



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dos (02) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN: ACCIÓN DE TUTELA.
PROCESO: 70-001-33-33-008-2017-00007-01.
DEMANDANTE: EDITH MARLENI ROMERO CAPELA.
DEMANDADO. ICBF

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE el día 25 de enero de 2017, dentro de la acción de tutela que instauró **EDITH MARLENI ROMERO CAPELA** en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF**.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA:

EDITH MARLENI ROMERO CAPELA, presentó Acción de Tutela en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF**-, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana y al trabajo.

1.1.1. Reseña Fáctica:

Comenta la actora que, en la actualidad tiene 66 años de edad, se ha desempeñado de manera ininterrumpida como madre comunitaria del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", en el hogar

comunitario "Mi Segundo Hogar" el cual funciona en su residencia ubicada en el Municipio de Colosó (Sucre), desde el 6 de junio de 1989, actividad de la cual deriva su sustento económico, y que actualmente cuenta con 66 años de edad.

Que las actividades que desarrolla la accionante son del giro permanente y diario del ICBF, sin las cuales no puede cumplir su función primordial, orientada a la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia.

Sostiene que, entre las labores que desempeña la accionante se encuentran las de cuidar a los 14 o más niños asignados al hogar comunitarios, prepararles y suministrarles los alimentos, organizar actividades pedagógicas y estar pendiente de su salud e higiene personal; así mismo, realizar los informes requeridos por el ICBF entre otros. Labores que son ejercidas de manera personal y subordinada, dado que las mismas son asignadas Y SUPERVISADAS por dicha entidad.

Asegura que, la jornada de la accionante inicia a las 5:00 a.m. con la preparación de los alimentos y la organización de la casa, luego a partir de las 8:00 a.m. empiezan a llegar los niños y se da inicio a las actividades lúdicas, las cuales según directrices deberían finalizar a las 4:00 p.m., pero finalizan realmente horas más tardes, cuando el último padre de familia recoge a su hijo.

Comenta la actora que, recibió como contraprestación por las funciones realizadas una beca, que por su continuidad y características se constituye en salario; que el valor de la misma desde junio de 1989 que empezó sus labores fue inferior al salario mínimo legal mensual vigente, y solo hasta el 1 de febrero de 2014 fue incrementado al salario mínimo legal mensual vigente.

Indica que, el ICBF ha creado diferentes estrategias jurídicas para desconocer una relación laboral con la accionante, por lo que desde que inició sus labores el 6 de junio hasta el 1 de febrero de 2014, le fueron vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la vida en condiciones dignas,

dignidad humana, al trabajo, entre otros, al no habersele cancelado sus derechos laborales tales como salario digno y justo, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicios, dotación, subsidio familiar, cotización a salud, pensión y ARL.

Manifiesta que, es una persona de escasos recursos, por lo que con el salario recibido por parte del ICBF desde que se desempeña como madre comunitaria no pudo cotizar de manera independiente la seguridad social en pensión, por lo cual, aunque actualmente cuenta con la edad y el tiempo para pensionarse, no cumple con el número de semanas requeridas.

Aduce que, con el ICBF existió una relación laboral, ya que se dieron los 3 elementos del contrato de trabajo como son la prestación personal del servicio, subordinación y salario, teniendo en cuenta la edad de la accionante, su estado de salud y la necesidad de tener una vida y someterla a un proceso judicial sería exponerla a una vulneración reiterada de sus derechos fundamentales.

Que la honorable Corte Constitucional, a través de sentencia t-480 de 2016, realizó un estudio exhaustivo de la vinculación laboral de las madres comunitarias y los derechos fundamentales y por ende laboral que fueron vulnerados a 106 madres comunitarias, llegando a la conclusión que por ciertas acciones ejercidas por el ICBF ante las madres comunitarias, se logró demostrar una verdadera subordinación y dependencia de estas personas con el ICBF, que estas debían prestar personalmente el servicio y que la contraprestación recibida como beca, constituía por su periodicidad y característica un verdadero salario.

