



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós.

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	7600131050 09 2019 00361 01
Juzgado de primera instancia:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Maira Alejandra Useche Suárez
Demandado:	Instituto Colombiano De Bienestar Familiar.
Litis Consorcio por pasiva.	- La Nación –Ministerio de Trabajo. –Fondo de Solidaridad Pensional – Fsp. - Asociación de Hogares de Bienestar Familiar Alfonso Bonilla Aragón. - Cooperativa Multiactiva de Madres Comunitarias del Valle del Cauca – Coomaco Valle
Asunto:	Confirma auto –Declara no probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia.
Auto interlocutorio No.	007

I. Asunto

De conformidad con los artículos 112 y siguientes del C.P.T. y de la S.S., pasa la Sala a resolver el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de la vinculada como litisconsorte necesario por la parte pasiva, Fondo de Solidaridad Pensional, adscrito al Ministerio de Trabajo, contra el auto interlocutorio No. 3294 del 14 de septiembre de 2021, emitido por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, por medio del cual, entre otros, se declaró no probada la excepción previa de “falta de jurisdicción y competencia”, formulada por el apoderado judicial de la vinculada como litisconsorte

necesario por la parte pasiva, Fondo de Solidaridad Pensional, adscrito al Ministerio de Trabajo.

II. Antecedentes

1. La demanda y escrito de subsanación¹.

Procura Maira Alejandra Useche Suárez en el libelo introductorio: **i)** Se declare la existencia de un contrato de trabajo entre aquella y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en virtud del cual se desempeñó como madre comunitaria a su servicio, entre el 02 de febrero de 2004 al 30 de diciembre de 2014; y **ii)** Se condene a la accionada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnización moratoria, al pago de la totalidad de aportes al sistema integral de seguridad social, y a las costas y gastos procesales.

2. Mediante providencia de fecha 08 de agosto de 2019², el *a quo* decidió integrar el litisconsorte necesario por pasiva con: la Nación –Ministerio de Trabajo. – Fondo de Solidaridad Pensional –Fsp.- Asociación de Hogares de Bienestar Familiar Alfonso Bonilla Aragón, y la Cooperativa Multiactiva de Madres Comunitarias del Valle del Cauca –Coomaco Valle.

3. Contestaciones de la demanda.

3.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. ICBF.

La entidad demandada, dio contestación a la demanda³. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir la contestación de la demanda (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3.2. La Asociación de Hogares de Bienestar Familiar Alfonso Bonilla Aragón, dio contestación al libelo⁴ a través de curador ad litem. En virtud de la

¹ Págs. 4 a 26; y 52 Archivo 01Expediente.pdf

² Pág. 255-256 ibíd.

³ Págs. 195 a 254 ibídem.

⁴ Archivo 29 MemorialContestaciónDemandaCurador.pdf y Archivo 30 AclaraciónCuradoraLitis.pdf.

brevidad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir la contestación de la demanda (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3.3. La Cooperativa Multiactiva de Madres Comunitarias del Valle del Cauca –Coomaco Valle⁵, dio contestación a la demanda, y además, presentó escrito de subsanación de la misma⁶. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir la contestación de la demanda (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3.4. La Nación –Ministerio de Trabajo. –Fondo de Solidaridad Pensional – Fsp⁷, dio contestación a la demanda. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir la contestación de la demanda (Art. 279 y 280 C.G.P.).

4. Decisión de primera instancia.

Mediante auto interlocutorio No. 3294 del 14 de septiembre de 2021, la *A quo* dispuso: “1º.- (...) 2º.- *Declarar no probada la excepción previa formulada por el apoderado judicial de la vinculada como litisconsorte necesario por la parte pasiva, Fondo de Solidaridad Pensional, Adscrito al Ministerio de Trabajo, denominada “falta de jurisdicción y competencia”.* 3º.- *Prosígase con el trámite procedimental pertinente.”.*

Para adoptar tal determinación, adujo que, pese a los argumentos del Fondo De Solidaridad Pensional, tendientes a demostrar que dadas las actividades que desarrollaba la actora, estas no podían ubicarse dentro de las excepciones contenidas en el Decreto Ley 3135 de 1968, para aquellos trabajadores con actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, y que por tanto, debía ubicarse como empleada pública; señaló, que fue el mismo legislador quien a través de la expedición del Decreto 289 de 2014, ordenó que a partir de su entrada en vigencia -12 de febrero de 2014- las entidades administradoras del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, deben contratar laboralmente a las madres comunitarias.

