



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Pereira, Risaralda, diecisiete (17) de marzo de dos mil catorce (2014)

Acta No. 101

Expediente 66170-31-10-001-2014-00036-01

I. Asunto

Decide el Tribunal la impugnación formulada por la ciudadana Lorena Osorio González, contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2014 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, Risaralda, dentro de la acción de tutela por ella formulada, contra el **Instituto Colombiano de Bienestar Familia Zonal Dosquebradas – Risaralda.**

II. Antecedentes

1. La promotora de la acción solicita la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada de una mujer en situación de embarazo y al mínimo vital, que considera vulnerados por la entidad accionada. Pide, en consecuencia, se ordene al ICBF **(i)** su reinstalación en el cargo de madre comunitaria, en virtud de su estado de embarazo y el derecho que tienen a la estabilidad reforzada sujetos de especial protección, como



ella; **(ii)** le sean cancelados los salarios dejados de percibir desde el 9 de agosto de 2013 y **(iii)** compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que las directivas del ICBF sean investigadas.

2. Para dar soporte a la demanda constitucional, la actora relató los hechos que a continuación se sintetizan:

(i) Inició contrato como madre comunitaria para el ICBF desarrollando actividades puntualmente en la Asociación la Graciela de Dosquebradas –Hogar Comunitario Gotitas de Amor– el 8 de marzo de 2012 y finalizó el 9 de agosto de 2013.

(ii) Dicho hogar comunitario fue cerrado preventivamente mediante resolución motivada No. 006 del 9 de agosto de 2013, emanada de Bienestar Familiar, toda vez que se suscitó denuncia por actos sexuales abusivos en una menor de edad por parte de uno de sus familiares; decisión con la que está de acuerdo en aras de proteger los derechos de los menores.

(iii) Para el momento de cierre del hogar, ya se encontraba en estado de embarazo, situación que expuso a la Coordinadora del Centro Zonal del ICBF, con respuestas evasivas de la entidad, desconociendo la estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo. Esto en respuesta a la solicitud de reubicación laboral en otro hogar comunitario de fecha 13 de agosto de 2013.

(iv) El 10 de septiembre de 2013, envió una segunda solicitud de reubicación laboral, insistiendo que su petición no es de reabrir el hogar, sino de su reubicación en otro, que ellos deseen, en procura de que se le reconozca su derecho a la estabilidad reforzada por su condición de gravidez y nuevamente recibió respuesta negativa.



(v) Dice que la entidad demandada la ha dejado a la deriva, desconociendo sus derechos y sin importar el bienestar de su bebé que está por nacer, situación que los coloca a ambos en riesgo, al dejarla sin sustento y garantía laboral.

3. Junto con la demanda, aportó copia de: (a) su cédula de ciudadanía; (b) de la prueba de embarazo; (c) de la certificación de afiliación a EPS; (d) de la certificación expedida por el ICBF; (e) de la Resolución No. 006 del 9 de agosto de 2013; (f) de la petición de fecha 13 agosto de 2013; (g) de la respuesta dada por el ICBF; (h) de la petición elevada el 10 de septiembre de 2013; (i) de la respuesta No. 66-10300 dada por el ICBF; (j) del derecho de petición del 23 de septiembre de 2013; y (k) respuesta del ICBF a éste último.

III. Tramite del proceso

1. En primera instancia, el conocimiento correspondió al Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, el que una vez admitida, la notificó a la entidad accionada.

2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se pronunció por intermedio de su Directora Regional Risaralda. De los hechos expone no ser cierto que la accionante *“inicio contrato”* con el ICBF; la constancia expedida por el Centro Zonal da cuenta que su desempeño fue voluntario como madre comunitaria en las fechas indicadas y no por suscripción de un contrato. Dice ser cierto que el hogar fue cerrado, siendo una mera manifestación de la actora que *“...nada tuvo que ver con el denuncia ni con la comisión de dichos actos y esto lo sabe el ICBF”*, aseveración que deberá probarlo ante las autoridades encargadas y si bien adjunta con la tutela copia del test inmunológico de embarazo, al momento del ICBF cerrar el hogar no conocía el estado de gestación de la señora Lorena y tampoco refiere



de ello en su escrito de agosto de 2013; sólo en comunicación del mes de septiembre informa al ICBF de su estado de embarazo.

Expone que le fue indicado a la señora Lorena su deber de continuar cotizando como independiente con el fin de ser atendida en el SSSS y beneficiarse de la licencia de maternidad, puesto que si se observa las madres comunitarias cotizan a salud como independientes, tal como lo muestra la certificación de Saludcoop, y aclara que pese a lo manifestado por la actora, su labor como madre comunitaria se enmarcó en un trabajo comunitario por el que recibe una beca y cuotas de participación por niños atendidos, lo cual lógicamente quedó sin efecto al interrumpirse la atención en el hogar. Ilustra respecto al programa de hogares comunitarios.

En cuanto a las pretensiones, se opone a todas y cada una de ellas, solicitando su desvinculación del asunto.

IV. La decisión impugnada

1. Mediante sentencia del 7 de febrero último, el *a quo* negó el amparo solicitado. Según su criterio, la presente acción resulta improcedente ante *“(i) la ausencia del principio de inmediatez, la ausencia del principio de la subsidiariedad, (iii) la ausencia del agotamiento de recursos en contra de la decisión adoptada por la entidad accionada, (iv) la propia aceptación de la motivación del acto administrativo, sin dejar de lado la eficacia y existencia de otro medio de defensa judicial que hace improcedente que el juez de tutela desplace al juez Ordinario competente para decidir el conflicto laboral suscitado,...”*. Para decidir así, se refirió al régimen jurídico del programa hogares comunitarios de Bienestar Familiar, al régimen jurídico de las madres comunitarias de dicho programa y al régimen jurídico del cierre y reubicación de los hogares comunitarios de Bienestar.



2. Inconforme con el fallo, la demandante lo impugnó. Expone que *“el A-quo perdió de vista el norte del petitum,”* pues, en ningún momento solicitó con la acción la reapertura del hogar infantil; su petición fue dirigida a que la reubicaran en cualquier hogar infantil, con el objeto de seguir cumpliendo con el rol de madre comunitaria y no solo con el ánimo de continuar devengando el salario mensual, sino garantizarle a su futuro hijo los recursos para su sostenimiento y cuidado.

Alega que el juez de primera instancia se centró en discutir que ella no atacó el acto administrativo y repite esa no fue su intención, su interés es su reubicación por su derecho a la estabilidad laboral reforzada por ser sujeto de especial protección dado su estado de embarazo, como tampoco es cierto que la seguridad social fuera asumida directamente por ella, pues del certificado de afiliación se evidencia que el aportante es la Asociación de Padres La Graciela.

3. Una vez en esta instancia, la Sala advierte la necesidad de poner en conocimiento el asunto a la Asociación Padres Hogares Bienestar Urbanización La Graciela, en aras de evitar una posible nulidad ante la ausencia de constituirlo como parte pasiva de la presente acción de tutela. Efectuada la notificación, guardó silencio.

V. Consideraciones de la Sala

1. Esta Corporación es competente para resolver la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la sentencia de primera instancia.

2. De conformidad con lo anteriormente expuesto, corresponde a la Sala determinar si la demandante, quien se



desempeñaba como madre comunitaria dentro del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada por su estado de embarazo, dado que el hogar comunitario a su cargo fue cerrado por el ICBF, con fundamento en un posible abuso sexual contra un niño del mismo programa, por parte de un miembro de la familia donde funciona el hogar comunitario (literal *k* del Acuerdo 050 de 1996).

3. La acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares, en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Mecanismo de protección, de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. En Sentencia T-628 de 2012¹, la Corte Constitucional hace un análisis exhaustivo del régimen jurídico del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, con fundamento en la Ley 89 de 1988, el Acuerdo 21 de 1996 emitido por la Junta Directiva del ICBF y el Decreto 1340 de 1995. Igualmente, se da a la tarea de describir el régimen jurídico de las Madres Comunitarias de dicho programa, en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la relación entre ellas y las entidades o personas que participan en el programa; y en lo relacionado a salud y pensiones de las mismas, quienes tienen

¹ Sentencia de 10 de agosto de 2012. MP. Humberto Antonio Porto Sierra. Exp. T-2.403.984.



un régimen diferente al de los trabajadores independientes, para concluir, en lo que al caso concreto interesa que:

“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.

Lo dicho no contradice la jurisprudencia de esta Corte sobre la naturaleza jurídica de la relación de las madres comunitarias con las entidades y asociaciones que participan del Programa ya que las sentencias expedidas sobre el asunto se han limitado a indicar que no se trata de trabajo subordinado, lo que se reitera en la presente decisión.”

5. En cuanto al régimen jurídico del cierre y reubicación de los Hogares Comunitarios de Bienestar, el Acuerdo 50 de 1996 y la Resolución 0706 de 1998 del ICBF (modificada parcialmente por la resolución 1959 de 2001), regularon lo relativo a las causas y procedimientos para el cierre y reubicación de los Hogares Comunitarios de Bienestar. El cierre *“se fundamenta en el deber que tiene el ICBF de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños y la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás”* (artículo primero de la resolución 0706 de 1998). De acuerdo con la norma citada, el cierre es *“el acto de clausurar el servicio que se presta”* en el Hogar Comunitario *“cuando sobrevengan circunstancias que impidan su normal funcionamiento”*.

6. La competencia para adoptar esta decisión radica en *“el Coordinador del Centro Zonal, o quien haga sus veces, de la*



jurisdicción a que pertenece el hogar, de oficio o por información de cualquier persona, sobre la existencia de una de las causales de cierre, mediante resolución motivada” (artículo segundo de la resolución 0706 de 1998). Aunque la decisión es siempre definitiva, se prevén dos clases de cierre: Inmediato, cuando se presentan las causales señaladas en el artículo 2 del Acuerdo; y aquél que se produce “después de realizar visitas de seguimiento, asesoría y supervisión del servicio” en las que “se detecte alguna de las causales señaladas en el artículo tercero del acuerdo y dichas fallas no se subsanen en el término establecido”.

7. Las causales de cierre inmediato (artículo 2 del acuerdo 50 de 1996) agrupan los hechos de mayor gravedad o que generan imposibilidad de seguir prestando el servicio. Entre ellas se encuentra la del literal *k*, referida a “*Conductas sexuales abusivas contra un niño en el Hogar, por parte de la Madre Comunitaria u otra persona que permanezca o habite en el lugar donde funciona el Hogar, sin perjuicio de las acciones legales pertinentes.*”

VI. El caso concreto

1. El Centro Zonal Dosquebradas del ICBF Regional Risaralda, mediante Resolución No. 006 del 9 de agosto de 2013, ordenó el cierre del hogar comunitario, de la señora Lorena Osorio González, madre comunitaria de la Asociación Padres de Familia Usuarios de los Hogares de Bienestar de la Asociación La Graciela del municipio de Dosquebradas, con fundamento en posibles conductas sexuales abusivas contra un niño usuario del programa por parte de una persona que permanece o habita en el lugar donde funciona el hogar. Frente a dicha decisión no hubo reclamación por parte de la señora Osorio González.



2. Mediante comunicación del 13 de agosto de 2013 la señora Lorena Osorio González solicitó la “*reubicación laboral*” en otro hogar comunitario ya que no fue artífice de lo acaecido en su hogar, además pidió la reevaluación del caso y que no sea vulnerado su derecho al trabajo. Petición respondida en forma negativa por el ICBF.

3. Nuevamente, el 10 de septiembre de 2013, la señora Lorena González solicita su reubicación laboral, esta vez sustentada en que para la fecha cuenta con 9 semanas de gestación, lo cual la hace sujeto de especial protección del Estado. Petición atendida también por el ICBF de forma negativa.

4. De cara al reclamo de la actora al reconocimiento de su estabilidad laboral reforzada por su condición de madre gestante y madre comunitaria del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, la Sala no acogerá en esta instancia el pedido, entre otras razones, por las siguientes:

4.1. Porque la decisión por parte del ICBF, respecto del cierre inmediato del Hogar Comunitario de Bienestar, está debidamente fundamentado en una causal expresamente consagrada como tal en el régimen jurídico del citado Programa (literal *k* del artículo 2 del Acuerdo 50 de 1996), como se puede apreciar de la lectura del acto administrativo proferido por la entidad competente para ordenarlo (Resolución No. 006 de 9 de agosto de 2013, obrante a folios 6 al 9 del c. ppl.). Acto administrativo que no fue controvertido, pues frente al mismo la accionante no interpuso recurso alguno; por el contrario, ante tal decisión se mostró conforme, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de los niños que asistían a dicho hogar comunitario. En efecto, como ya se advirtió en otro aparte de esta providencia, una de



las causales de cierre inmediato, conforme al literal *k* del artículo 2 del acuerdo 50 de 1996 se refiere a “*Conductas sexuales abusivas contra un niño en el Hogar, por parte de la Madre Comunitaria u otra persona que permanezca o habite en el lugar donde funciona el Hogar, sin perjuicio de las acciones legales pertinentes.*”

4.2. Porque, de conformidad con la premisa anterior, es evidente que el cierre del Hogar Comunitario no devino por la especial condición de la señora Lorena Osorio González de ser madre gestante. De la actuación nada hay que permita siquiera inferir que la clausura del mencionado hogar, haya sido como consecuencia del estado de gravidez de la actora. Nótese que sólo un mes después del cierre del programa (10 de septiembre de 2013 –fl. 21 ib) fue que la señora Lorena informó al ICBF que se encontraba en estado de embarazo de 9 semanas.

4.3. Finalmente, porque aún reconociendo, como lo ha expresado la Corte Constitucional, cuando se ha referido a la naturaleza jurídica de la relación de las madres comunitarias con las entidades y asociaciones que participan del Programa, en cuanto a ellas tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente, ello no presupone la existencia de un vínculo laboral entre aquellas y el ICBF o la Asociación Padres de Familia Hogares Comunitarios La Graciela. Los apartes jurisprudenciales traídos a continuación y lo dispuesto en el Decreto 1340 de 1995, dejan claro que para la época de los hechos, la relación surgida entre ambas partes -una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, esto es el ICBF y la madre comunitaria nunca fue de carácter laboral contractual ni reglamentaria, como tampoco lo fue con la Asociación Padres de Familia Hogares Comunitarios La Graciela.



“En ninguno de los casos que se revisan, las actoras prestan un servicio personal al ICBF, porque aunque desarrollan su labor siguiendo los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos que les señala esta entidad, no lo hacen bajo subordinación; tampoco reciben salario como retribución a su servicio, sino el valor de una beca por cada niño que atienden para satisfacer las necesidades básicas del hogar comunitario para su normal funcionamiento y que tiene como fin la obtención de material didáctico de consumo y duradero, ración, reposición de la dotación, aseo y combustible de los menores a su cargo. Por tanto, no aparecen demostrados ninguno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo.”

“Tampoco existe una relación legal y reglamentaria que las vincule como empleadas de dicho instituto, porque no se dan los presupuestos jurídicos ni fácticos conforme a los cuales pueda configurarse una vinculación de esta naturaleza.”

“De lo expresado se concluye que a pesar de que el ICBF establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, éste no es el empleador de las madres comunitarias; por tal razón no existe contrato laboral ni ninguna otra clase de relación laboral entre las actoras y el ICBF, sino una relación contractual de origen civil entre la madre comunitaria y la Asociación de Padres de Familia con la cual colabora.”²

6. De lo anterior y conforme al Decreto 047 de 19 de enero de 2000, tampoco sería viable que el ICBF o la Asociación asumieran la obligación en lo referente a la seguridad social de la madre comunitaria aquí actora, por cuanto el artículo 17³ deja claro que no es obligación del ICBF afiliarse al Sistema de Seguridad Social a las Madres Comunitarias, por no ostentar la calidad de empleador.

7. Vistas las premisas anteriores, no encuentra la Sala sentido en ahondar en otros aspectos, en consecuencia se confirmará el fallo impugnado, pero por las razones aquí expuestas.

² Sentencia T-990 de 2000. MP. Antonio Barrera Carbonell.

³ Art. 17. Afiliación al régimen contributivo. La afiliación de las madres comunitarias del programa Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se efectuará en forma individual al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad: social en salud y se registrará como trabajadora independiente. (...) EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR por no ser empleador de las Madres Comunitarias, no tiene la obligación legal de afiliarlas al Sistema de Seguridad Social.



VII. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el fallo proferido el 7 de febrero de 2014 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas - Risaralda, en la acción de tutela instaurada por **Lorena Osorio González**, frente al **Instituto Colombiano de Bienestar Familia Centro Zonal Dosquebradas – Risaralda**, a la cual se vinculó a la **Asociación Padres Hogares Bienestar La Graciela**, pero por las razones aquí expuestas.

Segundo: Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5o. del Decreto 306 de 1992).

Tercero: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y notifíquese

Los Magistrados,

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

OSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