



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(SEGUNDA INSTANCIA – ORALIDAD)

DEMANDANTE: MANUELA HERNÁNDEZ GALVÁN Y OTROS

DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR – En adelante ICBF-

RADICADO: 20-001-33-33-002-2014-00337-01

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del ICBF contra la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR de fecha 12 de febrero de 2018, en la cual se accedió a las súplicas de la demanda, así:

“PRIMERO: DECLARESE la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio numero de 201412100000623 de fecha 07 de abril de 2014 suscrito por el Director regional Cesar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, de lo anterior CONDENASE al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF a RECONOCER y PAGAR el equivalente a la diferencia existente entre el setenta por ciento (70%) del SMLMV y la bonificación mensual que percibieron estas, desde el 1° de enero de 2008 o desde que acrediten el desempeño de madre comunitaria si es en fecha posterior, hasta el 31 de diciembre de 2012, a título de retroactivo, con la siguiente fórmula así:

- *70% del SMLMV (menos) BONIFICACIÓN(mensual) = Retroactivo*

A favor de las demandantes que a continuación se relacionan: (...)

Para efectuar lo anterior, el ICBF, deberá: (i) reconocer y pagar la bonificación por servicios prestados, setenta (70%) del SMLMV; y (ii) deducir el monto total que efectivamente haya recibido como bonificación cada demandante en los periodos laborales desde el 1° de enero de 2008 o desde que acrediten el desempeño de madre comunitaria si es en fecha posterior hasta el 31 de diciembre de 2012.

TERCERO: Ordenese la indexación de las sumas debidas de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada por la administración, por concepto de prestaciones sociales debidas, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha de causación del derecho.

CUARTO: Condenar en costas al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, de conformidad a lo estipulado en el artículo 188 del CPACA; como agencias en derecho se fijará el 10% de las prestaciones reclamadas.

QUINTO: Por secretaría, hágase entrega al demandante, del saldo de gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

SEXTO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación de acuerdo al artículo 247 del CPACA. Si no fuere impugnada esta decisión, una vez ejecutoriada, archívese el expediente previas anotaciones de rigor.”–Sic-

II.- ANTECEDENTES.-

Sirven de fundamentos fácticos y jurídicos a la presentación de esta demanda, los siguientes:

2.1.- HECHOS.-

De conformidad con los hechos expuestos en la demanda, las demandantes prestan sus servicios como madres comunitarias al programa Hogares Comunitarios del ICBF, dedicadas a la atención de los niños, niñas y familias, por lo que por dichos servicios perciben una bonificación o beca mensual por parte de la entidad demandada, la cual utiliza un intermediario denominado Asociación de Hogares Comunitarios, que en la mayoría de casos tiene como representante legal a la misma madre comunitaria.

Señala que lo anterior, contraría el contenido del artículo 63 de la Ley 1429 del 2010, ya que los mismos no cumplen con su naturaleza jurídica, sino simplemente funcionan con el fin de celebrar el contrato de aporte entre las demandantes y el ICBF.

Manifestó que mediante el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008, la bonificación antes mencionada fue incrementada en un 70% del SMLMV para todas las madres comunitarias sin excepción alguna, pero a pesar de existir el incremento por mandato legal, el ICBF ha sido renuente en su cumplimiento, desconociendo los derechos fundamentales de las demandantes.

Por lo anterior, se interpuso derecho de petición ante la entidad demandada solicitando el retroactivo desde el 1º de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2012, el cual fue resuelto en forma negativa.

Relató el apoderado, que debido a la situación de vulnerabilidad y escasos recursos económicos que soportan las demandantes, éstas han sido afectadas por una perturbación psicológica en su fuero interno, al haberse percatado que el aumento del 70% del SMLMV a su bonificación había sido solo un despliegue publicitario por parte del Gobierno Nacional para aparentar que le estaban dando cumplimiento a la ley.

2.2.- PRETENSIONES.-

A folios 5 y 6 del expediente, obra la solicitud de declaraciones y condenas que a continuación se transcriben:

"II. PRETENSIONES:

