

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-007-2018-00051-01
Demandante	MARIA DEL CARMEN BELLIDO ARRIETA Y OTRAS
Demandado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Improcedencia de la acción de tutela, para obtener el reconocimiento y pago de los derechos laborales, cuando no se han cumplido por los menos tres de las cinco condiciones, de que trata la sent T 480/2016.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala, resolver sobre la impugnación de tutela instaurada por la parte accionante señora Maria del Carmen Bellido y otras, en contra de la sentencia de fecha once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró, por conducto de apoderado la señora Maria del Carmen Bellido y otras, identificado con cédula de ciudadanía No 45.479.106 de Cartagena.

III.- ACCIONADO

La acción está dirigida en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Colpensiones.

IV.- ANTECEDENTES

4.1.-Pretensiones.

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

Solicitan les sean amparados constitucionalmente los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad, a la igualdad, a la seguridad social integral, a la familia, a la niñez, al adulto mayor, al mínimo vital y al debido proceso de las accionantes vinculadas al programa de hogares comunitarios, y en consecuencia, se le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, a que se le reconozca y pague a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes los aportes parafiscales en pensiones faltantes al sistema de seguridad por el tiempo acreditado como madres comunitarias, a afectos de obtener su pensión, de conformidad con la legislación aplicable, por una parte, y a que certifique el tiempo de servicio de cada una de las accionantes.

4.2.- Hechos.

Las accionantes, como sustento a sus pretensiones, expusieron los siguientes hechos que se compendian así:

-Por medio de la Ley 89 de 1988 el Gobierno Nacional, creó el programa de hogares comunitarios, para que se atendieran las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país.

-En virtud de esta creación se hizo necesario la prestación del servicio por parte de personas que atendieran a los menores en estado vulnerabilidad, a través del Decreto 2019 de 1989, el Gobierno Nacional por medio del Ministerio de Salud crea la figura de Madres Comunitarias, para su gestión denominó unos recursos denominados “becas”.

-Estas madres a su vez en las modalidades tradicionales, sustitutas y fami, cumplen desde la creación del programa con horarios de trabajos, que dependen de la modalidad en la que se preste el servicio, que por lo general no es inferior a 10 horas diarias de lunes a viernes.

-Desde la fecha de vinculación de cada una de las reclamantes y hasta el 11 de febrero de 2014, el ICBF omitió pagar aportes parafiscales a la seguridad social en pensiones.

-Las accionantes en su mayoría son mujeres envejecidas, enfermas en razón de la edad y del oficio variado y fuerte que realizan a diario, como si fuera poco no cuentan con las semanas cotizadas necesarias para obtener una

pensión de vejez no obstante a que cumplen con los requisitos legales para obtenerla, lo cual es imputable al ICBF por omitir el pago de los aportes parafiscales en pensiones.

-Las actoras, reciben un salario y prestaciones sociales derivadas de un contrato de trabajo desde el 12 de febrero de 2014.

-Concluye que, el ICBF además, denegó la petición formulada, a fin de que se certificara el tiempo de vinculación al programa, aduciendo que no son trabajadoras de dicho instituto.

4.3.-Contestación de la Accionada.

4.3.1 Ministerio del Trabajo¹

A través de informe el asesor jurídico delegado de esta entidad, responde a la acción de tutela alegando la falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que el ministerio del trabajo no tiene injerencia alguna en el programa de madres comunitarias que maneja el ICBF, por lo que desconoce de manera absoluta la relación existente entre dicha entidad y la parte accionante, considera que por lo tanto debe desvincularse de la presente acción por no ser esta entidad quien presuntamente vulneró los derechos fundamentales reclamados por las accionantes.

Además, considera la accionada que este mecanismo de tutela es improcedente para declarar un contrato realidad y su consecuente pago a la seguridad social, toda vez que las accionantes han desconocido la finalidad de la acción constitucional, pues la misma es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario, es decir, que solo procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

Alega también, el ministerio del trabajo que frente a la sentencia T 480 de 2016 y el auto 186 de 2017, es imposible su aplicación, teniendo en cuenta que el fondo de solidaridad pensional, fue creado por la Ley 100 de 1993, con el objeto de ampliar la cobertura en el sistema general de pensiones a través del subsidio a la cotización y a la protección de personas en estado de indigencia o pobreza extrema, esto permite que el afiliado realice sus aportes

¹ Fols. 212- 217 Cdno 2

en el porcentaje que le corresponda y el fondo a través de la administradora fiduciaria de recursos, transfiera a la administradora cada uno de los subsidios para completar de esta forma la totalidad del valor de la cotización.