1.1.2. Las Pretensiones:

Pretende la parte accionante que se le tutelen los derechos fundamentales al mínimo vital en conexidad con la vida, dignidad humana, igualdad, trabajo y seguridad social en pensión de las personas de la tercera edad, vulnerados por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, desde el 06 de junio 1989 tiempo en el cual fue vinculada como madre comunitaria al programa hogares comunitarios de bienestar y hasta la fecha y como

consecuencia:

- Se tutelen los derechos fundamentales al Mínimo Vital en conexidad con la Vida, Dignidad Humana, Igualdad, Trabajo y Seguridad Social en pensión de las personas de la tercera edad, vulnerados por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, desde el 6 de junio de 1989 tiempo en el cual fue vinculada como madre comunitaria al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta la fecha.
- Que se declare que entre EDITH MARLENI ROMERO CAPELA y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, se configuró una verdadera relación laboral, con el cumplimiento de los tres (3) elementos que la componen, prestación del servicio, remuneración y subordinación, la cual empezó desde el 6 de junio de 1989 y que se encuentra vigente hasta la fecha.
- Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, que por medio de su representante legal o quien haga sus veces, adelante el respectivo trámite administrativo que reconozca y pague a favor de la accionante, las prestaciones laborales a las que tiene derecho por la relación laboral existente desde el 6 de junio de 1989 y hasta el 31 de enero de 2014.
- Ordenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que adelante el correspondiente trámite administrativo para que reconozca y pague a nombre de la accionante los aportes parafiscales en pensiones causados y dejados de pagar desde el 06 de junio de 1989 y hasta la fecha, y que tales aportes sean consignados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, ya que en esa entidad se encuentra afiliada la accionante.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 11 de enero de 2017 (fol. 55).

- Admisión de la demanda: 13 de enero de 2017 (fol. 56).
- Notificación a las partes: 13 de enero de 2016 (fol. 59-60).
- Contestación de la demanda: 17 de enero de 2017 (fol. 61 a 70)
- Sentencia de primera instancia: 25 de enero de 2017 (fol. 71 a 76).
- Impugnación: 30 de enero de 2017 (fol. 79 a 89).
- Concesión de la impugnación: 01 de febrero de 20167(fol. 98).
- Reparto segunda instancia: 07 de febrero de 2017 (folio 1 C-2).
- Sube al despacho: 08 de febrero de 2017 (folio 2-C-2).

1.2.1. INFORME DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

El ICBF manifiesta que las personas vinculadas a los Hogares Infantiles que tienen celebrado contrato de aportes con el ICBF, no configuran relación laboral con ese organismo, sino que dicha relación laboral se crea en virtud de la ley, pero entre el operador del servicio y el personal vinculado por éste para la prestación del mismo.

Que la labor de las madres comunitarias no involucra vinculación laboral con el ICBF, siendo las Entidades Administradoras del Servicio quienes tienen la condición de único empleador, erigiéndose como trabajadoras dependientes de las mismas.

Que además, las madres comunitarias no son funcionarias o empleadas del Instituto y ni siquiera contratistas, dado que son nombradas y dependen de la Asociación de Padres de Familia de la cual hace parte su hogar de bienestar. Las Asociaciones de Padres de Familia que administran los hogares de bienestar, tampoco hacen parte de la estructura administrativa del Instituto, y el único vínculo del Instituto con las asociaciones, es el contrato de aportes que suscribe con las mismas.

Que la madre comunitaria jamás podría tener la condición de empleado público, o de trabajador oficial del Estado, al haber sido definida por la ley como una relación contractual entre dichas madres y la persona jurídica Asociación

1.3. LA PROVIDENCIA RECURRIDA¹.

El Juez de primera instancia, luego de hacer un análisis de las reglas de procedencia de la acción de tutela, y la procedencia excepcional del mecanismo de amparo para reclamar acreencias laborales, consideró, la acción de tutela dentro de esa situación fáctica era improcedente, como mecanismo único, porque existe otro mecanismo de defensa judicial, como es el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el cual una vez agotada la vía gubernativa puede iniciarse a fin de que se reconozca la existencia de una verdadera relación laboral y de ser procedente se ordene el restablecimiento de los derechos que hubiesen sido vulnerados.

A su vez, en cuanto a la vulneración al mínimo vital y a tener una vida en condiciones dignas, la misma no se encuentra configurada dado que la accionante actualmente se encuentra devengando el salario mínimo legal mensual vigente tal como lo manifiesta en los hechos de la demanda, y si bien con anterioridad al 1 de febrero de 2014, recibía como contraprestación una beca cuyo valor era inferior al salario mínimo legal mensual vigente, dicha situación de vulneración no se encuentra vigente en la actualidad.