1. Que se decrete la nulidad del Acto Administrativo con número de radicado: 201412100000623 de fecha siete (7) de abril de 2014, proferidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho pleno de mis mandantes, como lo ordena la ley 1187 de 2008 en su artículo 4°.
2. Solicito señor Juez que como consecuencia de la anulación, se condene a pagar por parte del ICBF y a favor de todas y cada una de mis mandantes, la diferencia entre el setenta por ciento (70%) del SMLMV y la bonificación mensual que percibieron estas, desde el 1° de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2012, a título de retroactivo, el cual discriminados con esta simple formula así:
 - 70% del SMLMV (menos) BONIFICACIÓN (mensual)= RETROACTIVO
 - a) Las Madres Comunitarias percibían una bonificación mensual en el año 2008 de: \$197.000 y el 70% SMLMV en ese periodo tenía un valor de \$323.050, lo que nos da como diferencia un total de: \$126.050, mensuales.
 - b) Las Madres Comunitarias percibían una bonificación mensual en el año 2009 de: \$213.120 y el 70% SMLMV en ese periodo tenía un valor de \$347.830, lo que nos da como diferencia un total de: \$134.710, mensuales.
 - c) Las Madres Comunitarias percibían una bonificación mensual en el año 2010 de: \$221.760 y el 70% SMLMV en ese periodo tenía un valor de \$360.500, lo que nos da como diferencia un total de: \$138.740, mensuales.
 - d) Las Madres Comunitarias percibían una bonificación mensual en el año 2011 de: \$232.200 y el 70% SMLMV en ese periodo tenía un valor de \$374.920, lo que nos da como diferencia un total de: \$142.720, mensuales.
 - e) Las Madres Comunitarias percibían una bonificación mensual en el año 2012 de: \$246.500 y el 70% SMLMV en ese periodo tenía un valor de \$392.350, lo que nos da como diferencia un total de: \$145.850, mensuales.
3. Señor Juez, solicito se decrete la actualización del valor del retroactivo que se condene a pagar, desde que la obligación se hizo exigible, hasta que se efectúe el pago por parte de la entidad demandada a favor de mis poderdantes según el artículo 187 del C.P.A.C.A.
4. Señor Juez, solicito se condene a pagar a cargo del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, los intereses moratorios desde que la obligación se hizo exigible, hasta que se efectúe el pago total a favor de todas y cada una de mis mandantes con aplicación del artículo 1649 del Código Civil Colombiano y el artículo 192 del C.P.A.C.A.
5. Señor Juez, solicito se condene a pagar a cargo del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y a favor de todas y cada una de mis mandantes la suma de 100 SMLMV por los perjuicios morales sufridos a causa del daño antijurídico ocasionado, artículo 90 de la C.P., artículo 137 del C.P.C.A.

6. Que se condene en costas a EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, -ICBF-. Artículo 188 del C.P.A.C.A." -Sic-

2.3.- ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.-

2.3.1.- ADMISIÓN: Por medio de auto de fecha 29 de septiembre de 2014 el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR admitió la demanda¹, siendo debidamente notificada a las partes intervinientes y al Ministerio Público.

2.3.2.-CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: El apoderado judicial de ICBF presentó escrito de contestación el día 13 de marzo de 2015,² manifestando que algunos hechos son ciertos, otros no y otros son apreciaciones del apoderado; y en cuanto a las pretensiones, se opuso a todas solicitadas toda vez que su representada no tiene ningún vínculo con las supuestas madres comunitarias ya que no son funcionarias o contratistas de la entidad.

Indicó que, el ICBF desarrolla su función de servicio público mediante el uso de diferentes herramientas jurídicas, como es el caso del contrato de aporte, de esta manera el aportado u operado que en este caso son las Asociaciones de Padres de Familia, vinculan a las madres comunitarias para procurar el cuidado de los niños.

Especificó que para interpretar de forma adecuada el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008, debe analizarse en conjunto con el Decreto 1490 de 2008 y la Resolución 1773 de 2008, los cuales establecen las distintas modalidades ya sea de acuerdo con el tiempo de atención, el número de niños y las familias atendidas.

Precisó que en el escrito de demanda se están desconociendo los principios de igualdad material, justicia y equidad, toda vez que pretenden que se le reconozca y pague lo mismo a aquellas madres comunitarias que ejercen su actividad en un tiempo menor y atendiendo menos niños que a otras que atienden mayor cantidad de niños por un tiempo mayor, es por esto que fue necesario que por medio del Decreto 1490 de 2008 y la Resolución 1773 de 2008 se reglamentara la mencionada ley, dado que las diferentes modalidades de atención a los niños por parte de las madres comunitarias exigen un trato diferencial con fundamento en los principios antes mencionados.

Aclaró que el fin perseguido con la nulidad del acto administrativo es que se revierta la situación jurídica por él creada, modificada o extinguida, de tal suerte que se vuelva al escenario anterior, es así como en el presente caso aunque fuera declarada la nulidad de las respuestas de los derechos de petición la situación jurídica se mantendría incólume, por cuanto el Decreto 1490 de 2008 aún existe en el ordenamiento jurídico y goza de presunción de legalidad.

Señaló que las demandantes no prueban el valor de la beca pagada para así poder hacer el análisis y concluir si se cumplió o no con lo ordenado; por otra parte las madres comunitarias no son funcionarias o contratistas del ICBF, ya que estas dependen de la Asociación de Padres de Familia y no existe ningún acto administrativo que declare la vinculación de estas con la entidad.

¹Folio 205

²Folios 219-266

Como medio exceptivo propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto lo pretendido debe ser dirigido a la Asociación de Padres de Familia y no al ICBF, toda vez que no existe vínculo laboral entre las demandantes y la entidad demandada.

2.3.3.- AUDIENCIA INICIAL: El día 22 de junio de 2017 se llevó a cabo audiencia inicial³ de que trata el artículo 180 del CPACA, en la que se saneó el proceso, se resolvieron las excepciones previas, se fijó el litigio, se decretó la práctica de pruebas y se fijó como fecha para llevar a cabo audiencia de pruebas el día 30 de noviembre de 2016.

2.3.4.- AUDIENCIA DE PRUEBAS: El día 30 de noviembre de 2017 se realizó audiencia de pruebas⁴, en la que se recaudaron todas las pruebas decretadas en la audiencia inicial; luego de este trámite probatorio se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

2.3.5- PRUEBAS: Con el objeto de esclarecer los hechos y la presunta responsabilidad que recaía sobre la entidad demandada, al proceso fueron allegados los elementos probatorios que se describen a continuación:

Junto con el escrito de demanda fueron aportadas las siguientes pruebas:

- Derecho de petición de fecha 4 abril de 2014, mediante el cual las demandantes le solicitan al Director Regional del ICBF la liquidación y pago de los retroactivos desde el 1° de enero de 2008 hasta el 26 de diciembre de 2012. (v.fls.18 y 19)
- Oficio N° 201412100001333 por medio del cual el Director Regional del ICBF negó la solicitud referida previamente. (v.fls.20 y 21)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios de Tamalameque – Cesar, en el cual consta que la señora MANUELA HERNÁNDEZ GALVÁN se desempeña como madre comunitaria del hogar “ESTRELLITA” desde el 2 de septiembre de 1991. (v.fl.115)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios de Tamalameque – Cesar, en el cual consta que la señora LEIDYS HOYOS NAVARRO se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el año 2010. (v.fl.116)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora ONELFA OBESO MIER se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 1° de abril de 1998. (v.fl.117)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios el Jobo Tradicional, en el cual consta que la señora GLORIA MARÍA BELEÑO OSPINO se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 26 de noviembre de 1991. (v.fl.118)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora LAUDITH MARÍA VILLALBA

³ Folio 326-331

⁴ Folio 336-345

LIMA se desempeñó como madre comunitaria de esa asociación desde el 1° de abril de 1997 hasta el 30 de junio de 2012. (v.fl.119)

- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios de Bienestar Fami, en el cual consta que la señora EIDYS MEJÍA COLMENARES se desempeñó como madre comunitaria de esa asociación desde el 1° de septiembre de 1996 hasta el 30 de julio de 2013. (v.fl.120)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar "San José" de Palestina, en el cual consta que la señora LEDYS CECILIA AGUILERA RODRÍGUEZ se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 2 de febrero de 2001. (v.fl.121)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora NOLIDA RAMOS IDARRAGA se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 7 de febrero de 1992. (v.fl.122)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios Fami Tamalameque, en el cual consta que la señora MARITZA ETELVINA CASTRO DÍAZ se desempeñó como madre comunitaria de esa asociación desde el 2 de septiembre 1991 hasta el 30 de junio de 2013. (v.fl.123)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar "San José" de Palestina, en el cual consta que la señora NUBIS PÉREZ ARO se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 9 de septiembre de 1996. (v.fl.124)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora YOLANDA ESTHER HOYOS VIDES se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 2 de septiembre de 1996. (v.fl.125)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar "San José" de Palestina, en el cual consta que la señora NAYIBIS OLIVEROS MORENO se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 25 de enero de 1992. (v.fl.126)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora NERYS DEL CARMEN GÓMEZ CADENA se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 14 de febrero de 2001. (v.fl.127)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Sector II Tradicional, en el cual consta que la señora GRICELDA MORALES ACONCHA se desempeña como madre comunitaria del hogar "DIVINO NIÑO" desde el 2 de febrero de 2009. (v.fl.128)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora LEONOR MIRANDA RAVELO se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 2 de septiembre de 1991. (v.fl.129)

- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Sector II Tradicional, en el cual consta que la señora INGRID KATERINE BELEÑO QUINTERO se desempeña como madre comunitaria del hogar "MI TESORO" desde el 19 de julio de 2012. (v.fl.130)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar, en el cual consta que la señora LUCY PINO CHÁVEZ se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 2004. (v.fl.131)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Sector II Tradicional, en el cual consta que la señora DELCI CECILIA QUINTERO MACHUCA se desempeñó como madre comunitaria desde el 17 de septiembre de 2002 hasta el 16 de julio de 2012. (v.fl.132)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Sector II Tradicional, en el cual consta que la señora ELICETH MONTESINOS CADENA se desempeña como madre comunitaria desde el 4 de abril de 1998. (v.fl.133)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora MAIDET GUTIÉRREZ GIL se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 8 de julio de 1993. (v.fl.134)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora VIDALINA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 20 de marzo de 2007 hasta el 30 de abril de 2013. (v.fl.135)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios Fami Tamalameque, en el cual consta que la señora NOHEMÍ PANZA CAMELO se desempeñó como madre comunitaria de esa asociación desde el 1º de abril 2006 hasta el 30 de junio de 2012. (v.fl.136)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar Palestina Tradicional, en el cual consta que la señora EDITH MARTÍNEZ TORRES se desempeñó como madre comunitaria de esa asociación desde el 6 de diciembre 1988 hasta el 19 de marzo de 2014. (v.fl.137)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora MARYORIS MANIO ARRIETA se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 1º de abril 1995. (v.fl.138)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora PATRICIA DE VILLALBA se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde julio 1990. (v.fl.139)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora LILIAN ROCÍO LIÉVANO RANGEL se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 9 de julio 1990. (v.fl.140)

- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios Palestina, en el cual consta que la señora IRIS ROBLES CADENA se desempeñó como madre comunitaria de esa asociación desde el 6 de diciembre de 1988 hasta la segunda semana del mes de febrero del 2012. (v.fl.141)
- Certificado expedido por la Asociación de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora YOLIS MARÍA OBESO PEDRAZA se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 2 de febrero 1996. (v.fl.142)
- Certificado expedido por la Asociación de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora YOLIS MARÍA OBESO PEDRAZA se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 2 de febrero de 1996. (v.fl.142)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios el Jobo Tradicional, en el cual consta que la señora CÉLIDA PUPO SÁNCHEZ se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 11 de marzo del 2000. (v.fl.143)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora NANCY DEL CARMEN IMBRECHTS DEL VALLE se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 2 de septiembre 1991. (v.fl.144)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora MILADYS SURMAY se desempeña como madre comunitaria del hogar "EL SABER" desde el 2 de septiembre 1991. (v.fl.145)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar "San José" de Palestina, en el cual consta que la señora ANA JAQUELINE SARABIA se desempeñó como madre comunitaria de esa asociación desde el 4 de septiembre de 1997 hasta 2009. (v.fl.146)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora PRESENTACIÓN VEGA SALAS se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 9 de julio 1990 hasta el 30 de junio de 2012. (v.fl.147)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora DUBIS MARÍA MATTOS TORRES se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 9 de julio de 1990. (v.fl.148)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora STELA DEL CARMEN OSORIO ROBLES se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 1º de septiembre 1996. (v.fl.149)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora MARIDIS DEL CARMEN PRASCA se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 17 de julio de 1998. (v.fl.150)

- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora ALBA LUZ CONTRERAS ROBLES se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 1° de abril de 1997 hasta el 16 de julio de 2012. (v.fl.151)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar "San José" de Palestina, en el cual consta que la señora JULIANA CONTRERAS RODRÍGUEZ se desempeña como madre comunitaria de esa asociación desde el 15 de febrero de 1998. (v.fl.152)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora CERAFINA GIL ARROYO se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 9 de julio de 1990. (v.fl.153)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora MARGARITA PACHECO TORRES se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 7 de enero de 1996 hasta el 16 de julio de 2012. (v.fl.154)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora GLORIA STELLA PEDRAZA ROBLES se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 3 de febrero de 1999. (v.fl.155)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora LUZ ELIANA PRASCA ROBLES se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 4 de febrero del 2000. (v.fl.156)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios el Jobo Tradicional, en el cual consta que la señora EVERLIDE SÁNCHEZ PUPO se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 26 de noviembre de 1991. (v.fl.157)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora YARIMA SAYAS HERNÁNDEZ se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 16 de marzo del 2003. (v.fl.158)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora ELBA ESTHER VIDES PEÑALOZA se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 9 de agosto de 1991. (v.fl.159)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios Tamalameque Cesar Sector II Tradicional, en el cual consta que la señora MARLENI CECILIA LIMA RIVERA se desempeñó como madre comunitaria del hogar "MI PRIMERA EXPERIENCIA" desde el 4 de abril de 1998 hasta el 30 de junio de 2012. (v.fl.160)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar "San José" de Palestina, en el cual consta que la señora DIOSELINA GALVIS PAVA se

desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 28 de mayo del 2007. (v.fl.161)

- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora EDITH ELENA LOBO COVILLA se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 9 de agosto de 1991. (v.fl.162)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios el Jobo Tradicional, en el cual consta que la señora NOREDYS OSPINO HOYOS se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 12 de octubre de 1996. (v.fl.163)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora SILVIA ISABEL PÉREZ DEL VALLE se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 1º de abril de 1997 hasta el 30 de junio del 2012. (v.fl.164)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios Fami Tamalameque, en el cual consta que la señora OSIRIS VANEGAS VILARDIS se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 1º de septiembre de 1997 hasta el 30 de junio de 2013. (v.fl.165)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora BENEDICTA HOYOS MORENO se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 14 de febrero del 2001. (v.fl.166)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora LUZ DARY CASTILLO SÁNCHEZ se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 10 de octubre de 1991. (v.fl.167)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora RUBY MARÍA PÉREZ MIER se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 1º de julio de 1992. (v.fl.168)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora ILSE MARÍA MEJÍA MORENO se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 7 de julio de 1992. (v.fl.169)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Sector II Tradicional, en el cual consta que la señora TERESA NAVARRO MONTENEGRO se desempeña como madre comunitaria del hogar "PIEDRAS PRECIOSAS" desde el 8 de julio de 1993. (v.fl.170)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora DIONICIA VEGA PLANETA se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 9 de julio de 1990. (v.fl.171)

- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Tamalameque Cesar Tradicional, en el cual consta que la señora MARISOL GUTIÉRREZ CONTRERAS se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 2 de febrero de 1992. (v.fl. 172)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar "San José" de Palestina, en el cual consta que la señora MARIBETH CECILIA LÓPEZ HERNÁNDEZ se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 12 de febrero del 2003. (v.fl.173)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar "San José" de Palestina, en el cual consta que la señora YOLMARIS RÍOS ORTÍZ se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 27 de enero del 1997. (v.fl.174)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares de Bienestar Mixta Antequera, en el cual consta que la señora EIDA PAZ BELEÑO VIEIRA se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 2 de marzo de 2006. (v.fl.175)
- Certificado expedido por la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar 07 San Martín, en el cual consta que la señora MARTHA CECILIA SUÁREZ SAAVEDRA se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 20 de septiembre de 1989. (v.fl.176)
- Certificado expedido por la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar 07 San Martín, en el cual consta que la señora MARTHA ESMERALDA CORZO DELGADO se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 2 de abril de 2002 hasta agosto del 2013. (v.fl.177)
- Certificado expedido por la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar 07 San Martín, en el cual consta que la señora GRACIELA ÁVILES AGUILAR se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 20 de septiembre de 1989. (v.fl.176)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios Mixta de San José de las Américas, en el cual consta que la señora CEILA GÓMEZ ARMESTO se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 2 de febrero del 2004 hasta el 10 de septiembre del 2012. (v.fl.179)
- Certificado expedido por la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar 07 San Martín, en el cual consta que la señora DIOCELINA VARGAS RUEDAS se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 19 de junio de 1992. (v.fl.180)
- Certificado expedido por la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar 07 San Martín, en el cual consta que la señora BENEDIS CANTILLO GARCÍA se desempeña como madre comunitaria de la asociación desde el 1º de noviembre de 1994. (v.fl.181)
- Certificado expedido por la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar 07 San Martín, en el cual consta que la señora MARÍA DEL CARMEN PLATA ROJAS se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 6 de febrero de 2008 hasta el 16 de julio del 2012. (v.fl.182)

- Certificado expedido por la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar 07 San Martín, en el cual consta que la señora JUDITH ÁVILEZ AGUILAR se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 1° de junio de 1996 hasta el 16 de julio del 2012. (v.fl.183)
- Certificado expedido por la Asociación de Padres Comunitarios San Alberto Tradicional, en el cual consta que la señora DORA ELENA TORRES USME se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 14 de julio de 2008 hasta el día 13 de diciembre de 2011. (v.fl.184)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios San Alberto Fami, en el cual consta que la señora OMAIRA OSPINO TOVAR se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 20 de enero de 1991 hasta el día 27 de diciembre de 2011. (v.fl.185)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios San Alberto Fami, en el cual consta que la señora SOFÍA PARRA SANDOVAL se desempeñó como madre comunitaria del hogar "FAMI OSITOS FELICES" desde el 30 de octubre del 2006. (v.fl.186)
- Certificado expedido por la Asociación de Hogares Comunitarios Fami Tamalameque, en el cual consta que la señora ANDRI JOHANA MALDONADO GIL se desempeñó como madre comunitaria de la asociación desde el 8 de marzo del 2009 hasta el 30 de junio del 2013. (v.fl.187)
- Fotocopia de hecho noticioso, donde se pública aumento de bonificación mensual para las madres comunitarias. (v.fls.188-195)

Junto con la contestación de la demanda fueron aportadas las siguientes:

- Fotocopia simple de modelo de contrato de aporte firmado por el Director Regional del ICBF y por la Representante Legal de la entidad administradora del servicio. (v.fls.241-266)

Durante el trámite del proceso fueron allegadas las siguientes:

- Copia de comunicado de prensa del ICBF de fecha 12 de febrero de 2013. (v.fls.283-285)

2.3.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

Las partes intervinientes ratificaron los argumentos expuestos en el transcurrir del proceso.

2.3.5.3.- MINISTERIO PÚBLICO: el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III.- SENTENCIA APELADA.-

El JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, mediante sentencia de fecha 12 de febrero de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda de conformidad con los argumentos que se resumen a continuación:

"[...] Bajo los argumentos expuestos por la Corte Constitucional, es dable concluir que la relación que se presenta entre las madres que prestan sus servicios para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, en los hogares de bienestar comunitario, es estructuralmente laboral, por cuanto se establece de ello el cumplimiento de los elementos esenciales de una relación laboral, situación jurídica que es aplicable para las demandantes.

Conforme a los planteamientos y parámetros dispuestos en el precedente judicial que antecede, el despacho verificará si en el presente caso se encuentra probada la relación laboral que se predica de las actoras. [...]

De la prestación de servicio que se encuentra acreditada en la relación que antecede, se predica la existencia de la relación laboral entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y las demandantes, de acuerdo a los periodos en los cuales ejerció tal actividad por parte de cada demandante.

Así pues, concluye este despacho que las demandantes, han desarrollado una actividad personal, de la cual conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta acertado afirmar que en efecto existía una relación laboral entre estas y el ICBF, generándose con ello una serie de obligaciones y responsabilidades prestacionales que recaen sobre la parte demandada, puntualmente en el reconocimiento y pago de la bonificación por prestación de servicios en los términos del artículo 4° de la ley 1187 de 2008.

En este orden de ideas, el acto acusado resulta anulable y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia, teniendo en cuenta que se encuentra desvirtuada a alegada inexistencia de la relación laboral; resultando tales argumentos violatorios de los derechos constitucionales a la igualdad, derecho al trabajo y violatorio de la garantía constitucional de prohibición de discriminación de género en el trabajo, establecida en los instrumentos internacionales y en los artículos 13,25,43, y 53 de la Carta Política.

En merito a lo considerado en este proveído, se accederá a las pretensiones invocadas por la parte demandante, toda vez que en el caso sub examine se encuentra acreditado que entre las demandantes y el ICBF existió una relación laboral que justifica el reconocimiento y pago de las diferencias salariales dejadas de percibir correspondientes a los periodos laborados debidamente probados en el proceso en los términos del artículo 4° de la ley 1187 de 2008. [...]