En consecuencia, el auto referido no se le puede aplicar a las accionantes porque, solo acoge a los beneficiarios que se afiliaron al programa, se les verificaron el cumplimiento de los requisitos y hubo observancia de los recursos disponibles para tal fin, porque además las accionantes cuentan con otras formas de proteger su derecho a un ingreso en la vejez, desde la Ley 1450 de 2011, en la que se creó un subsidio perteneciente a la subcuenta de subsistencia del FSP, y en razón a que el mismo auto 186 de 2017, refiere que en la eventualidad en que algunas madres comunitarias no reúnan las exigencias para acceder al referido derecho pensional, como por ejemplo carecer de semanas exigidas, deberán seguir cotizando hasta que cumplan a cabalidad, y poder ser beneficiarias de todas las prerrogativas habidas en el ordenamiento jurídico.

4.3.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar²

Frente a la solicitud del fallador en primera instancia, el ICBF asegura, no tener posibilidad de establecer la veracidad del tiempo de actividad, toda vez que como lo señaló la Corte Constitucional mediante auto 186 de 2017, las madres comunitarias ejercían una actividad civil.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad contrataba con asociaciones de padres, entidades públicas o privadas, para que estas ejecutaran el programa y por eso, no cuenta con registros administrativos que determinen si efectivamente la accionante fue o no madre comunitaria.

Afirma la accionada que, el sistema pensional de Colombia se adecuó con las necesidades demográficas y económicas actuales, y se ajustó a las características propias de un Estado Social de Derecho, situación que se evidencia entre otros, en el art 25 de la Ley 100 de 1993, norma que creó el Fondo de Solidaridad Pensional, a través del cual el estado subsidia los aportes a pensión de los grupos poblacionales que, por sus características no tenían acceso a los sistemas como trabajadores independientes, o como desempleados, artistas, madres de familias, entre otros.

² Fols. 224- 246 Cdno 2

Así mismo, resalta que las accionantes no son sujetos de especial protección constitucional, ya que el apoderado de las accionantes manifestó que las mismas, no han cumplido 60 años.

Frente a la acción, alega la nulidad de la misma por prejudicialidad e indebida notificación, considerando que el hecho que no se ponga en conocimiento de la parte pasiva de la acción de tutela, por los medios probatorios, no solo configura la causal de nulidad de indebida notificación, si no a su vez imposibilita el ejercicio del derecho fundamental del debido proceso.

De igual forma, con relación a los requisitos de procedibilidad de la acción constitucional, es improcedente declarar la existencia de un contrato realidad, en cumplimiento a los presupuestos de la acción, es decir, para que proceda excepcional la misma debe acreditarse el estatus de persona de la tercera edad o afrontar un mal estado de salud, por parte de las madres comunitarias, que además debe el juez analizar las condiciones físicas, sociales culturales o económicas, a fin de darle trámite a la acción de tutela.

4.3.3. Consorcio Colombia Mayor 2013³.

Por medio de escrito allegado a este proceso, el consorcio como administrador fiduciario del fondo de solidaridad pensional, manifiesta que este fondo, se crea como cuenta especial de la Nación, destinado a ampliar la cobertura mediante un subsidio a las cotizaciones para pensiones de los grupos de personas que, por su características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los sistemas de seguridad social y que carezcan de recursos para efectuar la totalidad del aporte pensional.

A su vez, es administrado en fiducia por el consorcio Colombia mayor 2013, cuya actividad se limita a observar las instrucciones y ordenes formuladas por el ministerio del trabajo, que además maneja en el programa dos subcuentas financieras, subcuenta de solidaridad, que financia el programa de subsidio al aporte en pensión y la subcuenta de subsistencia, que financia el programa Colombia mayor.