Por último señaló el Juez de primera instancia que, tampoco procede como mecanismo transitorio, pues no demostró siquiera sumariamente la situación de vulnerabilidad; pues si bien manifiesta en los hechos de la demanda que someterla a un proceso judicial sería exponerla a una vulneración reiterada de sus derechos fundamentales teniendo en cuenta su edad, estado de salud, y la necesidad de tener una vida en condiciones dignas, no aporta prueba dentro del expediente que demuestre que efectivamente la accionante se encuentre en un delicado estado de salud, pues aunque está demostrado que ésta actualmente cuenta con 66 años de edad, ello no es sinónimo de que su

¹ Folio 71 a 76 C. Ppal.

estado de salud sea deficiente.

1.4. LA IMPUGNACIÓN².

La accionante impugnó la sentencia en mención, el día 30 de enero de 2017, en escrito donde manifiesta que, incurre el fallador en un error de derecho, al desconocer sus derechos fundamentales y el precedente judicial concerniente a la procedencia del reconocimiento de las prestaciones sociales por vía tutelar consagrado en las sentencias T 480 de 2016, T-978 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001, T-018 de 2016, entre otras.

Aduce además que, la H. Corte Constitucional precisó que la función judicial, así como la función de todas las autoridades públicas, y por lo tanto, también las atribuciones y potestades asignadas constitucional y legalmente para cumplirla, deben entenderse enmarcadas dentro de los límites que establece la Carta.

Enfatiza que una interpretación correcta del concepto de autonomía de los jueces, debe estar mediada por el concepto de sometimiento de los jueces a la Constitución y a la ley, cuya finalidad es la garantía de los principios y derechos fundamentales, y al principio de razón suficiente, de tal manera que esta potestad no puede entenderse hasta el extremo de implicar el desconocimiento de estos principios, derechos y deberes.

Asegura que en ese último fundamento, encontró la Corte Constitucional la razón de la figura de "doctrina probable" constituida por un número plural de decisiones judiciales, las cuales han sido formuladas aplicando la ley a situaciones sociales concretas y por tanto fijando el alcance de la misma frente a dichas situaciones. Frente al carácter probable de esta doctrina, la Corte evidenció que tres decisiones sobre un mismo punto de derecho pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces sobre el alcance interpretativo de la ley, pero no puede ser óbice para desconocer las interpretaciones que hace dicha Corporación.

Argumenta además que, sin dudas existe otro mecanismo de defensa como

² Folio 68 a 71 C.Ppal.

la nulidad y restablecimiento de derecho para demostrar la existencia de la relación laboral y como consecuencia el reconocimiento de los derechos pero es que la actora manifiesta estar cansada a su edad de la labor que presta, tiene 66 años de vida, y dice que no renuncia por que no quiere irse con la manos vacías después de tanto tiempo que trabajó para el ICBF, así mismo me manifiesta que no quiere que le pase como "al coronel no tiene quien le escriba de GABRIEL GARCIA MARQUEZ", que si renuncia ahora y el proceso demora mucho tiempo de que va a vivir, si sus hijos todos se casaron y todo lo que se ganan es para sostener a su familia que lo poco en lo que le colabora no le alcanza para ella sobrevivir y su esposo que también es de la tercera edad.

Indica que, presentó ante el ICBF, reclamación administrativa y mediante oficio S 2017-012699-0101, piden prórroga para responder dicha solicitud, teniendo en cuenta que según manifiestan que hay aproximadamente 7.968 solicitudes, no sabemos que tanto se puede demorar el proceso entre la primera y segunda instancia, de ahí la solicitud protección de sus derechos a través de la acción de tutela de manera subsidiaria, en el año 2015, al ICBF se le solicitó que expidiera certificación laboral del tiempo de servicio y solo certificó que en ese momento se encontraba vinculada atendiendo 14 niños pero dejaban claro que no existía ninguna relación laboral, evadiendo de esa manera la certificación solicitada

Trae a colación, que mediante sentencia T 480 DE 2016, la Corte Constitucional estudió la subsidiariedad de la acción de tutela promovida por personas que han desempeñado o cumplen la labor de madre comunitaria.

Expone que cumplido el requisito de subsidiariedad del presente medio tutelar por parte de la accionante, es pertinente esbozar que se encuentran vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad, a la vida en condiciones digna, dignidad humana, al trabajo, seguridad social, y al mínimo vital y móvil.

Se destaca que se le vulneró el derecho fundamental al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y móvil, a mi mandante, al momento que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de intermediarios,

desconoció el verdadero vínculo laboral de la accionante, toda vez que, la labor que desempeña como madre comunitaria, lo hace mediante un servicio personal, subordinado y recibe una remuneración.

El servicio personal, queda demostrado, bajo el entendido que en cumplimiento de los objetivos generales y específicos del programa de hogares comunitarios de Bienestar Familiar, el cual en sus lineamientos generales de Organización y Desarrollo de Hogares Comunitarios de Bienestar, indica entre otras funciones: *"Propiciar el desarrollo de los niños menores de siete años, mediante acciones con ellos mismos, con la familia y con la comunidad, recuperando como medio educativo por excelencia, el familiar y el comunitario."*, y además le impone mediante resolución 776 del 7 de marzo de 2011, numeral 4.1, la descripción del servicio *"Los Hogares Comunitarios de Bienestar, HCB, son una modalidad de atención a la primera infancia que funcionan mediante el otorgamiento de becas a las familias, por parte del ICBF, para que en corresponsabilidad con la sociedad y el Estado, y utilizando un alto porcentaje de recursos locales, se atiendan las necesidades básicas de afecto, nutrición, salud, protección y desarrollo psicosocial de los niños y niñas en la primera infancia, entendida esta como la etapa, comprendida desde la gestación hasta los 5 años de edad. Focaliza su atención en la población de mayor vulnerabilidad, priorizada de acuerdo con los criterios definidos por el ICBF"*.

Finalmente expone que, en asunto se puede observar claramente como se ha vulnerado el derecho fundamental al trabajo por cuanto por 26 años, no se le cancelaron los salarios conforme a la Ley, y mucho menos le reconocieron el valor de las prestaciones sociales, desconociendo en este sentido la obligación social por parte del Estado el pago de los salarios que por ley tiene derecho todo trabajador por prestar sus servicios, menoscabando el mínimo de condiciones dignas y justas a que tiene derecho el trabajador con base en los principios previstos en el artículo 53 de la Constitución.

En razón a lo expuesto solicita que se revoque el fallo impugnado y en consecuencia se proceda a la protección de los derechos fundamentales alegados.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias descritas en los antecedentes, se contrae a establecer el Tribunal en esta oportunidad, *¿Es la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para buscar el reconocimiento de derechos de carácter laboral, cuando existen medios de defensa ordinarios para ello, de los que no ha hecho uso de forma adecuada y en término, y no se demuestra un perjuicio irremediable, con el cual se acceda a ella como mecanismo transitorio?*

2.2.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política³ y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

³*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"

La acción de amparo introducida a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *"en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo"*.

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable⁴.

Por su naturaleza residual y subsidiaria⁵, la tutela no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. Como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁶, ha señalado que, *"la tutela no reemplaza a otros medios de*

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha – la acción ordinaria. ”⁷

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

La naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

En desarrollo de los anteriores presupuestos se puede mencionar:

a. La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto: Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el carácter

⁷ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si este resulta idóneo y eficaz para la protección del mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisibles acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles (sic) son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial"(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la "acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados".

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según los lineamientos Jurisprudencialmente se ha señalado que dicho perjuicio, como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable⁸:

(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

(ii) El perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

(iv) La medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.⁹ (Negrillas propias).

Como puede observarse, resulta necesario, para la valoración a que está obligado el fallador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por lo cual le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea para que sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

⁸Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

2.2.2. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA. PROCEDENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO DE ACREENCIAS LABORALES Y DE ÍNDOLE PENSIONAL:

Sea lo primero advertir que, jurisprudencialmente se ha trazado un precedente respecto al tema de la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales o derechos pensionales, dejando clara la tesis de que, la procedencia de la acción de tutela para obtener prestaciones sociales no puede desconocer el ordenamiento jurídico que prevé procedimientos adecuados para el reconocimiento de los derechos en cumplimiento del debido proceso. De esta forma, por regla general las acreencias laborales a que el trabajador tenga derecho, escapan a la procedencia del amparo en cuanto no exista afectación del mínimo vital y se hayan agotado los procedimientos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico con el fin de acreditar el derecho objeto de controversia.

Así las cosas, Cuando se trata del reconocimiento de derechos pensionales, la H. Corte Constitucional ha establecido de manera reiterada la imposibilidad, como regla general, de buscar la protección de dichos derechos por este mecanismo tras la existencia de otros medios judiciales idóneos y que son competencia ya sea de la justicia ordinaria laboral o de la justicia contenciosa administrativa, según el caso; sin embargo, de manera excepcional la Corte permite el reconocimiento de estos derechos, siempre y cuando se trate de personas de la tercera edad y cumplan con los requisitos señalados por dicha corporación en relación con: "*(i) a la afectación del mínimo vital o de otros derechos constitucionales como la salud, la vida digna o la dignidad humana, (ii) a la demostración de cierta actividad administrativa y judicial desplegada por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iii) a que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados*"¹⁰.

¹⁰ Ver Sentencias T-782 de 2014, T-249 de 2006, T-055 de 2006 y T-851 de 2006.

En este orden, la jurisprudencia constitucional, sintetizó la improcedencia de la acción de tutela, con fundamento en que **(i)** Las acreencias laborales no tienen carácter de derecho fundamental, **(ii)** existen otros mecanismos de defensa judicial, y **(iii)** solo procede la tutela de manera transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto, la siguiente sentencia nos lustra:

"Específicamente, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela no procede, en principio, cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de acreencias laborales o prestacionales, pues para ello existen otros medios de defensa judicial¹¹, (...). Sin embargo, en forma excepcional se ha admitido la procedencia de la acción de tutela, cuando se encuentre demostrada la afectación del mínimo vital del demandante, o cuando el otro mecanismo de protección señalado por la ley para el efecto y que tenga la calidad de excluyente de la tutela no sea eficaz para una salvaguarda inmediata al derecho vulnerado o en peligro.

De esta manera, el carácter subsidiario de la acción y la existencia del medio de defensa judicial hacen que, por regla general, la tutela no sea el mecanismo idóneo para ventilar conflictos de carácter laboral o económico ni para ordenar, en consecuencia, nivelaciones salariales ni el reconocimiento y pago de factores salariales ni prestacionales."¹²

De acuerdo con lo anterior, no es suficiente la vulneración o amenaza de un derecho fundamental para legitimar automáticamente la procedencia de la acción de tutela. Si bien esta circunstancia constituye un presupuesto básico, es indispensable además verificar la existencia o no del medio judicial de defensa.

En estas circunstancias, la procedencia de la tutela en el presente caso está condicionada por la necesidad de evitar un perjuicio irremediable de los accionantes (...)." ¹³(Subrayas del Tribunal).

2.2.3. DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA PARA ORDENAR EL RECONOCIMIENTO DE UNA RELACIÓN LABORAL.

La jurisprudencia constitucional, ha estudiado la procedencia del mecanismo de amparo en torno a la declaratoria de un contrato realidad, basándose en los presupuestos contenidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del

¹¹ Cfr. Corte Constitucional Sentencias T-001 de 1997 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-207 de 1997 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-273 de 1997 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-366 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz), T-616 de 1998 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), T-424 de 2001 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-372 DE 2007

¹³ Referencia: expediente T-475239, Acción de tutela instaurada por Mario Vargas Torres y otros contra la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -CVC, Magistrado Ponente:Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, veinticinco (25) de octubre de dos mil uno (2001).

Trabajo, para desarrollar la prevalencia de la realidad sobre las formas, en las relaciones laborales.

En este orden, de acuerdo a la disposición normativa se advierte que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: **(i)** La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; **(ii)**. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y **(iii)** Un salario como retribución del servicio.

Se ha señalado entonces que una vez reunidos los tres elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

También es importante mencionar que, el reconocimiento y pago de acreencias laborales, deviene de una relación laboral entre las partes o, en casos en que a la luz del artículo 53 de la Constitución.

La pretensión del reconocimiento de derechos laborales por regla general deberá ser solicitada ante la justicia ordinaria laboral o ante la justicia contenciosa administrativa, dependiendo del caso. Excepcionalmente ha dicho la Corte Constitucional que será viable dicha solicitud mediante acción de tutela cuando se trate de evitar un perjuicio irremediable, proteger el derecho al mínimo vital o para amparar los derechos de personas de la tercera edad¹⁴.

Respeto de viabilidad del Juez de tutela para pronunciarse sobre asuntos de índole laboral, ha dicho la H. Corte Constitucional:

¹⁴ Ver sentencia T-214 de 2005.

"Sobre el particular, debe señalarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los jueces en sede de tutela no pueden pronunciarse de fondo sobre el reconocimiento de prestaciones sociales, como tampoco determinar la entidad de previsión social obligada al pago de dicha carga prestacional, por cuanto carecen de la respectiva competencia para hacerlo. Lo anterior, en razón a la naturaleza legal del derecho sobre el cual versa una controversia de esa índole, que supone la existencia de otros medios de defensa judicial para reclamarlo, así como por la finalidad de la función netamente preventiva que esos jueces desempeñan frente a la amenaza o vulneración de los derechos constitucionales fundamentales, que a todas luces descarta un posible pronunciamiento declarativo de derechos de competencia de otras jurisdicciones, dada la insuficiencia del material probatorio y de los elementos de juicio en que podrían fundamentarse para proferir una decisión de esa trascendencia."¹⁵

Ha concluido el H. Corte Constitucional sobre casos análogos al que nos ocupa:

"En conclusión, la acción de tutela procede excepcionalmente para reconocer el pago de acreencias laborales y prestaciones sociales, cuando (i) se logre probar la existencia de un perjuicio irremediable que torne ineficaz o no idóneo el mecanismo ordinario de defensa judicial; y (ii) que se pruebe sumariamente la titularidad de los derechos reclamados. Por su parte, para efectos de declarar la existencia de un contrato realidad, es necesario cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 23 CST, es decir: (i) la prestación personal de una labor, (ii) la subordinación o dependencia, (iii) un salario en contraprestación al trabajo prestado. Así, si se comprueba el cumplimiento de dichos requisitos, no importa el nombre otorgado por las partes, prevalece la realidad sobre las formalidades, razón por la cual se podrá declarar la existencia de un contrato laboral y con ellos, el reconocimiento de las prestaciones sociales. Igualmente, tal como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, la declaración del contrato realidad puede probarse a través de indicios"¹⁶

Así las cosas, no será suficiente demostrar que se esté frente a cualquiera de las circunstancias anteriormente enunciadas por el Máximo Órgano Constitucional sino que adicionalmente será necesario que no haya duda alguna, **respecto a la efectiva concreción de la relación laboral entre las partes en conflicto**¹⁷.

Bastan los anteriores argumentos legales y jurisprudenciales para entrar a estudiar,

¹⁵ Ver Sentencia T-305 de 1998. Al respecto también se puede ver las Sentencias T-131 y T-169 de 1.996

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-335 de 2015. M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

¹⁷ De vieja data advertía la H. Corte Constitucional sobre el tema *"Estamos ante situaciones extraordinarias que no pueden convertirse en la regla general, ya que, de acontecer así, resultaría desnaturalizado el objeto de la tutela y reemplazado, por fuera del expreso mandato constitucional, el sistema judicial ordinario"* (Sentencia T-001 de 1997).

2.2.4. EL CASO CONCRETO.

Es claro para la Sala que en el presente asunto se busca, que entre la parte actora el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF-, se determine la existencia de una verdadera relación laboral, con el cumplimiento de los tres elementos que la componen, la cual presuntamente empezó desde el 06 de junio de 1989 y que se encuentra vigente hasta la fecha, y a raíz de esto se ordene al ente accionado al reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales a que tenga derecho y a su vez el reconocimiento y cancelación de los aportes parafiscales en pensiones causados y dejados de pagar desde dicha fecha, los cuales fueron consignados a COLPENSIONES.