Se condenará en costas al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF de conformidad a lo estipulado en el artículo 188 del CPACA; como agencias en derecho se fijará el 10% de las pretensiones reclamadas." –Sic-

IV.- RECURSO INTERPUESTO.-

La apoderada de la demandada ICBF presentó el 27 de febrero de 2018 recurso de apelación,⁵ en el cual se solicita que en segunda instancia se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, toda vez que a su juicio es errada la apreciación hecha por el *A quo*, al considerar que en el proceso no se disputaba la configuración de una relación laboral entre las demandantes y su representada, es decir que la sentencia recurrida desbordó la competencia establecida en la fijación del litigio, violando así el principio de congruencia y la regla de la justicia rogada.

De igual manera, incurrió en vías de hecho que hacen reprochable la decisión como lo fue que en el presente asunto no se acreditó dicha relación laboral, valorando de

⁵ Folios 409-441

manera sesgada y arbitraria las pruebas obrantes en el expediente, de las que no se puede inferir de manera alguna la conclusión a la que llegó para conceder las súplicas de la demanda, como lo es los certificados expedidos por las Asociación de Hogares Comunitarios, los cuales no denotan los tres elementos para que se configure la relación laboral como lo es la remuneración, prestación directa del servicio y subordinación, particulariza en el caso de la señora Maritza Cárdenas Robles que se le concedió el reconocimiento sin probar siquiera su calidad de madre comunitaria.

Respecto al sustento jurídico del *A quo*, afirma que fue errado al tomar como fundamento la sentencia T-480 del 2016, pues no se puede considerar que las demandantes en los dos casos estén revestidas con las mismas características y así mismo la sentencia fue anulada de manera parcial por la Corte Constitucional en Auto 186 de fecha 17 de abril de 2017.

Resalta que la validez del oficio demandando no se ve afectada por el auto proferido por el Consejo de Estado de fecha 19 de diciembre de 2014, toda vez que fue emitido el 7 de abril de 2014, es decir con anterioridad a la suspensión provisional de la cual se sirvió el Juez para tomar su decisión.

Reitera que durante el proceso no fue acreditado que dentro del 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2012 hayan cumplido las demandantes con los requisitos de modalidad de atención en tiempo y número de niños atendidos, necesarios para pretender el pago de la modalidad mayor, pues la simple afirmación por parte de las actoras no constituye un sustento probatorio para que su representada sea condenada.

Aclara que si bien la entidad demandada fue la que expidió el acto administrativo demandado, no es quien debe responder por lo pretendido en esta acción, por cuanto no existe un vínculo de carácter laboral entre las demandantes y el ICBF.

Finaliza precisando que, por sustracción de materia no es procedente la condena en costas ni agencias en derecho, ya que si bien es cierto que las entidades públicas demandadas vencidas en juicio podrán ser condenadas en costas no es menos cierto que dicha condena se debe medir con la conducta temeraria que se compruebe asumida en la litis, y en el presente caso su representada actuó con conductas ajustadas a derecho y lealtad procesal.

V.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.-

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR mediante auto de fecha 31 de mayo de 2018⁶ admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 12 de febrero de 2018, ordenando notificarle personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, trámite que se surtió en debida forma.

Posteriormente, mediante auto de fecha 21 de junio de 2018,⁷ se corrió traslado a las partes por un término común de 10 días para alegar de conclusión y al Ministerio Público por 10 días más para que emitiera su concepto, haciendo uso de este derecho la parte demandada, quien a través de su apoderada reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

⁶Folio 451

⁷Folio 454

La parte demandante no se pronunció al respecto.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia.

VII.- CONSIDERACIONES.-

Surtidas las etapas procesales previstas en el Código Contencioso Administrativo para la instancia, procede el Sala a decidir el recurso de apelación propuesto por el apoderado del ICBF, en contra de la sentencia de fecha 12 de febrero de 2018, proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, conforme a las siguientes precisiones:

7.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.2.- FIJACIÓN DEL LITIGIO.-

Corresponde a la Sala en esta oportunidad establecer si se ajusta a derecho la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR de fecha 12 de febrero de 2018, al ordenar al ICBF que efectúe el reajuste y la liquidación de la bonificación mensual que perciben las madres comunitarias, equivalente al 70% del salario mínimo legal mensual vigente.

7.3.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.-

En la Sentencia SU-273/19, la H. Corte Constitucional definió su posición frente a la vinculación de las madres comunitarias con el ICBF, señalando:

“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" (negritas propias) -Supra numeral 48-" -Sic-.

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER, en providencia de fecha 13 de febrero de 2017, emitida en el proceso 05001-23-33-000-2016-02478-01(AC), indicó:

"En atención a que lo expuesto, resulta menester advertir que el contrato de aporte, previsto en la Ley 7ª de 1979⁸, es un negocio jurídico sujeto a las normas de la contratación estatal, en virtud del cual el ICBF pacta con personas naturales y jurídicas el manejo de sus establecimientos en aras de fortalecer el desarrollo de las familias y ejecutar los programas que se adelanten para ello⁹.

Ese contrato involucra la obligación del ICBF de suministrar los bienes y demás instrumentos necesarios para la prestación del servicio, que es responsabilidad del contratista, por lo que este debe vincular al personal necesario para cumplir lo pactado. Sobre el particular, el artículo 2.4.3.2.9 del Decreto 1084 de 2015¹⁰ prevé:

Por la naturaleza especial del servicio de bienestar familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.