⁵ Págs. 2 a 11 Archivo 09 MemorialContestaciónDemandaLitis.pdf.

⁶ Págs. 2 a 3. Archivo 15 MemorialSubsanaciónContestaciónDemanda.pdf.

⁷ Págs. 2 a 30 Archivo 18MemorialContestacionDemandaLitis.pdf.

Indicó que con lo anterior, se consolidó un cambio en el esquema operativo de dicho programa, pues la relación jurídica entre las madres comunitarias, el I.C.B.F. y las entidades administradoras u operadoras del Programa Hogares Comunitarios, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, en vigencia del artículo 4º del Decreto 1340 de 1995, estableció que la vinculación de las mismas, “no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo”.

Invocó el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, para luego afirmar, que dicha participación se trató de un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta, de donde se desprende que 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 I.C.B.F., al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad, pero 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, y 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, de ahí que la misma legislación es la que establece que las madres comunitarias no pueden ser consideradas como servidoras públicas.

Concluyendo, que la jurisdicción laboral es la competente para conocer del asunto, sin importar la naturaleza pública de la entidad accionada, en virtud de lo cual, declaró no probado el medio exceptivo propuesto.

4. Recuso de apelación.

El apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Trabajo – Fondo de Solidaridad Pensional – FSP, formuló y sustentó recurso de apelación contra la anterior decisión.

Manifestó, que con la ley 1707 de 2012 en su artículo 36 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se consideraba que existía un contrato privado entre las madres comunitarias y las asociaciones de padres, enseñando que ante esa situación se reglamentó dicha normativa a través del decreto 289 de 2014, en lo

concerniente a la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del programa de hogares comunitarios de bienestar, e informa que su artículo 2º advierte que esa modalidad debe darse mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras de hogares comunitarios de bienestar.

Enunció también el artículo 3º que refiere a que la calidad de las madres comunitarias, son las de una trabajadora particular, por tanto, no se puede predicar una solidaridad patronal con el ICBF, al no ostentar la condición de empleadas públicas. Añade, que la demandante no ha demandado a los hogares comunitarios de bienestar como tal, pues convocó fue al ICBF. Considerando, que es en este punto donde se genera el problema, porque la actora pretende con su demanda que se declare un contrato realidad desde el 02 de febrero de 2011 hasta la actualidad hecho 5º, por tanto observa que se está involucrando directamente a la entidad pública; radicando de ahí la falta de jurisdicción y falta de competencia.

Afirma que contrario sería si se demandara directamente a esos hogares comunitarios donde ella prestó su servicio. Por lo anterior, discurre que se debe tenerse en cuenta los criterios funcionales y orgánicos, para efectos de establecer a quién le corresponde la competencia, puesto que la demandante no prestó servicios que se puedan catalogar de mantenimiento y de obra pública, para efectos de que se dijera que ostentaba la calidad de trabajadora oficial y por tanto, estaba regida por un contrato de trabajo, habilitándola para demandar al ICBF ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Finaliza indicando, que el problema radica en que antes de febrero de 2014, aquellas no tenían vínculo con el ICBF, ni después de esa fecha, sino que por disposición de la ley, deben ser contratadas por contrato de trabajo particular, pero considera que este no es el caso, al pretenderse en la demanda por todo el tiempo laborado por la actora. Ante tal evento, no puede la jurisdicción laboral entrar a pronunciarse sobre el asunto, pues es la jurisdicción contenciosa la que debe de definir la controversia. (minuto: 0:58:41 a 1:04:19– Audiencia archivo 15).

III. Consideraciones

1. Alcance del recurso de apelación.

El artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por medio del cual se adicionó el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., regula el principio de consonancia. Este consiste en que la decisión que resuelva la apelación de autos y sentencias deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso de apelación. En consecuencia, la decisión de segunda instancia no podrá tocar los puntos que el apelante no impugnó.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si:

¿Es ajustada a derecho la decisión adoptada en primer grado, en la que se declaró no probada la excepción previa de “falta de jurisdicción y competencia”?

3. Solución al problema jurídico planteado.

3.1. La respuesta es **positiva**. Es la jurisdicción ordinaria laboral la competente para resolver el asunto, el cual gira en torno al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales de la demandante en su calidad de madre comunitaria por parte del ICBF, previa la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo con dicha Institución; en virtud del cual se dispuso la integración del contradictorio con la: Asociación de Hogares de Bienestar Familiar Alfonso Bonilla Aragón, y la Cooperativa Multiactiva de Madres Comunitarias del Valle del Cauca –Coomaco Valle; pues a voces del precedente jurisprudencial, ***no por el hecho de estar adscrita dicha asociación y cooperativa al ICBF al cual prestó sus servicios la demandante, adquiere la condición de servidora pública, cumpliéndose*** así los parámetros que esboza el art. 2º del Código Procesal del Trabajo. Por ende, se confirmará el auto de primer grado.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

El art. 2 de la Ley 712 de 2001, determina la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, señalando en su num. 1º, que conoce de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. Además, el

num. 4º dispone que conoce de las controversias relativas a la prestación de los servicios de seguridad social, sin embargo, dicho numeral fue modificado por el art. 622 del Código General del Proceso, quedando así:

“Artículo 2o. Competencia general. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”

De otro lado, el art. 104 del C.P.A.C.A., establece los asuntos de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, disponiendo:

“Artículo 104. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. (...).”

A su vez, el art. 105 ibidem, consagra los asuntos exceptuados del conocimiento de la jurisdicción administrativa y, específicamente, en el num. 4º del citado artículo, se establece que no conoce de los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales.

Al establecer la competencia de los Jueces Administrativos en primera instancia, el artículo 155 ibid., dispuso que el Juez Administrativo conocería en primera instancia entre otros, *“... De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes”*

De lo anterior se infiere que la Jurisdicción Contencioso Administrativo, conoce aquellos asuntos laborales surgidos entre los servidores públicos y el Estado, vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, es decir, asuntos en los que estén involucrados empleados públicos, también de los conflictos que se susciten con ocasión de la seguridad social, cuando su régimen se encuentre administrado por una entidad pública.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, estableció la formalización laboral de las madres comunitarias, en los siguientes términos:

“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. 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.”

En atención al artículo anterior, el Decreto 289 de 2014 reglamentó la vinculación laboral de las Madres Comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, señalando en sus consideraciones *“Que las Madres Comunitarias han venido realizando una labor solidaria a través de su contribución voluntaria al desarrollo del Programa Hogares Comunitarios, sin que exista una relación laboral entre estas y las entidades contratistas o el ICBF”* y previó lo siguiente en cuanto a la modalidad de selección, los empleadores y calidad de las madres comunitarias:

“Artículo 2o. Modalidad de vinculación. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en

*cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015> **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 3o. Calidad de las madres comunitarias. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.3 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015> 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 4o. Empleadores. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.6.5.4 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015> 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”.

Como puede observarse de las normativas anteriormente enunciadas, éstas dispusieron que las madres comunitarias se vincularían laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del programa de hogares comunitarios de bienestar y contarían con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, sin tener la condición de servidoras públicas.

Adicional a lo anterior, se trae a colación la providencia dictada el 27 de septiembre de 2017 por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, M.P. Julia Emma Garzón de Gómez, Rad. No. 11001010200020170180000 (14460-33), a través de la cual se dirimió un conflicto negativo de jurisdicciones suscitado entre la Jurisdicción Ordinaria y la

Jurisdicción Contencioso Administrativa por un asunto similar al que hoy se estudia, considerando:

“Como con acierto lo precisó la titular del Juzgado Séptimo Administrativo de Sincelejo, a la demanda promovida por la señora Ketty Enith Maldonado Jiménez surgió por la labor desplegada en las asociaciones de padres de hogares de bienestar y/o fundación y asociación, sin ánimo de lucro, entidad intermediaria del ICBF, para lo cual dice haber laborado desde el 01 de enero de 1989 al 30 de noviembre de 2014, como madre comunitaria, voluntaria, aspirando se le reconozca una relación laboral, y le sean reconocidas las prestaciones legales, tomando como pruebas los documentos anexados y detallados en el escrito de demanda. Lo anterior, significa que nos encontramos en presencia de un litigio en el cual puede afirmarse que no se demanda alguna actividad, omisión u operación administrativa, lo cual desvirtúa la competencia asignada a la Jurisdicción Contencioso Administrativa... Evidentemente en el presente litigio surge un tema que es inherente al sistema de seguridad social integral, y segundo, se origina entre un presunto trabajador voluntario y una entidad adscrita a la entidad pública como empleadora...

Tampoco por el hecho de estar adscrito al ICBF al cual prestó sus servicios la demandante, adquiere la condición de servidora pública, como lo consideró el juzgado laboral proponente del conflicto. Sobre el tema, pretinen se hace recordar lo dicho por el Consejo de Estado en Sala de Consulta y Servicio Civil el 2 de diciembre de 1996:

“Las personas que colaboran en los Hogares Infantiles mediante contrato laboral, está relación se establece con las asociaciones o entidades no gubernamentales o con los propios hogares infantiles cuando éstos estén dotados de personería jurídica; en tales casos se trata de trabajadores particulares que no tienen carácter de servidores públicos; en consecuencia no son empleados públicos ni trabajadores oficiales.”

Con todo lo afirmado, al ser objeto de la litis una controversia relacionada con el sistema de seguridad social integral, la jurisdicción para conocer del asunto radicada en la Jurisdicción Ordinaria, tal como lo dispone el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, sentido en el que se dirimirá el presente conflicto.

Por lo anterior, en esa misma línea argumentativa, y por orden del Decreto 289 del 12 de febrero de 2014 que reglamenta la formalización de las Madres

Comunitarias por parte del Presidente de la República, quién les garantizó un contrato laboral...”

3.3. Caso en concreto

En el presente asunto, se evidencia que gira en torno al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, así como a los demás emolumentos laborales de la demandante en su calidad de madre comunitaria por parte del ICBF, observándose que la actora alega la existencia de un contrato de trabajo con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entre el 02 de febrero de 2004 al 30 de diciembre de 2014; en tal virtud, la juez de instancia, de manera oficiosa ordenó la integración del contradictorio con la: Asociación de Hogares de Bienestar Familiar Alfonso Bonilla Aragón, y la Cooperativa Multiactiva de Madres Comunitarias del Valle del Cauca –Coomaco Valle. Emanando de allí, un conflicto jurídico inherente al contrato de trabajo con el hipotético pago de prestaciones sociales, originada entre una presunta madre comunitaria, siendo entonces del resorte de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, conforme lo señalado en el art. 2º del Código Procesal del Trabajo.

En este orden de ideas, como quiera que el asunto bajo estudio parte de un contrato laboral, teniendo presente el criterio fijado por el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción ordinaria laboral no carece de competencia para tramitar el presente asunto, tal y como lo concluyó *la a quo*, por lo que se hace inviable atender la tesis esbozada por el recurrente, donde pretende se declare la falta de jurisdicción y competencia en el sub examine. Máxime, cuando la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo carece de competencia para tramitar el asunto que hoy nos convoca, premisa que se sustenta, en lo indicado por la Corte Constitucional, quien mediante sentencia T-480 de 2016, al estudiar la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social de 106 madres comunitarias que demandaron al ICBF, precisó que la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para determinar la naturaleza del vínculo entre las partes en litigio:

“...35. Tal análisis adquiere mayor solidez argumentativa teniendo en cuenta que, si bien en algunos casos⁸ **esta Corporación ha indicado que la jurisdicción ordinaria es la vía para determinar la naturaleza del vínculo existente entre las madres comunitarias y el ICBF**, lo cierto es que, en otros asuntos, esta Corte también ha abordado el mérito constitucional de dicho vínculo en punto de vulneración de derechos fundamentales, por ejemplo, en los fallos T-269 de 1995, SU-224 de 1998⁹ y T-018 de 2016...” (Resalta la Sala).

Aunque mediante Auto 186 de 17 de abril de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 1º de septiembre de 2016, excluyendo el amparo al derecho al trabajo de las accionantes y las órdenes impartidas con tal propósito, lo cierto es que los criterios sobre la procedencia excepcional de la tutela y la referencia a la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral para definir la naturaleza del vínculo existente entre las madres comunitarias y el ICBF, no se constituyeron en el fundamento de dicha nulidad.

Premisas que luego son replicadas por esa misma Corporación en sentencia C-185 de 2019, en donde declaró exequible la expresión “*sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas*” contenida en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, respecto de los cargos relacionados con la vulneración de los artículos 1º, 25 y 53 de la Constitución, al indicar:

“...En suma, tanto la legislación como la jurisprudencia reiterada de la Corte han descartado expresamente, desde sus orígenes hasta el régimen actual, que exista una relación laboral de carácter público entre las madres comunitarias y el ICBF, en la medida en que el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar siempre se ha fundado, más allá de prestar un servicio, en una labor solidaria de carácter social. **Sin embargo, tal situación no impidió que el legislador les haya otorgado beneficios sociales y prestacionales como reconocimiento a su importante labor**, de manera progresiva y durante el tiempo en que

⁸ En ese sentido, consultar, entre otras, las providencias T-628 de 2012 y T-508 de 2015.

⁹ En relación con esa sentencia de unificación, si bien más adelante esta Sala hará un análisis detallado de la misma, cabe aclarar que frente a la alegada vulneración del derecho fundamental al trabajo en ese caso, inicialmente, este Tribunal únicamente se limitó a reiterar lo dicho al paso en el fallo T-269 de 1995. Luego, sin efectuar el mínimo estudio del asunto con base en la aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, lo cual debió hacerse, la Corte simplemente afirmó que los requisitos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal del servicio, subordinación y salario) no se encontraban reunidos en ese caso. Lo anterior, bastó para finalmente concluir que no existía amenaza o vulneración de dicho derecho, por cuanto ello no se podía deducir de un vínculo que no constituía una relación laboral.

todavía no se había formalizado el vínculo laboral de dichas madres con las entidades administradores del programa¹⁰, proceso que finalizó con la expedición del Decreto 289 de 2014, sustentado en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, en el que se dispuso que la relación entre ellos se sujetaría de forma obligatoria a la suscripción de un **contrato de trabajo de carácter particular**, en los términos dispuestos en el Código Sustantivo del Trabajo...”

Ello implica, que la actora no adquiriría o no se asimilaría su situación a una empleada pública, por tanto, quedó la actora habilitada para acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral, por ser la competente para resolver el asunto arriba aludido.

Colofón de lo expuesto, el recurso de apelación interpuesto por la vinculada como litisconsorte necesario por la parte pasiva, Fondo de Solidaridad Pensional, adscrito al Ministerio de Trabajo, no se encuentra llamado a prosperar. Se confirmará el auto recurrido, y se la condenará en costas de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado.

¹⁰ Con anterioridad a la formalización laboral que se dispuso a través de las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, el legislador previó los siguientes mecanismos de protección a la seguridad social integral de las madres comunitarias y sus grupos familiares: (i) En *materia de salud*, la Ley 509 de 1999 vinculó a las madres comunitarias al régimen subsidiado establecido por la Ley 100 de 1993, situación que posteriormente fue modificada por la Ley 1023 de 2006 que dispuso su afiliación, junto con la del grupo familiar, al régimen contributivo. (ii) En *materia de pensiones y protección a la vejez* se estableció: (a) la afiliación al Sistema General de Pensiones a través del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional creado por la Ley 100 de 1993, con unas reglas específicas consagradas en la Ley 509 de 1999. Es preciso señalar que, a través de la Ley 1450 de 2011, en el artículo 166, el legislador dispuso que las madres comunitarias “*que ostentaron esta condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008 y no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante este período, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado período*”, pudiendo completar las semanas requeridas para acceder a la pensión. De igual manera, el Congreso previó: (b) la vinculación al servicio complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPs) previsto en la Ley 1753 de 2015 y (c) el Subsidio de Solidaridad Pensional de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional establecido en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011. (iii) En materia de *riesgos laborales*, se les reconoció un incremento como trabajadoras independientes para que, en forma voluntaria, se afiliaran a dicho sistema, de acuerdo con el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011. En la práctica y por regla general, estos mecanismos hoy se entienden superados, al estar ahora cubiertas las madres comunitarias por un contrato de trabajo, en donde el empleador deberá cotizar al Sistema Integral de Seguridad Social, brindado todas las coberturas y prestaciones de los regímenes contributivos en materia de salud, pensiones, riesgos laborales, sistema de subsidio familiar y mecanismo de protección al cesante, como lo disponen la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la vinculada como litisconsorte necesario por la parte pasiva, Fondo de Solidaridad Pensional, adscrito al Ministerio de Trabajo, y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un 1/2 salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada
a judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)