En consecuencia, el programa de subsidio al aporte a pensión, funciona luego de que el beneficiario realice el aporte en Colpensiones, la entidad debe

³ Fols. 247- 262 Cdno 2

enviar al consorcio una cuenta de cobro que corresponde a los subsidios que deben desembolsarse a nombre del beneficiario.

Con respecto a las accionantes Maria del Carmen Ortiz, Gladys Amaris Gil, Graciela Tejedor Segovia y Ana Victoria Grisolles Maza, luego de consultar la base de datos del Fondo de Solidaridad Pensional, no se evidencian que las señoras hayan sido beneficiarias del programa de subsidio al aporte en pensión, ni del programa Colombia mayor.

Agrega, la accionada que en lo que a la acción se refiere, no se puede considerar a las accionantes como personas de especial protección constitucional por su edad, teniendo en cuenta lo que establece la sent T 138 de 2010, al considerar personas de la tercera edad, aquellas que tengan una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia.

Por otro lado, la tutela falta al principio de inmediatez, ya que según las manifestaciones las accionantes, fueron vinculadas laboralmente como madres comunitarias, con todas las garantías del Código Sustantivo del Trabajo, en febrero de 2014, es decir, que hace cuatro años se materializó los derechos que estiman vulnerados, además de la falta al principio de subsidiariedad, por existir un juez natural para hacer efectivos sus derechos, y agrega que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien estaría en la posibilidad y obligación de cumplir una eventual decisión judicial.

4.4.-FALLO IMPUGNADO⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 11 de abril de 2018, hizo su pronunciamiento de fondo, referente al asunto bajo estudio, considera el a quo; que al igual que al Instituto Colombiano de Bienestar Familia, el Ministerio de Trabajo- fondo de solidaridad pensional y el Consorcio Colombia Mayor, están legitimados en causa por activa, en el caso de los dos últimos se debe a la relación que estos guardan con el ICBF.

Ahora bien, sostiene el fallador que las actoras no demostraron, la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable, ni que se encuentren inmersas

⁴ Fols. 275- 281 Cdno 2

circunstancias que conlleve a considerar que sean sujetos de especial protección constitucional.

En ese sentido, no se encuentra acreditada situación que les impida seguir generando algún tipo de ingreso que garantice su subsistencia; por tal razón según lo consideró la sentencia T 271 de 2017, señala que en presente asunto no se observa intervención del juez constitucional, para restablecer los derechos que las accionantes alegan como conculcados.

Por consiguiente, toda vez a que cuentan las accionantes con otro mecanismo judicial idóneo para dirimir el caso, resulta improcedente la acción de tutela para la resolución de este asunto.

4.5.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN⁵

En el escrito de impugnación, el apoderado de las accionantes sostiene que, las accionadas no fundamentaron la acción de tutela en el derecho fundamental al trabajo, como lo señala el juez erróneamente, que dentro de las pretensiones de la demanda no incluyen la declaración de contrato laboral realidad alguno, que los pagos de aportes parafiscales en pensión al sistema general de seguridad social de las madres comunitarias, tiene su fuente formal en la ley, y no en un contrato de trabajo.

En consecuencia, el recurrente considera que, tanto las accionadas, vinculadas, y el a quo, no se detuvieron a analizar las pretensiones precisas de la demanda, por lo que, no rebatieron de fondo las pretensiones de la acción y sus hechos, incurriendo de esta forma en una falsa motivación del fallo de primera instancia.

Con relación a la formulación del problema jurídico a resolver y la resolución final, ya que con el problema solo se limita el juez a desvirtuar la existencia de un contrato laboral, entre las actoras y el ICBF, por esta razón no hubo motivos con respecto a las pretensiones contenidas en los numerales 2 y 3, referente a los aportes parafiscales en pensiones al sistema de seguridad social causados.

V.-ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018) el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena⁶, concedió la

⁵ Fols. 288- 295 Cdno 2

⁶Fol. 296 Cdno 2

impugnación, por lo que fue asignada el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el diecinueve (19) de abril del dos mil dieciocho (2018)⁷, siendo finalmente recibido y admitido por esta Magistratura el día veinte (20) de abril del mismo año⁸.

VI.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

6.1.- La competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

6.2.- Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar sí:

¿La acción de tutela es el medio procedente para que el juez constitucional declare la existencia de un contrato realidad entre el ICBF y las accionantes, así como el reconocimiento y pago de los derechos laborales y todas las prestaciones a que tiene derecho un trabajador?

Si la respuesta es negativa se confirmará el fallo impugnado; en caso contrario se revocará y se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Existe violación de los derechos fundamentales cuya protección se depreca en el sub judice?

Con el objeto de arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) generalidades de la acción de tutela; (ii) la subsidiariedad o residualidad en la acción de tutela; (iii) sobre la figura del contrato realidad en relación con la prestación laboral desarrollada por las Madres Comunitarias; (iv) caso en concreto.

⁷Fol. 3 Cdno 2

⁸Fol. 5 Cdno 2

6.3. Tesis

La Sala Magistral considera que en el caso sub lite, la sentencia se debe confirmar, por cuanto no es procedente la acción de tutela, pues no se encuentra superado el requisito de subsidiariedad debido a que, lo que se persigue es el reconocimiento de una relación laboral y el pago de unas acreencias laborales. En este orden, la procedencia acción de tutela está sujeta a la verificación previa de la no existencia de otros mecanismos de defensa judicial, y que de existir dicho mecanismo, el mismo no resulte idóneo para la efectiva protección del derecho, tampoco se acreditó, la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que haga excepcionalmente procedente la acción; y finalmente no se cumplen por lo menos tres de las cinco condiciones descritas en la sentencia T-480 de 2016, para hacer excepcionalmente procedente la acción de tutela.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

6.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

6.4.1.- Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los

que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

6.4.2. La Subsidiariedad o Residualidad en la Acción de Tutela.

Como se describió en las características esenciales de la Acción de Tutela, la subsidiariedad se refiere a que la acción procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, o que de existirlos, se tornen ineficaces, por tanto, la subsidiariedad de la Acción es vital para su procedencia.

De conformidad con el artículo 86 Constitucional, se puede dilucidar en qué consiste la subsidiariedad o residualidad de la Acción de Tutela.

“Artículo 86. Acción de Tutela. 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 en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos 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, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Está 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y

directamente el interés colectivo, o con respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”(Subrayado fuera del texto original)

De la lectura del artículo en cita, se entiende que la subsidiariedad de la Acción de Tutela se refiere a que ella procede únicamente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado no cuenta con otra herramienta judicial para la defensa de sus Derechos Constitucionales Fundamentales.

Atendiendo los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, se reafirma lo plasmado en la Carta Fundamental, como lo deja entrever este fragmento:

*Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”, razón por la cual **no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.***

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

*En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. **Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.** (Subrayas fuera del texto original)⁹*

En ese sentido, las personas deben buscar la efectividad y protección de los Derechos Fundamentales a través de las vías ordinarias cuando haya herramientas para ello, y en el caso que no existan dichos mecanismos es ahí cuando se debe acudir ante el Juez de Tutela, para exigir la protección de sus derechos.

⁹ Sentencia SU-037 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil.

Sin menoscabo de lo anterior, es dable anotar que existen excepciones a la subsidiariedad en la Acción de Tutela, esto es cuando: i-. el interesado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; ii-. teniendo otro medio judicial éste no resulte eficaz para la protección de los derechos; y, iii-. en los eventos en los que, luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela. Cuando el Accionante se encuentra en cualquiera de las situaciones arriba descritas puede acudir, sin ningún reparo, ante el Juez de Tutela, sin importar la existencia de la vía ordinaria, debido a que en estos casos prevalece la protección, restablecimiento y materialización del derecho gravemente conculcado sobre el carácter subsidiario de la Acción de Tutela.

6.4.3. Sobre la figura del contrato realidad en relación con la prestación laboral desarrollada por las Madres Comunitarias.

En lo relacionado con el tema de acreencias laborales y su declaratoria vía acción de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T-335 de 2015, precisó:

"4.1.2. Tal como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, por regla general no procede la acción de tutela cuando se trata de satisfacer pretensiones de contenido patrimonial o económico, ni acreencias laborales, pues para ello el legislador ha previsto mecanismos ordinarios para su reclamo. Al respecto se ha establecido:

"[...] El amparo laboral, en lo que concierne al pago oportuno de los salarios adeudados, tiene carácter excepcional. En primer término, la vía de la tutela sólo se reserva para situaciones límite en las que la falta de pago del salario expone al trabajador a sufrir una situación crítica económica y psicológicamente. En segundo término, la tutela es procedente, "siempre que concurren las condiciones de procedibilidad de la misma", esto es, "cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" CP. art., 86. Estas dos condiciones de fondo no le restan eficacia ni validez a los derechos de los trabajadores, cuya defensa se garantiza a través de los procedimientos ordinarios y especiales diseñados por el Legislador, y por conducto de la jurisdicción ordinaria. De otro lado, se reconoce el carácter subsidiario de la acción de tutela, que no puede desconocerse a riesgo de que la jurisdicción constitucional olvide su verdadero cometido institucional y termine por invadir de manera ilegítima e inconveniente la competencia constitucional y legal de la jurisdicción ordinaria. Ni la Corte Constitucional, ni los jueces de tutela, pueden ni deben sustituir a los jueces de la jurisdicción ordinaria encargados de ordenar la ejecución y pago de las deudas laborales y demás derechos de los trabajadores".

No obstante, de manera excepcional es posible que el juez de tutela ordene el pago de las acreencias, cuando se comprueba la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable o la idoneidad del mecanismo judicial ordinario. Así, cuando el pago del salario constituye el único sustento para el accionante y su núcleo familiar, al estar destinado a suplir el mínimo vital, es necesario que el juez de tutela intervenga para la protección de los derechos fundamentales.

Para ello, es necesario que quien alega la configuración del perjuicio irremediable, como quiera que la ausencia del pago de su salario o prestaciones sociales afecta su mínimo vital, debe acompañar su petición de una prueba, siquiera sumaria, que evidencie la situación de urgencia e inminencia del daño. Sin que ello reemplace la carga mínima probatoria que le corresponde al peticionario, esta Corporación ha consagrado ciertos criterios que le permiten al juez de amparo, demostrar el perjuicio irremediable y así, ordenar el reconocimiento de las acreencias laborales, como son:

"(i) la edad del actor(a) para ser considerado (a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario (a). Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado (a), (iv) probar, si quiera sumariamente que cumple con los requisitos legales para acceder a la pretensión."

(...)

4.1.6. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha acudido a los requisitos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, para desarrollar la prevalencia de la realidad sobre las formas, en las relaciones laborales. De acuerdo a la disposición normativa:

"Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. 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 c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, 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."

6.4.4.- Caso concreto

En el caso bajo estudio, las accionantes pretenden el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social integral, a la familia, a la niñez, al adulto mayor, al mínimo vital y al debido proceso al debido proceso; tras considerar que se encuentran

afectados por la parte accionada, al no reconocer y pagar los aportes parafiscales en pensiones faltantes en el sistema de seguridad social por el tiempo efectivamente acreditado como madres comunitarias, a efecto de que obtengan su pensión, en el cual solicita:

“i) Se le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a que adelante el trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes, los aportes parafiscales en pensión, que además certifique el tiempo de servicio correspondiente al trámite administrativo para el reconocimiento y pago”.

Expuesto lo anterior, procede la Sala a resolver sobre la impugnación de tutela, que interpone la accionante, de conformidad con los hechos y los documentos que obran en el expediente.

6.5.- Hechos relevantes probados

Así las cosas, advierte la Sala que se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- Declaraciones extraprocesales del 22 de agosto de 2017, a folios 90 y 91.
- Declaraciones extraprocesales del 23 de agosto de 2017, a folios 124 y 125.
- Declaraciones extraprocesales del 24 de agosto de 2017, a folios 83, 85, 157 y 159.
- Declaraciones extraprocesales del 30 de agosto de 2017, visibles a folios 32, 60 y 61.
- Declaraciones extraprocesales del 01 de septiembre de 2017, visibles a folios 79, 80, 100, 102, 120, 121, 128, 129, 132, 133, 136, 137, 148, 149, 152, 153, 164 y 166.
- Declaraciones extraprocesales del día 08 de septiembre del 2017, visibles a folios 52, 53, 56, 57, 107, 109, 114 y 116.
- Declaraciones extraprocesales del 12 de septiembre de 2017, folios 65 y 67.
- Declaraciones extraprocesales del 15 de septiembre de 2017, folios 144 y 145.
- Declaraciones extraprocesales del 03 de octubre de 2017, a folios 140 y 141.

-Declaración extraprocetal del 9 de octubre de 2017, de la señora Delia del Carmen Zabaleta de Herrera, visible a folio 25.

-Declaraciones extraprocetales del 11 de octubre de 2017, visibles a folios 20 y 21.

-Declaración extraprocetal del 27 de noviembre de 2017, de la señora Leidis Manjarres Palacio a folio 95.

-Declaraciones extraprocetales del 21 de diciembre de 2017, de la señora Gricelda Pérez Quiroz y otras, folios 71, 72, 75 y 76.

-Declaraciones extraprocetales del día 17 de enero de 2018, visibles a folios 37 y 38.

-Declaraciones extraprocetales del día 23 de febrero de 2018, folios 48 y 49.

-Declaraciones extraprocetales del día 02 de marzo del 2018, visibles a folios 42 y 44.

6.6.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub judice, se tiene que las accionantes a través de apoderado judicial, presentaron acción de tutela solicitando la protección del derecho fundamental a la vida, la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social integral, a la familia, a la niñez, al adulto mayor, al mínimo vital, y al debido proceso, de las accionantes, con el fin de obtener la declaratoria de existencia de un contrato realidad; y el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, esto es, la cotización en seguridad social en pensiones en aras de obtener el reconocimiento de pensión de jubilación en su calidad de madres comunitarias pertenecientes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tras considerar que se encuentra vulnerado por la parte accionada, al no reconocer y pagar los aportes parafiscales en pensiones.

El juez de primera instancia en el fallo impugnado, declaró la improcedencia de la acción con el argumento que existe otro mecanismo de defensa judicial, en este caso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual es idóneo y eficaz, además de que las accionantes no

demonstraron la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable que haga procedencia tutela como un mecanismo transitorio, de tal manera que no se observa que la intervención del juez constitucional sea imperiosa o inaplazable para lograr restablecer los derechos que las accionantes alegan conculcados.

En el caso bajo estudio, advierte la Sala, que lo que persiguen las accionantes al instaurar la tutela, es obtener el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales, que de ella se derivan, específicamente los aportes parafiscales en pensiones al Sistema de Seguridad Social; lo cual como se precisó en el marco normativo y jurisprudencial, por regla general, no resulta procedente por vía de tutela por cuanto dicha acción tiene carácter subsidiario; de tal manera que existiendo otro mecanismo, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción contenciosa, cuya falta de idoneidad no está demostrada, por lo que no procede la acción de tutela.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido, que si bien existe otro mecanismo idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos invocados, con el fin de lograr la efectividad en la protección de los derechos fundamentales; en el evento en que se evidencie la amenaza de ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procede transitoriamente, en determinadas situaciones:

- (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo o suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;
- (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;
- (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y
- (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

Sin embargo, no se encuentra probado en el expediente que exista o que pueda llegar a producirse un perjuicio irremediable, así como tampoco se probó la necesidad de establecer medidas urgentes que protejan la posible afectación de los derechos fundamentales.

Por otro lado, las accionantes en la presentación de la demanda, hacen alusión a la sentencia T-480 de 2016, en la que la Corte Constitucional decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por 106 madres comunitarias, en dicha sentencia la Corte manifestó que resultaba procedente la acción de tutela por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, por cuanto las 106 accionantes cumplían con tres de las siguientes cinco condiciones especiales:

(i) Encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente.

(ii) Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente.

(iii) Pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo.

(iv) Hallarse en el estatus personal de la tercera edad.

(v) Afrontar un mal estado de salud.

A continuación, la Sala constatará las condiciones excepcionales establecidas por la Corte Constitucional para identificar a sujetos de especial protección constitucional.

En cuanto a la primera condición, las accionantes no acreditan una situación económica precaria o deplorable, ni que tengan ingresos inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto a la segunda condición, si bien las actoras no acreditaron pertenecer a los sectores más deprimidos económica y socialmente; en el sub judice ello se presume, a partir de lo dispuesto en el artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996 en donde se establece que *“Los Hogares Comunitarios de Bienestar*

deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados”, por lo anterior se puede constatar que las madres comunitarias pertenecen a los sectores deprimidos económicamente.

En la tercera condición, si bien no se evidencia prueba que acredite que las accionantes se encuentran en un grupo poblacional marginado, ello se presume, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-480 de 2016 al manifestar: *“el simple hecho de que todas las demandantes hayan tenido un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente durante 32 años, aproximadamente, ello evidentemente las ubica en un grupo de mujeres que histórica y tradicionalmente han sido marginadas de sus garantías laborales.”*

En cuanto a la cuarta condición, las tutelantes aportaron con la presentación de la demanda, copia de cédulas de ciudadanía y a las respectivas declaraciones extraprocesales, donde terceros manifiestan conocer a las demandantes, además, que se han desempeñado por un lapso como madres comunitarias, sin embargo cabe anotar que no se aportó, medio de prueba idóneo que acreditara la edad, como lo es el registro civil de nacimiento, sin embargo, teniendo en cuenta las declaraciones contenidas y los hechos que versan en la demanda, con el fin de determinar qué personas se encuentran en la tercera edad, la Sala magistral traerá a colación la sentencia T- 339 de 2017, de la Corte en la que manifiesta lo siguiente:

“En términos prácticos, de los distintos criterios (cronológico, fisiológico y social), que sirven para fijar cuándo una persona puede calificarse en la tercera edad, la Corporación ha optado por precisar una edad concreta, en asocio con la esperanza de vida certificada por el DANE, que varía.

Actualmente la esperanza de vida oficial, se encuentra estimada aproximadamente en los 76 años de edad. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo”.

Así las cosas, tampoco se cumple con esta condición, pues se puede observar por los documentos que reposan en el expediente que ninguna de las accionantes tiene 76 años de edad, incluso veinte dos (22) de las treinta (30) que fungen en el proceso son menores de 60 años, por lo que de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1276 de 2009, tampoco son consideradas adulto mayor.

Finalmente, respecto a la quinta condición, no se acredita dentro del expediente que las accionantes tengan mal estado de salud o posean alguna enfermedad considerada catastrófica que les impida seguir prestando el servicio de madres comunitarias, por lo que no se cumple con la quinta condición.

Si bien las accionantes, pueden cumplir con dos de las cinco condiciones especiales establecidas por la Corte Constitucional¹⁰, estas no son suficientes para que excepcionalmente proceda la acción de tutela, pues claramente lo estableció la corte, se deben cumplir con tres de las cinco condiciones, y las accionantes no las satisfacen, por lo que no se les puede aplicar lo decidido por la Corte en la sentencia T-480 de 2016.

VII.-CONCLUSIÓN

En virtud de lo anterior, la respuesta al problema jurídico planteado inicialmente, considera la Sala que es negativa, puesto a que no es admisible por vía constitucional darle trámite a un asunto, que cuenta con un mecanismo dispuesto para ello, de ser así desatendería el carácter subsidiario y residual de la acción constitucional.

Como se expresó, no es procedente por vía de excepción su aplicación, porque no se encuentra acreditada la amenaza de un perjuicio irremediable, ni tampoco cumplen las accionadas con tres de las cinco condiciones que contempla la sentencia T- 480 de 2016, para que de forma excepcional y especial el juez constitucional, pueda acceder a las pretensiones de las actoras.

Así las cosas, se tiene que las accionantes, pueden impetrar por la vía que corresponde, la acción que corresponde, a fin que el juez natural decida si les asiste o no el derecho que alegan, resaltando además que cuenta con el goce y efectivo cumplimiento de las garantías legales, en la vía ordinaria.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

¹⁰ La segunda y tercera condición.

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia del 11 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen del diligenciamiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala de la fecha, según consta en Acta No 044.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