El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 1 de junio de 2018

Proceso:     Acción de Tutela

Radicación Nro. : 2018-00031-01

Accionante: Amparo Ortiz Aguirre

Accionado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y otros

Magistrado Ponente: DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: SEGURIDAD SOCIAL / MADRES COMUNITARIAS / INEXISTENCIA DE CONTRATO REALIDAD / SE NIEGA / DERECHO A LA PENSIÓN / PAGO DE CONTRIBUCIONES PENSIONALES / NORMATIVIDAD APLICABLE / SE RECONOCE /** Claro es que en gran medida flexibilizó la comprobación de este supuesto, es así, que expuso sobre la segunda condición especial : *“(…) No existe dificultad alguna para demostrar que todas las madres comunitarias tienen esta condición especial, por cuanto, en los siguientes términos, así lo establece el artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996: ‘(…) Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados’*”.

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que el presente amparo supera el presupuesto de la subsidiariedad, pues para ello es suficiente la condición de la actora de ser madre comunitaria; además, esa circunstancia da cuenta que es persona de especial protección constitucional y que requiere de la protección urgente de los derechos fundamentales a la seguridad social, lo que revela ineficaz el mecanismo ordinario dispuesto por el legislador.

(…)

La CC en proveído que desató solicitud de nulidad contra la sentencia T-480 de 2016, anotó, siguiendo su línea jurisprudencial , que entre el 29-12-1988 y el 12-02-2014 es inexistente contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y, que el vínculo es de naturaleza contractual de origen civil; empero, clarificó que el ordenamiento legal sí previó el derecho a la seguridad social en pensión de las madres comunitarias para ese interregno temporal.

Así, refirió que el fondo de solidaridad creado por la Ley 100 tiene por objeto subsidiar los aportes al régimen de pensiones de trabajadores asalariados que carezcan de suficientes recursos para cubrir la totalidad de su contribución, entre ellos, las madres comunitarias (Artículos 25 y 26, ibídem)

(…)

De acuerdo con las premisas jurídicas expuestas para esta Magistratura es evidente que la entidad accionada ha vulnerado el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Amparo Ortiz Aguirre, en consideración a que brindó sus servicios como madre comunitaria adscrita al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF desde el 15-10-2004 (Folio 2, disco compacto visible a folio 49, cuaderno principal) hasta el 11-02-2014, sin ser vinculada a un fondo pensional menos recibir subsidio en los aportes que debió realizar durante aquel espacio de temporal; clara es la deliberada desatención a aquel régimen jurídico especial.

**ESTA SENTENCIA FUE REVOCADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL MEDIANTE LA SENTENCIA T-244 DE 2019, MAGISTRADO PONENTE ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, DE FECHA 4 DE JUNIO DE 2019, LA QUE PUEDE SER CONSULTADA EN LA PÁGINA WEB DE LA RELATORÍA DE LA MENCIONADA CORTE.**



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

 Accionante (s) : Amparo Ortiz Aguirre

 Accionado (s) : Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

 Vinculada (s) : Consorcio Colombia Mayor y otro

 Radicación : 2018-00031-01

 Temas : Seguridad social – Madres comunitarias

 Despacho de origen : Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en

 : restitución de tierras de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 193 del 01-06-2018

Pereira, R., primero (1º) de junio de dos mil dieciocho (2018).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Refirió la actora que tiene 61 años de edad; labora como madre comunitaria vinculada al ICBF desde el 15-10-2004 en la asociación San Nicolás de la ciudad y recibió como contraprestación mensual por sus servicios dinero inferior al smlmv, sin cesantías, primas legales, vacaciones y dotación legal, ni fue afiliada a una caja de compensación familiar, EPS, Fondo Pensional y ARL, hasta el 12-02-2014, data a partir de la cual el accionado empezó a pagarle el salario legal con prestaciones sociales y aportes parafiscales (Folios 1 a 46, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, vida, dignidad humana y el mínimo vital (Folios 1 y 6, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Solicitó: (i) Tutelar los derechos fundamentales; y en consecuencia, (ii) Declarar la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el ICBF y la actora desde el 15-10-2004 hasta el 12-02-2014 o hasta la fecha en que con anterioridad haya estado vinculada al programa de hogares comunitarios de bienestar; (iii) Ordenar al ICBF adelantar trámite administrativo dirigido a reconocer y pagar a la interesada los salarios, prestaciones sociales, demás derechos laborales y aportes parafiscales en pensión causados y dejados de percibir en dicho interregno, con sus correspondientes intereses moratorios.