Asimismo, el artículo 3.º del Decreto 289 de 2014¹¹ estipula que las madres comunitarias prestan sus servicios a las entidades contratistas, que por ser sus empleadores deben cumplir las obligaciones laborales a que haya lugar, como el pago de salarios, puesto que el ICBF no está obligado solidariamente a reconocerlos cuando aquellas no lo hacen. La mencionada disposición estipula:

[...] las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF.

Así las cosas, se evidencia que el ICBF no le asiste obligación alguna con las accionantes, ya que el ordenamiento jurídico prevé expresamente que es el administrador del programa comunitario, en este caso, la Fundación Ser Humano, el encargado de sufragar las obligaciones laborales, por lo que no es dable imponerle una orden al mencionado organismo en ese sentido.

En virtud de lo expuesto, se confirmará parcialmente la sentencia impugnada que amparó los derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital, trabajo y dignidad humana de las accionantes; sin embargo, se revocará el ordinal 3.º de la parte decisoria de dicha providencia, toda vez que el ICBF no debe asumir las obligaciones laborales reclamadas, porque no tiene la condición de responsable solidario de la Fundación Ser Humano." -Sic-

En el mismo sentido, la Sección Primera del H. Consejo de Estado, Consejera

⁸ «Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones».

⁹ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, M. P. Enrique Gil Botero, expediente 76001-23-25-000-1995-01884-01.

¹⁰ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación».

¹¹ «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones».

Ponente: Dra. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, en providencia de fecha 6 de abril de 2017, emitida en el proceso 05001-23-33-000-2016-02470-01(AC), señaló:

“La Jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en relación con el desarrollo legal y jurisprudencial que ha tenido el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar –HCB-¹², en las que se ha clarificado que dicho programa surgió con ocasión del Plan de Lucha contra la Pobreza Absoluta y para la Generación de Empleo aprobado en diciembre de 1986 por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). Allí se inscribió el Programa con el fin de atender a la población infantil más pobre de los sectores sociales urbanos y rurales del País.

Posteriormente, mediante la Ley 89 de 1988 se incrementaron los aportes al ICBF con el fin de dar continuidad, desarrollo y cobertura a los HCB de las poblaciones infantiles más vulnerables del País, los cuales fueron definidos en el parágrafo 2 del artículo 1° de dicha normativa como “aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país.”

El Gobierno Nacional con el fin de regular el desarrollo del Programa de HCB, expidió el Decreto 1340 de 1995, en el que dispuso que estos hogares se constituyen mediante becas asignadas por el ICBF y los recursos locales para que las familias atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del País¹³. Asimismo, consagró que el trabajo solidario de las madres comunitarias y de las demás personas y organismos de la comunidad, constituye una contribución voluntaria, teniendo en cuenta que la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implicaba relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen.¹⁴

La normativa precedente fue evaluada por el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas – PIDESC-, en las sesiones 32, 33 y 35 realizadas los días 21 y 22 de noviembre de 1995. Dicho Comité, preocupado por las condiciones laborales de las madres comunitarias, recomendó al Estado “regularizar su situación laboral, tratándolas para todos los fines como trabajadores empleados por una tercera persona”. Tal recomendación fue reiterada por el mismo Comité en las sesiones 61 y 62 celebradas el 14 de noviembre de 2001, en la que sugirió que las madres comunitarias debían ser consideradas como trabajadoras y por tanto, devengar un salario mínimo.

La Corte Constitucional en sentencia T-480 de 2016, destacó que en atención a las recomendaciones del PIDESC y de la lucha emprendida por las madres comunitarias del País, se expidió la Ley 1607 de 2012, que consagró en su artículo 36, lo siguiente:

“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

¹² Para el efecto, consultar las sentencias T480 y 018 de 2016.

¹³ Decreto 1340 de 1995. Artículo 1°: “Los Hogares Comunitarios de Bienestar a que se refiere el parágrafo 2o del artículo 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.”

¹⁴ *Ibidem*, artículo 4°: “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 u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen.”

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. Las madres sustitutas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del 2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes." (Negrilla fuera del texto).

El artículo citado en precedencia fue reglamentado por el Decreto 289 de 2014, en el que se previó lo siguiente:

"Artículo 1°. Objeto y campo de aplicación. El presente decreto reglamenta la vinculación laboral de las Madres Comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Artículo 2°. Modalidad de vinculación. 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.

Artículo 3°. Calidad de las madres comunitarias. De conformidad con el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF.

Artículo 4°. Empleadores. Podrán ser empleadores de las madres comunitarias, las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar que hayan sido constituidas legalmente, con capacidad contractual, personería jurídica y que cumplan los lineamientos establecidos por el ICBF.

Artículo 5°. Garantía y control sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de protección social por parte de los empleadores. Las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar constituirán las garantías requeridas para el cumplimiento de las acreencias laborales a favor de las Madres Comunitarias, las cuales deberán mantener su vigencia en los términos legales, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2923 de 1994.

Parágrafo. En caso que las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar incumplan con sus obligaciones laborales o de seguridad social respecto de las Madres Comunitarias, el ICBF podrá dar por finalizado el respectivo contrato de aporte y hacer efectivas las pólizas, para garantizar las prestaciones laborales de las Madres Comunitarias.

(...)

Artículo 7°. Calidad del servicio. El ICBF inspeccionará, vigilará y supervisará la gestión de las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar en sus diferentes formas de atención, con el fin de que se garantice la calidad en la prestación del servicio y el respeto por los derechos de los niños beneficiarios del programa, atendiendo la naturaleza especial y esencial del servicio público de Bienestar Familiar.

Parágrafo. Para los fines indicados en el presente artículo, la selección de las Madres Comunitarias estará a cargo de su respectivo empleador.

(...)" (Negrillas fuera del texto)

De lo anterior, resulta claro para la Sala y, así lo advirtió la Corte Constitucional en sentencia T-480 de 2016, que con anterioridad al Decreto 289 de 2014, la labor de la madre comunitaria no implicaba expresamente una relación laboral, no obstante, con posterioridad a dicha normativa se dejó claro que su vinculación tenía que ser a través de contrato de trabajo, con el fin de que las madres comunitarias tengan todas las garantías y derechos del Código Sustantivo del Trabajo. Dicho contrato debía ser suscrito con las entidades administradoras del Programa HCB, las cuales, en términos del artículo 4° ibídem, son aquellas constituidas legalmente, con capacidad contractual, personería jurídica y que cumplan los lineamientos establecidos por el ICBF.

Asimismo, la normativa transcrita dejó claro que las madres comunitarias no tienen la calidad de empleadas públicas, habida cuenta de que su único empleador son las entidades administradoras del Programa HCB, razón por la que no se puede predicar la solidaridad patronal del ICBF.

Como mecanismo de garantía y control sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de protección social por parte de las entidades administradoras del Programa HCB, el artículo 5° les impuso la obligación de constituir una póliza, de tal manera que si éstas fallan en el cumplimiento de sus deberes laborales o de seguridad social, el ICBF puede dar por finalizado el respectivo contrato de aporte y hacerla efectiva, para garantizar las prestaciones laborales de las Madres Comunitarias.

En el mismo sentido, es de resaltar que según el artículo 7° del Decreto en mención, el ICBF tiene una función de inspección, vigilancia y supervisión de la gestión de las entidades administradoras del Programa HCB en sus diferentes formas de atención, con el fin de garantizar la calidad en la prestación del servicio." –Sic-

De los anteriores pronunciamientos emitidos por el Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, resulta pertinente destacar lo siguiente:

- Con anterioridad al Decreto 289 de 2014, la labor de la madre comunitaria no implicaba expresamente una relación laboral, no obstante, con posterioridad a dicha normativa se dejó claro que su vinculación tenía que ser a través de contrato de trabajo.
- Las madres comunitarias no tienen la calidad de empleadas públicas, habida cuenta de que su único empleador son las entidades administradoras del Programa HCB, razón por la que no se puede predicar la solidaridad patronal del ICBF.

De conformidad con lo expuesto, la tesis expuesta en la sentencia recurrida contraría plenamente la posición que frente al tema de las madres comunitarias mantiene el H. Consejo de Estado, por lo que esta Corporación tendrá que apartarse de la misma.

En efecto, el A quo concluyó que la relación que se presenta entre las madres que prestan sus servicios para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, en los hogares de bienestar comunitario, es estructuralmente laboral, por cuanto se establece de ello el cumplimiento de los elementos esenciales de una relación laboral.

Así pues, adujo que las demandantes han desarrollado una actividad personal, de la cual conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta acertado afirmar que en efecto existía una relación laboral entre estas y el ICBF, generándose con ello una serie de obligaciones y responsabilidades prestacionales que recaen sobre la parte demandada, puntualmente en el reconocimiento y pago de la bonificación por prestación de servicios en los términos del artículo 4° de la Ley 1187 de 2008.

De este modo, si partimos del hecho que las Madres Comunitarias no tienen la calidad de servidoras públicas, se entiende que sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, lo que impide que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF; situación que conlleva necesariamente a que se tome una decisión diferente a la emitida por el Juez de Primera Instancia.

En síntesis, no resulta procedente ordenar al ICBF que asuma el reconocimiento y pago de la bonificación antes mencionada, incrementada en un 70% del SMLMV, para todas las madres comunitarias sin excepción alguna, inclusive con retroactividad; situación que en todo caso, no implica que se estén desconociendo los derechos fundamentales de las demandantes.

7.4.- DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.-

De conformidad con lo expuesto, esta Corporación REVOCARÁ la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 12 de febrero de 2018, y en su lugar se negarán las súplicas incoadas en la demanda.

7.5.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.-

Al respecto, la Sala de Decisión acudirá al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁵, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso¹⁶.

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante,

¹⁵ «Artículo 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.»

¹⁶ «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.» (Negritas y subrayado fuera del texto original).

razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en este proceso.

7.6.- ACEPTACIÓN DEL IMPEDIMENTO.-

Atendiendo a la manifestación hecha en la Sala de Decisión por parte del doctor OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA, en el sentido de declararse impedido para participar en esta decisión por concurrir en su caso la causal prevista en el numeral 3° del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que su hermano actualmente funge como Coordinador Jurídico del ICBF, se resuelve aceptar su impedimento.

DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 12 de febrero de 2018, y en su lugar se niegan las súplicas incoadas en la demanda que nos ocupa, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: ACÉPTESE el impedimento manifestado por el doctor OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Éste proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 109.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado

(IMPEDIDO)
OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Presidente