondo de Solidaridad Pensional-

En escrito presentado el 14 de noviembre de 2014¹⁰, el Gerente General del Consortio Colombia Mayor 2013 resaltó que de su actividad, dados los límites de sus competencias, no se puede derivar la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

Como soporte de esa afirmación explicó que su labor era la de administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, que es una cuenta especial de la nación creada en el artículo 25 de la Ley 100 de 1993, sin personería jurídica y adscrita al Ministerio de Trabajo, que se encuentra destinada a subsidiar un porcentaje de los aportes a pensión de grupos poblacionales que por sus condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, y a la que le corresponde a la par entregar subsidios económicos a personas en estado de indigencia o pobreza extrema. Teniendo en cuenta que se le confió la administración y manejo de las subcuentas de solidaridad y subsistencia, su actividad se limita, entonces, a observar las instrucciones que sobre el particular emita el Ministerio del Trabajo, en el marco del contrato de encargo fiduciario número 216 del año 2013.

Hecha esa precisión adujo que como no se elevó solicitud alguna ante sus dependencias, no se le puede considerar infractor del derecho de petición y, en consecuencia, carece de legitimación en la causa por pasiva en el presente proceso. Frente a las demás denuncias de la tutela, particularmente la relativa al acceso a la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, señaló que no tiene competencia para otorgar subsidios o derechos pensionales y que la accionante, desde el mes de mayo de 2013, es beneficiaria del programa “*Colombia Mayor*” y recibe un subsidio mensual de \$40.000¹¹.

Ministerio del Trabajo

La oficina jurídica del Ministerio del Trabajo remitió respuesta el 26 de noviembre de 2014¹², luego de proferido el fallo de primera instancia, solicitando la denegación de la protección incoada.

Comenzó por exaltar la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la petición elevada ante el I.C.B.F. y, seguidamente, aludió a la imposibilidad de otorgarle a Graciela Ortiz el subsidio de subsistencia para madres comunitarias

¹⁰ Cuaderno 1. Acción de tutela. pp. 55-59

¹¹ Cuaderno 1. Registro de Graciela Ortiz en la base de datos del Fondo de Solidaridad Pensional como beneficiaria del programa “Colombia Mayor” e historial de pagos (fls.60-61 cd.1).

¹² Folios 100-104, cuaderno 1.

Adujo que ese beneficio se previó en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011 para las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a pensión; prestación que se cubre con recursos del Fondo de Solidaridad Pensional y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la que se puede acceder sólo si se cumplen los presupuestos señalados del Decreto 605 de 2013. Con base en lo previsto en el artículo 2º de esa disposición concluyó que:

“es evidente que el subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, está únicamente dirigido a las personas que dejaron de ser madres comunitarias a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011, esto es, desde el 16 de junio de 2011, en consecuencia como quiera que la accionante dejó de prestar el servicios de madre comunitaria en el año 2009 no es posible que haga parte del subsidio requerido” (fl.101 cd.1).

El Ministerio destacó que el otorgamiento del beneficio exige, también, la participación en un proceso de selección, adelantado por el I.C.B.F., en el que se deben considerar unos criterios de priorización, dada la escasez de los recursos, de manera que en el evento de que la actora reuniera las condiciones necesarias para ser beneficiaria del subsidio, su concesión por esta vía vulneraría el derecho a la igualdad y el debido proceso de las personas que, en las mismas condiciones que ella, estén a la espera de la inclusión en el programa de la referencia y que hayan observado los trámites administrativos establecidos para ese propósito, los cuales no se pueden desconocer en sede de tutela.

Finalmente, se ocupó del principio general de la irretroactividad de la ley, para enfatizar la inviabilidad del reclamo de la petente, por cuanto la prestación que ésta persigue está sujeta a unos condicionamientos, entre estos, uno temporal, que no se cumple en el caso de la accionante.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El 21 de noviembre de 2014, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Garzón amparó los derechos de petición, salud, seguridad social y mínimo vital invocados por la demandante, decisión a la que arribó tras aludir al núcleo del derecho a la seguridad social, la regulación del programa de hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar así como el régimen jurídico de las madres comunitarias, del que destacó la previsión legal de privilegios como los aportes al Sistema General de Pensiones por parte de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional, de los que consideró se ha privado injustificadamente a la accionante.

En efecto, dijo que si bien el artículo 4° del Decreto 1340 de 1995 señaló que la labor de madre comunitaria es una contribución voluntaria de la que no emana relación laboral alguna y que el artículo 5° del Decreto 21 de 1996 radicó en cabeza de las personas que hagan esa contribución, su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que esa actividad constituye una verdadera forma de trabajo que no se puede equiparar a la de un trabajador independiente. Muestra de ello es la subvención de los aportes a pensión, en proporción del 80%, por parte del Fondo de Solidaridad Pensional, prevista en el numeral 2° de la Ley 1187 de 2008 que se reconoce a las madres comunitarias, así como el subsidio de subsistencia que también consagró esa disposición.

Establecido ese marco jurídico, el juez de primera instancia exaltó la contradicción que aflora en el debate constitucional, por cuanto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar negó la relación de la accionante con hogares infantiles, pero a través de consulta realizada telefónicamente a Colpensiones se pudo establecer que la señora Ortiz *“cuenta con semanas de cotización, en un número incierto, quiere decir entonces que esas semanas se causaron durante el periodo en el que se desempeñó como madre comunitaria Fami y agente educativa rural, pues nunca se ocupó en otra labor formal, y ella misma reconoció haber cotizado a pensión en los derechos de petición elevados ante el I.C.B.F.”* (fl.76 cd.1).

Dada esa contradicción entre las afirmaciones del instituto accionado y los elementos de prueba, surgieron dos inquietudes para la juez:

“[S]i la demandante tiene semanas cotizadas en Colpensiones en razón de su labor como madre comunitaria, ¿cómo es posible que el I.C.B.F. haya afirmado que ella nunca haya (sic) estado vinculada con hogares infantiles?, ¿por qué razón esta madre comunitaria no recibió algún subsidio a los aportes al Sistema General de Pensiones por parte de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional a los que tenía derecho? (fl.76 cd.1).

Tales cuestiones, dijo, podían explicarse bien en el suministro de información errada por parte del I.C.B.F. o en una irregularidad en el proceso de vinculación de Graciela Ortiz al sistema de seguridad social, hipótesis que obligan a las autoridades convocadas a *“propender a (sic) solucionar la dificultad”*. En consecuencia, ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Huila, que expidiera una certificación en la que constara el tiempo durante el cual Graciela se desempeñó como madre comunitaria y que la asesorara para que obtuviera el reconocimiento de la pensión o el bono pensional correspondiente. En el evento de que ninguna de estas prestaciones sea procedente exhortó a la misma autoridad para que gestionara el acceso de la actora al subsidio de subsistencia, aplicando de forma retrospectiva los artículos 2° a 5° del Decreto 605 de 2013, atendiendo la finalidad que persiguen esas disposiciones, esto es, superar la inequidad y discriminación de

la que han sido víctimas las madres comunitarias.

Finalmente, ordenó al Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor que, en el evento de postulación de la promotora de esta acción constitucional, prioricen el otorgamiento del subsidio de subsistencia.

Impugnación

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar impugnó esa decisión reiterando la respuesta que brindó en su momento a la peticionaria y la improcedencia del beneficio exigido. A su juicio, el Decreto 605 de 2013 especificó la población beneficiaria de esa prestación, esto es, particularmente: a) madres comunitarias retiradas del programa de hogares comunitarios después del 16 de junio de 2011; b) madres comunitarias retiradas del programa de hogares comunitarios que actualmente se encuentren activas como trabajadoras en un centro de desarrollo infantil y que estén interesadas en retirarse en razón de su edad o estado de salud y c) madres comunitarias que estén interesadas en retirarse por su edad o estado de salud, grupos en los que no se puede clasificar a la petente.

Tras exponer esos motivos de disconformidad con el fallo de tutela, refirió la imposibilidad de certificar el tiempo de servicios de la quejosa, dado que el programa de hogares comunitarios se adelanta a través de la contratación de asociaciones de padres de familia, ONG's, grupos asociativos, corporaciones y alcaldías, que son las entidades que cuentan con las bases de datos. De manera que la información sobre las madres comunitarias del municipio de Tarqui, está en poder de la alcaldía correspondiente.

El Ministerio del Trabajo también impugnó la decisión, al considerar que la conclusión a la que arribó la juez en torno a la desprotección de la petente, es errada, ya que ignoró que Graciela fue beneficiaria del subsidio de aporte a pensión entre el 1º de agosto de 1996 y el 30 de septiembre de 1999, beneficio que perdió, debido a que no pagó la proporción que le correspondía, por más de dos meses, según lo establecido en el artículo 9º del Decreto 1858 de 1995, vigente para ese momento. Y que, sumado a ese beneficio, la accionante actualmente recibe un subsidio en el programa “*Colombia Mayor*”, dirigido a la población adulta mayor en condición de vulnerabilidad.

Por último, atacó la “*aplicación retrospectiva*” de los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto 605 de 2013, pues considera que se utilizó retroactivamente esa norma, dado que había una “*situación jurídica consolidada*”, consistente en la cesación de la labor como madre comunitaria de la señora Graciela Ortiz desde el año 2009, lo que descartaba el otorgamiento del beneficio reglamentado en la precitada disposición, ya que para el mismo se limitó temporalmente la condición de retiro, que debe acaecer en vigencia de la Ley 1450 de 2011.

Sentencia de segunda instancia

El 2 de febrero de 2015, la Sala Civil, Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, denegó el amparo de los derechos invocados.

El fundamento de esa decisión fue la consideración de que la respuesta que el I.C.B.F. brindó a la petición elevada por la accionante era conducente y señalaba la inviabilidad del subsidio, pues *“la norma mencionada no tiene efectos retroactivos, la Sala considera que la actora no puede acceder al subsidio requerido, dado que su labor como madre comunitaria finalizó en el año 2009, y dicho beneficio es aplicable a partir del 16 de junio de 2011, fecha en que entró en vigencia la ley 1450 de 2011”*(fl.8cd.2).

D. Actuaciones en sede de revisión

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio y garantizar el derecho de defensa de las diferentes autoridades que pueden resultar afectadas con la decisión en sede de revisión, esta Sala de la Corte Constitucional profirió auto calendarado el 19 de junio de 2015, en el que vinculó al trámite a COLPENSIONES y a la Alcaldía Municipal de Tarqui, Huila, a quienes, además de otorgarles la posibilidad de pronunciarse sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela, se les requirió para que absolvieran algunos cuestionamientos. A la primera de las mencionadas autoridades se le preguntó por las cotizaciones en pensión efectuadas por la accionante y por la existencia de algún trámite pendiente relativo al reconocimiento de un derecho pensional, y a la Alcaldía Municipal de Tarqui, por la labor de madre comunitaria que la demandante dijo ejercer durante más de 17 años.

A su vez, en el auto en mención, se exhortó al I.C.B.F. para que suministrara información sobre los procesos que ha adelantado tendientes a asignar el auxilio de subsistencia reglamentado en el Decreto 605 de 2013. Asimismo, se comisionó al Juzgado Promiscuo Municipal de Tarqui para que adelantara una inspección al hogar de la accionante y rindiera un informe, en el que manifestara sus consideraciones sobre las condiciones socioeconómicas, de vivienda y familiares constatadas.

Finalmente, se requirió al Ministerio del Trabajo para que explicara la idea de *“bases de ponderación”* establecidas respecto a cada uno los criterios de priorización, previstos en el Decreto 605 de 2013.

1. Como respuesta al requerimiento descrito, la Jefa de la Oficina Jurídica del ICBF adujo que la certificación de la labor de madre comunitaria en el caso de la accionante, le compete al centro zonal en el que estuvo inscrita y resaltó que, en todo caso:

“(...) según lo manifestado por la actora, ella se desempeñó como madre comunitaria desde el año 1992 hasta el año 2009. Lo que determina que a la luz de los requisitos establecidos para su postulación no se encuentra inmersa en la ley, ni cumple los requisitos consagrados por el Decreto 605 de 2013, toda vez que su retiro se da en el año 2009 y la ley entra en vigencia en el año 2011. Por lo que debemos concluir que no es posible certificar a la señora Ortiz para los fines descritos en su solicitud”.

Frente al proceso de otorgamiento del subsidio de subsistencia actual, la mencionada autoridad dijo que ha adelantado varias campañas informativas a nivel regional y zonal para socializar el contenido del Decreto 605 de 2013, y precisó que se han efectuado tres convocatorias (2013, 2014, y 2015), las cuales se mantienen abiertas durante todo el año y en las que se ha otorgado el subsidio a 689 ex madres comunitarias.

2. El Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo precisó que el Comité Directivo del Fondo de Solidaridad Pensional, para la vigencia del año 2013, aprobó 3000 cupos de los cuales se asignaron 279; para la vigencia del año 2014 aprobó 2000 cupos de los cuales se asignaron 715 y para la vigencia del año 2015 aprobó 2285 de los cuales se han asignado 697.

En torno a las bases de ponderación, destacó que en el Anexo 2 de marzo de 2015 del Manual Operativo del Programa de Protección Social al Adulto Mayor, se estableció la tabla de criterios de priorización con los que se: *“busca seleccionar como beneficiarios del programa exclusivamente a los adultos mayores en condiciones de pobreza más críticas”.*

En consonancia con ese objetivo, se fijaron bajo los criterios de edad y tiempo de servicios y discapacidad los puntajes a calcular conforme con la edad: (rangos: 57-60, 61-65-, 66-70, 71 y mas) otorgándosele un mayor puntaje a las personas que se encuentren en los rangos de mayor edad; tiempo de permanencia en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar: (rangos: 10- 15 años, más de 15 y hasta 20 años, y más de 20 años) y la minusvalía o discapacidad física.

3. A su turno, la Alcaldía Municipal de Tarqui señaló que la entidad competente para certificar las madres comunitarias del municipio, es la Asociación para el Servicio Social del Huila, siempre que se encuentren vinculadas a esa empresa, y agregó que: *“en los archivos de la Alcaldía Municipal de Tarqui, no reposa ninguna documentación relacionada con la labor de madre comunitaria que Graciela Ortiz Betancourt dice ejercer entre el año 1992 y 2009, ya que la contratación la realizaba directamente el ICBF”*¹³

¹³ Respuesta remitida, tras la comunicación del auto dictado el 29 de julio de 2015 en el que se requirió para que remitiera “la documentación que repose en sus archivos, relacionada con la labor de madre comunitaria que Graciela Ortiz Betancourt dijo ejercer entre el año 1992 y 2009, certificando, de acuerdo con la información en su poder, los periodos durante los que aquella desempeñó dicha actividad.

4. El Juzgado Promiscuo Municipal de Tarqui remitió el acta de la inspección judicial que adelantó sobre las circunstancias vitales de la accionante, en la que constató que: *“(...)[l]a accionante vive en precarias condiciones, sus ingresos son ínfimos, que por su edad y la de su esposo, la salud es decadente; además que para el sostenimiento, tiene la ayuda de sus hijos, los que conforman ya sus propios hogares.*

Respecto a la vivienda en la que habita la promotora de esta acción y su esposo se constató que se trata de:

“(...) un lote de aproximadamente 20 por 25 mts ubicado en la vereda en mención (...). Sobre el mismo predio hay una casa de habitación construida en bahareque, techo armado en guadua y cubierta de zinc, cielorraso en guadua (yaripa) y barro, pisos en cemento alisado color amarillo, puertas y ventanas en madera, solo una puerta es metálica; la constituyen seis pequeñas habitaciones, un zaguán frente a la vivienda, sala, zaguán-comedor, cocina con una estufa para cocinar con leña y otra vetusta para con(sic) gas, se observa en este lugar una mesa de madera en regular estado, que sirve de ubicación de los pocos utensilios de cocina; posee sanitario y ducha, estos por separados y como puerta uno de ellos tiene una tela vieja, hay una alberca y lavadero de ropas. De comedor tiene una mesa en madera con cuatro sillas plásticas en regular estado. Indica la accionante que poseen los servicios de agua que es el acueducto verdal; de energía eléctrica, gas domiciliario y como alcantarillado tiene un pozo séptico que recoge las aguas servidas” (fl.31-32 cd.3).

5. Superado el periodo otorgado en el auto dictado el 19 de junio de 2015 sin que se obtuviera una respuesta frente a los cuestionamientos elevados, el pasado 29 de julio se profirió un nuevo auto en el que se requirió, nuevamente a COLPENSIONES, a la Alcaldía Municipal de Tarqui y a la Asociación de Voluntarios para el Servicio Social –que es la entidad que en la actualidad afilia a las madres comunitarias de Tarqui-, para que remitieran a esta Corporación la información con la que contarán, respecto a la labor de la madre comunitaria ejercida por la accionante.

6. La Alcaldía Municipal de Tarqui, a través de comunicación remitida por vía electrónica, indicó que *“(...) en sus archivos no reposa ninguna documentación relacionada con la labor de madre comunitaria que Graciela Ortiz Betancourt dice ejercer entre el año 1992 y 2009, ya que la contratación la realizaba directamente el ICBF Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” (fl. cd.3)*

7. Por su parte, COLPENSIONES precisó que la accionante se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1º de agosto de 1996, su estado es inactivo y cuenta con 44.15 semanas cotizadas, las cuales provienen de los empleadores: i) Asociación H.C.B. Municipio de Tarqui –no generó semanas de cotización-, ii) Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -12.86 semanas, marzo a mayo de 1999- y iii) Fundación del Alto Magdalena -3 semanas cotizadas, octubre a diciembre de 2012-. También resaltó que Graciela Ortiz no es beneficiaria del Servicio de Beneficios Económicos Periódicos.

8. A su vez, el representante legal de la Asociación de Voluntarios para el Servicio Social adujo que *“no es posible allegar los documentos solicitados por este despacho, teniendo en cuenta que la señora Graciela Ortiz Betancourt, nunca ha estado vinculada laboralmente con la empresa que represento en su calidad de madre comunitaria”*, por cuanto, durante el periodo 1992-2009, esa asociación no tuvo vinculación contractual con el municipio de Tarqui ni con el ICBF.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer del fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9º) de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión y problemas jurídicos

2. Graciela Ortiz Betancourt presentó acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, salud y petición, los cuales consideró vulnerados como consecuencia de la respuesta que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar emitió frente a la petición que elevó el 24 de julio de 2014 pidiendo que se le incluyera como beneficiaria del Fondo de Solidaridad Pensional como madre comunitaria retirada. Para la actora, esa respuesta desconoció la labor de madre comunitaria que ejerció por más de 17 años, puesto que le negó el subsidio de subsistencia al que consideró tener derecho. En consecuencia, la accionante solicita como medida de restablecimiento de los derechos invocados que se le conceda el *“acceso al Fondo de Solidaridad Pensional”*, a través del otorgamiento del subsidio previsto en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, reglamentado en el Decreto 605 de 2013.

3. La juez de primera instancia, considerando la respuesta que el I.C.B.F. emitió frente a la petición elevada por la accionante y la ausencia de elementos que le permitieran determinar la viabilidad de una prestación pensional definitiva, le ordenó a dicha autoridad que acompañara y asesorara

a la petente con el objetivo de que, primero, agotara las gestiones tendientes a obtener un derecho pensional si era del caso y, en el evento de que éste resultara improcedente, que se le otorgara el subsidio de subsistencia diseñado para quienes dejaron de ejercer la labor de madres comunitarias reglamentado en el Decreto 605 de 2013. Por su parte, el *ad-quem* estimó inviable la aplicación del Decreto 605 de 2013 en el caso concreto, atendiendo los requisitos previstos en esa disposición reglamentaria, razón por la que revocó la decisión y denegó la protección.

4. En consideración con lo expuesto y de ser verificado el cumplimiento de los presupuestos formales de procedencia de la tutela, corresponde a la Sala determinar si: ¿ el I.C.B.F. vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, salud, petición e igualdad de Graciela Ortiz Betancour, al desconocerle su labor de madre comunitaria y manifestarle la presunta imposibilidad de concederle el subsidio de subsistencia para madres comunitarias retiradas, reglamentado en el Decreto 605 de 2013, por no cumplir con el requisito previsto en el literal “d” del artículo 3º, esto es, que su retiro se haya dado en vigencia de la Ley 1450 de 2011, pese a que la accionante alega haber sido madre comunitaria por más de 17 años, contar con 77 años de edad y requerirlo de forma urgente para su supervivencia?

5. Para resolver el asunto de la referencia iniciará la Corte su estudio, con el análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, en la medida en que para el I.C.B.F. en su impugnación, el presente amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad.

6. Para resolver estas inquietudes estudiará la Sala el problema de fondo que se plantea, no sin antes abordar los siguientes temas: i) los requisitos generales de procedencia de la tutela, con énfasis en el presupuesto de subsidiariedad. De ser procedente la acción continuará el estudio: ii) del derecho de petición; iii) del régimen jurídico de las madres comunitarias y el subsidio de subsistencia previsto en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011 y iv) el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela

El principio de subsidiariedad

7. Como es sabido, el artículo 86 de la Carta Política reviste a la tutela de específicas características que demarcan, a su vez, sus requisitos de procedencia, entre los que se encuentra el agotamiento, por parte del afectado, de los mecanismos ordinarios a su alcance para el restablecimiento de los derechos constitucionales fundamentales que considere afectados o que se encuentren en riesgo. Así dispuso, expresamente, que la acción de tutela “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial,*

salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Sobre el carácter subsidiario de la acción, ha señalado la Corte que éste “(...) *permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos*”¹⁴. Y es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten, para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección.

En consecuencia, en el análisis de la viabilidad de la solicitud de amparo, corresponde al juez constitucional determinar el cumplimiento de ese requisito, frente al cual, conviene resaltarlo, se previeron dos excepciones, en las que la existencia de otros mecanismos no frustra el ejercicio de la tutela. La primera, establecida en el mismo precepto de la Carta Política, permite acudir a la acción como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y de otro lado, en consonancia con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la tutela es procedente cuando se advierta que las vías ordinarias al alcance del afectado resultan ineficaces para la protección del derecho.

8. En lo que respecta al uso de las vías al alcance de la señora Graciela para obtener el subsidio de subsistencia que ahora solicita en sede de tutela, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adujo que no se cumplió esa obligación de procedencia, “*pues el reconocimiento de la pensión se encuentra regulado a través de las normas de rango legal y de las reglamentarias del procedimiento ordinario laboral. En tal virtud, la protección del derecho deprecado sólo puede ser exigido mediante la utilización de los mecanismos ordinarios de defensa judicial*”(fl.45 cd.1). Este argumento, sin embargo no es de recibo para esta Corporación, dado que la petición y la queja constitucional que formuló la accionante, se circunscribieron a la solicitud de otorgamiento del auxilio de subsistencia previsto en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, que cubre el Fondo de Solidaridad Pensional y el I.C.B.F., y no a una pensión, por lo que el proceso ordinario laboral no asoma como una vía adecuada, ya que el subsidio es una expectativa de acceso al mismo y no un derecho en sí a la pensión – administrada por esa institución-.

9. De esta manera el proceso ordinario laboral no es el medio de defensa idóneo y pertinente para obtener la protección de los derechos que invoca la accionante dado que la pretensión que persigue no es laboral y se otorga a través de un proceso de selección que adelanta el I.C.B.F. que no cobija a todos los posibles inscritos y que, por lo tanto no puede ser concedida en la vía ordinaria.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 580 de 26 de julio de 2006. M. P. Manuel José Cepeda.

Ahora bien, si en gracia de discusión se argumentara que lo procedente es atacar el acto administrativo de denegación del I.C.B.F. ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la Sala encuentra que esa vía tampoco parece idónea si se considera que lo que en realidad espera la actora es que se le aseguren unas condiciones mínimas de subsistencia a través del acceso al proceso de otorgamiento del subsidio, más que discutir la legalidad o no del acto administrativo proferido por el I.C.B.F. Nótese que el acceso a ese proceso, no sería una consecuencia evidente del trámite contencioso, por lo que su idoneidad queda descontada frente a la aspiración de la peticionaria.

Además, todo lo señalado en punto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad lo refuerza el hecho de que la accionante es sujeto de especial protección, dado que cuenta con 77 años de edad y vive en la zona rural del municipio de Tarqui en condiciones de pobreza extrema, circunstancias que, en definitiva, tornan inadecuados otros mecanismos para la obtención de la pretensión perseguida.

Por lo expuesto, y tal como lo ha estimado la Corporación en anteriores oportunidades¹⁵ en las que personas en similares condiciones a las de la accionante han acudido a este mecanismo exigiendo el restablecimiento de sus derechos fundamentales que consideraron vulnerados, se tiene que la tutela resulta procedente en este caso “*como mecanismo subsidiario idóneo para la defensa judicial de los derechos fundamentales probablemente vulnerados*”.

Así lo ha considerado también la jurisprudencia constitucional, cuando pregona una menor rigidez al examinar los requisitos de procedencia de la tutela, en los eventos en los que ésta se promueva por personas que, por sus condiciones físicas, sociales o económicas se encuentren en estado de debilidad manifiesta y que ha sido expresada en los siguientes términos:

“[E]l análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuandoquiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema”¹⁶.

Legitimación en la causa e inmediatez

10. En cuanto a la crítica de algunas entidades vinculadas al proceso, en el sentido de que no existe legitimación en la causa por pasiva, encuentra la Corte que se tiene por satisfecho ese presupuesto, dado que la acción se

¹⁵ Sentencia T 818 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T 456 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería.

dirigió contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al que la actora le atribuyó la afectación de sus derechos superiores en razón de la negativa de otorgarle el subsidio de subsistencia, y al haberse vinculado al trámite al Ministerio del Trabajo, a COLPENSIONES, al Consorcio Colombia Mayor y a la Alcaldía Municipal de Tarqui, pues se consolidó una contradicción que involucra a todas las autoridades a quienes les compete determinar la condición de madre comunitaria de la accionante y definir si le es posible o no acceder al subsidio de supervivencia que reclama.

Respecto a COLPENSIONES, vinculada en esta sede, cabe resaltar que de acuerdo con los requisitos para conceder el subsidio que la demandante reclama, resultaba imperiosa su convocatoria para determinar si aquella era titular de algún derecho pensional, que impediría el reconocimiento de la prestación a la que aspira, en virtud de la ley.

Similar consideración debe hacerse en torno a la Alcaldía Municipal de Tarqui, pues, de acuerdo con los pronunciamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es la autoridad que tiene la posibilidad de establecer si la demandante ejerció o no, la labor de madre comunitaria durante el tiempo que refirió en la acción de tutela; circunstancia del todo relevante si se considera la población hacia la que se dirigió el subsidio reclamado, esto es, madres comunitarias retiradas.

11. Finalmente, se advierte el cumplimiento de los demás requisitos generales de procedencia de la acción, teniendo en cuenta que hay legitimación en la causa por activa, dado que Graciela Ortiz actuó en nombre propio, como titular de los derechos que adujo vulnerados por la accionada, y se cumplió la exigencia de inmediatez, teniendo en cuenta que la solicitud de amparo se formuló transcurrido un mes desde el momento en que se le notificó a la accionante la denegación del subsidio destinado a las personas que dejaron de ser madres comunitarias, previsto en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011.

12. Establecido así el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela, se pasa al análisis del problema jurídico de fondo, con el propósito de determinar si la respuesta brindada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar vulneró o no los derechos superiores que la accionante invocó.

El derecho de petición. Reiteración de jurisprudencia

13. La Constitución Política, en el artículo 23, estableció la posibilidad, al alcance de todas las personas, de “*presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución*”. Esos términos en los que se definió el derecho de petición revelan su carácter dual, pues, por un lado, comporta la posibilidad de dirigirse ante las autoridades y, en específicos casos, ante particulares para hacer solicitudes respetuosas, y de otro, consagra el derecho a obtener una

respuesta pronta frente a las mismas, radicándose así una obligación en el destinatario que implica la emisión de una contestación oportuna, que además debe ser completa y congruente, de cara a la cuestión planteada en la petición.

Así sumado al carácter fundamental del referido derecho, que quedó establecido desde su consagración en la Carta Política, aquél constituye una clara manifestación y un instrumento del Estado Social de Derecho, porque facilita el control de las actuaciones públicas, la participación de los asociados en la toma de decisiones y el acceso a la información relevante para el desarrollo de la democracia participativa.

14. Partiendo del texto constitucional y de la determinación jurisprudencial sobre el núcleo esencial del derecho de petición, se entiende actualmente que éste demanda una respuesta pronta a la cuestión planteada, que guarde coherencia, absuelva con suficiencia la cuestión y que se comunique oportunamente. Así pues frente a la respuesta, se ha señalado que ésta *“es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario”¹⁷*. Además, es congruente, *“si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución a lo pedido verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta”¹⁸*.

En torno a la suficiencia de la respuesta, se ha reconocido que la misma, en principio, debe absolver de fondo lo solicitado, al margen de que no acceda a las pretensiones del petente o, por lo menos, debe expresar *“con claridad las etapas, medios, términos o procesos necesarios para dar una respuesta definitiva y contundente a quien presentó la solicitud”¹⁹*.

15. Aunado a lo anterior, esta Corporación ha señalado que las peticiones elevadas por personas cuyas circunstancias las ponen en una situación de debilidad manifiesta, de conformidad con los artículos 13 y 46 Superiores, deben ser atendidas con mayor celeridad y cuidado, sobre todo cuando con las mismas se procura la superación de dicha situación. En ese sentido la Corte se ha pronunciado *“(…) a favor de una modalidad reforzada del derecho de petición que exige a los funcionarios y servidores públicos atender de modo especialmente cuidadoso ‘las solicitudes de aquellas personas que, por sus condiciones críticas de pobreza y vulnerabilidad social, acuden al Estado en busca de que las necesidades más determinantes de su mínimo vital sean atendidas (...)’²⁰*

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 761 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T 669 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T 150 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T 307 de 1999. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

16. De manera que: i) está admitida la relevancia del derecho de petición como un instrumento al alcance de los asociados que facilita el ejercicio de la democracia participativa. ii) La satisfacción del derecho de petición impone una carga al destinatario, quien debe emitir una respuesta de fondo, completa y oportuna, la cual debe comunicar al petente y, iii) las peticiones presentadas por personas en condiciones de vulnerabilidad dirigidas a satisfacer sus necesidades mínimas, deben ser atendidas con mayor celeridad y cuidado por parte del Estado.

Régimen jurídico de las madres comunitarias y su derecho a la seguridad social

El tratamiento legal de la labor de madre comunitaria

17. Habida cuenta de la particular población hacia la que se dirige el subsidio que reclama Graciela Ortiz por esta vía, y la labor que ella afirma haber ejercido por más de 17 años, se estima pertinente recordar algunos aspectos relevantes del marco jurídico que rige a las madres comunitarias con énfasis en las acciones emprendidas por el Estado al diseñar el “*Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar*”, que busca retribuir la labor de las personas que cumplen con el deber de asistencia y protección de los niños, previsto en el artículo 44 de la Carta Política.

18. Como antecedente remoto de los programas de atención a la infancia que involucran la participación de la comunidad²¹ y en el marco de los cuales tienen protagonismo las madres comunitarias, se encuentra la Ley 89 de 1988, por medio de la cual se asignaron recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para el desarrollo de los Hogares Comunitarios de Bienestar, definidos 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.”

Esos hogares se reglamentaron en el Decreto 2019 de 1988, en el que se previó la autogestión de las comunidades a través de asociaciones de padres de familia, al señalar que “*cada ‘Hogar de Bienestar’, funciona bajo el cuidado de una madre comunitaria, escogida por la Asociación de Padres del programa, y cada día una madre o un familiar de los niños que asisten al hogar, debe ayudar a la madre comunitaria en el cuidado de los niños*”.

En cuanto a la forma de gestión de los hogares comunitarios, el artículo 4º del referido decreto señaló que:

²¹ Pues los programas de atención al menor, previos a la Ley 89 de 1988 no incluían la labor de madres comunitarias. Vb. Ley 27 de 1974 Centros de Atención Integral de Preescolar.

*“(...) la vinculación de las madres comunitarias así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de “Hogares de Bienestar”, mediante su trabajo solidario, constituye la contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y por consiguiente, dicha vinculación **no implica relación laboral con las asociaciones, que para el efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo”** (subrayas ajenas al texto original)*

19. Luego, el Decreto 1471 de 1990, en su artículo 125, dispuso que los programas adelantados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entre los que se encuentra el de hogares comunitarios, se fundamentan en: a) la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, b) la participación de la comunidad y c) la determinación de la población prioritaria.

Posteriormente, se profirió el Decreto 1340 de 1995, el cual se refirió al trabajo de las madres comunitarias, nuevamente, en términos de “*contribución voluntaria*” y excluyó cualquier relación laboral entre aquéllas y los entes que administran los hogares comunitarios.

20. La calificación legal de ese vínculo se advirtió, además, por la jurisprudencia constitucional de la época. Así, en la **sentencia T-269 de 1995** (MP. Jorge Arango Mejía) la Corte estudió una acción de tutela instaurada por una madre comunitaria, que exigía el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso, los cuales estimó vulnerados por la decisión de cerrar su hogar comunitario de bienestar y, en consecuencia, pidió que se ordenara su reintegro a la labor que desempeñaba. En esa oportunidad se consideró que:

“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”

21. Teniendo en cuenta que en su momento se admitió un vínculo meramente civil entre las madres comunitarias y las entidades administradoras del programa, se emprendieron acciones legislativas dirigidas a mejorar las condiciones de quienes cumplen dicha labor, entre éstas la Ley 1187 de 2008 que estableció que: “*la bonificación mensual de las madres comunitarias se incrementará al*

setenta por ciento (70%) del salario mínimo legal mensual vigente a partir del primero (1°) de enero de 2008, sin perjuicio de los posteriores incrementos que se realicen”.

22. En materia de pertenencia y permanencia en el Sistema de Seguridad Social con la financiación y el aporte concurrente del Estado y en consideración con la jornada durante la que se ejerce la labor de madre comunitaria, la Corte, en la **sentencia T-628 de 2012** (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)²², advirtió que el régimen de las madres comunitarias revela características clásicas del trabajo subordinado y otras del independiente, así:

“En resumen, 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.”

23. Posteriormente, en la **sentencia T-478 de 2013** (M.P. María Victoria Calle Correa) esta Corporación estudió la acción de tutela formulada por una madre comunitaria que exigía el restablecimiento de sus derechos que consideró vulnerados porque se le dejó de pagar el subsidio a los aportes a pensión por “temporalidad”. En esa oportunidad la Corte analizó el régimen legal de las madres comunitarias y consideró que el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 había implementado medidas progresivas tendientes a mejorar la situación de quienes se desempeñan como madres comunitarias y que consisten en la asignación gradual de una remuneración, que alcanzara el valor del salario mínimo legal vigente y la formalización laboral. La Sala concluyó:

“(…) el régimen jurídico de las madres comunitarias actualmente se encuentra en un período de transición, ya que en el año 2014 debe pasar de ser un régimen jurídico especial, a una relación laboral por la que devengarán un salario mínimo legal vigente. Finalmente, debe destacarse que durante este año 2013, la beca o bonificación que

²² En esa oportunidad, la Corte estudió una acción de tutela interpuesta por una persona que se desempeñó como madre comunitaria por más de 21 años, a quien se le diagnosticó VIH, y que, adujo, que ese diagnóstico motivó su desvinculación del programa de madres comunitarias. Teniendo en cuenta lo anterior solicitó que se declarara la existencia de un contrato realidad con los administradores del programa y el ICBF, se condenara al pago de una pensión sanción, en su favor, así como los salarios y prestaciones que no percibió en su labor de madre comunitaria, lo que obligó a la Corte a analizar la naturaleza de la actividad de las madres comunitarias.

reciben las madres comunitarias debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente”.

24. Así las cosas, teniendo en cuenta que la labor de madre comunitaria constituye una invaluable contribución para la asistencia, educación y protección de los niños y niñas que pertenecen a las capas sociales que disponen de menores recursos económicos, de acuerdo con las disposiciones referidas, se puede concluir que: i) si bien, inicialmente, se aceptó la exclusión de las madres comunitarias de la relación laboral por mandato legal, desde las primeras medidas diferenciadas se advertía la intención legislativa de conceder a esa actividad prerrogativas particulares, ii) la actividad de madre comunitaria ha sufrido una transformación progresiva en su tratamiento legal, en procura de acercarla a la relación laboral, iii) en el escenario actual, la actividad de las madres comunitarias se formalizó laboralmente y tienen asegurado un ingreso correspondiente a un salario mínimo legal vigente.

La Seguridad Social de las Madres Comunitarias

25. Advertido ese progreso en el tratamiento jurídico de la labor de las madres comunitarias, conviene enumerar las medidas adoptadas en lo que respecta a su seguridad social. Para el efecto, es necesario partir de la Ley 100 de 1993, que estableció, entre sus objetivos, el desarrollo de un sistema de seguridad social integral²³ con un nivel de cobertura tal, que sectores como el de los “campesinos, indígenas, trabajadores independientes, artistas deportistas, madres comunitarias”²⁴ que no cuentan con la capacidad económica suficiente, accedan a las prestaciones del sistema de forma integral.

En concordancia con esa pretensión de universalidad se diseñó, entonces, el Fondo de Solidaridad Pensional con el fin de subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de las personas que pertenecen a los sectores con menores ingresos, incluyendo a las madres comunitarias, respecto de las que se tomaron unas medidas diferenciadas, tal como lo evidencia el parágrafo del artículo 28 de la referida ley, en el que se señaló que “*el subsidio que se otorgue a las madres comunitarias o trabajadoras solidarias de los hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar será mínimo el 50% de la cotización establecida en la presente ley*”. Además, se le encomendó al Consejo Nacional de Política Social el diseño de un plan de cobertura que incluyera grupos beneficiados, cuantía, forma de pago y pérdida del subsidio.

²³ Sentencia C 1027 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. “*Con la Ley 100 de 1993 se creó en el país el llamado sistema de seguridad social integral, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, dentro del criterio de una calidad de vida en consonancia con el postulado constitucional de un orden social justo e igualitario, acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. También se concibió constitucional y legalmente la seguridad social como un servicio público obligatorio en el que el Estado es el rector y vigilante del mismo, y él y los particulares sus prestadores*”.

²⁴ Ley 100 de 1993. Artículo 6°.

En desarrollo de ese mandato, el CONPES, en documento 2753 de 21 de diciembre de 1994, determinó el Plan de Cobertura del Fondo de Solidaridad Pensional, en el que estableció que:

“[e]n 1995 serán beneficiarios del Fondo los trabajadores del sector informal, tanto urbanos como rurales; los trabajadores discapacitados, y las madres comunitarias, según las condiciones que se describen a continuación:

(...)

4. Madres comunitarias de cualquier edad afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que hayan cumplido por lo menos un año de servicio como tales.”

Y fijó el monto del subsidio y su vigencia, así:

“En 1995 la cotización equivale al 12.5% del ingreso. El porcentaje de subsidio será el 70% de la cotización total. Para los empleados del sector informal el subsidio se concederá tanto al empleador como al trabajador; para los independientes la totalidad del subsidio será para los trabajadores (cuadro 4).

El subsidio se otorgará por un período máximo, continuo o discontinuo, de 5 años para los trabajadores urbanos y de 10 años para los trabajadores rurales, los discapacitados y para las madres comunitarias mientras ellas ejerzan esta actividad”.

26. Posteriormente, la Ley 509 de 1999 se ocupó de otros aspectos de la seguridad social de las madres comunitarias. En punto a las prestaciones en salud, se señaló que aquéllas, *“se harán acreedoras a título personal, a las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo previsto por la Ley 100 de 1993”*; pero se dispuso que los integrantes de su núcleo familiar tendrían derecho a la prestación del servicio como afiliados prioritarios del régimen subsidiado. Sumada a esa medida se incrementó el subsidio al aporte en pensión, fijándolo en 80%.

La diferenciación que estableció la precitada norma en torno a la afiliación del grupo familiar de la madre comunitaria al sistema de seguridad social en salud, se superó con la Ley 1023 de 2006, que permitió que la misma se hiciera en el régimen contributivo y fijó, además, la contribución en salud en un 4% de la bonificación que la madre percibe por su labor.

27. De las disposiciones referidas se advierte el reconocimiento de la trascendencia social de la actividad de las madres comunitarias y su injustificada exclusión de las garantías propias de la relación laboral, lo que ha motivado a que se tomen medidas tendientes a: i) solventar las disparidades en el acceso efectivo al sistema de seguridad social en salud, ii) la subvención de

los aportes a pensión, en aras de que se asegure una prestación de ese tipo que les permita afrontar su vejez y iii) la creación de subsidios para la subsistencia en la vejez.

El subsidio de subsistencia para madres comunitarias retiradas y el derecho a la igualdad. Ley 1450 de 2011, artículo 164.

28. En el análisis de las características generales de la prestación que reclama la accionante, esto es, el subsidio de subsistencia, se destaca que la Ley 797 de 2003 que reformó algunas disposiciones de la Ley 100 de 1993, creó en el artículo 2º literal “i” una subcuenta de subsistencia, dentro del Fondo de Solidaridad Pensional: *“destinada a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo origen, monto y regulación se establece en esta ley. La edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el sistema general de pensiones para los afiliados”*.

Frente a esa subcuenta, el artículo 2º de la Ley 1187 de 2008, prescribió que:

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

Como una medida derivada del mandato transcrito, el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, a través de la que se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, estableció que tendrán acceso al subsidio de la subcuenta del Fondo de Solidaridad Pensional:

“(…) 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.”

Con fundamento en estas disposiciones, se fijó un instrumento concreto que permite la protección en la vejez de las madres comunitarias que no lograron incorporarse a los mecanismos contributivos del régimen pensional. En efecto, el Decreto 605 de 2013, estableció las condiciones para *“el acceso al subsidio*

de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de las personas que dejen de ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para obtener una pensión, ni sean beneficiarias del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS)”, fijó los requisitos, criterios de priorización, el valor del auxilio y las causas de pérdida del mismo.

29. El citado decreto indicó que el mecanismo a través del cual se otorga el auxilio de subsistencia, es un proceso de selección que adelanta el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el que se toman en consideración las exigencias previstas en su artículo 3º y consisten en: “a) *Ser colombiano, b) Tener como mínimo 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, edad que a partir del 1º de enero de 2014 aumentará en dos años. c) Residir durante los últimos diez años en el territorio nacional. y d) Acreditar la condición de retiro como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011”*. Sumado a lo anterior se establecieron criterios de priorización tales como la edad del aspirante, su minusvalía o discapacidad física o mental, y el tiempo de permanencia en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, que atienden al carácter limitado de los cupos, que se asignan anualmente por el Comité Directivo del Fondo de Solidaridad Pensional.

30. Frente al auxilio de subsistencia referido, cabe resaltar también que su monto varía de acuerdo con el tiempo de permanencia del beneficiario en el programa de hogares comunitarios, y que su cobertura: *“a cargo de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, será el mismo que hoy se entrega a los adultos mayores a través del Programa de Protección Social al Adulto Mayor, en cada ente territorial del país, según el municipio en el que resida la persona beneficiaria”*.

De manera pues, que el acceso al subsidio de subsistencia quedó supeditado a un proceso de selección, anual, al que pueden postularse las madres comunitarias retiradas que cumplan las condiciones previstas en el Decreto 605 de 2013, quienes serán clasificadas de acuerdo con los criterios referidos y las bases de ponderación establecidas por el Ministerio del Trabajo, las que, de acuerdo con la comunicación remitida a esta sede, corresponden a:

a) La Edad del Aspirante

Criterio de Priorización	Puntaje
57-60	-3
61-65	3
66-70	4
71 y más	5

De acuerdo con el Ministerio, la ponderación para este criterio de priorización se efectúa conforme a una relación de orden, donde los aspirantes de mayor

edad, obtienen un puntaje más alto que los que bordean la edad legal de pensión.

b)

tiempo de permanencia en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar

Criterio de Priorización	Puntaje
Más de 10 años y hasta 15 años	2
Más de 15 años y hasta 20 años	5
Más de 20 años	8

Con este criterio se busca medir la cantidad de tiempo dedicada a la labor de madre comunitaria, por lo que entre mayor tiempo prestado, mayor puntaje para la obtención del subsidio se otorgará.

c) La Minusvalía o Discapacidad Física o Mental del Aspirante

Criterio de priorización	Puntaje
Si	2
No	0

La consideración tomada para este criterio está relacionada con la protección especial que se le debe prestar a la población en estado de discapacidad como factor de vulnerabilidad adicional a la vejez.

31. De lo señalado, hasta el momento, puede concluirse que el auxilio en mención fue diseñado para conjurar las difíciles circunstancias en las que se encuentran las personas que ejercieron la labor de madres comunitarias, pero que estuvieron excluidas del sistema de seguridad social y por ende no cuentan con pensión para su vejez. Está claro que por su precaria remuneración, y a pesar de los subsidios, muchas no pudieron realizar los aportes a pensión correspondientes, con la dificultad de que la situación laboral de las madres comunitarias sólo se reguló debidamente con la Ley 1607 de 2012, que ordenó su formalización laboral.

32. No obstante el loable propósito del subsidio que se acaba de describir, se advierte que el requisito previsto en el literal “d” del artículo 3° del Decreto 605 de 2013 que consiste en “*acreditar la condición de retiro como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011*” genera la desprotección, a través de la exclusión, de un grupo de madres comunitarias que pueden cumplir los presupuestos materiales para acceder al auxilio, pero que dejaron de ejercer esa labor antes de la vigencia de la Ley 1450 de 2011.

En efecto, el requisito citado marca una condición que no puede ser cumplida por madres comunitarias que se retiraron antes del 16 de junio de 2011, a

pesar de que éstas también: a) ejercieron la labor de madres comunitarias bajo la dirección del I.C.B.F. cumpliendo un compromiso de relevancia social; b) sufrieron la exclusión del Sistema de Seguridad Social; c) afrontan las consecuencias de la precariedad de su remuneración, que limitó su capacidad para hacer aportes que aseguraran una prestación en su vejez y d) no cuentan con ingresos suficientes que les permitan sobrellevar su vida en condiciones dignas.

Esa desprotección, determinada únicamente por el hito temporal fijado en el literal “d” del artículo 3° Decreto 605 de 2013, puede advertirse mejor en casos concretos, constatando a la luz de las normas señaladas previamente las diferencias que se presentan cuando se compara, por ejemplo: i) el caso de una madre comunitaria que tiene 60 años, ejerció esa labor por 10 años y se retiró el 16 de junio de 2011 –en vigencia de la Ley 1450 de 2011-; ii.) el caso de una madre comunitaria que tiene 57 años, ejerció esa labor durante 5 años y se retiró el 16 de junio de 2011 y iii) el caso de una madre comunitaria que tiene 75 años, trabajó durante 20 años y se retiró el 31 de diciembre de 2010.

De las hipótesis planteadas se advierte que aun en los eventos en los que las ex madres comunitarias hayan ejercido esa labor por más tiempo al servicio de la comunidad y su edad supere a la de otras ex madres comunitarias de manera considerable, el momento en el que se produjo su retiro, que bien pudo obedecer a causas ajenas a su voluntad, es la circunstancia que las priva del subsidio que les asegura su subsistencia en la vejez. Si se evalúan esos escenarios hipotéticos que toman en cuenta los factores principales de la regulación del subsidio, resulta que una persona como la del caso iii), que aparece como una candidata prevalente atendiendo los criterios de priorización, no puede ser considerada como beneficiaria del auxilio, como consecuencia únicamente del momento de su retiro.

33. En consonancia con lo señalado, en el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte se evidencia un tratamiento distinto a situaciones similares, que provoca un déficit de protección en el mismo grupo poblacional que se pretende proteger, al paso que plantea serias dudas en torno al aseguramiento igual y efectivo de la vejez a madres comunitarias retiradas, pues *“[r]ecuérdese que la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual”*²⁵

Bajo la óptica del derecho a la igualdad, se advierte que la condición temporal referida tiene el efecto de provocar un trato desigual entre personas del mismo grupo poblacional, con las características comunes enunciadas en el fundamento jurídico 34, dejando en una situación de desprotección a las ex

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 198 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

madres comunitarias que en la actualidad no cuentan con ninguna prestación que les permita enfrentar su vejez y cuyo retiro se produjo antes del 16 de junio de 2011. A causa de ese factor ellas quedan desamparadas, sin que exista, *a priori*, una justificación aparente para ese déficit de protección surgido a partir de un límite temporal que no se corresponde con la finalidad del auxilio y que, en principio, tampoco coincide con el momento de surgimiento del derecho. En efecto el acceso a la subcuenta de subsistencia por parte de madres comunitarias retiradas se previó por el Legislador, de forma concreta, desde el año 2008, momento a partir del cual se estableció en cabeza del gobierno la obligación de regular la materia, como lo evidencia el artículo 2° de la Ley 1187 de 2008, cuyo tenor dispone:

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

34. De lo expuesto se advierte que: a) El subsidio previsto en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011 se diseñó para asegurar las condiciones de subsistencia mínimas, en la vejez, de las personas que ejercieron la labor de madres comunitarias, pero que estuvieron excluidas del sistema de seguridad social. b) El requisito previsto en el literal d, del artículo 3° del Decreto 605 de 2013, que condiciona la asignación del subsidio de subsistencia a una fecha de retiro, genera la desprotección de miembros del mismo grupo poblacional que se pretende proteger. c) La fecha a la que se condicionó el retiro no coincide con la vigencia de la norma legal que otorgó el derecho de las madres comunitarias retiradas a acceder al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, evento cuya reglamentación debía adelantar el gobierno, desde el 2008, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1187 de 2008.

La excepción de inconstitucionalidad

35. En el ordenamiento jurídico colombiano, con fundamento en el artículo 4° de la Carta Política, se prevé la posibilidad de que una autoridad pública o los particulares dejen de aplicar una norma en un caso concreto cuando adviertan que sus efectos, en ese escenario particular, resultan inconstitucionales. Dicha opción, como se anotó, se desprende del texto constitucional, ha sido reconocida por la jurisprudencia y constituye un verdadero control de constitucionalidad por vía de excepción.

Para la procedencia de dicha excepción, además de la necesaria contradicción entre la norma y la Carta Política de cara a las circunstancias concretas a las que se enfrenta la autoridad pública o el particular, se requiere que el precepto no haya sido objeto de un control abstracto de constitucionalidad por parte de

esta Corporación, por los efectos *erga omnes* del mismo, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades:

“[c]uando no ha mediado una decisión de control abstracto por parte de la Corte respecto de una norma en particular, la excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado.”²⁶

De manera que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, derivada del artículo 4 Superior, constituye un control constitucional por vía de excepción que exige que: i) la norma no haya sido objeto de control abstracto por parte de esta Corporación y ii) la aplicación de dicha norma en el caso concreto provoque efectos inconstitucionales.

Esa posibilidad que, como se anotó, se erige en deber, ha sido reconocida en múltiples oportunidades por la jurisprudencia constitucional. Así, la **sentencia T-1291 de 2005**²⁷ concedió el amparo a una madre cabeza de familia, que padecía una incapacidad de 69.05%, a quien la respectiva administradora de pensiones le denegó el reconocimiento de la pensión de invalidez porque no cumplía la totalidad de los requisitos contenidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Frente a esa decisión, la Corte señaló que si bien se ajustaba a la disposición legal vigente contrariaba la Carta Política, razón por la que, bajo el abrigo de la excepción de inconstitucionalidad, inaplicó la norma referida y ordenó el reconocimiento de la prestación perseguida conforme a los artículos 60, literal “i” y 71 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, precisó lo siguiente:

“Por tratarse de un caso de invalidez por “riesgo común” acaecido el 28 de enero de 2004, la AFP aplicó a la discapacidad y minusvalía de Adriana María Jaramillo Rios el numeral 1 del artículo transcrito. Con base en éste concluyó que ella no cumple con el número de semanas cotizadas en los últimos tres años y negó la prestación.

Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el

²⁶ Sentencia T-103 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social²⁸. En efecto, hay que tener en cuenta que frente a los requisitos establecidos en el artículo 39 “original” (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora Jaramillo Rios sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y, por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la peticionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija, Luisa Fernanda Gutiérrez Jaramillo.”

Así mismo, la **sentencia T-551 de 2010²⁹** advirtió la vulneración de los derechos superiores a la igualdad, a la familia y a la seguridad social de una compañera permanente en el marco de un proceso de sustitución pensional, pues a pesar de que demostró una convivencia de largo aliento con el causante, se reconoció la totalidad de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge de aquél de acuerdo con la disposición legal vigente en esa materia. En esa oportunidad y atendiendo la supremacía de la Constitución se exaltó la obligación que surgía de inaplicar la norma regente –artículo 47 de la Ley 100 de 1993-, pues sus efectos en ese caso resultaban inconstitucionales:

“Cabe recordar que el artículo 4° de la Constitución Política establece un mandato impostergable, cual es, que ante cualquier incompatibilidad entre los preceptos constitucionales y la ley u otra norma de inferior jerarquía, debe aplicarse directamente la Constitución. Es decir, que el Tribunal Superior de Cali- Sala de Descongestión Laboral, ante la evidencia de la inconstitucionalidad de la norma, debió inaplicarla proponiendo la excepción de inconstitucionalidad.”

36. Precisadas esas condiciones, sólo resta señalar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad tiene un alcance *inter partes*, lo que significa que la norma mantiene su validez general y sigue incluida en el ordenamiento jurídico, ya que sus efectos únicamente se eliminan para el caso concreto, de suerte que se preserva la competencia en cabeza de la Corte para su control abstracto.

El análisis del caso concreto

La calidad de madre comunitaria de la accionante y su situación personal

37. En el presente caso Graciela Ortiz Betancourt presentó acción de tutela en aras de lograr el “*acceso al Fondo de Solidaridad Pensional*”, a través del otorgamiento del subsidio previsto en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, reglamentado en el Decreto 605 de 2013, pues considera que cumple los

²⁸ “En la sentencia de tutela T-974 de 2005 (M.P.: Jaime Araujo Rentería) se da aplicación al artículo 39 derogado en aplicación del principio de favorabilidad ante la declaratoria de inexequibilidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003.”

²⁹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

requisitos establecidos en las normas referidas. La decisión del ICBF, a su juicio, vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, salud y petición, por cuanto desconoció su labor de madre comunitaria y denegó el auxilio exigido.

Como quiera que la accionante le atribuye la vulneración de sus derechos a la denegación del mencionado subsidio de subsistencia, al que, según las respuestas de las accionadas, no puede acceder por la fecha de su retiro, la Sala se pronunciará, en primer lugar, en torno a la calidad de madre comunitaria retirada de la actora, pues, se advierte, que esa circunstancia se desconoció por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En efecto, el punto de partida para determinar la viabilidad del acceso al subsidio de subsistencia reglamentado en el Decreto 605 de 2013, es que éste se dirige a las madres comunitarias retiradas, de manera que la población cuya vejez en condiciones dignas se pretende asegurar está suficientemente determinada, por lo que incumbe, en principio a la aspirante, la acreditación de esa calidad.

38. Sobre la prueba de ese presupuesto, se tiene que la actora adujo desde el momento en el que presentó la petición ante el Centro Zonal del Huila del I.C.B.F. que ejerció la labor de madre comunitaria entre los años 1992 y 2009. A esta manifestación replicó dicha autoridad señalando que no contaba con soportes que evidenciaran esa vinculación y que, en todo caso, el año de retiro que se aludía en la petición, indicaba que no podía acceder al subsidio. La respuesta, como es evidente, resulta transgresora del derecho de petición de la demandante, pues ante las circunstancias que expuso, el tiempo durante el que dijo ejercer la labor de madre comunitaria y la pretensión, la autoridad no podía desconocer, sin más, esa calidad invocada, sino que debía indicarle la forma en la que podía acreditarla, dado que el requisito de la respuesta exige que se indiquen *“con claridad las etapas, medios, términos o procesos necesarios para dar una respuesta definitiva y contundente a quien presentó la solicitud”*³⁰.

39. En efecto, si en consideración con lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, era determinante para obtener el derecho el momento de retiro y el tiempo durante el que se ejerció la labor de madre comunitaria, es evidente que la respuesta que profirió el ICBF denegando esa calidad sin adelantar actividad alguna para su verificación y sin indicarle a la actora la forma en la que podía demostrar la labor que dijo ejercer, vulneró su derecho de petición. Preocupación, que además se mantiene en esta sede, dado que a pesar de los múltiples requerimientos elevados a esa entidad, no se ha indicado con precisión cuál es la autoridad competente que puede dar cuenta de esas circunstancias.

En contraste con el dicho de la entidad, la demandante sí acompañó a la

³⁰ Corte Constitucional Sentencia T 150 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero

acción de tutela copia del carnet: “Asociación Hogares Comunitarios de Bienestar Tarqui FAMI” (fl.10 cd.1) y copia de las declaraciones emitidas por Emperatriz Campos Rojas, Ernesto Aroca Betancourt, Yaneth Patiño Zabala y Yolanda Castro Trujillo, quienes, en su calidad de presidentes de las juntas de acción comunal de las veredas “Eureka”, “Las Mercedes”, “El Pescado” y “Buenos Aires” del municipio de Tarqui, respectivamente, manifestaron que:

“(…) me consta que en nuestra comunidad conocemos de vista, trato y comunicación, a la señora Graciela Ortiz Betancourt, identificada con la cédula de ciudadanía No 25.577.070 de Tarqui, ya que es residente en la vereda Buenos Aires y se desempeñó como madre FAMI y AGENTE EDUCATIVO RURAL, programa liderado por el I.C.B.F., desde el año 1992 hasta el 2009, programa en el que participaron durante esa época varias familias de esta vereda.

Igualmente me consta que la señora Ortiz Betancourt es una persona con carisma para el trabajo social y comunitario, que trajo mucho bienestar a través del programa a las familias que tuvieron la oportunidad de compartir su labor.”

Así mismo, en la impugnación del fallo dictado por el juez de primera instancia, el Ministerio del Trabajo señaló que Graciela Ortiz fue beneficiaria del subsidio de aporte a pensión para madres comunitarias entre el 1° de agosto de 1996 y el 30 de septiembre de 1999, beneficio que perdió, debido a que no pagó la proporción que le correspondía, por más de dos meses, según lo establecido en el artículo 9° del Decreto 1858 de 1995. De lo que se prueba que, a diferencia de lo dicho por la entidad accionada, ella sí realizó labores de madre comunitaria, hechos que el I.C.B.F. no pudo identificar ni desvirtuar más allá de decir que no tiene los documentos requeridos para el efecto.

40. En atención a estas pruebas y a la incertidumbre que se cernía en torno al tiempo durante el que la accionante ejerció la labor de madre comunitaria y el momento preciso de su retiro, la Sala exhortó a las autoridades involucradas para que informaran cuál es la entidad competente para certificar el ejercicio de la labor de madre comunitaria y el tiempo de servicio para el caso de la peticionaria, frente a la cual, la Jefa de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dijo que: *“el llamado a acreditar el tiempo en el que se desempeñó como madre comunitaria es el centro zonal del ICBF, al cual haya estado adscrita en su calidad de madre comunitaria”*³¹.

³¹ Respuesta emitida por el I.C.B.F. ante los cuestionamientos formulados mediante auto de 1° de julio de 2015, particularmente: ¿Cuál es la autoridad responsable de establecer la calidad de madre comunitaria y de certificar el tiempo durante el que se ha ejercido esa labor?. En concordancia con lo anterior deberá precisar, además: ¿quién es el llamado a acreditar el tiempo durante el que Graciela Ortiz Betancourt se desempeñó como madre comunitaria, teniendo en cuenta que ésta dijo haber adelantado esa labor en el municipio de Tarqui, Huila, en el periodo comprendido entre los años 1992 y 2009?.

Con todo, como se evidencia en las pruebas aportadas al proceso, dicha respuesta contradice la manifestación del I.C.B.F., Centro Zonal del Huila, que refirió la imposibilidad de dar cuenta del tiempo de servicios de la accionante, dado que el programa de hogares comunitarios se adelanta a través de la contratación de asociaciones de padres de familia, ONG's, grupos asociativos, corporaciones y alcaldías, que son las entidades que cuentan con las bases de datos, de manera que la información sobre las madres comunitarias del municipio de Tarqui, adujo: *“está en poder de la alcaldía”*.

Por su parte, la Alcaldía Municipal de Tarqui, requerida en dos oportunidades para que remitiera los documentos con los que contara respecto a la labor de madre comunitaria de Graciela Ortiz y para que certificara el tiempo durante el que ella ejerció esa labor, aseveró que en sus archivos *“no reposa ninguna documentación relacionada con la labor de madre comunitaria que Graciela Ortiz Betancourt dice ejercer entre el año 1992-2009”*.

41. En el escenario descrito en consecuencia no obra una prueba de las autoridades obligadas a estos seguimientos, que determine, con precisión, el tiempo durante el cual la accionante fungió como madre comunitaria, pero sí obran elementos que demuestran que ella ejerció esa labor, pues así lo acredita la copia del carnet de la *“Asociación Hogares Comunitarios de Bienestar Tarqui FAMI”*, las copias de las declaraciones emitidas por presidentes de las juntas de acción comunal de las veredas del municipio de Tarqui, la manifestación del Ministerio del Trabajo en torno al otorgamiento del subsidio a los aportes en pensión como madre comunitaria entre los años 1996 y 1999 y las cotizaciones a COLPENSIONES, en las que funge como empleador el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –marzo a mayo de 1999-.

42. En definitiva, la accionante logró demostrar que hace parte del grupo poblacional destinatario del subsidio de subsistencia, esto es, madres comunitarias retiradas sin que las entidades en mención pudieran acreditar lo contrario de manera efectiva. En lo que respecta al tiempo durante el que ejerció la función se tendrá por cierto, de forma transitoria, el periodo aludido en el escrito de tutela, pues la promotora de la acción aportó los elementos de prueba a su alcance, para acreditar ese tiempo sin que, en las circunstancias que revela el trámite, pueda exigírsele elementos adicionales, ya que exhortadas por esta Corporación las entidades que tienen obligaciones legales en torno a la dirección y administración del *“Programa de Hogares Comunitarios”*, éstas no lograron establecer ni denegar por ningún medio la condición de madre comunitaria de Graciela, la cual, como se resaltó, cuenta con respaldo probatorio.

43. Adicional a eso, la Sala encuentra que si en la actividad oficiosa de comprobación adelantada en esta sede, sólo se obtuvieron respuestas evasivas, resulta evidente la dificultad que para los administrados y particularmente para las madres comunitarias que se retiraron antes del año 2012, comporta la obtención de un certificado que dé cuenta de la actividad ejercida en el marco

del referido programa y su duración. Dificultad que se incrementa en circunstancias como las de la accionante, al ser una persona de la tercera edad, que vive en una zona rural del municipio de Tarqui en condiciones de pobreza extrema.

El acceso de la accionante al proceso de asignación del subsidio de subsistencia para madres comunitarias retiradas

44. Establecida, la condición de madre comunitaria retirada de la accionante; el ejercicio de esa labor por más de 17 años; su edad -77 años- y las condiciones de vulnerabilidad por la falta de recursos para su subsistencia (que corrobora el auxilio de \$40.000 que recibe del programa “*Colombia Mayor*” y la inspección adelantada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tarqui que dio cuenta de las difíciles condiciones socioeconómicas de la accionante), se concluye que Graciela Ortiz Betancourt hace parte del grupo poblacional para el cual se diseñó la prestación reglamentada en el Decreto 605 de 2013, desde una perspectiva material. Por consiguiente, su exclusión del proceso de selección para el otorgamiento de dicho subsidio, fundada en el momento de su retiro -2009- comporta una discriminación injustificada que lesiona sus derechos a la seguridad social, igualdad y vida en condiciones dignas, al privársele de la posibilidad de que su caso, que se corresponde con los propósitos del subsidio, sea considerado en el proceso de selección para acceder a una prestación con la que pueda subsistir dignamente en su vejez.

Advertida esa correspondencia entre las circunstancias de la demandante y los propósitos del subsidio que reclama, se concluye que su exclusión del proceso de selección por el límite temporal referido, resulta demasiado gravoso para los derechos que invocó, sobre todo si se considera que el mandato del Legislador en torno al acceso de las madres comunitarias retiradas a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional se emitió en el año 2008, de suerte que el requisito temporal ignora la génesis misma de la prestación y provoca un déficit de protección para personas como Graciela Ortiz.

Corolario de lo anterior y como quiera que el requisito previsto en el literal “d” del artículo 3° del Decreto 605 de 2013 genera efectos inconstitucionales en el presente caso, ya que infringe el artículo 13 Superior, pues excluye el análisis de las circunstancias materiales de la accionante en virtud del momento en el que se produjo su retiro como madre comunitaria, se dispondrá la inaplicación de dicho precepto para el caso concreto con base en lo dispuesto en el artículo 4° de la Carta Política, a fin de que se permita el acceso de la accionante al proceso de asignación del subsidio de subsistencia.

45. Cabe precisar que la orden referida no incluye, necesariamente, la asignación de la prestación a la que ella aspira, dado que tras la inclusión de la petente en dicho proceso, la valoración de sus condiciones particulares deberá seguir las reglas y etapas ordinarias descritas por el I.C.B.F. y determinadas por el Decreto 605 de 2013 a fin de respetar el derecho a la igualdad de otras

aspirantes. No obstante se tomará como tiempo de labor de la actora el periodo comprendido entre 1992 y 2009, salvo que el mencionado instituto logre demostrar en tiempo no superior a un (1) mes, de forma fehaciente y por acto administrativo debidamente soportado en los certificados emitidos por cada uno de los administradores, a través de los cuales la accionante mantuvo el vínculo con el Programa de Hogares Comunitarios, en los que se indique con precisión la modalidad y los periodos de dicha labor, que la accionante no cumplió con el término de gestión indicado. En el evento de que el I.C.B.F. demuestre que el tiempo durante el que Graciela Ortiz Betancourt ejerció esa actividad es inferior al periodo 1992-2009, el tiempo que corresponde a la nueva indagación se tomará como referencia en el proceso de selección, en el que también deberá determinarse si aquélla cumple con los demás requisitos y se ponderarán sus circunstancias conforme con los criterios de priorización pertinentes. Si no lo logra demostrar en el término otorgado, el periodo comprendido entre 1992 y 2009 se entenderá como el tiempo de labores para el proceso de adjudicación del subsidio correspondiente.

46. Verificados los efectos del requisito previsto en el literal “d” del artículo 3° del Decreto 605 de 2013 en el caso de la accionante, particularmente la exclusión del proceso de selección para la asignación del subsidio de subsistencia para madres comunitarias retiradas sobre la base de una diferenciación en la aplicación de la ley que no se encuentra a priori justificada, se advierte que esa consecuencia inconstitucional que se verificó en el caso de Graciela Ortiz Betancourt también puede generarse para madres comunitarias retiradas que se encuentren en circunstancias similares. Por esta razón se exhortará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que considere los argumentos expuestos en esta sentencia y evalúe, en los casos concretos en que esta situación se presente, la inaplicación del requisito temporal referido frente a las postulaciones al proceso de selección para la asignación del beneficio de subsistencia presentadas por madres comunitarias retiradas antes del 16 de junio de 2011 que: i) ejercieron la labor de madre comunitaria durante largos periodos, ii) sean personas de la tercera edad, iii) se encuentren en estado de debilidad manifiesta por sus condiciones físicas o socioeconómicas y, en general, iv) asomen como candidatas idóneas para el otorgamiento del subsidio de subsistencia de acuerdo con los propósitos que motivaron su creación legal.

47. Por último, hay que decir que si bien la accionante también exigió la protección del derecho a la salud, el subsidio que persigue a través de esta acción no sirve para ese propósito, en la medida en que se limita a asegurar la subsistencia. No obstante lo anterior, por las condiciones acreditadas en el trámite, la actora podrá acudir a los mecanismos previstos para la garantía del derecho a la salud en el régimen subsidiado.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de febrero de 2015, por la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva que revocó el fallo de primera instancia para denegar las pretensiones de la accionante. En su lugar, **CONCEDER** la tutela instaurada por Graciela Ortiz Betancourt por la vulneración de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, igualdad y petición.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta decisión, incluya a Graciela Ortiz Betancourt en el proceso de selección para la asignación del subsidio de subsistencia reglamentado en el Decreto 605 de 2013, **inaplicando el literal d, del artículo 3° del Decreto 605 de 2013 en el caso concreto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4° de la Carta Política y por las razones expuestas en esta providencia.** En tal virtud, tomará en cuenta como tiempo de labor de la actora el periodo comprendido entre 1992 y 2009, salvo que el mencionado instituto logre demostrar en tiempo no superior a un (1) mes, contado desde la notificación de esta decisión, de forma fehaciente y por acto administrativo debidamente motivado que la accionante no cumplió con el término de gestión indicado. En el evento de que el I.C.B.F. demuestre que el tiempo durante el que Graciela Ortiz Betancourt ejerció esa actividad es inferior al periodo 1992-2009, el tiempo que corresponde a la nueva indagación se tomará como referencia en el proceso de selección, en el que también deberá determinarse si aquella cumple con los demás requisitos y se ponderarán sus circunstancias conforme con los criterios de priorización pertinentes. Si no logra demostrar en el término otorgado, el periodo comprendido entre 1992 y 2009 se entenderá como el tiempo de labores para el proceso de adjudicación del subsidio correspondiente.

TERCERO: EXHORTAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que considere los argumentos expuestos en esta sentencia y evalúe, en los casos concretos en que estas circunstancias se presenten, la posible inaplicación del requisito previsto en **el literal d, del artículo 3° del Decreto 605 de 2013**, frente a las postulaciones al proceso de selección para la asignación del subsidio de subsistencia presentadas por madres comunitarias retiradas antes del 16 de junio de 2011 que: i) ejercieron la labor de madre comunitaria durante largos periodos, ii) sean personas de la tercera edad, iii) se encuentren en estado debilidad manifiesta por sus condiciones físicas o socioeconómicas y, en general, iv) resulten candidatas idóneas para el otorgamiento del referido auxilio de acuerdo con los propósitos que motivaron su creación legal.

CUARTO: OFICIAR a la Procuraduría General de la Nación, para que en ejercicio de sus competencias contenidas en el artículo 118 de la Carta Política, realice especial seguimiento al cumplimiento de la orden contenida en el numeral anterior.

QUINTO: Por Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones indicadas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General