Para sustentar las súplicas del mecanismo de amparo, se aportaron al plenario las siguientes documentales¹⁸:

- Cédula de ciudadanía de la señora Edith Romero Capela.
- Certificado expedido por el representante legal de la Asociación de Hogares Comunitarios Barrio La Cruz y el Recuerdo del municipio de Colosó de fecha 21 de diciembre de 2016.
- Copias de la minuta de recomendaciones.
- Copia del Formato único de Hoja de Vida de la actora.

Una vez analizado el caudal probatorio a la luz de las reglas jurisprudenciales que determinan la procedibilidad de la acción de tutela en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, considera esta Magistratura que, dicho litigio no debe ser ventilado a través de la jurisdicción constitucional, pues lo pretendido puede perseguirse por las vías legales ordinarias, toda vez que, de los hechos planteados en la presente acción no se vislumbra el carácter de inminencia, urgencia y gravedad, por lo cual no se encuentra razón alguna para pretender que por medio de la acción de tutela se desplacen y se suplan los procedimientos judiciales administrativos y ordinarios previstos para el conflicto que se invoca y que es objeto de decisión.

No obstante a la manifestación hecha por la impugnante en su recurso,

¹⁸ Folio 30 a 54 C.Ppal.

acerca de pertenecer a la tercera edad, no se acreditó la inexistencia de otros medios de defensa, pues si bien declaró que esperar la decisión de un proceso judicial sería prolongar la vulneración de su mínimo vital, también es cierto que, aun teniendo al alcance herramientas jurídicas para ventilar el pleito en sede ordinaria no prueba que estas no resulten idóneas y eficaces frente a la protección pretendida.

Se puede advertir, que la actora pudo acudir en sede ordinaria a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o por medio del proceso ordinario laboral según sea el caso, ya que el legislativo consagró estos mecanismos ordinarios de defensa para ese tipo de litigios, que se tornan idóneos para resolver sus pretensiones.

En segundo lugar, no existe prueba de la existencia de un perjuicio irremediable que sustente transitoriamente el amparo constitucional, por lo cual para esta Magistratura, considera, en el caso que nos ocupa, el accionante, debe acudir a las vías ordinarias idóneas y cuya ineficacia no se ha probado, con el fin de resolver sus pretensiones mediante la introducción de los medios de prueba pertinentes y necesarios que permitan dar aplicación a la teoría del contrato realidad aplicando para el caso las reglas de flexibilización probatorio establecidas por la Corte Constitucional, instancia donde igualmente en caso de ser esta jurisdicción la que le corresponda conocer el asunto, deberá ser analizada la figura de la prescripción frente a lo pretendido aún de oficio.

En ese orden, estima la Sala que por las particularidades que encierra el conflicto que se trae en sede de tutela, este puede ser resuelto en uso de los medios de protección ordinarios, razón por la cual, en el presente asunto, la tutela deviene improcedente.

-De los efectos de la Sentencia T-480 de 2016.

En este punto resalta la Sala, que si bien es cierto y la impugnante expone que los supuestos fácticos señalados en la presente acción de tutela, guardan identidad con los asuntos resueltos por la H. Corte Constitucional en la mentada sentencia, para esta Colegiatura no se configuran los mismos

elementos de juicio y de razón estudiados por esa honorable Corporación que motivaron a declarar la existencia de una relación laboral, legal y reglamentarias entre las madres comunitarias y el ICBF.

Lo anterior porque si bien es cierto y los extremos de la Litis guardan identidad, esto bajo el entendido que la accionante se desempeñaba como madre comunitaria y supuestamente el ICBF hacía las veces de empleador, no se aportó al plenario suficiente material probatorio como condición necesaria de toda decisión judicial, que lleve a este Tribunal a considerar que en el presente asunto la existencia de una verdadera relación laboral, pues de las documentales obrantes en el expediente, no se puede establecer con certeza el tipo de vinculación y las fechas en que ha desempeñado su labor, como tampoco existe prueba de la existencia de un contrato de prestación de servicios que por la forma de su ejecución derivó en la relación laboral cuya declaratoria se reclama.

Así las cosas, ante la ausencia de elementos probatorios que permitan establecer con certeza la existencia de un contrato realidad y la configuración de un perjuicio irremediable, la Sala considera que la acción de tutela es improcedente, razón por la cual se confirmará la sentencia impugnada.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es la proferida el día 25 de enero de 2017 por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE, por las razones y términos expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaría de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta No. 35.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA