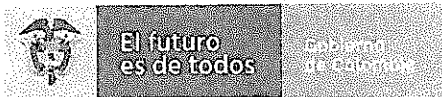




Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
 Cecilia De la Fuente de Lleras
 Regional Valle del Cauca
 Dirección Regional

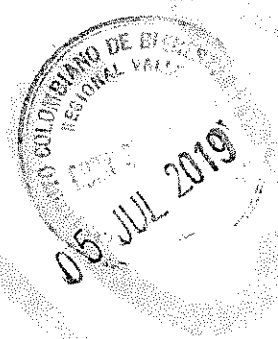


76-10000

Santiago de Cali

Señor(a)
CONSUELO LUNA Viuda DE MENESES
 Peticionario(a)
 Carrera 6 #16 – 28 Barrio Luis Carlos Galán II Etapa
 Restrepo, Valle del Cauca

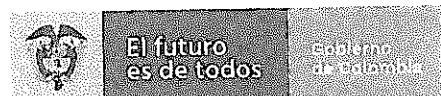
ICBF-Cecilia de La Fuente de Lleras
 Al contestar cite No. : S-2019-361888-7600
 Fecha: 2019-06-26 10:01:05
 Enviar a: CONSUELO LUNA VIUDA DE MENESES
 No. Folios: 5



	Observaciones:		Observaciones:		
	Centro de Distribución		Centro de Distribución		
	Nombre del distribuidor		Nombre del distribuidor		
	Fecha 1		Fecha 2		
No Resueltos		Fuera Mayor		Aparato Clausurado	
Dirección Errada		Fallado		No Resueltos	
Cerrado		Revisado		No Resueltos	
de Devolución		Desconecta		No Existe Número	
Motivos		472		2	



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Valle del Cauca
Dirección Regional



76-10000

Santiago de Cali

Señor(a)
CONSUELO LUNA Viuda DE MENESES
Petitionario(a)
Carrera 6 #16 – 28 Barrio Luis Carlos Galán II Etapa
Restrepo, Valle del Cauca

ICBF-Cecilia de La Fuente de Lleras
Al contestar cite No. : S-2019-361888-7600
Fecha: 2019-06-26 10:01:05
Enviar a: CONSUELO LUNA VIUDA DE MENESES
No. Folios: 5

ASUNTO: Respuesta Derecho de Petición SIM 14752895 sobre reconocimiento y pago de aportes en pensión

En atención a la solicitud del asunto, presentada a la Dirección del ICBF Regional Valle, mediante la cual requiere **“Dese cumplimiento a la orden de la Corte (en referencia a la Sentencia de Tutela 480 de 2016) en el sentido de reconocer y pagar a las madres comunitarias los aportes parafiscales en pensiones causados y dejados de pagar. Para dar cumplimiento a la anterior solicitud, se deberá tener en cuenta como tiempo de servicio la información que reposa en el centro Zonal Buga, conforme a lo que certifique el operado, correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la vinculación con el programa”**, en el marco de mis competencias, con el fin de responder de fondo su petición le manifiesto las siguientes consideraciones:

A. Hogares Comunitarios de Bienestar y madre comunitaria.

Estos fueron creados como una estrategia de un Plan de Lucha contra la Pobreza Absoluta y la Generación de Empleo, regulados por la Ley 89 de 1988, el Decreto 2019 de 6 de septiembre de 1989 “por el cual se reglamenta el parágrafo 2o del artículo primero de la Ley número 89 del 29 de diciembre de 1988” y el Acuerdo 21 de 1989 de la Junta Directiva del ICBF “por el cual se dictan procedimientos para el desarrollo del programa hogares comunitarios de Bienestar”.

El art. 1º del Decreto 2019 de 1989 clarifica que los Hogares Comunitarios de Bienestar previstos en el parágrafo 2º del art. 1º de la Ley 89 de 1988 “se constituyen **mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales, para que las familias en acción mancomunada atiendan las necesidades básicas** de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país” (énfasis agregado al original), y en el mismo sentido el art. 1 del Decreto 1340 de 1995.

El Programa fue concebido como un referente comunitario, en virtud de la corresponsabilidad de toda la sociedad y del Estado en la protección de su núcleo fundamental: la familia. El art. 3 del Decreto 1340 de 1995 establece que “**el funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares**

Comunitarios de Bienestar, es ejecutado directamente por la comunidad a través de Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias”¹.

Para tal fin, el ICBF suscribe contratos de aporte con dichas Asociaciones de Padres de Familia o con otras organizaciones comunitarias, *“quienes atenderán niños menores de siete años organizados en grupos con diferentes edades que aseguren el proceso de socialización e interacción familiar”²*

Para el financiamiento del programa, el ICBF realiza un aporte a la Asociación de Padres u organización comunitaria quien es la encargada de *administrar* tales recursos los cuales *“se destinarán para financiar la dotación inicial, la capacitación, la beca, la supervisión y la evaluación”³*. La beca está formada por *“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”⁴*.

Los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionan 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.

La naturaleza jurídica de la relación entre las madres comunitarias y las entidades o personas que participan en el Programa, está regulada por el artículo 4 del Decreto 1340 de 1995, así:

“La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad que participen en el programa de “Hogares de Bienestar”, mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones y organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen”⁵

Régimen en materia pensional.

Respecto del tema pensional, el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008 indicó:

¹ Decreto 1340 de 1995. Artículo 3º.

² Acuerdo 21 de 1996. Artículo Artículo 5º literal d).

³ *Ibidem*, art. 4º.

⁴ *Ibidem*, art. 4º.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-628 de 2012.

“Artículo 2. ACCESO AL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL. De conformidad con lo previsto por la Ley 797 de 2003, *El Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales.*

El 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” (...).

El artículo 6 de la Ley 509 de 1999 fijó el monto del subsidio en el ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y estableció su duración “*por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad*”.

En lo relacionado con el Sistema de Riesgos Profesionales, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 previó en el inciso 2º del art. 165 de la Ley 1450 de 2011 que “*se les reconocerá un incremento que, como trabajadoras independientes, les permita en forma voluntaria afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales*”.

En pensiones, el régimen de las madres comunitarias también es distinto del de los trabajadores independientes, quienes asumen la totalidad de aporte.

Desarrollo legal y jurisprudencial.

La Corte Constitucional en sentencia **T - 628 de 2012**, realizó un detallado análisis del régimen de las madres comunitarias, reconociendo a esta población como trabajadoras independientes con un régimen diferencial en lo que respecta a seguridad social por no estar obligadas a asumir la totalidad de aportes al sistema y de pensiones, siendo el Estado quien asumía una parte de los mismos, obedeciendo a la lógica misma del Programa, cual es la responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas.

De la misma manera, a través de diferentes fallos, se ha pronunciado sobre la no existencia de la relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF como erróneamente lo manifiesta la petición, entre los ellos podemos destacar las sentencias **SU 224 de 1998**, **T - 269 de 1995**, **T-668 de 2000**, **T-990 de 2000** y la **T - 1173 de 2000**.

Formalización de las madres comunitarias.

El artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 estipuló que las Madres Comunitarias debían ser vinculadas en procura de garantizarles el salario mínimo legal mensual vigente, sin que ello implicara otorgarles la calidad de funcionarias públicas.

El Decreto 289 de 2014 que reglamentó la norma antes indicada, estableció que las Madres Comunitarias serían 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.

Bajo el contexto anterior, la labor de las Madres Comunitarias no ha involucrado ninguna vinculación laboral con el ICBF, y fue hasta la expedición del Decreto 289 de 2014 que se estableció la vinculación laboral de las Madres Comunitarias con las Entidades Administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, hecho que se ha formalizado desde febrero de 2014, siendo las EAS (Entidades Administradoras del Servicio) quienes tienen la condición de único empleador, erigiéndose como trabajadoras dependientes de las mismas.

Inexistencia de la relación laboral con el ICBF.

El ICBF, al suscribir contrato de aporte lo hace con una persona jurídica, una Asociación de Padres, asociaciones comunitarias, u otra entidad sin ánimo de lucro, y estas a su vez efectúan los procedimientos para dar cabal cumplimiento al objeto del contrato de aporte. Por tal motivo la relación contractual que contrae el ICBF es con la persona jurídica y en ningún caso con las personas por éste contratadas.

Por otra parte, la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado entre la vinculación laboral ordinaria y la vinculación laboral administrativa. En este último caso, además de los elementos que configuran la relación laboral ordinaria, la Constitución y la ley establecen tres (3) elementos adicionales para los empleos públicos, a saber:

"1.) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad (art. 122 C. P.). Si el empleo no está previsto en la respectiva planta de personal, es imposible aceptar que se puede desempeñar lo que no existe. 2.) La determinación de las 'funciones' propias del cargo ya previsto en la planta de personal (Art. 122 de la C. P.). Para la determinación de dichas funciones se tienen en cuenta las de la Entidad, de la dependencia donde se labora y de la labor que cumple; especialmente se observan Los Manuales 'general y el específico' de funciones y requisitos aplicables. La 'obligación' del empleado es la de cumplir los mandatos del ordenamiento jurídico que le competen; la desobediencia tiene relación con dichos mandatos. 3.) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los

gastos que demande el empleo, tienen que ver con el salario, prestaciones sociales, etc. (Art. 122 de la C. P.).”⁶.

En el presente caso, amén de la carencia de los elementos necesarios para que se configure una relación laboral ordinaria, no se encuentran los elementos necesarios para la existencia de una relación laboral administrativa, porque no existe en la planta de personal el cargo de madre comunitaria.

En los términos antes expuestos se ha pronunciado la especialidad laboral, por ejemplo, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia de 28 de marzo de 2008 donde mencionó lo siguiente:

“Por lo que no obstante ser cierto que el ICBF tiene la obligación de cubrir las cuotas referentes al pago de la seguridad social y prestaciones sociales de las personas que laboran en los hogares infantiles cuando éstas no sean cubiertas por las instituciones que los tienen a su cargo, en virtud a que dentro de sus potestades se encuentra la regulación y el manejo de los recursos destinados al ICBF, esto no se traduce en la existencia de un vínculo laboral entre el personal contratado por la Institución y el ICBF; pues como se advierte de las disposiciones que reglan la facultad del ICBF de suscribir tales convenios, entre la persona que contrata el ente para que se desempeñe laboralmente en el programa, con el ICBF no se configura el elemento de subordinación; así mismo, la norma es clara en afirmar que la persona jurídica con la que se contrae el contrato de aporte debe prestar el servicio con personal a su cargo.

“Por tanto, como se ha reiterado por ésta Sala, para estar en presencia de una relación laborales indispensable que concurren tres requisitos prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, advirtiendo que en el asunto de examen no se presenta éste último, pues la subordinación de la actora fue ante el Club de Leones del Socorro; y la obligación que asumió el ICBF de pagar los aportes al sistema de seguridad social no genera la subordinación que se reclama en la demanda; pues la contratación que tiene por fin consumir la función social para la cual fue diseñado el programa de los hogares infantiles, bajo la modalidad de los contratos de Aporte, ostenta naturaleza distinta de los normalmente signados por la administración pública

“Es por lo que en ningún desatino incurrió el juez de primera instancia al concluir que la relación de trabajo acreditada por la demandante lo fue con el Club de Leones del Socorro; pues de conformidad con Las Leyes que rigen La materia – Ley 7 de 1979-, las personas que laboran en los hogares infantiles dirigidos por los entes que celebran los Contratos de Aporte con el ICSF, sostienen vínculos laborales con la entidad contratista,

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia del día 28 de julio de 2005. Consejero ponente Tarsicio Cáceres Toro.

independientemente de que las mismas cumplan sus funciones bajo los parámetros establecidos por el ICSF, por potestad que es legislativa" (subrayado fuera de texto).

Así entonces, de lo anteriormente expuesto se pueden extraer cuatro (4) argumentos que evidencian la inexistencia de vínculo laboral entre el ICBF y las madres comunitarias:

1. La existencia de normas de carácter legal y reglamentario que excluyen de manera expresa vínculo laboral entre el ICBF y las Asociaciones de Padres u otras asociaciones comunitarias, entre tales asociaciones y las madres comunitarias, así como entre el ICBF y las madres comunitarias.
2. Inexistencia de vínculo contractual alguno entre las madres comunitarias y el ICBF.
3. Y, en todo caso, inexistencia de subordinación, teniendo en cuenta lo siguiente:
 - Inexistencia de jerarquía organizacional, institucional o cualquiera otra.
 - Las funciones y las obligaciones que desarrollan las madres comunitarias tienen su fuente en la distribución de competencias prevista en el artículo 44 de la Constitución Política.
 - Inexistencia de facultad disciplinaria por parte del ICBF frente a las madres comunitarias.
 - Los requerimientos de idoneidad a las madres comunitarias no significan subordinación o dependencia.
 - La corresponsabilidad en la protección integral de la familia, prevista en el artículo 42 de la Constitución Política.
4. Inexistencia de los elementos necesarios para la existencia de una relación laboral administrativa e inexistencia en la planta de personal del ICBF el cargo de madre comunitaria.

Por su parte, de cara a los señalamientos que manifiestan que el ICBF es responsable del pago de aportes a pensión de las madres comunitarias, es preciso señalar que dicha obligación no se encuentra en la Constitución, ni en la Ley.

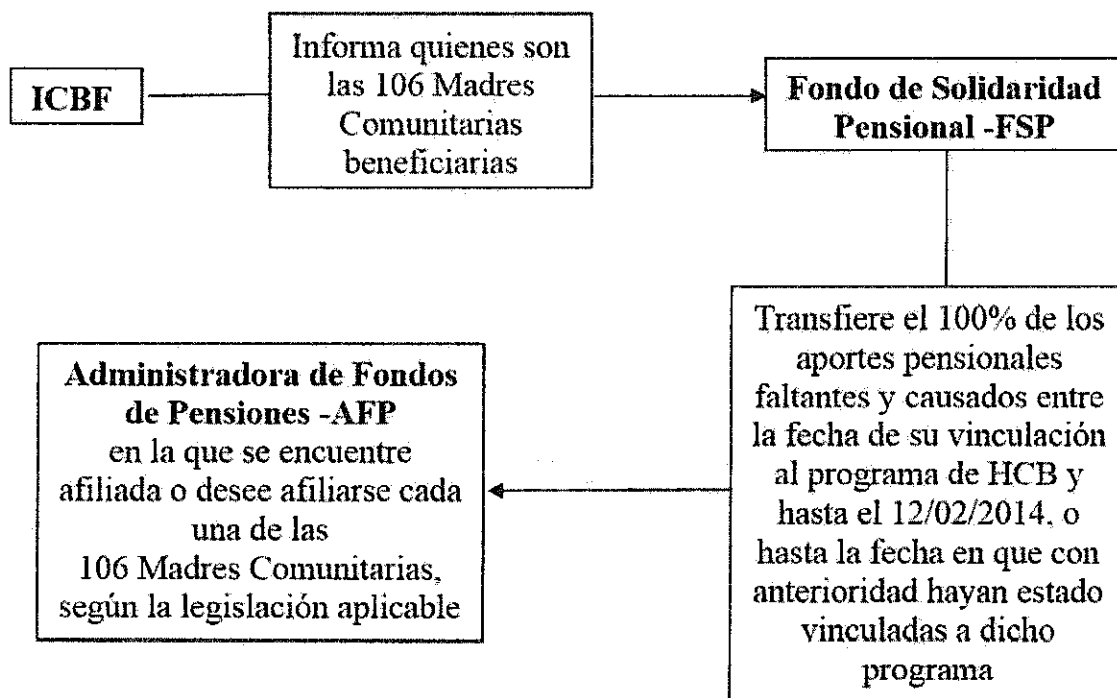
En este punto deberá considerarse que, la Sentencia T-480 de 2016 que declaró la existencia de contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF fue declarada nula parcialmente por desconocimiento del precedente judicial de la Corte Constitucional.⁷

En la providencia que se declaró la nulidad (Auto 186 de 2017), se emitieron órdenes de reemplazó, a través de la cuales se ordenó que el ICBF adelantará el trámite administrativo para

⁷ Línea jurisprudencial que implicó la nulidad de la Sentencia T-480 de 2016: T-269 de 1995, **SU-224 de 1998**, 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, la cual determina que **no existe contrato de trabajo** entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

que las madres comunitarias sean reconocidas como beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional-FSP y se fijó el siguiente esquema:

Tabla 2. Esquema de financiamiento del subsidio pensional en favor de las 106 madres comunitarias en el marco de las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008



De las consideraciones y parte resolutive del Auto 186 de 2017 se concluye que lo ordenado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF **era una obligación de hacer**, que, consistía en informar quienes eran las madres comunitarias; mientras que la obligación de pagar los aportes recayó en el Fondo de Solidaridad Pensional-FSP, que es una cuenta administrada por el Consorcio Colombia Mayor y representada por el Ministerio de Trabajo, entidades que propusieron la nulidad de las órdenes.

Aunado a lo anterior, la totalidad de las órdenes de realizar trámite administrativo para que las madres comunitarias sean reconocidas como beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional-FSP, **fueron declaradas nulas**⁸, mediante **Auto 217 de 2018** (11 de abril) la única parte que se

⁸ Página web de la Corte Constitucional (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2017/A186-17.htm>)

"NOTA DE RELATORIA: Mediante Auto 217 de fecha 11 de abril de 2018, el cual se anexa en la parte final de la presente providencia, se dispuso declarar la nulidad parcial del enunciado contenido en el primer ordinal resolutive, así como las órdenes de reemplazo comprendidas en los ordinales segundo a octavo dictadas en este mismo proveído. De igual manera se dispuso vincular al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio de Trabajo al proceso

encuentra vigente es la que declaró que entre el ICBF y las madres comunitarias no existen vínculo laboral.⁹ Lo anterior reitera que, el ICBF no tiene obligaciones frente a los aportes a pensión de las madres comunitarias.

Aserto que se encuentra respaldado inclusive por la Sentencia SU-079/18¹⁰ dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, proceso análogo a los supuestos de esta petición, en el que al estudiar los casos de 162 accionantes que solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales considerados vulnerados por el ICBF, atendiendo su desempeño como madres comunitarias y sustitutas de forma habitual, constante e ininterrumpida, sin que el Instituto les hubiere reconocido la existencia de una relación laboral ni el pago de aportes a seguridad social, el Alto Tribunal concluyó:

*"Por lo anterior la Sala Plena concluyó que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales de las accionantes, toda vez que entre la entidad y las madres comunitarias y sustitutas ni en el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral. Los Programas de Hogares Comunitarios y Sustitutos se fundamentan en una labor voluntaria y solidaria de carácter social. En consecuencia, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se genera la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales en su favor. Asimismo, no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados por las accionantes por parte del Consorcio Colombia Mayor 2013 ni Colpensiones, ya que se han subsidiado los aportes en pensiones de acuerdo al marco legal y reglamentario que gobierna el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión y se han registrado en la historia laboral las semanas subsidiadas de quienes se afiliaron, lo cual ha dependido del pago porcentual que le corresponde asumir a los beneficiarios del mismo y no incurrir en las demás causales de suspensión o retiro. Por tanto, en los expedientes acumulados se revocarán las decisiones de instancia que concedieron el derecho y se confirmarán las que negaron el mismo, pero por las razones expuestas en esta providencia"*¹¹.

de revisión de los fallos que dieron lugar a la Sentencia T-480/16, para que una vez integrado el contradictorio con ellos, la Sala Plena profiera nueva decisión respecto al subsidio pensional previsto en las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008" Negrilla y subrayado fuera de texto

⁹ Sala Plena de la Corte Constitucional, comunicado de prensa No. 13 de 11 de abril de 2018 <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/?a=2018> **"...se mantiene la anulación declarada en la parte inicial del resolutivo 1 del Auto 186 de 2017, por cuanto la ratio decidendi contenida en la providencia SU-224 de 1998, en relación con la naturaleza jurídica de la vinculación de las madres comunitarias con el ICBF, fue desconocida en los casos resueltos en el fallo T-480 de 2016."** Negrilla fuera de texto

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Plena. Expediente T 6.230.725 AC Sentencia SU-079/18 (Agosto 9) M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹¹ Corte Constitucional. Comunicado No. 31 Agosto 8 y 9 de 2018.

Bajo el contexto anterior, se enfatiza que no ha existido ni existe vínculo laboral alguno entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y las Madres Comunitarias, razón por la cual no resulta viable acceder a su solicitud, en tanto el Instituto no tiene obligación legal respecto de reconocimiento de acreencias laborales tales como aportes al sistema general de seguridad social en pensión, de entera responsabilidad de cada Madre Comunitaria atendiendo su calidad de trabajadoras independientes hasta antes de febrero de 2014, cuando comenzó la formalización de las Madres Comunitarias en vigencia el Decreto 289 de 2014, que estableció la vinculación laboral de las Madres Comunitarias exclusivamente con las Entidades Administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, quienes a partir de tal fecha tienen la condición de único empleador.

Cordialmente,


CARLOS HUMBERTO BRAVO RIOMAÑA
Director Regional
ICBF Regional Valle del Cauca

 Aprobó: Esperanza Claudia Bravo - Coordinadora Grupo Jurídico
Revisó: Esperanza Claudia Bravo - Coordinadora Grupo Jurídico
Proyecto: Vanessa Chacón Núñez – Abogada Grupo Jurídico