Cartagena de Indias, D. T. y C., treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	IMPUGNACIÓN DE ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-007-2018-00039-01
Accionante	INES JUDITH LIÑAN AROCA Y OTROS
Accionado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Seguridad Social

II. – PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionante contra la sentencia proferida el dieciséis (16) de marzo de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito De Cartagena de Indias, por medio de la cual se declaró improcedente la acción.

III.- ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

En la solicitud, la accionante narró los siguientes hechos:

El Gobierno Nacional, por medio de la ley 89 de 1988, creo el Programa de Hogares de Bienestar Familiar, por lo que se hizo necesaria la prestación de servicios por parte de personas que atendieran a los menores en estado de vulnerabilidad. Con la expedición del Decreto 2019 de 1989 y a través del Ministerio de Salud se creó la figura de las madres comunitarias y se le asignaron los recursos bajo la denominación de "becas", como

contraprestación por sus servicios personales conforme al artículo 3 literal d) al ICBF.

Las accionantes manifiestan que las Madres Comunitarias Tradicionales, Sustitutas y FAMI, desde la creación del programa y hasta la fecha, cumplen un horario de trabajo, que depende de la modalidad en la que preste el servicio, pero en general no es inferior a las 10 horas diarias de lunes a viernes. Adujeron también, que el ICBF no reconoció durante la vigencia de la relación laboral de cada Madre Comunitaria la remuneración mínima legal a las trabajadoras. Solo hasta el 11 de febrero de 2014 se reconoció a través de firmar de contratos.

Señalan que el ICBF siempre las denomino "voluntarias", desconociendo todos sus derechos laborales, ya cumplían con todos los requisitos que establecen las normas que se establecen para ser reconocidas como trabajadoras.

Así mismo, agregaron que las madres comunitarias cumplen entre sus labores el cuidado de los niños asignados a cada hogar comunitario, el suministro de alimentación, aseo de los menores y las además asignadas por el ICBF. La labor es regulada por el ICBF mediante el Manual Operativo proferido por la Comisión Intersectorial de Primera Infancia, antes denominados Lineamientos Técnicos Administrativos que fungen como reglamentos del trabajo.

Las accionantes manifiestan que reciben un salario y prestaciones sociales derivadas de contratos de trabajo desde el 12 de febrero de 2014, en virtud del Decreto 289 de 2014 y al acuerdo al cual llegó la organización sindical a la cual vienen afiliadas.

Así mismo, presentan las siguientes condiciones de tiempo de servicio como madres comunitarias:

NOMBRES Y APELLIDOS	CIUDAD	FECHA DE INGRESO	TIEMPO DE SERVICIO	EDAD
INES JUDITH LIÑAN AROCA	ARIGUANI	04 /07/1989	28 años y 7 meses	56 años
ROSIRIS MATILDE DE AVILA CARABALLO	CARTAGENA	0 / 0/ 1989	29 años	60 años
ELVIRA ARDINES DE RAYA	CARTAGENA	28 / 08/ 1997	20 años y 6 meses	72 años
ELISA MURILLO RAMIREZ	BOCACHICA (CARTAGENA)	28 / 11/ 1990	27 años y 3 meses	58 años
MILADIS ESTHER BENITEZ VARGAS	PLATO (MAGDALENA)	31 / 10/ 1991	26 años y 4 meses	63 años
TERESA DE JESUS FONSECA PACHECO	ARIGUANI	1 / 10/ 1992	25 años y 4 meses	62 años
MARIA DE JESUS VILLALBA BARRIOS	ARIGUANI	18 / 10/ 1992	25 años y 4 meses	57 años
ELIS JUDITH GUZMAN NUÑEZ	ARGUANI	17 / 01/ 1993	25 años	64 años
ERCILIA ROSA MOLINA YANCE	ARIGUANI	10 / 01/ 1993	25 años	64 años
MARIA ELENA ACUÑA ARNEDO	TURBACO	20 / 12/ 1998	19 años y 2 meses	70 años

Argumentan que el ICBF omitió pagarles un porcentaje del salario mínimo legal mensual vigente, además de las prestaciones sociales, aportes parafiscales a la seguridad social en salud, pensiones, riesgos laborales antes riegos profesionales y otros emolumentos, desde la fecha de vinculación de cada una de las reclamantes como madres comunitarias en Hogares Comunitarios de Bienestar hasta el once (11) de febrero del año dos mil catorce (2014).

Las Madres Comunitarias aseguran que tienen el estatus de personas de la tercera edad (Ley 76 de 2009), que a pesar de ser mujeres de 57 años de edad y haber laborados en su gran mayoría más de 20 años al servicio del Instituto de Seguros Sociales- ICBF- y que no cuentan con las semanas cotizadas en el Sistema de la Seguridad Social en Pensión, por la omisión en que incurrió la accionada durante la vinculación laboral que han tenido.

Por lo anterior, las accionadas solicitaron a la Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- certificar el tiempo de vinculación que tiene en el programa de Madres Comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, hasta el 12 de febrero de 2014 o hasta la fecha que con anterioridad estén vinculadas al mencionado programa. El ICBF denegó la solicitud formulada por las accionantes aduciendo que las madres comunitarias no son trabajadoras de dicho instituto.

2. Pretensiones

"Primera: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital, niñez, al trabajo y al debido proceso de cada una de las madres comunitarias accionantes al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.

SEGUNDA: DECLARAR la EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD, entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF- y cada una de las accionantes desde la fecha de vinculación 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.

Tercera: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, adelante el correspondiente trámite administrativo para que reconozcan y paguen a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes ya relacionadas , los APORTES PARAFISCALES EN PENSIONES al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar desde la fecha en que se

vincularon al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, según los hechos de la demanda, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al mencionado programa, a efecto de que obtengan su pensión de conformidad con la legislación aplicable. Tales aportes pensionales deberán ser consignados, pagados a la administradora de fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria.

4. Cuarta: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF- que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, CERTIFICAR el Tiempo que de servicio de adelante el correspondiente trámite administrativo para que reconozcan y paguen a nombre de cada una de las madres comunitarias accionantes ya relacionadas, los APORTES PARAFISCALES EN PENSIONES al Sistema de Seguridad Social causados y dejados de pagar desde la fecha en que se vincularon al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, según los hechos de la demanda, hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculados al mencionado programa, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable. Tales aportes pensionales deberán ser consignados, pagados a la administradora de fondo de pensiones en que se encuentre afiliada o desee afiliarse cada madre comunitaria.

3. Actuación procesal.

3.1 Admisión y notificación.

La solicitud de amparo fue admitida mediante auto del día ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018), en el que se dispuso notificar en calidad de accionado al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-y se le corrió traslado del escrito de tutela para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, diera respuesta sobre los hechos y pretensiones de la solicitud. El anterior auto fue notificado por correo electrónico, remitido al buzón institucional de notificaciones judiciales de dicha entidad.

En la providencia que dispuso sobre la admisión de la solicitud de tutela, también se decretó como prueba requerir al ICBF para que indicara el tiempo

de servicio de cada una de las accionantes, especificando la fecha de inicio y la de finalización de los mismos.

Atendiendo solicitud efectuada por el ICBF, la Ad quo mediante providencia de fecha trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018), ordenó la vinculación del Fondo de Solidaridad Pensional, al Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor. Para el ejercicio de defensa y contradicción les otorgó el plazo de veinticuatro (24) hora contadas desde el recibo de la comunicación para que presentaran informe. Las notificaciones se efectuaron a través de mensaje de datos remitidos a los correos habilitados para notificaciones judiciales dispuestos por esas entidades.

3.2 De la contestación de la demanda.

La accionada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF-, en su informe (Fl.81-109) manifestó que en primer lugar la entidad accionada, estima pertinente señalar que, los hechos que motivan la acción de tutela están encaminados a demostrar la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el ICBF y las madres comunitarias no son ciertos, pues para la accionada las madres comunitarias no tienen un vínculo laboral con el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, para esta entidad las madres comunitarias fueron trabajadoras independientes hasta el 12 de febrero de 2014.

Posteriormente, la entidad hace un análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, iniciando con el requisito de inmediatez en el cual señala que las madres comunitarias dicen haber prestado sus servicios desde el año 1992, por lo cual se concluye que las accionantes pretenden el reconocimiento por vía de tutela de prestaciones salariales que se encuentran prescritas, pues desde el momento de su causación, hasta la fecha de interposición de la tutela, han transcurrido un lapso, que no resulta razonable para la entidad accionada.

En cuanto al requisito de subsidiariedad, argumentó que las accionantes cuentan con un medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral o ante la contenciosa administrativa, idónea y eficaz, para ventilar la

controversia presentada en torno a la existencia de un contrato realidad, y por ende, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales surgidas a partir de la existencia del mismo.

Estima que si bien la Corte Constitucional resolvió de manera excepcional el caso de 106 madres comunitarias, bajo el argumento que la acción de que la acción ordinaria resultaba ineficaz en virtud de condiciones físicas, sociales, culturales o económicas de las accionantes, las cuales se encontraban en estado de vulnerabilidad, en el caso particular las accionantes no cumplen con las mismas condiciones físicas, sociales y culturales o económicas que conlleven a inaplicar el requisito de subsidiariedad.

Adicionalmente, manifiestan que en el presente asunto no aparece acreditado que sobre las actoras puedan tener el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, por cuanto según ellas mismas lo afirman se encuentran vinculadas laboralmente desde 2014 como madres comunitarias en virtud de contratos de trabajo, circunstancia que permite descartar que exista una amenaza a sus mínimos vitales.

Finalmente, en cuanto al pago de los aportes a pensiones, agrega que las madres comunitarias como trabajadoras independientes no tienen un régimen especial, razón por la cual deben cumplir todas las obligaciones que establece la ley. Así mismo, índico que les era facultativo afiliarse al Régimen General de Pensiones, ya que desde la creación del Programa de Hogares Comunitarios y hasta la creación del Fondo de Solidaridad Pensional, las madres comunitarias eran responsables de pagar el 100% al aporte en pensión, deben que para el accionante resulta incumplido.

La accionada ICBF presentó en escrito separado solicitud de nulidad (Fl.110-119) argumentando que la acción de tutela del presente caso tiene la finalidad de que se reconozca la existencia de contrato realidad, pago de salarios, acreencias laborales y pagos de aportes de pensión, y el escrito de tutela cita como precedente la sentencia T-480 de 2016, providencia que fue declarada nula parcialmente mediante Auto 186 de 2017.

Reiteran que en virtud del Auto 186 del 17 de abril de 2017, se configuran las causales de nulidades previstas en el artículo 133 del Código General del Proceso, numerales 3° y 8°, causales de nulidad denominadas prejudicialidad y falta de conformación del litis consorcio necesario. De la anterior solicitud se corrió traslado a las partes para que se manifestaran al respecto. Al respecto en providencia de fecha 15 de marzo de 2018 el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar la solicitud de nulidad.

La vinculada CONSORCIO COLOMBIA MAYOR, rindió informe (Fl. 145-177) en el que manifestó que las madres comunitarias no pueden ser beneficiaras del programa de subsidio al aporte en pensión del FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL, ya que desde el 2014 se encuentran adscritas al régimen contributivo pensional, y no al subsidiario, a raíz de la formalización de una relación laboral entre ellas y el ICBF desde la fecha, mediante la firma de contratos de trabajo.

Así mismo, indico que si bien existe una subcuenta de subsistencia del FONDO DE SOLIDARIDAD destinado a quienes se dejan se ser madres comunitarias, no reúnan los requisitos para acceder a la pensión y no sean beneficiarias de beneficios económicos periódicos del régimen subsidiado, no puede pasarse por alto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011, es al ICBF a quien le corresponde identificar a las posibles beneficiarias de esa subcuenta.

Se refirió al Auto 186 de 2017 proferido por la Corte Constitucional en el marco de una acción de tutela instaurada por 106 madres comunitarias, en virtud del cual se declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016 y se orden al ICBF pagar los aportes parafiscales a pensión a favor de las accionantes a través de gestiones tendientes a que el Fondo aludido solventara los recursos requeridos para el efecto; indicando que dicho auto no goza de efectos erga omnes ni es una decisión de unificación de obligatoria aplicación.

Al respecto señaló que si bien esos proveídos se consideró que la tutela era procedente dada la especial situación de vulnerabilidad de las 106 madres accionantes cuyo caso fue decidido por la Corte, no debe perderse de vista que en la presente acción de tutela las actoras no acreditaron hacer parte de

un segmento social situado en desventaja, y tampoco que se encuentran afrontando problemas de salud o socioeconómicos que permitan colegiar que sean sujetos de especial protección constitucional, sobre todo teniendo en cuenta que las mismas tuteantes manifiestan estar vinculadas por contrato de trabajo con el ICBF desde el 2014.

Finalmente, aseveró que la solicitud de amparo bajo estudio no cumple con el requisito de inmediatez como quiera que se dirige a obtener el reconocimiento y pago de aportes parafiscales supuestamente causados con las de tres años de anterioridad a la fecha de radicación de la tutela y que tampoco cumple con el requisito de subsidiariedad, pues las accionantes tienen a su alcance medios judiciales de defensa ordinarios idóneos.

La vinculada Ministerio del Trabajo presentó informe en el cual manifestó: (Fl. 230-254)

"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Es de resaltar al Despacho Judicial que, el Ministerio del Trabajo no tiene injerencia alguna en el programa de Madres Comunitarias que maneja el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF-, por lo que desconoce de manera absoluta la relación existente ente dicha entidad y la accionante, por tanto, esta Cartera es totalmente ajea a los hechos que se narran en el escrito de tutela y de las pruebas que se relacionan en la misma.
(...)

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA DECLARAR UN CONTRATO REALIDAD Y SU CONSECUENTE PAGO DE APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Como quiera que la pretensión principal de la acción que nos ocupa, es el pago de cotizaciones al Sistema General de Pensiones, con ocasión al servicio prestado como madre comunitaria, debe afirmarse que la accionante desconoce a finalidad de la acción de tutela, pues de acuerdo con la reiterada y uniforme jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en armonía con lo dispuesto en los artículos 86 de la Carta Política y el 6 del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial para la

protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Esta procede siempre en el ordenamiento Jurídico no exista otra acción idónea y eficaz en estos derechos.
(...)
Es evidente que, en el caso particular, si bien es cierto seis de las diez madres son sujetos de especial protección constitucional, dado que en la actualidad tiene entre 61 y 71 años, el referido Auto 186 protegió los derechos de las accionantes en atención a las excepcionales y especiales circunstancias que rodean el asunto, a saber: a) ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente, b) hallarse en el status personal de la tercera edad, y c) afrontar un mal estado de salud, condición que no demuestran las accionantes, pues no se allegaron pruebas de encontrarse en mal estado de salud.
(...)
Ahora, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-480 de 2016, donde protegió los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital de 106 madres comunitarias (prescindiendo de su jurisprudencia anterior), declarando la existencia de contratos de trabajo y consecuente ordenando al ICBF el pago de salario, prestaciones sociales, así como aportes parafiscales desde sus respectivas fechas de vinculación, hasta su retiro o formalización laboral, efectuada a través del Decreto 289 de 2014 que reglamentó el artículo 36 de la ley 1607 de 2012.

No obstante, mediante Auto No. 186 del 17 de abril de 2017, declaro la nulidad parcial de la tutela T.480 de 2016 como quiera que desconoció la jurisprudencia en vigor contenida en los fallos T- 269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001, así como el desconocimiento de SU-224 de 1998 antes citada."

3.3 Sentencia de primera instancia.

Mediante providencia de fecha dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciocho (2018) el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, dispuso declarar improcedente la acción de tutela promovida por INÉS JUDITH LIÑÁN

ROCA, ROCIRIS MATILDE DE ÁVILA CARABALLO, ELVIRA ARDINES DE RAYA, ELISA MURILLO RAMÍREZ, MILADIS ESTHER BANÍTEZ VARGAS, TERESA DE JESÚS FONSECA PACHECO, MARIA DE JESÚS VILLARBA BARRIOS, ELIS JUDITH GUZMÁN NÚÑEZ, ERCILIA ROSA MOLINA YANCE Y MARIA ELENA ACUÑA ARNEDO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF- proceso en el cual fueron vinculados el MINISTERIO DE TRABAJO-FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL y el CONSORCIO COLOMBIA MAYOR.

Para sustentar la providencia emitida el A quo, manifestó que aplicando los lineamientos jurisprudenciales del presentes caso, resulta incontrastable que las accionadas cuentan con el mecanismo de defensa judicial ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, por demás idóneo y eficaz si se tiene en cuenta que dentro del mismo están previstas las medidas cautelares para solicitar la suspensión de los actos administrativos objeto de reproche, además agrega el A quo que es claro que existe un mecanismo ordinario para resolver el conflicto propuesto por las accionantes y que, su idoneidad o eficacia no resultan comprometidas, puesto que de un lado es (i) especifico y adecuado para canalizar pretensiones de orden público laboral, y de otro (ii) contempla instrumentos procesales internos que ofrecen oportunas, inclusive en situaciones extraordinarias de apremio.

El juez argumenta que según lo obrado en el expediente de tutela, observa que no fue demostrado que sobre las actoras penda la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable, ni que se encuentren inmersas en circunstancias que conlleve a considerar que sean sujetos de especial protección constitucional. No acreditaron que se encuentran en condiciones económicas deplorables, ni que en la actualidad alguna de ellas padezca algún tipo de enfermedad o alguna condición patológica que les impida seguir prestando el servicio como madres comunitarias o que le impida la generación de algún ingreso que garantice su subsistencia, o cualquier otro motivo que permita considerar que a la falta de reconocimiento de existencia del contrato invocado y de pago de aportes a pensión reclamados configure en su caso un perjuicio irremediable inminente, adicionando que ninguna de las accionantes pertenece al segmento poblacional de la tercera edad, pues ninguna de ellas es mayor de 74 años (Sentencia T-045-2015).

3.4 Impugnación

La parte accionante, inconforme con la decisión de primera instancia, la impugnó, mediante escrito presentado el 23 de marzo de 2018 solicito recovar la sentencia emitida el 16 de marzo de 2018, para que en su lugar se tutelen los derechos fundamentales invocados

III.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es competente este Tribunal para conocer de la presente acción.

2. Problema Jurídico

Para resolver el sub júdice la Corporación debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

-¿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?

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.

4. La Acción de Tutela. Su Naturaleza Jurídica

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela, como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1. Requisitos de procedencia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

4.1.1 La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con

ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

> *"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"*[1].

Al respecto el inciso 3° del artículo 86 superior dice:

> *"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****." (Negritas fuera de texto).*

4.1.2 La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

4.1.3 La especialidad:

[1] Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

5. Marco Normativo y Jurisprudencial

5.1 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 si 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)*[2]

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.

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.

5.2 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

[2] Sentencia SU-037 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil.

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 concurran 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 concurran 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. CASO CONCRETO

6.1 Hechos probados.

- Se encuentra acreditado en el expediente que, de acuerdo con las declaraciones extra juicio, las copias de las cédulas de ciudadanías allegadas al expediente y los registros civiles de nacimiento, las accionantes se han desempeñado como madres comunitarias durante los siguientes tiempos y tienen la siguiente edad:

NOMBRES Y APELLIDOS	**CIUDAD NACIMIENTO**	**FECHA DE NACIMIENTO**	**FECHA DE INGRESO**	**TIEMPO DE SERVICIO**	**EDAD**	**N° FOLIO**
INES JUDITH LIÑAN AROCA	ARIGUANI	10 de enero de 1962	04 /07/1989	28 años y 7 meses	56 años	34-35
ROSIRIS MATILDE DE AVILA CARABALLO	CARTAGENA	16 de mayo 1958	0 / 0/ 1989	29 años	60 años	37-38

ELVIRA ARDINES DE RAYA	CARTAGENA	02 de junio de 1946	28 / 08/ 1997	20 años y 6 meses	72 años	42-43
ELISA MURILLO RAMIREZ	BOCACHICA (CARTAGENA	02 de abril de 1960	28 / 11/ 1990	27 años y 3 meses	58 años	46-47
MILADIS ESTHER BENITEZ VARGAS	PLATO (MAGDALENA)	27 de junio de 1955	31 / 10/ 1991	26 años y 4 meses	63 años	53-54
TERESA DE JESUS FONSECA PACHECO	ARIGUANI	10 de abril de 1954	1 / 10/ 1992	25 años y 4 meses	62 años	56-57
MARIA DE JESUS VILLALBA BARRIOS	ARIGUANI	26 de marzo de 1961	18 / 10/ 1992	25 años y 4 meses	57 años	59-60
ELIS JUDITH GUZMAN NUÑEZ	ARGUANI	13 de octubre de 1954	17 / 01/ 1993	25 años	64 años	62-63
ERCILIA ROSA MOLINA YANCE	ARIGUANI	7 de enero de 1956	10 / 01/ 1993	25 años	64 años	65-66
MARIA ELENA ACUÑA ARNEDO	TURBACO	28 de diciembre de 1948	20 / 12/ 1998	19 años y 2 meses	70 años	68-69

6.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

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, al mínimo vital, niñez, al trabajo y al debido proceso, 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; en otras palabras, buscan el cumplimiento de obligaciones prestacionales y la obtención de sumas de dinero.

El A quo en el fallo impugnado, declaró la improcedencia de la acción con el argumento que existe otro mecanismo de defensa judicial que es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual es idóneo y eficaz, además de que las accionantes no demostraron 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 procedente 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 ciudadanías y registros civiles de nacimiento, de los cuales se puede constatar la edad actual de las accionantes. En este orden, con el fin de determinar qué personas se

encuentran en la tercera edad, la Sala magistral traerá a colación la sentencia T- 138 de 2010 en la que manifestó que el criterio para considerar a alguien de "la tercera edad", es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia , al respecto la Corte estableció que "*de conformidad con el documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de septiembre de 2007 –que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer-, para el quinquenio 2010-2015, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años y para mujeres es de 78.5 años*"

Así las cosas, tampoco se cumple con esta condición, pues se puede observar que ninguna de las accionantes tiene 78 años de edad, incluso una de las accionantes es menor de 60 años, por lo que de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1276 de 2009, tampoco es considerado 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 Constitucional[3], 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.

A manera de conclusión, la Sala considera necesario confirmar el fallo impugnado, al no encontrar satisfecho el requisito de la subsidiariedad, debido a que, **(i)** existe otro mecanismo de defensa judicial y no está acreditado que el mismo no sea idóneo y eficaz para la protección de los derechos de las accionantes, **(ii)** no está acreditado la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable, y **(iii)** no se cumplen por lo menos tres de las cinco

[3] La segunda y tercera condición.

condiciones que contempla la sentencia T-480 de 2016, para que sea excepcionalmente procedente la acción de tutela.

Por todo lo anterior se confirmará el fallo impugnado.

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado de fecha dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciocho (2018) proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE la presente providencia al Juzgado de origen y, por secretaría **REMÍTASE** el expediente dentro los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS