



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

ACCIÓN: ACCIÓN DE TUTELA.

PROCESO: 70-001-33-33-008-2018-00080-01.

DEMANDANTE: ELBY ZOBEIDA GONZÁLEZ CADENA Y OTRAS.

DEMANDADO: ICBF¹

M. PONENTE: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

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 26 de abril de 2018, dentro de la acción de tutela que instauraron las señoras ELBY ZOBEIDA GONZÁLEZ CADENA, CARMEN DEL CRISTO ROMERO BORJA y AMPARO DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ ÁLVAREZ en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA:

Las accionantes, presentaron 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, al trabajo y debido proceso.

1.1.1. Reseña Fáctica:

Se resumen los siguientes supuestos de hecho:

Las accionantes manifiestan que, se desempeñan como madres comunitarias

¹ **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, en adelante ICBF.

en Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, y en ese orden, la señora Elby Zobeida González Cadena, labora desde el 13 de junio de 1987, y actualmente tiene 59 de años de edad, Carmen del Cristo Romero Borja, desde el 09 de octubre de 1988, y actualmente tiene 65 de años de edad y Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez, desde el 02 de febrero de 1987, y actualmente tiene 64 de años de edad.

Sostienen que, que hasta el 12 de febrero de 2014 recibieron por sus servicios una suma dineraria denominada como "beca" de parte del ICBF, quien no las consideraba trabajadoras sino voluntarias, en virtud del Decreto 289 de 2014, fueron vinculadas mediante contrato de trabajo, recibiendo salarios y prestaciones sociales.

Aducen las actoras, que siempre han prestados sus servicios de manera personal y directa como madres comunitarias en hogares comunitarios de bienestar, administrados por el ICBF; cumplen horarios y reciben contraprestación por sus servicios; son supervisadas y controladas por el ICBF, y reciben capacitación y adiestramiento por parte del ICBF.

En virtud de lo anterior, solicitaron al ICBF el reconocimiento y pago de todas las pensiones sociales y de la seguridad social causadas hasta el 11 de febrero de 2014, obteniendo repuesta desfavorable.

Por último afirman, que se encuentran en las mismas condiciones laborales descritas en las sentencias T-628 de 2001, T-142 de 2017, T-639 de 2017 y auto 186 de 2017 de la H. Corte Constitucional.

1.1.2. Las Pretensiones:

Se señalan en la demanda **unas principales** así:

"(sic)..

Primero: Tutelar los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo y al debido proceso de cada una de las accionantes en su condición de madres comunitarias vinculadas al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, consagrados en la constitución política de Colombia.

Segundo: Declarar la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el ICBF y cada una de las accionantes desde la fecha de vinculación como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.

Tercero: Ordenar al ICBF que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, adelante el respectivo trámite administrativo para que reconozca y pague a favor de cada una de las accionantes los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir desde la fecha de vinculación como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.

Cuarto: Ordenar al ICBF que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, adelante el respectivo trámite administrativo para que reconozca y pague a nombre de cada una de las accionantes los aportes parafiscales a la seguridad social en pensiones causados y dejados de pagar desde la fecha de vinculación como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa”.

Unas subsidiarias determinadas así, (se transcriben literalmente, aun con errores):

“(sic).. En caso de no prosperar las pretensiones principales, solicita:

Primero: Decretar la aplicación a favor de las accionantes del precedente judicial contenido en el Auto 186 de 2017 proferido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, que declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, que en su parte resolutive ordenó:

“Sexto (sic). (...) TUTELAR los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital de cada una de las cincuenta y siete (57) accionantes anteriormente relacionadas (expediente T-5.513.941), desde el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa, en los términos señalados en este fallo.

Séptimo (sic). ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, en el término de tres (3) meses siguiente a la notificación de esta providencia, adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las cincuenta y siete (57) accionantes relacionadas en este auto (expediente T-5.513.941), los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este pronunciamiento, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Esos aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria. ”

Segunda: Decretar la aplicación a favor de las accionantes del precedente judicial contenido en la sentencia T-639 de 2017 proferida por la Sala

Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, que en su parte resolutive ordenó:

PRIMERO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga - Sala Civil Familia, de fecha 14 de febrero de 2017 que revocó el fallo del 4 de enero de 2017 proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, que declaró improcedente la acción de tutela (expediente T-6.190.251), en cuanto a que se AMPARAN los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital - desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que con posterioridad se haya vinculado como madre comunitaria al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad haya estado vinculada a dicho programa, en los términos expuestos en este fallo.

SEGUNDO. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familia -ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, en el término de tres (3) meses siguiente a la notificación de esta providencia, adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de Gloria Solano (expediente T-6.190.251) los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madre comunitaria, a efecto de que obtenga su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este proveído; desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que con posterioridad se haya vinculado como madre comunitaria al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad haya estado vinculada a dicho programa. Tales aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse la referida accionante.

TERCERO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, de fecha 3 de febrero de 2017 (expediente T-6.193.730), en cuanto a que se AMPARAN los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital -desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.

CUARTO. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, en el término de tres (3) meses siguiente a la notificación de esta providencia, adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las diecinueve (19) accionantes relacionadas en este proveído (expediente T-6.193.730), los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este pronunciamiento, desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Esos aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre

comunitaria.

QUINTO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja - Sala Laboral, de fecha 3 de marzo de 2017, que revocó el fallo pronunciado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja; de fecha 25 de enero de 2017 (expediente T-6.196.094), en cuanto a que se AMPARAN los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital -desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.

Parágrafo. En cuanto la señora María Irene Tenza de Salvador, Colpensiones deberá tener en cuenta que su eventual derecho a recibir la pensión de vejez prevalecerá sobre el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a la que podría tener derecho. En consecuencia, en caso de que haya iniciado el trámite para su reconocimiento, deberá suspenderlo. De haber recibido la suma consistente al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, Colpensiones no podrá exigirle la devolución de la suma recibida y, en su lugar, deberá descontarlo periódicamente, en procura de la garantía a su mínimo vital.

SEXTO. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, en el término de tres (3) meses siguiente a la notificación de esta providencia, adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las once (11) accionantes relacionadas en este proveído (expediente T-6.196.094), los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este pronunciamiento, desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Esos aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria.

SÉPTIMO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, de fecha 31 de enero de 2017 (expediente T-6.201.064), en cuanto a que se AMPARAN los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital -desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.

OCTAVO. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, en el término de tres (3) meses siguiente a la notificación de esta providencia, adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de Claribel Muñera Pereañez (expediente T-6.201.064), los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado

como madre comunitaria, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este pronunciamiento, desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que se haya vinculado como madre comunitaria al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad haya estado vinculadas al referido programa. Esos aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse la referida accionante.

NOVENO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, de fecha 1o de marzo de 2017, que modificó el fallo pronunciado por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja, de 24 de enero de 2017 (expediente T-6.203.162), en cuanto a que se AMPARAN los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital -desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa.

Así mismo, REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, de fecha 1o de marzo de 2017, que modificó el fallo pronunciado por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja, de 24 de enero de 2017, en cuanto a que declaró improcedente la acción de tutela; para, en su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital, decisión que cobija a las siguientes accionantes:

DÉCIMO. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, en el término de tres (3) meses siguiente a la notificación de esta providencia, adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las trece (13) accionantes relacionadas en este proveído (expediente T-6.203.162), los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este pronunciamiento, desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Esos aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria.

DÉCIMO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta - Sala de Decisión Civil Familia, de fecha 29 de marzo de 2017, que confirmó el fallo pronunciado por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios (Norte de Santander), de fecha 13 de febrero de 2017 (expediente T-6.208.901), en cuanto a que se AMPARAN los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital -desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa- decisión que cobija a las siguientes accionantes:

DÉCIMO SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, en el término de tres (3) meses siguiente a la notificación de esta providencia, adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las cuarenta y tres (43) accionantes relacionadas en este proveído (expediente T-6.208.901), los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos de este pronunciamiento, desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Esos aportes deberán ser consignados al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria."

