COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/273/19

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/273/19
Expediente	—
Fecha	2015-11-25
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	—
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Programa Hogares Comunitarios De Bienestar
- Madres Comunitarias Del Programa Hogares Comunitarios De Bienestar
- Relacion Entre El Icbf Y Las Madres Comunitarias
- Programa De Subsidio Al Aporte Para Pension
- Accion De Tutela Para Reclamar Acreencias Laborales De Madres Comunitarias Y Sustitutas
- Derecho A La Seguridad Social De Madres Comunitarias Del Programa Hogares Comunitarios De Bienestar

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Existir un vínculo laboral entre el ICBF y las madres comunitarias o sustitutas interpuestas por Inés Tomasa Valencia Quejada (T-5.457.363), María Rogelia Calpa De Chingue y otras (T-5.513.941) y Ana de Jesús Arciniegas Herrera y

Texto completo

SU273-19 Sentencia SU273/19 ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF- Caso en que madres comunitarias o sustitutas solicitan reconocimiento de una relación de trabajo y el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes parafiscales en pensiones PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR- Desarrollo normativo MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR- Régimen jurídico RELACION ENTRE EL ICBF Y LAS MADRES COMUNITARIAS- Jurisprudencia constitucional PROGRAMA DE SUBSIDIO AL APORTE PARA PENSION- Naturaleza y modificación normativa ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES DE MADRES COMUNITARIAS Y SUSTITUTAS- Se niega el amparo al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las madres comunitarias o sustitutas DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR- Imposibilidad de exceptuar el porcentaje de subsidio a la cotización Expedientes:

T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, AC. Acciones de tutela interpuestas por Inés Tomasa Valencia Quejada (T-5.457.363), María Rogelia Calpa De Chingue y otras (T-5.513.941) y Ana de Jesús Arciniegas Herrera y otras (T-5.516.632), contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –DPS-, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- y Summar Temporales S.A.S. y los vinculados Ministerio del Trabajo y Consorcio Colombia Mayor 2013.

Magistrado Ponente: CARLOS BERNAL PULIDO Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil diecinueve (2019). La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y de conformidad con lo dispuesto en los Autos 186 de 2017 y 217 de 2018, que declararon la nulidad de la Sentencia T-480 de 2016, profiere la siguiente:

SENTENCIA En el proceso de revisión de los fallos proferidos en única instancia el 25 de noviembre de 2015 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, el 23 de noviembre de 2015 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y el 12 de enero de 2016 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, dentro de las acciones de tutela promovidas, mediante apoderado judicial, por Inés Tomasa Valencia Quejada (T-5.457.363); María Rogelia Calpa De Chingue, y otras 56 accionantes (T-5.513.941);

y Ana de Jesús Arciniegas Herrera y otras 48 accionantes (T-5.516.632), respectivamente, contra el ICBF, el DPS, Colpensiones y Summar Temporales S.A.S. y los vinculados Ministerio del Trabajo y Consorcio Colombia Mayor 2013.

I. ANTECEDENTES Hechos probados comunes a los expedientes 1. El 5 y 9 de noviembre de 2015 y el 9 de diciembre del mismo año, Inés Tomasa Valencia Quejada (T-5.457.363), María Rogelia Calpa De Chingue y las demás ciudadanas relacionadas en la demanda (T-5.513.941) y Ana de Jesús Arciniegas Herrera y las otras demandantes (T-5.516.632), respectivamente, formularon, por separado y mediante apoderado judicial, acciones de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (en adelante DPS), por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo.

2. Afirman que la supuesta vulneración surge del incumplimiento del ICBF en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión, derivados de la labor de madre comunitaria que desempeñaron desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF hasta la fecha en que estuvieron vinculadas a dicho programa o el 12 de febrero de 2014 [1] .

3. Aducen que su vínculo con el ICBF constituye contrato realidad, al acreditar los elementos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo [2] , a saber:

Prestación personal del servicio Continua subordinación o dependencia Retribución económica del servicio Indican que las labores de una madr e comunitaria son, entre otras:

cuidar y alimentar a los niños asignados al hogar comunitario, organizar y realizar actividades pedagógicas. Explican que su jornada laboral comienza a las 5:00 a.m. con el alistamiento de la casa. De 8:00 a.m. a 4:00 p.m cuidan a los menores, o hasta que el último padre de familia recoge a su hijo.

Manifiestan que dichas funciones se realizaron de manera permanente, personalizada y subordinada al ICBF, puesto que sus labores eran asignadas y supervisadas por dicha entidad, conforme a los estándares establecidos por la misma, los cuales, de ser incumplidos, conducen a la clausura del respectivo hogar comunitario.

Afirman que desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios del ICBF, por la prestación de sus servicios prestados recibieron el pago mensual de una suma de dinero denominada “beca”, la cual, por su continuidad y características se constituye en salario. Pero sólo a partir del 1 de febrero de 2014 se igualó al monto de un salario mínimo mensual legal vigente.

4. En sede de nulidad de constató que la edad promedio de las 106 accionantes es de 71.24 años, siendo la más joven de 36 años y la mayor de 82 años y, en su mayoría sufren de varias enfermedades [3] .

Pretensiones 5. Con base en la anterior situación fáctica, solicitan que: (i) se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo;

(ii) se ordene al ICBF a pagar, con destino a Colpensiones, los aportes pensionales no realizados a su favor, junto con los intereses moratorios causados desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa; o en su defecto, a reconocer pensión sanción, en razón a los “derechos inalienables de las personas de la tercera edad” ;

(iii) se ordene a la accionada abstenerse de inaplicar normas de carácter pensional y (iv) en consecuencia, reconocer y pagar las acreencias laborales correspondientes.

Respuesta de las entidades accionadas 6. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Mediante sendos escritos del 13, 17 de noviembre y 15 de diciembre de 2015 [4] , el ICBF solicitó que se desvinculara a dicha entidad y se declarara la improcedencia de los casos acumulados, por considerar que su representada no vulneró ningún derecho fundamental de las demandantes. Señaló que es improcedente el reconocimiento de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, subsidio, dotación, subsidio de transporte, aportes al sistema general de seguridad social en pensión y salud, sanciones moratorias, indemnizaciones y demás acreencias laborales, al “ no existir ni haber existido vínculo laboral ” entre las madres comunitarias y el ICBF.

7. En sustento de lo anterior, expuso que: (i) e xisten normas legales y reglamentarias que excluyen de manera expresa algún vínculo laboral entre el ICBF y las madres comunitarias;

(ii) el Decreto 289 de 2014 desde el 12 de febrero de 2014, estableció la vinculación laboral de las madres comunitarias con las Entidades Administradoras del Servicio (en adelante EAS), siendo estas, quienes tienen la condición de único empleador;

(iii) no existe subordinación entre el ICBF y las madres comunitarias, elemento esencial del contrato de trabajo regido por el C.S.T. y de la S.S., por cuanto no hay jerarquía organizacional e institucional; las funciones que desarrollan las accionantes se fundan en la distribución de competencias prevista en el artículo 44 de la Constitución; el ICBF no está facultado para adoptar medidas disciplinarias frente a las madres comunitarias; los requerimientos de idoneidad a las madres comunitarias no implican subordinación o dependencia; de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución existe una corresponsabilidad en la protección integral de la familia; y (iv) tampoco se presentan los elementos necesarios para la configuración de una relación laboral administrativa, ante la inexistencia del cargo de madre comunitaria en la planta de personal del ICBF.

8. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social . Por medio de escritos del 17 y 18 de noviembre de 2015 [5] , la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DPS pidió la desvinculación de esa entidad, toda vez que, en virtud de la Ley 1448 de 2011, no está facultada para dar respuesta a las solicitudes formuladas por las accionantes sino que ello corresponde exclusivamente al ICBF.

9. Summar Temporales S.A.S. Mediante respuesta del 18 de noviembre de 2015, esta EAS pidió que se le excluya de responsabilidad, toda vez que no existió una relación laboral entre esa sociedad y las accionantes [6] .

10. Mediante Auto 217 de 2018, la Corte ordenó vincular en sede de nulidad al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio del Trabajo. Por lo que dichas entidades intervinieron en los procesos de la referencia.

11. Consorcio Colombia Mayor 2013. En respuesta del 22 de junio de 2018, el vinculado [7] adujo que: (i) la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas derivadas de una presunta relación laboral, (ii) no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable, (iii) los casos seleccionados no cumplen con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, (iv) las providencias anuladas planteaban una inadecuada destinación

de los recursos del fondo de solidaridad pensional para cubrir la totalidad de aportes a pensión (Ley 100 de 1993, art.25) y, (v) desconocen el funcionamiento del programa al subsidio al aporte a la pensión, así como los requisitos de permanencia y causales de exclusión de dicho programa, como incurrir en mora en el pago del aporte [8] , llegar a los 65 años sin posibilidad de causar una pensión o adquirir capacidad de pago (Decreto 1833 de 2016 hoy Decreto 387 de 2018), entre otras [9] .

12. Ministerio de Trabajo. Por medio de escrito del 22 de junio de 2018, esta cartera solicitó: (i) declarar improcedentes las demandas de tutela de la referencia para reclamar la declaración de un contrato realidad y el consecuente pago de aportes parafiscales, (ii) aclarar que no desconoció derecho fundamental alguno, toda vez que en el caso de las demandantes se aplicaron las normas vigentes, (iii) no desconocer el objeto y finalidad del fondo de seguridad pensional, por lo que no es posible que con cargo a dicha cuenta se sufrague la totalidad de los aportes a pensión de las accionantes, (iv) negar la modificación del subsidio al aporte a la pensión, pues este consagra una obligación condicionada al esfuerzo mínimo del beneficiario, esto es, se subsidia el 80% de la cotización siempre y cuando el afiliado pague el 20% restante [10] .

Decisiones objeto de revisión 13. Teniendo en cuenta que se trata de 106 accionantes, cuyos procesos fueron acumulados por unidad temática y de pretensiones, se presentan las decisiones de tutela falladas en instancias, del siguiente modo:

13.1. Expediente T-5.457.363. Accionante: Inés Tomasa Valencia Quejada. Mediante sentencia del 25 de noviembre de 2015, el Juzgado 9 Penal del Circuito de Medellín, declaró improcedente el amparo. Dicha providencia no se impugnó [11] .

13.2. Expediente T-5.513.941. 57 accionantes: María Rogelia Calpa De Chingue, María Sara Paz De Lazo, Dolores Bertha Morales Regalado, Marina Cecilia Enríquez González, Luz María Andrade de Andrade, Sofía Gómez De Ortiz, Aura Rosalba Mena Daza, María Orfelina Taquez De La Cruz, Mariana Castro Arellano, Luz Esperanza Urbina De Guancha, Clara Elisa Castillo, Zoila Salazar Lucano, Ana Dolores Realpe De Castro, Rosa Érica Meléndez De Urresti, María Susana Realpe, Olga Inés Manosalva Belalcazar, Socorro Rosero De Hormaza, Isabel María Salazar, Teresa Carmela Enríquez Rodríguez, Laura Elina Estrada Molina, Leticia Betancourt, María Edith Cuero De Rodríguez, Ruth Esperanza Riáscos Eraso, Teresa Isabel Velásquez Leiton, Irma Esperanza Erazo Tulcanas, María Beatriz Narváez De Ruíz, María Dolores Parra De Rivera, Margarita Arteaga Guanga, María Del Socorro Betancourt De Estrada, Elvia Del Valle Rosero, Aura Marina Hernández Pantoja, Érica Nohra Cabezas Hurtado, Tulia Aurora Valencia Hurtado, Cecilia Del Carmen De La Portilla Ortega, Celia Socorro Pantoja Figueroa, María Trinidad Meza López, Maura Barahona, Rosa Matilde Criollo Torres, María Graciela Caez Cuaicuan, Aura Sabina Checa De Melo, Rosa Amelia Espinosa De Mejía, Blanca Estrada De López, Yolanda Fabiola Mora, Isaura Lasso De Muñoz, María Laura Rosales De Armero, María Nidia Córdoba Díaz, Dolores Bastidas Trujillo, Fany Leonor Mora De Castro, Nelly Velásquez López, María Hortensia Gustinez Rosero, Zoila Rosa Meneses De Galeano, Meibol Klinger, Blanca Elvira Calvache Cancimansi, Marlene Del Socorro Tutistar, Ruth Del Rosario Jurado Chamorro, Marleny Orozco Núñez y María Stella Córdoba Meneses. Mediante sentencia del 23 de noviembre de 2015, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Laboral, declaró improcedente el amparo por subsidiariedad. Este fallo no se impugnó [12] .

13.3. Expediente T-5.516.632. 48 accionantes: Ana de Jesús Arciniegas Herrera, Luz Marina García De Izquierdo, Bertha Omaira Gutiérrez Millán, Ana Isabel Hernández Molina, María Bertilda Nañez Conde, María Inés Nañez De Ramírez, Aurea Luisa Núñez Arboleda, María Paulina Ocampo De Ortiz, Rosa Elvia Ojeda Molano, Cástula Orobio Biojo, Elvia María Padilla Quejada, Fabiola Ascensión Ramírez Vargas, Berta Tulia Velasco, Ana Delia Zapata Castillo, Paula Oliva Medina Rentería, Zoila Martínez Escobar, Teófila Hurtado Álvarez, Catalina Hernández, Nolberta García Mejía, Isabel Domínguez Moreno, Patricia Díaz De Murillo, Elvia María Cuero Ibarguen, Corina Cuero Arboleda, Antonia Carabalí García, Urfa Nelly Borja, Aida María Arroyo Caicedo, Concepción Angulo Mosquera, Florencia Angulo Advincula,

Adalgisa Betancourt De Aguirre, Mariana Mesa, Aura Nelly Micolta De Valencia, Eustaquia Mina, Martina Mondragón, María Cruz Mondragón Panameño, María Gertrudis Montaño Viafara, Patricia Morales, Leonila Alberta Murillo, Paula Eutemia Ordoñez Cabezas, Omaira Paredes De Camacho, Carmen Pretel García, Rosaura Riascos Caicedo, Epifanía Riascos De Hernández, Benilda Rentería Cuero, Carmen Rentería De Escobar, Hermenegilda Riascos Riascos, Alicia Riascos Sinisterra, Florencia Ruíz Cuero y Ana Margelica Vásquez De Gallego. Mediante sentencia del 12 de enero de 2016, el Juzgado 2 Civil del Circuito de Cali, declaró improcedente el amparo. Esta providencia no se impugnó [13] .

Trámite ante la Corte Constitucional 14. Proceso de selección. Mediante Auto del 14 de abril de 2016, la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte Constitucional seleccionó el expediente T-5.457.363 para su revisión [14] .

Posteriormente, la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de esta Corporación, a través del Auto de 13 de mayo de 2016, seleccionó los expedientes T-5.513.941 y T-5.516.632 para su revisión [15] y, al tiempo, los acumuló al expediente T-5.457.363, a fin de que fueren fallados en una sola sentencia por presentar unidad de materia [16] .

15. Alcance de la Sentencia T-480 de 2016. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de las accionantes, al considerar reunidos los tres elementos para declarar un contrato realidad. Dicha Sala de Revisión “constató que entre el ICBF y las 106 madres comunitarias sí existió contrato de trabajo realidad desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Lo anterior, como resultado de la observancia y adecuada aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, como garantía en la protección efectiva de los derechos laborales que solicitaron las accionantes” [17] .

16. Contenido de la primera nulidad. Mediante Auto 186 de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad parcial de la providencia mencionada al considerar que la sentencia de la Sala Octava de Revisión desconoció el precedente de la Sentencia SU-224 de 1998 y la jurisprudencia en vigor [18] . En sustento de ello, la Corte constató que:

(i) l a Sentencia SU-224 de 1998 constituía un precedente vinculante, toda vez, que en sede de unificación, la Sala Plena determinó que no existía amenaza o vulneración del derecho fundamental al trabajo , ya que “el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de Bienestar, es de naturaleza contractual, de origen civil” y no se encontraban reunidos los requisitos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal del servicio, subordinación y salario), con lo cual, se descarta la existencia de “una vinculación contractual de carácter laboral” , y (ii) de conformidad con la jurisprudencia en vigor, se reiteró “la inexistencia de contrato de trabajo 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”.

17. Conforme a lo anterior, en un auto de naturaleza mixta, la Corte declaró “la NULIDAD PARCIAL de la Sentencia T-480 del 1 de septiembre de 2016” y profirió un conjunto de órdenes de reemplazo a cargo del Fondo de Solidaridad Pensional , entre otras entidades, que en su momento no fueron vinculadas.

18. Marco de la segunda nulidad. Mediante Auto 217 de 2018, el pleno anuló las ordenes de reemplazo contenidas en el Auto 186 de 2017, al constatar que si bien “no es necesario vincular al proceso de tutela, ni al de revisión de los fallos pronunciados en sede de amparo constitucional, a las autoridades de orden nacional, regional y/o local que dentro de su deber legal y constitucional tienen la obligación de cumplir lo que se disponga en el marco de dichos trámites, lo cierto es que en el caso en comentario sí debió vincularse al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio del Trabajo, dado que lo ordenado al Fondo de Solidaridad Pensional en el Auto 186 de 2017 desbordó el deber legal que le ha sido impuesto al referido Fondo, en relación con el valor a asumir como subsidio de los aportes al régimen general de

pensiones de las 106 madres comunitarias, al haberse determinado que el mismo equivaldría al 100% del total de la cotización para pensión y no al 80% como lo establecen las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008".

19. En consecuencia, dispuso que una vez integrado el contradictorio con dichas entidades, la Sala Plena proferirá la decisión que corresponda en el marco del debido proceso, de acuerdo con la parte motiva de dicho auto, en lo referente al subsidio pensional previsto en las leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008.

II. CONSIDERACIONES Competencia 20. La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Igualmente, mediante el Auto 217 de 2018, la Sala Plena asumió el conocimiento del expediente de la referencia, razón por la cual es competente para proferir la presente providencia de reemplazo.

Del análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela 21. La tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para los derechos fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, esta Corte considera que son requisitos para el estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de los siguientes presupuestos:

22. Relevancia constitucional. En el presente caso se cumple con este requisito, habida cuenta de que la discusión se circunscribe a si conforme al artículo 53 de la Constitución y demás derechos invocados como vulnerados por las accionantes, se configuran los elementos para que el juez constitucional declare la existencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF, y en consecuencia, el pago de las respectivas cotizaciones a pensión [19] .

23. Legitimación en la causa . En el presente caso se satisfacen los requisitos de legitimación en la causa, tal y como se evidencia a continuación:

(i) Por activa : acorde con la Constitución y la ley [20] , toda persona puede presentar acción de tutela "por sí misma o por quien actúe a su nombre" [21] .

En el presente caso, las 106 accionantes, quienes se consideran las titulares de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, confirieron poder especial a los abogados Marión de Jesús Álvarez Rodríguez, Dairo Rosero Ortega y Juan Pablo Mantilla Chaparro, con el fin de interponer las demandas objeto de estudio en la presente sentencia [22] .

(ii) Por pasiva : el artículo 86 de la Constitución Política dispone que toda persona tendrá la acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales "cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

En el caso sub lite , el ICBF es la entidad estatal a la que la parte actora le atribuye la violación directa de sus garantías fundamentales, al haber desconocido la existencia de una presunta relación laboral derivada de un contrato realidad y el correspondiente pago de aportes al sistema pensional, y solo en un caso (T-5.516.632), se endilgó esa misma relación con la asociación de padres constituida como Summar Temporales S.A.S.

E indirectamente relacionaron en las demandas de tutela al DPS, Colpensiones, Ministerio del Trabajo y Consorcio Colombia Mayor 2013, como las entidades públicas encargadas de regular, tramitar y administrar el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión – PSAP.

24. Inmediatez . Para evaluar el cumplimiento de este requisito de procedencia, el juez constitucional debe constatar que entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela medie un tiempo "razonable" [23] . Frente a los casos acumulados, la Sala considera que se ejerció la defensa de

modo razonable y proporcionado, si se tiene en cuenta que la eventual vulneración de los derechos fundamentales es actual y continua, al derivar en la falta de reconocimiento y pago de los aportes pensionales de un conjunto de accionantes que se encuentran cercanas a la edad pensional o la han superado [24] .

25. Subsidiariedad. La Constitución Política caracteriza a la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judiciales ordinarios, los cuales constituyen, entonces, instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas que buscan la protección de sus derechos fundamentales [25] . En relación con el caso sub lite , la Sala advierte que se supera este requisito, en la medida que si bien las accionantes cuentan con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para el reclamo de las prestaciones sociales derivadas de un eventual contrato realidad [26] , dicho medio de control no es eficaz ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, consistente en la afectación de los derechos pensionales de personas que en su mayoría, han superado la edad para acceder a una pensión de vejez [27] .

Problemas jurídicos del caso 26. Por superar las exigencias de procedibilidad y de conformidad con la situación fáctica presentada en las demandas de tutela, l e corresponde resolver a la Corte los siguientes problemas jurídicos: si se configura un contrato realidad, con las consecuentes obligaciones prestacionales que de allí se derivan, entre las 106 accionantes y el ICBF por las actividades desempeñadas en el Programa de Hogares Comunitarios desde su respectiva vinculación y el 12 de febrero de 2014 [28] .

27. De acuerdo con el resolutivo tercero del auto de nulidad 217 de 2018, una vez vinculados el Consorcio Colombia Mayor 2013 y el Ministerio de Trabajo, determinar si es razonable que el monto del subsidio al aporte a la pensión consagrado en las leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008 no sea equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio de la labor de madre comunitaria .

28. Para dar solución a los anteriores problemas jurídicos, la Corte abordará los siguientes temas: (i) desarrollo normativo del programa de hogares comunitarios de bienestar, (ii) proceso de formalización laboral de las madres comunitarias y sustitutas, (iii) el régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social Integral de las madres comunitarias y sustitutas, y (iv) el marco legal del subsidio al aporte a la pensión. Una vez precisados estos aspectos, (v) se resolverá el caso concreto.

(i). Desarrollo normativo de los programas de hogares comunitarios de bienestar. Reiteración jurisprudencial 29. Los lineamientos técnicos del ICBF dan cuenta de la teleología detrás de lo que es hoy, el programa de hogares comunitarios de bienestar, pues desde el año 1970 se concibió como un conjunto de acciones solidarias encaminadas al cuidado, prevención, asistencia y protección de los menores más vulnerables a través del apoyo de los padres y de la comunidad. Así, formalmente se crearon los centros comunitarios para la infancia (1972) [29] , los centros de atención al preescolar (1974) [30] , los hogares infantiles (1979) [31] y los hogares comunitarios de bienestar (1986) [32] , cuya reglamentación, se fundamentó en el trabajo solidario de la comunidad encaminado a garantizar a los niños la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual.

Dicho programa se financiaba “mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales” [33] . 30. Acorde con el Acuerdo 21 de 1996 [34] , el ICBF restructuró el programa de hogares comunitarios de bienestar (en adelante HCB) y entre otras disposiciones, fijó:

(i) el régimen de contratación y sus partes, (ii) el esquema de financiación y (iii) los estándares de cumplimiento, caracterizados a continuación.

30.1. Régimen de contratación y partes. La ejecución del programa se adelantaría bajo el esquema del contrato de aporte entre la entidad y las asociaciones conformadas por los padres de familia de los niños beneficiados [35] , las cuales escogían a la madre o padre comunitario [36] . De ello, se identifican por lo menos dos relaciones jurídicas, una entre el ICBF y la asociación de padres, y otra, entre dicha asociación y la madre comunitaria.

30.1.1. Frente a la primera, el Consejo de Estado al pronunciarse sobre el contrato de aporte, consideró lo siguiente: [E]el contrato de aporte es “una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF -en virtud de su función de propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteja al menor de edad y le garantice sus derechos- suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo (...) El objeto de todo contrato de aporte es la provisión o entrega de bienes del ICBF a otra institución que se encarga de prestar el servicio público de bienestar familiar, a diferencia del contrato de prestación de servicios. (...) [E]l ingreso al sistema nacional de bienestar familiar no depende del acto de creación de la persona jurídica que presta el servicio de forma indirecta, sino de la prestación que esta realiza a partir de sus obligaciones contractuales. No se desprende de una formalidad, sino de la puesta en marcha de actividades que, bajo la dirección, vigilancia y control del ICBF, satisfagan la necesidad tantas veces mencionada de protección de la población infantil y de las familias en situación de vulnerabilidad [37] .

30.1.2. En cuanto a la segunda, en la Sentencia SU-224 de 1998, la Corte se pronunció sobre la relación jurídica entre una madre comunitaria y la asociación de padres y el ICBF, estos últimos acusados de vulnerar el derecho al trabajo de la accionante por suspender el HCB a su cargo. En esta oportunidad, la Sala concluyó que no es posible derivar la afectación de dicho derecho fundamental cuando el vínculo que los une es de naturaleza civil, con fundamento en lo siguiente:

Como es sabido, para que exista una vinculación contractual de carácter laboral se requiere la prestación personal del servicio por parte del trabajador, la subordinación y el salario, este último como retribución del servicio; y si se trata de un empleado vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, el respectivo nombramiento de la autoridad oficial nominadora, con la prestación personal del servicio con posterioridad a la posesión, unido a la subordinación y el respectivo salario, cuyos presupuestos no aparecen configurados en el asunto sub-examine . (…) Por consiguiente, con respecto al posible desconocimiento del derecho al trabajo, invocado por la peticionaria, por la terminación de la relación vigente y la suspensión de la actividad del hogar comunitario a su cargo, es pertinente concluir que, si de la relación existente entre la demandante y la accionada no se desprende una vinculación de carácter laboral, no es posible deducir la amenaza o violación de dicho derecho, razón por la cual no prospera la tutela para los efectos de la protección del mismo.

30.2. Financiación. El programa se costearía, entre otras, con la transferencia de recursos mediante la denominada beca, la cual, se define en los siguientes términos:

Por beca se entiende los recursos, que se asignen a las familias para atender a los niños y por lo tanto se destinarán a. madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos. Para la ejecución de estos recursos las asociaciones de padres o las Organizaciones Comunitarias deberán observar estrictamente los lineamientos del ICBF.

PARÁGRAFO. Será competencia de la Junta Directiva, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal del ICBF fijar en cada vigencia fiscal los costos de cada componente de la beca [38] .

30.3. Estándares de cumplimiento. La Dirección General del ICBF fijó los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para garantizar el cumplimiento del programa de HCB [39] .

Es así, como mediante el Acuerdo 050 de 1996 adoptó los estándares a seguir y sus respectivas causales de suspensión o cierre [40] . Al respecto, en la Sentencia T-130 de 2015, la Corte consideró que el cierre de un hogar comunitario por el incumplimiento de las directrices no configura una relación laboral [41] , debido a lo siguiente:

En cuanto al cierre de un Hogar Comunitario de Bienestar, el Acuerdo 050 de 1996 dispone que es definitivo y se debe decretar de manera inmediata, cuando se den las causales previstas en el artículo segundo del citado Acuerdo o como

resultado de un proceso de supervisión, en los eventos enunciados en el artículo tercero del mismo acuerdo, mediante resolución motivada que debe ser notificada al representante legal de la Asociación de Padres de Familia, a la madre comunitaria y a la Junta de Padres a la que pertenezca el Hogar. Contra esta decisión procede el recurso de reposición ante el funcionario que profirió el acto y el de apelación ante el Director Regional o Seccional.

31. De todo lo expuesto, se concluye respecto del programa de HCB [42] que: (i) tiene por objeto el trabajo solidario de la comunidad encaminado a garantizar a los niños la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual, (ii) se ejecuta mediante un contrato de aporte de naturaleza estatal entre el ICBF y la asociación de padres, y de carácter civil entre dicha asociación y la madre comunitaria, (iii) la beca tiene por fin financiar o reembolsar la compra de alimentos, útiles escolares, elementos de aseo destinados a los menores, mas no como remuneración, y (iv) el cumplimiento de los lineamientos o estándares de funcionamiento no constituyen una relación de subordinación.

(ii) Formalización laboral de las madres comunitarias y sustitutas 32. Por medio del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 [43] , el legislador ordenó la formalización laboral entre las madres comunitarias y las asociaciones de padres en dos etapas a saber: la primera, en el 2013 mediante la entrega del equivalente a una beca, permitiendo su contratación bajo distintos tipos de modalidades, sin que ello implique que adquieran la calidad de servidoras públicas y, la segunda, a partir del 2014 restringió su vinculación al contrato laboral.

33. La anterior disposición fue objeto de control abstracto en dos ocasiones. En la primera oportunidad, en la Sentencia C-465 de 2014, la Corte declaró exequible el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 por el cargo de unidad de materia al considerar que dicha norma autorizaba el gasto para cubrir el sostenimiento de las madres comunitarias y sustitutas del ICBF, mediante la denominada beca, la cual debía cubrirse con la respectiva partida presupuestal de los recursos provenientes del CREE. En especial, consideró lo siguiente:

[E]l legislador consideró necesario establecer los sujetos destinatarios del CREE, en este caso el ICBF, así como la manera en la cual debía ejecutar y gestionar los recursos que le correspondan de la referida contribución. Además de ello, estableció que debía formalizarse el trabajo de las madres comunitarias y para ello debía empezarse por reconocerles un salario mínimo mensual legal vigente, política que genera un conjunto de prestaciones a favor de aquel grupo de trabajadoras, a partir de la vigencia 2014.

Por tanto, como el artículo 36 diseña una política pública, a partir de los recursos generados por una contribución, en este caso el CREE, las Comisiones Terceras eran competentes para conocer del mismo, pues dentro de sus funciones cabe la de analizar el impacto de la medida tributaria, su destinación y su ejecución, que en este caso se traduce en la generación y formalización de empleo de las madres comunitarias.

En una segunda ocasión, en la Sentencia C-185 de 2019, la Corte reiteró la constitucionalidad de dicha norma al ponderar que la prohibición de ser funcionarias públicas no desconoce los derechos a la dignidad, mínimo vital y móvil y derecho al trabajo, con fundamento en lo siguiente:

Luego de examinar el contenido de la norma acusada, este Tribunal señaló que su expedición se sustenta en el principio básico de autonomía legislativa, el cual le permite al Congreso de República decidir autónomamente sobre las distintas modalidades, sistemas o formas a través de las cuales se canaliza el derecho al trabajo, con la carga de respetar, como ocurre en este caso, las garantías mínimas y los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores. En efecto, el propio artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, al prohibir de forma expresa su vinculación como funcionarias públicas, indirectamente dispuso su formalización laboral a través de un contrato de carácter privado, como se concretó con la expedición del Decreto 289 de 2014, estableciendo a favor de las madres comunitarias todos los beneficios, derechos y garantías previstos en el Código Sustantivo del Trabajo.

Aunado a lo anterior, esta Corporación precisó que el principio de primacía de la realidad sobre las formas no aplica de manera general y abstracta frente a las distintas categorías jurídicas de naturaleza contractual o legal previstas en el ordenamiento jurídico, pues su operancia depende de cada caso concreto, en donde se debe acreditar por el interesado que se presentan los tres elementos que identifican, precisamente, a una relación laboral.

34. El Decreto 289 de 2014 ordenó que a partir de su entrada en vigencia -12 de febrero de 2014- las entidades administradoras del programa de HCB deben contratar laboralmente a las madres comunitarias [44] .

Con lo cual se consolidó un cambio en el esquema operativo de dicho programa, tal y como lo reconoció esta Corte en la Sentencia SU-079 de 2018, al concluir que:

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

35. En suma, la Corte en sede control abstracto y concreto consideró que: (i) previo al proceso de formalización laboral entre las madres comunitarias y las asociaciones de padres, existió un vínculo de naturaleza civil, predicable a su vez, en su relación con el ICBF al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad [45] , (ii) en desarrollo de una política pública, a partir de la vigencia fiscal del 2013 se ordenó el pago de un salario mínimo a través del mecanismo de la beca, pero desde el 12 de febrero de 2014 se decretó la vinculación exclusiva mediante contrato laboral, excluyendo con ello, cualquier posibilidad de ser consideradas servidoras públicas so pena el principio de realidad sobre las formas [46] .

(iii). Régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social de las madres comunitarias y sustitutas 36. Vistos los aspectos operativos y contractuales que comporta el programa de HCB, resulta necesario analizar su incidencia en el derecho a la seguridad social de las accionantes, destacando que la consagración de dicho derecho como fundamental se dio con la Constitución de 1991 y que a partir de la Ley 100 de 1993, se creó el sistema de seguridad social integral para todos los habitantes del territorio nacional, pues bajo el sistema anterior, la afiliación obligatoria a una caja o administradora pensional se encontraba sujeta a una relación laboral [47] y de modo voluntario a ciertos independientes dentro de los cuales no se contemplaron a las madres comunitarias [48] .

37. La Ley 100 de 1993 se fijó como objetivos "el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte" y "propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones" [49] .

Ello mediante un esquema de afiliación obligatoria y otro subsidiado. Así, el artículo 13 original incluía como beneficiarios del subsidio a los "campesinos, indígenas, trabajadores independientes, artistas, deportistas y madres comunitarias".

En la actualidad, tras la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El fondo de solidaridad pensional "estará destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados" [50] .

38. En hilo con lo anterior, el artículo 221 de la Ley 100 de 1993 dispuso que “los recursos de solidaridad se destinarán a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables, los cuales se transferirán, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto adopte el Gobierno Nacional”.

Al respecto, la Corte en la Sentencia T-1058 de 2006, reseñó la evolución de la ampliación de la cobertura de las madres comunitarias, del siguiente modo:

[L]as madres comunitarias eran afiliadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, el cual se financiaba con los recursos del IVA social (literal g. art. 221 Ley 100 de 1993). Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 509 de 1999 señaló que las madres comunitarias del programa hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debían ser 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. En esa misma normatividad se estableció, que la vinculación al régimen contributivo será financiada por un aporte mensual, el cual corresponderá a las madres comunitarias, en un 8% de la bonificación, y al Fondo de Solidaridad y Garantía, de acuerdo con lo señalado en los artículos 3º y 4º de la Ley 509 de 1999. El monto de la cotización será recaudada por las organizaciones que administran el programa hogares de bienestar, quienes también se obligan a transferir los recursos a la EPS.

39. En la Sentencia SU-079 de 2018, la Corte al resolver un caso idéntico al ahora estudiado, constató que las madres Comunitarias en calidad de titulares del derecho a la seguridad social, eran responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan o modifican. En especial, consideró que:

En conclusión, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional. Respecto a esto último, recuérdese que esta Corporación en sus distintos fallos de revisión ha considerado que el vínculo entre las madres comunitarias y el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, era de carácter contractual civil, siendo por este aspecto anulada parcialmente la única sentencia (T-480 de 2016) que estimó la existencia de un contrato realidad de trabajo.

40. En razón de lo antes expuesto, el derecho a la seguridad social de las madres comunitarias y sustitutas [51] ha ido mutando a la par que el Estado ha ampliado la cobertura en la afiliación, pues:

(i) previo al cambio de Constitución y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no estaban obligadas a cotizar, (ii) a partir de la Ley 100 de 1993, fueron vinculadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, por lo que tenían derecho a la atención en salud, pero no al reconocimiento de las prestaciones económicas, (iii) con la Ley 509 de 1999 [52] , son vinculadas al sistema en el régimen contributivo mediante un subsidio a la cotización, adquiriendo así, las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo, (iv) a través de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014 deben cotizar como trabajadoras sujetas al régimen del Código Sustantivo del Trabajo.

(iv) Programa de subsidio al aporte a la pensión – PSAP 41. El Decreto 1858 de 1995 [53] creó el programa de subsidio al aporte a la pensión (en adelante, PSAP) como una subvención de naturaleza temporal y parcial en beneficio de “los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, las personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial, los

miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción” [54] , bajo la condición de realizar un esfuerzo en el pago del aporte que está a su cargo [55] , y a cargo del Fondo de Solidaridad Pensional [56] .

Esta política pública, ha sido modificada a lo largo de su vigencia, respecto de los beneficiarios, porcentajes y semanas a subsidiar y causales de exclusión, entre otros aspectos [57] .

Incluso, en la actualidad, por orden del artículo 212 de la Ley 1753 de 2015 está previsto su cierre gradual [58] . 42. En orden de lo anterior, se ilustrará en el siguiente cuadro las principales características de dicha subvención al aporte a la pensión respecto del grupo de madres comunitarias y sustitutas. Ello, desde la creación del programa -Decreto 1858 de 1998-, pasando por las modificaciones introducidas -leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008- hasta el proceso de formalización laboral con las asociaciones de padres – Ley 1607 de 2012 y Decreto 289 del 12 de febrero de 2014-, así:

Modificación normativa del PSAP para las madres comunitarias y sustitutas Edad Semanas previas a la afiliación Requisitos específicos Porcentaje del subsidio Causales de exclusión Decreto 1858 de 1995 [59] > 18 o >55 si es afiliado al ISS y >58 en fondo privado 650 Certificado de madre comunitaria o sustituta 80% Cuando: pueda optar por el régimen contributivo; cese la obligación de cotizar; cumpla el período máximo de subsidio; deje de cancelar 2 / 4 [60] / 6 [61] meses continuos; se demuestre la falsedad en los datos suministrados; adquiera capacidad de pago, muerte, entre otros [62] .

Decreto 3771 de 2007 [63] en relación con las leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008 >35 y <55 si es afiliado al ISS o < 58 si es privado 250 Ser reportadas por el ICBF como beneficiaria del subsidio [64] 80% [65] Cuando: adquiera capacidad de pago; cese la obligación de cotizar;

cumpla el período máximo de subsidio; deje de cancelar 6 meses continuos; se demuestre la falsedad en los datos suministrados; se desafilie del SGSSS, muerte, entre otros [66] .

> 55 años si es afiliado al ISS o > 58 si es privado 500 Ley 1607 de 2012 [67] >18 y <65 N.A. Certificado de madre comunitaria o sustituta N.A.

N.A. Al adquirir capacidad de pago como consecuencia del proceso de formalización. Decreto 387 de 2018 N.A. N.A. Exmadres comunitarias [68] 20% para BEPS N.A. se busca una migración de los aportes a BEPS.

N.A. N.A. Cierre de la afiliación, salvo para madres sustitutas que no estén afiliadas al SGP [69] 43. Así, el PSAP: (i) es una política pública que se ajusta a la disponibilidad presupuestal y la caracterización de los grupos más vulnerables, (ii) constituye una subvención temporal , es decir sujeta a unos rangos de edad y duración de la política y parcial , esto es, implica un esfuerzo propio para sufragar la parte de la cotización que le corresponde al beneficiario, (iii) las madres comunitarias y sustitutas no son las únicas beneficiarias, ya que cobija a otros grupos como personas en situación de discapacidad, ancianos en condición de indigencia, trabajadores rurales, mujeres micro empresarias, entre otros y, (iv) por varios periodos, la legislación previó un plazo razonable para que aquellas beneficiarias que habiendo incurrido en alguna de las causales de retiro o exclusión, pudieran saldar la mora y reincorporarse al programa [70] .

(v) Análisis del primer problema jurídico del caso: inexistencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF 44. La resolución de este problema jurídico supone la subsunción de las reglas jurisprudenciales respecto de los elementos para que se configure un contrato realidad entre las 106 accionantes en calidad de madres comunitarias con el ICBF, durante el periodo en que fueron vinculadas y hasta el 12 de febrero de 2014 o el momento en el que fueron desvinculadas. En su criterio consideran que satisfacen los presupuestos de prestación personal, subordinación y remuneración [71] .

No obstante, frente a cada uno de estos elementos -prestación personal, subordinación y remuneración-, la jurisprudencia constitucional tanto en control abstracto como concreto, consideró lo siguiente:

44.1. El programa de HCB: (i) tiene por objeto el trabajo solidario de la comunidad encaminado a garantizar a los niños la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual, (ii) se ejecuta mediante un contrato de aporte de naturaleza estatal entre el ICBF y la asociación de padres, y de carácter civil entre dicha asociación y la madre comunitaria, (iii) la beca tiene por fin financiar o reembolsar la compra de alimentos, útiles escolares, elementos de aseo, entre otros, todos destinados a los menores, mas no como remuneración, y (iv) el cumplimiento de los lineamientos o estándares de funcionamiento no constituyen una relación de subordinación [72] .

44.2. Previo al proceso de formalización laboral entre las madres comunitarias y las asociaciones de padres –Ley 1607 de 2012-, (i) existía un vínculo de naturaleza civil, predicable a su vez, en su relación con el ICBF al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad, (ii) en desarrollo de una política pública, a partir de la vigencia fiscal del 2013 se ordenó el pago de un salario mínimo a través del mecanismo de la beca, pero desde el 12 de febrero de 2014 se decretó la vinculación exclusiva mediante contrato laboral, excluyendo con ello, cualquier posibilidad de ser consideradas servidoras públicas so pena el principio de realidad sobre las formas [73] .

45. En consecuencia, y en reiteración de la Sentencia SU-079 de 2018, no es posible derivar la existencia de una relación laboral entre las accionantes y el ICBF, toda vez que, si bien se puede afirmar que las labores fueron desarrolladas por cada una de ellas, no existió una relación de continua subordinación y dependencia , al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad y la beca no constituye una remuneración, al estar destinada a la alimentación de los niños y niñas a su cuidado, compra de útiles y elementos de aseo, entre otros.

Análisis del segundo problema jurídico del caso: imposibilidad de exceptuar el porcentaje de subsidio a la cotización 46. A causa del Auto 217 de 2018, una vez vinculados el Consorcio Colombia Mayor 2013 y el Ministerio de Trabajo, la Sala debe determinar si es razonable que el monto del subsidio al aporte a la pensión consagrado en las leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008 no sea equivalente al 80% sino al 100% del total de las cotizaciones pensionales faltantes y causadas en ejercicio de la labor de madre comunitaria.

47. Para beneficiarse del subsidio al aporte a la pensión, es un presupuesto básico la afiliación al sistema general de pensiones. Por lo que frente al derecho a la seguridad social de las madres comunitarias y sustitutas [74] , la Corte reitera que la legislación varió a la par que el Estado fue amplió la cobertura en la afiliación, pues:

(i) antes del cambio de Constitución y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no estaban obligadas a cotizar, (ii) a partir de la Ley 100 de 1993, fueron vinculadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, por lo que tenían derecho a la atención en salud, pero no al reconocimiento de las prestaciones económicas, (iii) con la Ley 509 de 1999 [75] , son vinculadas al sistema en el régimen contributivo mediante un subsidio a la cotización, adquiriendo así, las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo, (iv) a través de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014 deben cotizar como trabajadoras sujetas al régimen del Código Sustantivo del Trabajo [76] .

48. En cuanto al programa de subsidio al aporte a la pensión – PSAP, el Pleno reitera que resulta irrazonable y discriminatorio ampliar en una sentencia de tutela el porcentaje de dicha subvención de un 80% al 100%, y además de modo retroactivo, por cuanto:

(i) se trata de una política pública que se ajusta periódicamente a la disponibilidad presupuestal y que busca distribuir los recursos de la subcuenta de solidaridad entre todos los grupos identificados como población más vulnerable, (ii) constituye una subvención temporal , es decir, sujeta a los rangos de edad y duración de la política y parcial , esto es, implica el esfuerzo propio para sufragar la parte de la cotización que le corresponde a cada beneficiario, (iii) las madres comunitarias y sustitutas no son las únicas beneficiarias, ya que cobija a otros grupos como personas en situación de discapacidad, ancianos en condición de indigencia, trabajadores rurales, mujeres micro empresarias, entre otros, por lo

que eximirlas del pago del 20% del aporte de la cotización a su cargo, resulta irrazonable y discriminatorio frente a los demás beneficiarios del PSAP quienes sufragan el porcentaje que les corresponde, (iv) por varios periodos, la legislación previó un plazo razonable para que aquellas beneficiarias que habiendo incurrido en alguna de las causales de retiro o exclusión, pudieran saldar la mora y reincorporarse al programa, (v) no existe un mandato constitucional expreso que permita el pago de dichos aportes de modo retroactivo o subsidiado en un 100%, por el contrario, el Acto Legislativo 1 de 2005 ordena que "para la liquidación de las pensiones solo se tendrá en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones" (negrillas propias) .

Síntesis de la decisión 49. Mediante Sentencia T-480 de 2016, la Sala Octava de Revisión amparó los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo. No obstante, dicha providencia fue objeto de una primera nulidad por medio del Auto 186 de 2017 y posteriormente, por medio del Auto 217 de 2018, se anuló por segunda vez, en lo que atañe al contenido de las órdenes de reemplazo. Razón por la cual, la Sala Plena avocó conocimiento para dictar la presente providencia de reemplazo.

50. Luego de considerar que la acción de tutela satisfizo las exigencias de procedibilidad, al resolver el primer problema jurídico, la Corte reiteró la ratio decidendi de la Sentencia SU-079 de 2018, al considerar que no es posible derivar la existencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF, desde el momento en que se vincularon al programa de HCB y el 12 de febrero de 2014, toda vez que, si bien se puede afirmar que las labores fueron desarrolladas por cada una de ellas, no existió una relación de continua subordinación y dependencia , al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad y la beca no constituye una remuneración , al estar destinada a la alimentación de los niños y niñas a su cuidado, compra de útiles y elementos de aseo, entre otros fines - Supra numeral 45-.

51. Frente al segundo problema jurídico, la Sala Plena consideró que no solo es irrazonable incrementar el porcentaje del subsidio al aporte a pensión previsto para las accionantes del 80% al 100%, y además de modo retroactivo, sino que ello resultaría discriminatorio frente a los demás grupos caracterizados en el PSAP, quienes asumen con su esfuerzo propio el porcentaje de cotización que les corresponde. Además, se constató que no existe un mandato constitucional expreso que permita el pago de dichos aportes de modo retroactivo o subsidiado en un 100%, por el contrario, el Acto Legislativo 1 de 2005 ordena que "para la liquidación de las pensiones solo se tendrá en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones" (negrillas propias) - Supra numeral 48-.

52. La Sala Plena revocará las decisiones de tutela adoptadas en los expedientes acumulados T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, que declararon improcedentes las acciones de tutela, y en su lugar, negará el amparo de los derechos fundamentales solicitados.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- Levantar la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, de fecha veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015), que declaró improcedente la acción de tutela (expediente T-5.457.363) promovida por Inés Tomasa Valencia Quejada. En su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Laboral, de fecha veintitrés (23) de noviembre de dos mil quince (2015), en cuanto declaró improcedente la acción de tutela (expediente T-5.513.941) promovida por María Rogelia Calpa de Chingue y las demás accionantes relacionadas en este proceso. En su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en esta providencia.

Cuarto.- REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, de fecha doce (12) de enero de dos mil dieciséis (2016), que declaró improcedente la acción de tutela (expediente T-5.516.632) promovida por Ana de Jesús Arciniegas Herrera y las demás accionantes relacionadas en este expediente. En su lugar, NEGAR el amparo por las razones expuestas en esta providencia.

Quinto.- DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por las accionantes en los expedientes T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, en relación con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –DPS, o quien hiciere sus veces, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Sexto.- DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por las accionantes en el expediente T-5.513.941, en relación con la sociedad Summar Temporales S.A.S., o quien hiciere sus veces, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Séptimo.- EXPEDIR, por Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Comuníquese y cúmplase, GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Presidenta CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada Con salvamento de voto LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado -En comisión- ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado -En comisión- CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado Con salvamento de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA A LA SENTENCIA SU273/19 (M.P. CARLOS BERNAL PULIDO) MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR- Se ignoró su grave estado de vulnerabilidad y la importancia constitucional de su labor (Salvamento de voto) MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR- Discriminación en razón del género (Salvamento de voto) MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR- Retroceso y desconocimiento de su estado actual de protección jurídica (Salvamento de voto) MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR- Alcance impreciso de la jurisprudencia anterior (Salvamento de voto) Una respuesta insolidaria a la solidaridad Con el respeto acostumbrado por las sentencias de la Corte Constitucional, me aparto de la decisión adoptada de forma mayoritaria por la Sala Plena, en la Sentencia SU-273 de 2019, que resolvió revocar las sentencias proferidas por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali.

1. La Sala ignoró el grave estado de vulnerabilidad en que se encuentran las madres comunitarias, y la importancia constitucional de su labor 1.1. Mi desacuerdo con la Sala responde a múltiples razones. A mi juicio, la perspectiva desde la cual se abordaron los casos fue inadecuada.

Lamentablemente, no se dio la importancia suficiente al contexto en el cual surgió el reclamo de las madres comunitarias, mujeres que históricamente, en Colombia, han enfrentado las consecuencias de una respuesta institucional que no ha sido suficiente para superar el grave estado de vulnerabilidad social y jurídica en que se encuentran.

[77] 1.2. Pese a que, en su mayoría, las madres comunitarias que promovieron la tutela estudiada por la Sala son mujeres de la tercera edad, con un complejo estado de salud, en una situación económica precaria, y cuyos derechos en materia de trabajo y seguridad social han sido negados, esta Corporación optó por la decisión más inflexible y adversa para ellas. En ese sentido, la Sala Plena se apartó de su rol de guardiana de los contenidos de la Carta, en especial los de los más vulnerables, reduciendo su labor a la verificación formal de unos presupuestos jurídicos que, en esta ocasión, han sido usados como obstáculos para el ejercicio de las garantías constitucionales, y no como mecanismos de acceso a las mismas. Disiento de esta aproximación del Tribunal Constitucional, pues estimo que su papel corresponde a la defensa

de un constitucionalismo autentico, enmarcado en las necesidades –en términos de mínimos de dignidad– que demandan quienes hacen parte del contexto democrático colombiano, de modo que es deber de esta Corporación agotar legítimamente todas sus competencias, con el firme propósito de procurar la realización efectiva de los dictados de la Constitución.

1.3. No defiendo, pues, un constitucionalismo retórico, que observa en los principios superiores única y exclusivamente normas programáticas. En mi función de juez, pretendo procurar fórmulas de solución material que impidan cegar la mirada ante realidades inconstitucionales, como lo es el déficit de protección en que se hallan los derechos de las madres comunitarias.

Las accionantes son mujeres que, sin recibir ninguna remuneración ni formalización laboral, han dedicado toda su vida a la noble labor de cuidar niñas y niños, la mayoría de las veces en contextos de marginalidad económica, mientras los padres y madres acuden a sus respectivas actividades destinadas a lograr la subsistencia de sus hogares.

1.4. Es innegable que estas mujeres, en su función de madres comunitarias, han sido baluartes de la convivencia (principio constitucional transversal de nuestro ordenamiento, reconocido desde el Preámbulo de la Carta). Han entregado la fuerza de su vitalidad a preservar el bienestar durante la infancia de muchos de los menores del país, a través de su cuidado y formación básica. La educación para la convivencia es, sin duda, una misión necesaria para el mantenimiento de la verdadera democracia, y esta se logra, sobre todo, en el ámbito de los hogares y de las familias. Sin embargo, en lugares en los que esto se ha dificultado, han aparecido personas que, como las demandantes, contribuyen enormemente a tal misión, convirtiéndose, como su nombre lo indica, en verdaderas madres de la comunidad.

1.5. Por ello, la importancia del trabajo de estas personas, invisibilizado en muchas ocasiones, no puede admitir el desamparo estatal. Todo lo contrario. Observar que la función de las madres comunitarias ha sido imprescindible para fortalecer la sociedad obliga a que la misma sea institucionalmente atendida y protegida de forma inmediata. Esto es aún más significativo cuando se tiene en cuenta que, en el centro del asunto, está la educación y la preservación de los intereses de los menores de edad, como parte estructural de los caminos que conducirán a la superación de los ciclos de pobreza, así como de las violencias que, históricamente, han convivido en Colombia.

1.6. De esta forma, aun cuando encuentro importante esclarecer la naturaleza de la relación jurídica entre las accionantes y el ICBF, de lo cual ya se ha ocupado esta Corte en otras ocasiones, la tarea esencial de la Sala, en este momento, radicaba en encontrar un remedio constitucionalmente adecuado para enfrentar la desprotección constitucional en el que las madres comunitarias se encuentran, elemento que echo de menos en la Sentencia SU-273 de 2019. Reitero, entonces, mi desacuerdo con la respuesta negativa dada a las madres comunitarias, especialmente porque otras propuestas, más razonables y justas, fueron puestas en consideración y descartadas, sin mayor reflexión, por parte de la mayoría. En este punto, resalto alternativas sugeridas durante el debate agotado al interior de la Sala Plena, tales como declarar ineficaz la exclusión del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión de 67 de las 106 actoras, que reúnen las exigencias legales para acceder a una pensión mínima de vejez.

2. Discriminación en razón del género en el caso de las madres comunitarias 2.1. Otra de las razones por las cuales me aparto de lo decidido es porque me resulta evidente que, en el fondo de este caso, subyace un grave problema de discriminación en razón del género, cuestión que la Sala ignoró por completo. Era deber de esta Corporación visibilizar dicha situación, así como adoptar las medidas que fueran necesarias para que ésta cesara, no sólo porque es un aspecto esencial en el caso concreto, sino porque hubiese contribuido a evitar que, en un futuro, se apliquen normas que, basadas en estereotipos, impongan cargas que no les corresponden a las mujeres, o les nieguen derechos de los que son titulares.

2.2. La doctrina ha descrito cómo los estereotipos de género penetran diferentes esferas de la vida nacional, tales como la educación, el empleo o la salud, y contribuyen al fortalecimiento de creencias que justifican la subordinación de la mujer

en la sociedad. Ejemplo de ello es que, históricamente, se le ha asignado un rol servil a la mujer, entendiendo que le es inherente el papel de cuidadora primaria en la sociedad. Esta creencia se ha naturalizado e internalizado fuertemente en la mayoría de sociedades y resulta lesivo para ellas, pues favorece la creación de escenarios de impunidad, respecto a la violación de derechos de las mujeres. Existe pues, un deber, por parte de los actores estatales, de tomar medidas que contribuyan a eliminar las conductas que perpetúan esta clase de concepciones.

[78] 2.3. Por su parte, la normativa internacional también ha abordado la materia, haciendo un llamado a los Estados a intervenir en las problemáticas relacionadas con la discriminación hacia la mujer. De esta manera, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece la obligación de los Estados parte, de " [m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres ".

[79] 2.4. De acuerdo con lo anterior, el Estado tiene la obligación de identificar los estereotipos que son perjudiciales y establecer las medidas que sean necesarias para detener su reproducción, así como reparar los perjuicios que causen.

2.5. En el caso concreto, considero que, a pesar de que a través de los años ha habido una evolución normativa tendiente a proteger los derechos de las madres comunitarias, las normas que en un principio regularon la labor realizada por las accionantes responden a, por lo menos, dos estereotipos de género, cuyas consecuencias negativas aún se siguen dando. El primero sugiere que el rol de cuidado es una característica inherente a la mujer, no representa un trabajo para ella y, en consecuencia, no debe ser remunerado. El segundo hace referencia a que las mujeres deben comportarse siempre de forma solidaria, y estar dispuestas a ayudar a los demás miembros de la sociedad de forma desinteresada, sin considerar que se trata de un verdadero trabajo.

2.6. Por tanto, el contexto jurídico en el que se circunscribe la situación de las demandantes ha hecho que, por años, las madres comunitarias deban soportar cargas que no les corresponden, como lo es trabajar sin recibir una remuneración digna ni prestaciones sociales, lo que a su vez les ha impedido asegurar sus contingencias pensionales. Todo esto, bajo el argumento de que se trata de una expresión de solidaridad, propia de una madre, comportamiento que se ha exigido históricamente a las mujeres, y que resulta natural a los ojos de la mayoría. Reitero, entonces, que la Corte debió, en ejercicio de su compromiso constitucional por evitar las formas de diferenciación arbitraria, visibilizar este escenario de discriminación contra las mujeres, mantenido en el tiempo, y tomar las medidas necesarias para eliminarlo, así como buscar alternativas para lograr la reparación de los perjuicios causados.

3. La sentencia representa un retroceso y desconoce el estado actual de protección jurídica a las madres comunitarias 3.1. Por otra parte, considero que la Sala no atendió a la evolución histórica que se ha dado sobre la protección jurídica de las madres comunitarias. La Sentencia SU-273 de 2019 [80] surgió en un contexto normativo en el que se ha logrado el reconocimiento de la titularidad del derecho a la seguridad social de las madres comunitarias, tanto a nivel constitucional como legislativo e internacional. Por consiguiente, adoptar decisiones como las de la presente providencia, la cual negó la posibilidad de que las madres accedan a una prestación de naturaleza pensional, es entorpecer el desarrollo del mencionado derecho, y desconocer la prohibición de regresividad en materia de protección de derechos fundamentales. En este punto, es importante resaltar que en el año 2016, en ejercicio de la función de control de efectividad de las normas internacionales del trabajo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT emitió un Comentario en el que se refirió a la situación de las madres comunitarias, y pidió al Gobierno de Colombia informar sobre los avances realizados en esta materia, así como tomar las medidas para garantizar la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres.

[81] 3.2. También la Sala ignoró que el caso de las madres comunitarias es de especialísima trascendencia constitucional, pues si bien, como expliqué anteriormente, ha habido una evolución legal favorable en la materia, es evidente que estas personas, sobre todo aquellas que comparten la situación de vulnerabilidad de las accionantes, aún se encuentran en un escenario de abandono por parte del Estado, pese a que, paradójicamente, ellas han realizado un trabajo de cuidado, solidaridad y protección, en cumplimiento de una labor estatal. Dicho de otro modo, las mujeres más solidarias con la niñez han recibido, durante años, respuestas insolidarias por parte de las autoridades;

esta vez, infortunadamente, por parte de este Tribunal Constitucional. La Corte no atendió al llamado que le hizo este grupo de mujeres, cuya vejez corre el riesgo de encontrarse inmersa en la marginalidad, producto del desamparo económico.

4. El alcance impreciso que la Sala dio a la jurisprudencia anterior 4.1. Asimismo, encuentro desacertado el alcance que la mayoría de la Sala le otorgó a la Sentencia SU-079 de 2018 [82] .

En mi concepto, esta providencia no podía considerarse un precedente para el caso concreto, toda vez que, en esta nueva ocasión, la Corte estaba llamada a pronunciarse sobre aspectos diferentes a los allí abordados. En aquella oportunidad, este Tribunal se ocupó de resolver el problema jurídico referente a la naturaleza del vínculo jurídico existente entre las madres comunitarias y el ICBF. La Sentencia mencionada constituyó un “ primer paso ” en la consolidación del ámbito de protección de estas mujeres, por lo que esta vez la Corte debía avanzar en el estándar de sujeción constitucional, lo que se traducía en, por un lado, plantear una solución para el problema relativo a la seguridad social de las madres comunitarias, y por otro lado, tomar las medidas necesarias para superar la vulneración del derecho al debido proceso de las mujeres que fueron excluidas, sin haber sido escuchadas, del subsidio al que se refiere el Decreto 1852 de 1995.

4.2. Respecto a esta última cuestión, considero que la Corte ignoró que, aun cuando el Decreto mencionado reguló el acceso a un subsidio de carácter permanente, este estaba condicionado a que las tutelantes sufragaran un 20 % del aporte mensual exigido. Sin embargo, para muchas de ellas fue sencillamente imposible satisfacer este aporte, porque la Entidad correspondiente no cumplía oportunamente con la entrega de las llamadas “ becas ”, de las cuales dependía el sostenimiento de las madres, y que en muchas ocasiones correspondía a una suma de dinero muy inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Así las cosas, con la providencia de la cual hoy me aparto, la Sala hizo recaer sobre las madres comunitarias las consecuencias negativas de una política pública que, sencillamente, no funcionó.

5. Conclusiones 5.1. En suma, considero que la Sala Plena planteó un análisis aislado del contexto social que rodea la solicitud de las madres, incurrió en una omisión de su deber como autoridad encargada de salvaguardar las garantías fundamentales de los sujetos más vulnerables, ignoró la existencia de una conducta discriminatoria hacia las mujeres por parte del Estado, desconoció la prohibición de regresión en materia de protección de derechos fundamentales, desestimó la trascendencia constitucional del caso, y dio un alcance impreciso a la jurisprudencia que esta Corte emitió en oportunidades anteriores.

5.2. Por último, quiero expresar que comparto la opinión que el magistrado Alberto Rojas Ríos manifestó en su salvamento de voto, en lo referente a la procedencia del amparo y las alternativas planteadas durante el debate. De esta manera, coincido en que el presente caso cumple con los presupuestos de relevancia constitucional, legitimación en la causa por activa y pasiva, inmediatez, y hago énfasis en el requisito de subsidiariedad, pues, si bien existen otros mecanismos para proteger los derechos de las madres comunitarias, estos resultan ineficaces. Dadas sus condiciones de salud, la avanzada edad de la mayoría, y su vulnerabilidad social y económica, exigirles adelantar un trámite común resulta desproporcionado para ellas.

5.3. Estas observaciones fueron puestas en consideración de la Sala. Sin embargo, otra apreciación tuvo la mayoría. Con todo, resalto la necesidad de tener en cuenta que la decisión adoptada en la Sentencia SU-273 de 2019 se circunscribe

únicamente en el contexto jurídico que allí se ha planteado. Por ello, esta providencia no obsta para que, por vía de otros mecanismos institucionales, como lo es el escenario del Congreso de la República, sea necesario y urgente adoptar las medidas que permitan superar el déficit del derecho a la seguridad social de las madres comunitarias, que están en situaciones similares a las que han promovido las acciones de tutela de la referencia.

En los anteriores términos, dejo planteadas las razones de mi salvamento de voto frente a la Sentencia SU-273 de 2019. DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada [1] A partir del 12 febrero de 2014 la vinculación laboral de las madres comunitarias fue formalizada por disposición del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, cuyo artículo 2 establece:

“Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social”.

[2] C.S.T. y de la S.S., articulo 23. “ELEMENTOS ESENCIALES. 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c.

Un salario como retribución del servicio. 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

[3] Autos 186 de 2018 y 217 de [4] Expedientes T-5.457.363 por medio de la Directora (E) de la Regional Antioquia (fls. 49-52, Cdno. 1), T-5.513.941 a través de la Directora (E) de la Regional Nariño (fls. 706-712, Cdno. 1) y T-5.516.632 representado por la Coordinadora de la Oficina Jurídica de la Regional Valle del Cauca (fls.

552-558, Cdno. 1). [5] Expedientes T-5.457.363 (fls. 32-40 , Cdno. 1), T-5.513.941 (fls. 820-825, Cdno. 1) y T-5.516.632 (no contestó). [6] Fls.

830-832 , Cdno. 1. [7] Resolutivo segundo del Auto 217 de 2018. [8] En vigencia del artículo 9 del Decreto 2414 de 1998 la mora era de 4 meses, posteriormente el artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016 la amplió a 6 meses.

[9] Fls. 261-272, Cdno de nulidad. [10] Fls. 273-284, Cdno de nulidad. [11] Fls. 53-59, Cdno. 1. [12] Fls. 846-851, Cdno. 1. [13] Fls. 559-569, Cdno. 1.

[14] Conformada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gloria Stella Ortiz Delgado. [15] Integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos.

[16] Los cuadernos que integran el expediente de tutela fueron allegados al despacho del magistrado ponente, por conducto de la Secretaría General de la Corte Constitucional, con el contenido de que da cuenta la constancia secretarial que obra en el folio 874 del cuaderno del incidente de nulidad tramitado ante esta Corte (en adelante Cdno de nulidad).

[17] Ver el numeral 166 de la anulada Sentencia T-480 de 2016. [18] Contenida en la línea jurisprudencial 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.

[19] Sentencia T-422 de 2018. Este requisito tiene por objeto: “(i) Preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces”.

[20] Constitución Política, artículo 86, y Decreto Ley 2591 de 1991, artículos 1 y 10. [21] Sentencia SU-377 de 2014. “No es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre. El tercero debe sin embargo tener una de las siguientes calidades:

(i) representante del titular de los derechos, (ii) agente oficioso, o (iii) Defensor del Pueblo o personero municipal. En específico: (i) representante puede ser, por una parte, el representante legal (cuando el titular de los derechos sea menor de edad, incapaz absoluto, interdicto o persona jurídica), y por otra el apoderado judicial (en los demás casos). Para ser apoderado judicial, la persona debe ser abogado titulado y a la acción debe anexar poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo”.

[22] Fls. 14, 634 a 690 y 35 a 83 de los cuadernos iniciales de los expedientes T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, respectivamente. [23] Cfr., entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-033 de 2010, T-060 de 2016 y SU-391 de 2016. Sentencia SU-378 de 2014. “ La jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en señalar que el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, de tal manera que ésta debe ejercerse dentro de un término oportuno, justo y razonable, circunstancia que deberá ser calificada por el juez constitucional de acuerdo con los elementos que concurren en cada caso. En este sentido ha reiterado la Corte que debe existir un término razonable entre la ocurrencia de la vulneración o puesta en riesgo de los derechos fundamentales del accionante y la presentación de la demanda, en la medida que la naturaleza misma de este medio de defensa judicial no sólo tiene que ver con la urgencia en la protección de las garantías constitucionales de una persona, sino también con el respeto a la seguridad jurídica y a los derechos de los terceros afectados ”.

[24] Sentencia T-468 de 2006. “ La Corte Constitucional ha sostenido que en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es cuando: (i) se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y [cuando] (ii) la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros” .

[25] Constitución Política, artículo 86 y Decreto 2591 de 1991, artículos 6 y 8. Según estas disposiciones, la acción satisface esta exigencia en caso de que no existan medios judiciales de defensa disponibles o, de existir, si resulta necesaria para evitar la materialización de un riesgo de perjuicio irremediable, que se caracteriza por ser (i) cierto, en cuanto a la producción de una afectación, (ii) altamente probable en su concreción, (iii) inminente y, por tanto, requiera una pronta intervención del juez constitucional, con el fin de evitar la proximidad de consumación de un daño que el medio de defensa existente no es eficaz para impedir, y que, (iv) en consecuencia, exija la impostergable actuación del juez de tutela.

[26] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, precisó las reglas jurisprudenciales para el reconocimiento del contrato realidad, de las cuales se destacan las siguientes:

“ i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad (…).

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra e, del CPACA) (…).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada” .

[27] Supra numeral 4 de la presente sentencia. [28] Fecha de entrada en vigencia del Decreto 289 de 2014. [29] ICBF - Dirección de primera infancia, lineamiento técnico, administrativo y operativo, modalidad hogares comunitarios de bienestar en todas sus formas, (2014) disponible en el siguiente enlace:

https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/anexo_6._lineamiento_hogares_comunitarios.pdf [30] La Ley 27 de 1974 crea los centros de atención integral al preescolar, para los niños menores de 7 años.

[31] Resolución 1822 de 1979, a través de la cual estableció que los padres de familia y vecinos debían asumir la administración de los Hogares Infantiles reconociéndoles un papel educativo.

[32] El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) aprobó el Proyecto Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB) en 1986, como una estrategia de desarrollo humano con una nueva filosofía de atención para cubrir la población infantil más pobre de zonas urbanas y núcleos rurales.

Posteriormente, para una mayor efectividad de esta política se expidió la Ley 89 de 1988. [33] Decreto Reglamentario 2019 de 1989 y Decreto 1340 de 1995.

[34] “ Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar ”.

[35] Acuerdo 21 de 1996, artículo 2. “El funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del Programa, que se constituirán en Asociaciones de Padres u otra forma de organización Comunitaria y quienes una vez tramitada su personería jurídica ante el IBCF, celebrarán contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad. Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados”.

[36] Acuerdo 21 de 1996, artículo 5, litera c) “Los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionarán bajo el cuidado de una madre comunitaria si es Hogar Comunitario Familiar o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria quienes deben tener el siguiente perfil.

hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga

disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños” .

[37] Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 30 de junio de 2016, radicado 2082765. [38] Acuerdo 21 de 1996, artículo 4.

[39] Ídem, artículo 5. [40] Acuerdo 050 de 1996, artículo 2. “Son causales de cierre inmediato de un Hogar Comunitario de Bienestar las siguientes: a) Retiro de la Madre Comunitaria; b) Muerte de la Madre Comunitaria; c) Ubicación del Hogar en sitios declarados de alto riesgo por autoridad competente o que amenace ruina o destrucción por incendio, avalancha u otra catástrofe natural; d) Comprobación por parte de la Policía, de expendio de sustancias psicoactivas en el Hogar o consumo de éstas por alguna de las personas que habita en el lugar donde funciona el Hogar Comunitario de Bienestar; e) Venta y/o uso indebido de los elementos y recursos del proyecto por parte de alguno de los miembros de la Asociación de Padres de Familia o de la Madre Comunitaria; f) Contratación o encargo a terceros para la atención de los niños en el Hogar; g) Enfermedad permanente e incapacitante de la madre Comunitaria, certificada por médico, que impida la atención a los niños, o de enfermedad infecto-contagiosa o mental de la misma, o de otra persona que habite o permanezca en el lugar donde funciona el hogar; h) Condena judicial con pena privativa de la libertad, a la madre Comunitaria u otra persona que habite o permanezca en el lugar donde funciona el Hogar Comunitario. Así mismo cuando contra la Madre Comunitaria se dicte medida de aseguramiento; i) Almacenamiento o existencia de sustancias químicas tóxicas o explosivas, sin las debidas previsiones, en el lugar donde funciona el Hogar; j) Accidente grave o muerte de un niño en el Hogar; k) 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; l) Maltrato físico o psicológico a los niños del Hogar por parte de la Madre Comunitaria o una persona que habita en el mismo lugar donde funciona el Hogar” entre otros. Ver, artículo 3 respecto del cierre definitivo como parte de un proceso de supervisión.

[41] Sentencia T-130 de 2015. “Constata la Sala que en el presente caso al igual que en los casos estudiados por esta Corporación, no se encontraban probados los elementos que constituyen un contrato de trabajo, pues si bien es cierto, que la señora Blanca Prado prestaba diariamente su servicio como madre comunitaria y tenía derecho al Sistema de Seguridad Social Integral en salud y pensión, como un trabajador dependiente, no se encuentra acreditada la subordinación y la remuneración por el servicio prestado”.

[42] Actualmente, el programa de hogares comunitarios de bienestar se desarrolla a través de distintas formas de atención: (i) HCB Familiares, (ii) HCB Agrupados, (iii) HCB Múltiples, (iv) HCB Empresarial, (v) Jardines Sociales y (vi) Hogares Comunitarios de Bienestar – Familia, Mujer e Infancia –FAMI.

[43] Ley 1607 de 2012, artículo 36. “Durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas. La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa”.

[44] Decreto 289 de 2014 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones” , artículo 2.

“Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social”.

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

onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada ”. Reiterada en las sentencias T-668, T-990, T-1081, T-1117, T-1173, T-1605 y T-1674 de 2000, T-158, T-159 y T-1029 de 2001, SU-224 de 1998 y SU-079 de 2018.

[46] Adicionalmente, en la Sentencia C-110 de 2018, al resolverse las objeciones al proyecto de ley que ordenaba su vinculación directa con el ICBF, la Corte la encontró fundada al concluir “que la habilitación general para que una entidad del orden nacional establezca vínculos laborales y permanentes con las madres comunitarias y FAMI constituye una modificación sustancial de la estructura de la administración nacional por varias razones. En primer lugar (i) tendría un impacto significativo en la gestión, organización y administración del ICBF; (ii) atribuye al ICBF, de hecho, una nueva función bajo su responsabilidad directa que no tiene capacidad de atender; (iii) se trata de una reforma del régimen jurídico vigente en materia de vinculación de las madres comunitarias y sustitutas en los programas promovidos por el ICBF.

Igualmente, en segundo lugar, (iv) constituye un régimen contractual que, además de ser permanente, implicaría un impacto trascendental en la configuración y desarrollo de los diferentes programas a cargo de esa entidad.

La vinculación laboral de las madres comunitarias y las madres FAMI (v) incidiría significativamente en la estructura de la administración nacional teniendo en cuenta que, según información aportada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las primeras se acercan a un número de 44.563 al paso que las segundas corresponden a 9.632. Constituye entonces, de implementarse, (vi) una transformación que se refleja en la parte estática de la administración nacional a través de la modificación del régimen laboral del ICBF mediante la inserción de nuevo personal”.

[47] Ley 90 de 1946, artículo 2. “Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico”.

[48] Ley 90 de 1946, artículo 5. “Estarán también sujetos al régimen de seguro social obligatorios los trabajadores independientes (pequeños industriales, agricultores y comerciantes, maestros de taller, artesanos, voceadores de periódicos, lustrabotas, loteros, vendedores ambulantes, etc.), cuyos ingresos normales no excedan de mil ochocientos pesos ($ 1.800) por año.

Sin embargo, mientras el Instituto asume el seguro de estos trabajadores con el carácter de obligatorio, podrá admitirlos como asegurados facultativos” .

[49] Ley 100 de 1993, artículo 10. [50] Ley 100 de 1993, artículo 13, literal i). [51] Ley 1769 de 2015, el artículo 110 y Resolución 483 de 2016, artículo 4.

[52] Con la Ley 1187 de 2008 se adicionan algunas disposiciones. [53] “Por el cual se reglamenta el subsidio de aportes al Sistema General de Pensiones ”. Derogado mediante el artículo 39 del Decreto 3771 de 2007.

[54] Ley 100 de 1993, artículo 26. [55] Decreto 1858 de 1995, artículo 6. “Pago de aportes. Los aportes por cotización estarán a cargo del afiliado cuando éste sea independiente (…) ”.

[56] Ley 100 de 1993, artículo 25. “Créase el Fondo de Solidaridad Pensional, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la presente ley”.

Y el Decreto 1858 de 1995, artículo 11. “Transferencias del subsidio por parte del Fondo de Solidaridad Pensional. La entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, transferirá los recursos correspondientes al subsidio a las entidades administradoras de pensiones donde se encuentren afiliados los beneficiarios, dentro de los primeros diez (10) días del mes correspondiente a aquel que es objeto de la cotización (…) ”.

[57] Ver, decretos 569 de 2004, 3771 de 2007, 4944 de 2009, 1833 de 2016 y 387 de 2018, entre otros. [58] Sentencia C-081 de 2018. “Tal como se estudió previamente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 387 de 26 de febrero de 2018, con base en el artículo 212 de la Ley 1753 de 2015, que estableció que esa autoridad reglamentaría “(…) la forma como el Programa Subsidio Aporte a la Pensión se cerrará gradualmente (…)”. Dicho cuerpo normativo, en su artículo 2.2.14.5.8 consagró que: “A partir de la entrada en vigencia del presente Capítulo, se cierran las afiliaciones al Subsidio al Aporte para Pensión que adelanta el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional.

(…) En efecto, tal y como se expuso previamente, la prohibición de cambio de régimen se imponía como una barrera para las personas que requieren el auxilio, están afiliados en el RAIS y les falten diez (10) años o menos para tener derecho a la pensión de vejez, ya agotó plenamente su contenido al haberse cerrado las afiliaciones al programa de asistencia estatal”.

[59] Derogado. Durante su vigencia fue adicionado por el Decreto 1156 de 1996 y modificado por los decretos 2414 de 1998, 2681 de 2003 y 569 de 2004.

[60] El Decreto 2414 de 1998, artículo 1° amplió este periodo a 4 meses y en su artículo 2, confirió un plazo hasta el 31 de mayo de 1999 para que las personas que se encontraban en mora, se pusieran al día.

[61] El Decreto 2681 de 2003, artículo 11 amplió este periodo a 6 meses y en su artículo 10, confirió un plazo de 3 meses desde su entrada en vigencia para que las personas que se encontraban en mora, se pusieran al día. El Decreto 569 de 2004 amplió dicho periodo al 30 de abril de 2004.

[62] Decreto 1858 de 1995, artículo 9. [63] Ha sido varias veces modificado por los decretos 2963 y 3550 de 2008, 4943 y 4944 de 2009, 589 y 4048 de 2010, 211, 1542 y 1788 de 2013, 455 de 2014 y compilado en el DUR 1833 de 2016.

[64] Ley 1187 de 2008, artículo 2. “El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido.

PARÁGRAFO 1 o . Las Madres Comunitarias para ser beneficiarias de los subsidios de la subcuenta de Solidaridad, deben acreditar la calidad de Madres Comunitarias que ostenta, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces.

PARÁGRAFO 2 o . Las madres sustitutas, los agentes educativos FAMI (Familia, Mujer e Infancia), tendrán acceso al Fondo de Solidaridad Pensional, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley" .

[65] Ley 509 de 1999, artículo 6. "El monto del subsidio será equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad ".

[66] Decreto 3771 de 2007, artículos 24 y 37. [67] Reglamentada mediante el Decreto 289 de 2014 y modificada por las leyes 1739 de 2014, 1753 de 2015, 1819 de 2016 y 1943 de 2018. Adicionalmente es de destacar que el Consorcio Colombia Mayor nació como una alianza entre la Fiduprevisora S.A., Fiducoldex S.A. y Fiducentral S.A., y tiene por objeto administrar los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, en virtud del contrato de fiducia pública No.216 de 2013, suscrito con el Ministerio del Trabajo. En tal calidad, tiene a cargo las subcuentas de solidaridad y subsistencia, con las que financia el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión y el Programa de Solidaridad con el Adulto Mayor, Colombia Mayor.

[68] Decreto 387 de 2018, artículo 2.2.14.5.10. "Ex Madres comunitarias. Para las personas que dejaron de ser madres comunitarias a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011, que cumplan con lo establecido en los artículos 2.2.14.5.3. y 2.2.14.5.4. del presente capítulo y destinen los recursos del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos al pago de una suma de dinero mensual o beneficio económico periódico hasta su muerte, se les reconocerá adicionalmente el beneficio de que trata el artículo 2.2.14.3.2 del Decreto 1833 de 2016 en las mismas condiciones definidas en el título 13 del citado decreto. Igualmente, aplica para las ex madres sustitutas objeto del beneficio regulado en el artículo 2.2.14.4.3. del Decreto 1833 de 2016".

[69] Decreto 387 de 2018, artículo 2.2.14.5.8. "Afiliaciones al Subsidio al Aporte para Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional. A partir de la entrada en vigencia del presente Capítulo, se cierran las afiliaciones al Subsidio al Aporte para Pensión que adelanta el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional Sin embargo, se podrá vincular excepcionalmente la siguiente población:

(…) 4. Madres sustitutas, siempre que no sean afiliadas obligatorias al Sistema General de Pensiones". [70] Adicionalmente, se destaca que en la Sentencia C-100 de 2019, la Corte concluyó que el PSAP no ha sido el único beneficio previsto para este grupo poblacional, sino que se han establecido las siguientes subvenciones:

"En suma, el régimen jurídico vigente prevé un grupo de instrumentos de amparo durante la vejez de quienes contribuyen al desarrollo de los programas de protección de la niñez del ICBF. Tal regulación ha comprendido (i) apoyos económicos para la realización de los aportes al sistema de seguridad social;

(ii) el reconocimiento de subsidios especiales a madres comunitarias y madres sustitutas; (iii) el gradual proceso de formalización laboral; y (iv) la posibilidad de acceder al programa de los BEPS. Para la Corte es relevante resaltar el hecho de que el subsidio previsto en las disposiciones objetadas -que sería cubierto por la cuenta de subsistencia- no tiene como propósito apoyar el esfuerzo en la realización de cotizaciones al sistema de seguridad social sino, en una dirección diferente, otorgar un subsidio permanente a la vejez".

[71] Supra numeral 3 de la presente sentencia. [72] Supra numeral 31 de la presente sentencia. [73] Supra numeral 35 de la presente sentencia.

[74] Ley 1769 de 2015, el artículo 110 y Resolución 483 de 2016, artículo 4. [75] Con la Ley 1187 de 2008 se adicionan algunas disposiciones.

[76] Supra numeral 40 de la presente sentencia. [77] Según el informe " ¿Cuáles son los patrones? Asesinatos de líderes sociales en el post acuerdo ", realizado por la Comisión Colombiana de Juristas, La Universidad Nacional y otras organizaciones, " el segundo perfil de liderazgo más afectado, medido en número de asesinatos, es el cívico comunal,

con el 20,23% de los homicidios (52 casos). Bajo esta categoría se agrupan una multiplicidad de actividades de líderes sociales…Entre ellos se encuentran docentes, madres comunitarias, exfuncionarios públicos que actualmente no ostentan ningún cargo oficial, directivos en cooperativas, entre otros ”.

http://iepri.unal.edu.co/fileadmin/user_upload/iepri_content/boletin/patrones6.pdf [78] Rebecca J. Cook & Simone Cusack. Estereotipos de género, perspectivas legales transnacionales, Universidad de Pensylvania, 2009.

[79] Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1981 [80] M.P. Carlos Bernal Pulido. [81] Solicitud directa (CEACR) - Adopción:

2016, Publicación: 106ª reunión CIT (2017) Convenio sobre igualdad de remuneración. [82] M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU273-19.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.