(iv) Decretar la aplicación a favor de la accionante del precedente jurisprudencial contenido en el Auto 186 de 2017 de la CC que declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016; (v) Emitir fallo con efectos *inter comunis*; y, (vi) Condenar en costas y agencias en derecho al accionado (Folios 6 y 7, cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 12-04-2018 se admitió y se ordenó notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 49, ibídem). El 18-04-2018 se dispuso la vinculación de terceros interesados (Folio 69, ibídem). El 24-04-2018 se dictó sentencia (Folios 97 a 99, ibídem) y como fuera impugnada por la parte accionante, fue remitida a este Tribunal, con proveído del 02-05-2018 (Folio 132, ib.).

El Juez de primera instancia declaró improcedente el amparo constitucional por carecer de los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez; el primero, porque la actora cuenta con la vía ordinaria judicial; además, no acreditó dificultades económicas, sociales ni de salud; y el segundo, puesto que los hechos vulneradores o amenazantes acaecieron cuatro (4) años atrás (Folios 97 a 99, ib.).

El accionante impugnó, pues contrario a lo resuelto por el *a quo*, considera superados los presupuestos de procedencia de la acción, de conformidad con la sentencia T-480 de 2016; la inmediatez porque los derechos prestacionales son imprescriptibles y la subsidiariedad dado que se encuentra en una situación económica precaria. Su condición de madre comunitaria la califica de sujeto de especial protección constitucional, según los lineamientos del *“precedente”* constitucional anotado (Folios 123 a 131, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en restitución de tierras de Pereira, según la impugnación interpuesta?
	3. Los presupuestos generales de procedencia de la acción
		1. La legitimación en la causa

Está legitimada por activa la accionante porque pertenece al programa de hogares comunitarios de bienestar (Folios 2, disco compacto visible a folio 49, cuaderno principal). En el extremo pasivo, el ICBF porque fue el encargado de ejecutar el mentado programa a partir del 29-12-1988 (Ley 89 de 1988)[[1]](#footnote-1).

* + 1. La inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) 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.”.*

Nuestra CC tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

Ahora, previo al analisis formal de estos presupuestos, es imperioso acotar que en esta providencia se realiza de forma independiente sobre cada una de las pretensiones tutelares, toda vez que tienen ciertas particularidades que conforme la jurisprudencia constitucional ameritan o no su flexibilización.

Así, en lo tocante con el contrato realidad y el pago de salarios y prestaciones sociales, diáfano es el incumplimiento de la inmediatez, dado que los hechos sustento de estas pretensiones acaecieron antes del 11-02-2014 (Folio 3, cuaderno principal) mientras que el amparo se radicó el 11-04-2018 (Folio 48, ibídem), esto es, por fuero del plazo de los de los seis (6) meses fijado por la jurisprudencia constitucional[[2]](#footnote-2), sin que en el petitorio obren argumentos que justifiquen la demora.

No obstante, en lo atinente con la petición de pago de aportes parafiscales, conforme a la doctrina jurisprudencial de la CC[[3]](#footnote-3), sí está superado porque: *“(…) en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción”* (Sublínea de la Sala).

* + 1. La subsidiariedad

Ahora, la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con prestaciones económicas laborales, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos son las jurisdicciones ordinaria laboral y contenciosa administrativa, según sea el caso.

Se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esa regla general[[4]](#footnote-4): (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[5]](#footnote-5) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[6]](#footnote-6), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)[[7]](#footnote-7).

Respecto del análisis de este requisito de procedencia la CC[[8]](#footnote-8) ha dicho que: “*(…) debe hacerse de manera flexible cuando se trata de personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. (…) la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial está supeditado a que estos sean eficaces y suficientemente expeditos. De no serlo, el juez de tutela puede ordenar la protección de manera directa y definitiva o emitir ordenes transitorias para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable según sea el caso (…)”.*

En concreto, refriéndose a la tutela para el pago de parafiscales de madres comunitarias determinó que la procedibilidad está superada si se verifica cualquiera de las siguientes circunstancias[[9]](#footnote-9): *“(i) Encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente; (ii) ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente; (iii) pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo; (iv) hallarse en el estatus personal de la tercera edad; (v) afrontar un mal estado de salud; (vi) ser madre cabeza de familia; y/o (vii) ser víctima del desplazamiento forzado* (Sublínea extra-textual).

Claro es que en gran medida flexibilizó la comprobación de este supuesto, es así, que expuso sobre la segunda condición especial[[10]](#footnote-10): *“(…)  No existe dificultad alguna para demostrar que todas las madres comunitarias tienen esta condición especial, por cuanto, en los siguientes términos, así lo establece el artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996**: ‘(…) Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados’”.*

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que el presente amparo supera el presupuesto de la subsidiariedad, pues para ello es suficiente la condición de la actora de ser madre comunitaria; además, esa circunstancia da cuenta que es persona de especial protección constitucional y que requiere de la protección urgente de los derechos fundamentales a la seguridad social, lo que revela ineficaz el mecanismo ordinario dispuesto por el legislador; al decir de la CC[[11]](#footnote-11):

… el mecanismo de defensa judicial ordinario carece de eficacia en el caso concreto, pues comporta una carga desproporcionada para las accionantes atendiendo a sus condiciones materiales de existencia. En especial, porque las demandantes hacen parte de un segmento situado en posición de desventaja, en tanto uno de los presupuestos de acceso al programa de madres comunitarias consiste precisamente en pertenecer a los sectores del país más deprimidos económica y socialmente. Adicionalmente, las actoras pertenecen a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivados del derecho constitucional al trabajo, por lo que en su caso el análisis formal de procedibilidad debe flexibilizarse ostensiblemente.

* 1. El pago de las contribuciones pensionales de las madres comunitarias

La CC en proveído[[12]](#footnote-12) que desató solicitud de nulidad contra la sentencia T-480 de 2016, anotó, siguiendo su línea jurisprudencial[[13]](#footnote-13), que entre el 29-12-1988 y el 12-02-2014 es inexistente contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y, que el vínculo es de naturaleza contractual de origen civil; empero, clarificó que el ordenamiento legal sí previó el derecho a la seguridad social en pensión de las madres comunitarias para ese interregno temporal.

Así, refirió que el fondo de solidaridad creado por la Ley 100 tiene por objeto subsidiar los aportes al régimen de pensiones de trabajadores asalariados que carezcan de suficientes recursos para cubrir la totalidad de su contribución, entre ellos, las madres comunitarias (Artículos 25 y 26, ibídem); luego la Ley 509 estatuyó a favor de ese grupo social varias prerrogativas, entre ellas[[14]](#footnote-14):

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

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

(iii) El valor del subsidio equivaldrá al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su permanencia se mantendrá por el lapso en que la madre comunitaria realice esta actividad[[15]](#footnote-15).

(iv) El Fondo de Solidaridad Pensional administrará los recursos que cubren el subsidio a los aportes de las madres comunitarias.

Por último, remarcó que Ley 1187 dispuso que el mentado fondo subsidiará sus aportes sin importar la edad y tiempo de servicios; también que el gobierno debe garantizar la prioridad de acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia de la Ley 797, *“(…) 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”*(Artículo 2º, Inciso 2º, Ley 1187).

De acuerdo con las premisas jurídicas expuestas para esta Magistratura es evidente que la entidad accionada ha vulnerado el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Amparo Ortiz Aguirre, en consideración a que brindó sus servicios como madre comunitaria adscrita al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF desde el 15-10-2004 (Folio 2, disco compacto visible a folio 49, cuaderno principal) hasta el 11-02-2014, sin ser vinculada a un fondo pensional menos recibir subsidio en los aportes que debió realizar durante aquel espacio de temporal; clara es la deliberada desatención a aquel régimen jurídico especial.

Este caso en particular se acompasa con los analizados por la CC en las providencias que aquí se emplean como precedente[[16]](#footnote-16); las circunstancias de hecho en el petitorio son idénticas; se trata de una madre comunitaria de escasos recursos económicos que no recibió el subsidio de aporte pensional al que legalmente tiene derecho. Así las cosas se consideran fundados los argumentos de la impugnación, y en consecuencia, se concederá el amparo constitucional.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo afirmado: (i) Se revocará parcialmente el fallo impugnado; y (ii) Se adicionará para tutelar el derecho a la seguridad social de la accionante frente al ICBF.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero del fallo opugnado, en el sentido de que el amparo constitucional frente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- es improcedente, exclusivamente, respecto de las pretensiones tutelares de declaración del contrato realidad y pago de las prestaciones sociales.
2. TUTELAR el derecho fundamental a la a la seguridad social de la señora Amparo Ortiz Aguirre, desde el 15-10-2004 hasta el 12-02-2014.
3. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, en el término de tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia, adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de Amparo Ortiz Aguirre el 100% de los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madre comunitaria, de conformidad con la legislación aplicable, desde el 15-10-2004 hasta el 12-02-2014. Tales aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse la referida accionante.
4. ENVIAR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

 *M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O*

1. CC. T-480 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-217 de 2013, T-021 de 2016 y T-480 de 2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-600 de 2002 y T-572 de 2015. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-046 de 1995. La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997 y SU-133 de 1998. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-225 de 1993: Según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-480 de 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-018 de 2016. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. A186 de 2017. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC.  T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. A186 de 2017 y T-480 de 2016. [↑](#footnote-ref-14)
15. En esa providencia la CC modificó el porcentaje subsidiado: *“(…) Dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las (…) accionantes, aunado al propósito de evitar cargas económicas desproporcionadas que generen mayores traumatismos y que obstaculicen la obtención de su pensión, (…), resulta razonable que el monto del subsidio pensional a reconocer y transferir no sea equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio efectivo y comprobado de su labor de madre comunitaria (…)”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-130 de 2015, T-018 de 2016, T-480 de 2016 y A186 de 2017. [↑](#footnote-ref-16)