Unas accesorias distinguidas así, (se transcribe el texto literal):

"(SIC).. En caso de despachar favorablemente las pretensiones principales o subsidias, solicita:

Primera: *Sírvase emitir fallo de tutela dentro del presente proveído con aplicación de efectos inter comunis, en los términos establecidos por la Honorable Corte Constitucional.*

Segunda: *Condénese al pago de las costas generadas dentro del proceso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.*

Tercera: *Condénese al pago de agencias en derecho dentro del proceso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.*

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 12 de abril de 2018 (fol. 158).
- Admisión de la demanda: 13 de abril de 2018 (fol. 159-160).
- Notificaciones: 13 de abril de 2018 (fol. 161-162).
- Contestación de la demanda: 16 de abril de 2018 (fol. 182 a 190)
- Sentencia de primera instancia: 26 de abril de 2018 (fol. 277 a 288).
- Impugnación: 27 de abril de 2017 (fol. 291).
- Concesión de la impugnación: 03 de mayo de 2018 (fol. 292).

1.1.3. INFORMES RENDIDOS EN LA ACCIÓN DE TUTELA

.- EL ICBF², manifiesta en su informe que, la actividad de las accionantes como madres comunitarias no pueden ser verificados por el ICBF para establecer el tiempo de servicio, ya que no tenía obligación legal de construir expedientes administrativos de los hogares comunitarios, pues conforme a la normatividad, contrataba con asociaciones de padres, entidades públicas o privadas para que ejecutaran el programa.

Respecto de los hechos que indican el cumplimiento de los requisitos esenciales del contrato de trabajo, sostuvo que no son ciertos debido a que, por ley, las madres comunitarias eran trabajadoras independientes hasta el 12 de febrero de 2014.

Sostuvo además, que no se cumple con el requisito de inmediatez para la procedencia de la acción de tutela, pues las presuntas vulneraciones de los derechos fundamentales de las accionantes no son actuales y a día de hoy devengan salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que, en lo que concierne a la aplicación de precedentes judiciales, refirió que los pronunciamientos de la Corte Constitucional versaban sobre trabajadoras que cumplieron sus obligaciones constitucionales y legales, lo cual no se cumple en el presente asunto.

Afirmó que, la Corte Constitucional resolvió de manera excepcional el caso de 106 madres comunitarias por considerar que la acción ordinaria resultaba ineficaz y estableció unos parámetros en sentencia T-480 de 2016, los cuales no se cumplen en el caso bajo estudio.

Por último aduce que, hay inexistencia de acción u omisión respecto del reconocimiento de relación laboral y pago de aportes a pensión de las madres comunitarias, en razón a que éstas eran consideradas trabajadoras independientes según la ley.

.-DEL VINCULADO CONSORCIO COLOMBIA MAYOR³⁻⁴

Expuso la entidad en su informe que, funge como administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional y del funcionamiento del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión – PSA.

² Fls. 182 a 190.

³ Entidad que se vinculó al trámite, mediante auto de fecha 18 de abril de 2018 (folio 191).

⁴ Fls. 198 a 211.

Que la situación actual de las accionantes en tal programa, es de *"retiradas por haber adquirido la capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte que les corresponde"*

Sostuvo, además, que actualmente las madres comunitarias no pueden ser beneficiarías del PSAP, ya que su régimen pensional se encuentra en el contributivo y no en el subsidiado, como quiera que a través del Decreto 289 de 2014 su situación laboral fue normalizada; por ende, no tiene ningún tipo de obligación con las mismas.

Manifestó que, la Ley 1450 de 2011 creó un subsidio perteneciente a la Subcuenta de Subsistencia del FSP dirigido a aquellas madres comunitarias que dejaron de serlo sin lograr una pensión y tampoco accedieron al Programa de Beneficios Económicos Periódicos, pero los mismos están supeditados a un tiempo de servicio que establece el Decreto 1833 de 2016 y que, en todo caso, es el ICBF quien determina que madres comunitarias son las beneficiarías.

Que el Auto 186 de 2017 no tiene efectos erga omnes ni es una decisión de unificación de obligatoria aplicación en el caso concreto; así mismo, considera que hay prejudicialidad por ausencia de ejecutoria del precedente establecido en dicho auto.

Por último, indicó que a su juicio, la Corte Constitucional se extralimitó en el Auto 186 de 2017 y solicitó se denieguen las pretensiones de las accionantes, desvincular al Consorcio Colombia Mayor por falta de legitimación en la causa por pasiva y se declare improcedente la presente acción de tutela.

.-DEL VINCULADO MINISTERIO DEL TRABAJO⁵⁻⁶

Expuso que, no está legitimado por pasiva para responder por las pretensiones de las accionantes, por cuanto, no tiene injerencia en el Programa de Madres Comunitarias que maneja el ICBF, desconociendo la relación existente entre las accionantes y dicha entidad.

De igual forma, afirmó que es improcedente la acción de tutela para declarar un contrato realidad y el consecuente pago de aportes pensionales.

⁵Entidad que se vinculó al trámite, mediante auto de fecha 18 de abril de 2018 (folio 191).

⁶ Fls. 240 a 245.

Sostuvo además, que en el presente asunto es imposible aplicar la sentencia T- 480 de 2016 y el Auto 186 de 2017, debido a que el Fondo de Solidaridad Pensional únicamente subsidia cotizaciones a beneficiarios que se afiliaron al programa, se les verificaron el cumplimiento de los requisitos y hubo observancia de los recursos disponibles para tal fin; además, cambiar el porcentaje del subsidio del 80% al 100% que señala el referido auto, desnaturaliza la función, el objeto y la razón de ser el FSP, pues su finalidad es apoyar el esfuerzo que hace el trabajador no otorgar pensiones, Aunado a ello, las accionantes cuentan con el Programa de Beneficios Económicos Periódicos - BEPS. Así mismo, todas la madres comunitarias estarían formalizadas laboralmente con al proferirse la Ley 1607 de 2012 y devengarían un salario mínimo legal mensual vigente, por tanto los subsidios desaparecen desde dicho momento por pertenecer al régimen contributivo; igualmente, resulta imposible financiar aportes con anterioridad a 1996, pues el Fondo de Solidaridad Pensional fue creado por la Ley 100 de 1993, pero su operatividad sólo inició en 1996.

1.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA⁷.

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.

Señaló además, que la parte actora no alega la utilización de la tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; además, no hay evidencia en el expediente que lo acredite, aunado a que, el presente asunto no se cumple con el requisito de inmediatez de la tutela, en razón a que los servicios que presuntamente prestaron las accionantes al ICBF como madres comunitarias y por los cuales reclaman la declaratoria de una relación laboral, fueron prestados entre los años 1987 a 2014, es decir,

⁷ Fls. C. Ppal.

culminaron hace cuatro años.

Sobre la aplicación de del Auto 186 de 2017 y de la sentencia T- 639 de 2017, señaló el A quo, que se apartará de tales pronunciamientos por discrepar con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial trazada, por lo siguiente:

Que los aportes parafiscales son una contribución obligatoria que algunos empleadores deben realizar al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar por cada empleado que tenga, para que estas entidades cumplan con los objetivos para los que fueron creadas; de modo, que tales contribuciones parafiscales en materia de pensiones, devienen de la existencia de una relación laboral.

A su criterio, si bien las madres comunitarias por su edad y por otras condiciones pueden ser sujetos de especial protección para ordenar el pago de aportes parafiscales en pensión, es indispensable constatar la existencia de una relación laboral.

Igualmente, que los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el particular, coinciden en sostener que entre el ICBF y las madres comunitarias no existe relación laboral, pues sólo puede surgir entre estas y las empresas o asociaciones que administran los hogares comunitarios de bienestar familiar, en atención a que el contrato de aporte, previsto en la Ley 7a de 1979 , 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 ello.

Además argumentó, que actualmente las accionantes están vinculadas laboralmente como madres comunitarias, gozando de todos los derechos que ello conlleva, no observándose actualmente vulneración de derecho fundamental alguno; por ende, les corresponde acudir a la vía judicial adecuada para que sea resulta la controversia jurídica que en esta instancia han planteado.

Por lo anterior, y como se anotó anteriormente, resolvió, declarar improcedente la presente acción de tutela, y así mismo negar las pretensiones subsidiaras y accesorias instadas por las accionantes.

1.2.1. LA IMPUGNACIÓN⁸.

Las accionantes por conducto de su apoderado judicial, impugnaron la sentencia en mención, el día 27 de abril de 2018, argumentando que, se le dé alcance a su recurso, en aras de que se materialice la protección de los derechos fundamentales invocados, como son, la vida, la dignidad humana, la igualdad, el trabajo, el debido proceso, el mínimo vital y la seguridad social.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

I. 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

⁸ Folio 291 C.Ppal.

previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política⁹ y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

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 irremediable¹⁰.

Por su naturaleza residual y subsidiaria¹¹, 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

⁹“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”

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

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 Constitucional¹², ha señalado que, *"la tutela no remplaza a otros medios de 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."*¹³

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

¹² Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

¹³ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

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 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 irremediable¹⁴:

"(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.¹⁵" (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

¹⁴Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

II. 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*"¹⁶.

¹⁶ 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 judicial¹⁷, (...). 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."¹⁸

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 (...)." ¹⁹(Subrayas del Tribunal).

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

¹⁷ 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).

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-372 DE 2007

¹⁹ 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).

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 edad²⁰.

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

"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

²⁰ Ver sentencia T-214 de 2005.

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.”²¹

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”²²

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**²³.

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

IV. EL CASO CONCRETO.

Es claro para la Sala que en el presente asunto se busca, que entre la parte actora compuesta por las señoras ELBY ZOBEIDA GONZÁLEZ CADENA, CARMEN DEL CRISTO ROMERO BORJA y AMPARO DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ ÁLVAREZ y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF-, se determine la existencia de una verdadera relación laboral, con el

²¹ Ver Sentencia T-305 de 1998. Al respecto también se puede ver las Sentencias T-131 y T-169 de 1.996

²² CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-335 de 2015. M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

²³ 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).

cumplimiento de los tres elementos que la componen, la cual presuntamente empezó desde el año 1987 y 1988, respectivamente 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.

.-MATERIAL PROBATORIO OBRANTE EN EL EXPEDIENTE.

- Copias de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento de la señora Elby Zobeida González Cadena (Fls.46-47).
- Copia de certificación expedida el 20 de diciembre de 2014 por el representante legal de Funbienpaz (FI.48).
- Copia de certificación expedida el 23 de noviembre de 2017 por el representante legal de Asomudfavic (FI.49).
- Copia de diploma otorgado a Elby Zobeida González Cadena por el COE (FI.50).
- Copia de certificado expedido el 12 de noviembre de 2004 por la Secretaría de Salud Municipal de Sincelejo y la E.S.E. Unidad de Salud de San Francisco de Asís (FI.51).
- Copia de mención de honor concedida a Elby Zobeida González Cadena por el ICBF (FI.52).
- Copia de certificado expedido el 03 de mayo de 2004 por Intecar (FI.53).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el 30 de enero de 2014 (Fls.54-57).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el 06 de febrero de 2015 (Fls.58-61).
- Copia incompleta de contrato individual de trabajo a término fijo (Fls.62-65).
- Copia incompleta de contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el 01 de noviembre de 2016 (Fls.66-69).
- Copia de reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por

Colpensiones respecto de la señora Elby Zobeida González Cadena (Fls.70-71).

- Copia de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento de la señora Carmen del Cristo Romero Borja (Fls.72-73).
- Copia de certificación expedida el 21 de mayo de 2015 por el representante legal de Fundesorocosta (FI.74).
- Copia de certificación expedida el 21 de noviembre de 2008 por el representante legal de Asociación de Padres de Familia Hogares Comunitarios de Bienestar Corregimiento de Hato Nuevo, Corozal (FI.75).
- Copia de certificado otorgado a Carmen del Cristo Romero Borja por el ICBF y COODESPRO (FI.76).
- Copia de reconocimiento otorgado por el ICBF a la madre comunitaria Carmen Romero Borja (FI.77).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo No. 00000027 suscrito el 31 de enero de 2014 (Fls.78-82).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo No. 2015-35 suscrito el 07 de febrero de 2015 (Fls.83-85).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el 02 de febrero de 2016 (Fls.86-90).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el 01 de noviembre de 2016 (Fls.91-93).
- Copia de oficio adiado 31 de marzo de 2015, dirigido por Colpensiones a la señora Carmen del Cristo Romero Borja y anexo reporte de semanas cotizadas en pensiones (Fls.94-96).
- Copias de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento de la señora Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez (Fls.97-98).
- Copia de certificación expedida el 20 de enero de 2015 por el representante legal de Asociación Pioneros (FI.99).
- Copia de certificación expedida el 27 de octubre de 2008 por el

representante legal de Asociación Pioneros (FI.100).

- Copia de certificado otorgado el 22 de julio de 2010 a la señora Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez por el SENA (FI.101).
- Copia de certificado otorgado el 12 de julio de 2013 a la señora Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez por Fundecom (FI.102).
- Copia de certificado otorgado a la señora Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez por el ICBF (FI.103).
- Copia de certificado otorgado el 19 de junio de 2009 a la señora Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez por la Secretaría de Salud y Seguridad Social Municipal de Sincelejo (FI.104).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el 30 de enero de 2014 (Fls.105-108).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el 06 de febrero de 2016 (Fls.109-112).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el 04 de febrero de 2016 (Fls.113-116).
- Copia de contrato individual de trabajo a término fijo superior a un año suscrito el de noviembre de 2016 (Fls. 117-120).
- Copia de oficio adiado 10 de diciembre de 2014, dirigido por Colpensiones a la señora Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez y anexo reporte de semanas cotizadas en pensiones (Fls. 121-123).
- Copia de acta de visita de supervisión - interventora Hogares Comunitarios de Bienestar Familiares fechada 01 de diciembre de 2009 (Fls. 124-127).
- Copia de formatos de aseguramiento a estándar - hoja de caracterización y registro - hoja de calificación- acta de visita, calendado 08 de octubre de 2014 (Fls. 128-138).
- Copia de hoja de epicrisis - hospitalización de la señora Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez, con fecha de ingreso 24 de febrero de 2017 y egreso 09 de marzo de 2017 (Fls.139-154).

- Copia de historia clínica de la señora Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez de fecha 19 de septiembre de 2016 (Fls. 155-156).
- Copia de Reporte de gastroenterología de la señora Amparo de los Ángeles Álvarez Álvarez fechada 01 de junio de 2014 (FI.157).
- Copia de reporte de la base de datos Nodum, sobre el estado de las accionantes respecto del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (FI.214).
- Copia de oficio No. OPTB-2851/17 dirigido al Consorcio Colombia Mayor 2013 por la Secretaría General de la Corte Constitucional (FI.215).
- Copia de auto adiado 07 de noviembre de 2017 por la Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos (Fls.216-218).
- Copia de solicitud de nulidad (Fls.219-225).
- Copia de base de datos sin identificación (folio 246).
- Copia de petición presentada por la accionante ante el Instituto de Tránsito del Atlántico y copia de la guía de envío (Fls.6-19).
- Copia de oficio fechado 09 de mayo de 2017 remitido por el Instituto de Tránsito del Atlántico a la actora, con fecha de recibo del 26 de mayo de 2017, junto a anexos (Fls.20-37).
- Copia de contrato de compraventa de vehículo automotor de placas STK620 de servicio público (Fls.43-44).
- Copia de consultas en el SIMIT (Fls.45-46).
- Consultas de los comparendos impuestos a la actora en el portal SIMIT (Fls.51-59).

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 acción de tutela, 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 amparo se desplacen y 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 las actoras, acerca de pertenecer a la tercera edad, no se acreditó la inexistencia de otros medios de defensa, pues si bien declaran que esperar la decisión de un proceso judicial seria 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 prueban que estas no resulten idóneas y eficaces frente a la protección pretendida.

Se puede advertir, que las accionantes pudieron (y/o pueden) 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, como bien lo expuso el a quo, como medios que el legislativo consagró estos como herramientas ordinarias de defensa 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 esta Magistratura, considera, que 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.

Así las cosas, 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 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 reglamentaria 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.

.-ALCANCE DE LA SENTENCIA T-639 DE 2017 Y EL AUTO 186 DE 2017.

Igual que con la sentencia, T-480 de 2016, considera esta Sala, que los argumentos estudiados en esta sentencia y en el Auto 186 de 2018, no contienen precedente constitucional aplicable al caso sub examine, al tanto que no es vinculante su decisión y no ata al juez a fallar en los mismos términos, pese a que haya identidad de partes, no existe una misma identidad fáctica y de objeto²⁴, tanto así, que la H. Corte Constitucional, señala en referido fallo:

"Como ya se explicó, pese a que la realidad jurídica ha cambiado drásticamente desde el 12 de febrero de 2014, con la formalización del vínculo laboral entre las madres comunitarias, la Sala no puede aplicar la solución jurídica resuelta en la sentencia T-480 de 2016, en razón a la declaratoria parcial de nulidad contenida en el Auto 186 de 2017. En otras palabras, la Sala Cuarta de Revisión concluye que no resulta procedente extender la protección respecto del derecho al trabajo invocado por las demandantes, en la medida en que las accionantes -entre el 29 de

²⁴ En sentencia T- 639 del 17 de octubre de 2017, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital de un grupo de madres comunitarias y ordenó al ICBF realizar los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social, sin entrar a estudiar los elementos de una relación laboral, esto es, la configuración de un contrato realidad y así lo dejó plasmado en sus consideraciones, luego entonces, es claro que no se están decidiendo las mismas circunstancias fáctica, y por ende no se resuelve sobre las mismas pretensiones.

diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014- no lograron acreditar el elemento de subordinación (relación de dependencia o subordinación) como uno de los requisitos sine qua non que permite configurar la existencia de una relación laboral (contrato realidad) entre las madres comunitarias y el ICBF.

*No obstante lo anterior, en aplicación del precedente sentado por la Sala Plena de esta Corporación en el Auto 186 de 2017 y en procura de garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, la Sala advierte que en eventuales y futuras resoluciones de casos que involucren circunstancias fácticas y probatorias distintas a las que ahora son objeto de decisión en los asuntos acumulados, y en virtud de los efectos inter partes de esta providencia, **los operadores judiciales podrán valorar la eventual existencia de contrato realidad entre el ICBF y las demás ciudadanas y ciudadanos que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario antes del 12 de febrero de 2014, con la estricta observancia de los elementos materiales de prueba a que haya lugar**" (Destacado de la Sala).*

Como se ve, la sentencia en mención deja por sentada la advertencia, que en todo caso, para el estudio de procedibilidad de la acción de tutela, en caso de similitud fáctica como al estudiado, tendrá que demostrarse obligatoriamente, los elementos de una verdadera relación laboral, (contrato realidad) entre las madres comunitarias y el ICBF, situación que no ocurre en el sub lite, aunado que para este Tribunal, este evento escapa del margen de amparo de la acción de tutela, mecanismo que es estrictamente subsidiario y residual, a menos que se configure fehacientemente un perjuicio irremediable en cabeza de las actoras, situación que tampoco se encuentra demostrada en el expediente, luego entonces, el escenario para ventilar este conflicto serían las vías ordinarias tal como se explicó anteriormente.

Por otro lado, en lo que respecta a la aplicación del Auto 186 de 2017, señaló la H. Corte Constitucional:

*"En consecuencia, dada la situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encuentran todas las **106 demandantes y ante la ausencia del pago de los aportes pensionales que se hubieren causado entre el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014** , para la Sala Plena resultó imperativo mantener la protección concedida a las 106 accionantes en el fallo T-480 de 2016, pero sólo en relación con los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital. Explicó la Corte que **"dicho amparo no puede extenderse respecto del derecho al trabajo invocado por las demandantes, en la medida que como se ha dicho no se acreditó la existencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar"** .*

En virtud de la protección iusfundamental mantenida en la decisión del Auto 186 de 2017, la Sala Plena ordenó al ICBF adelantar el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las ciento seis (106) demandantes relacionadas en la providencia T-480 de 2016, los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema

de Seguridad Social, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con lo establecido en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el 12 de febrero de 2014, o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, sin menoscabo de su petición por vía ordinaria”²⁵

De lo anterior se observa, primero, que dicho auto dirigió su estudio a las 106 madres comunitarias accionantes en el fallo T-480 de 2016, analizando a la situación fáctica de estas y su prueba en el proceso de las condiciones de vulnerabilidad, sin efectuar un alcance “Erga omnes” respecto a todos los casos que presenten una situación fáctica similar, y por otro lado, es claro, que dicho amparó quedo igualmente condicionado a la acreditación de la existencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

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.

V. 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 26 de abril de 2018 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.

²⁵ Extraído de la sentencia T-639 de 2017.

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. 083

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA