



Cartagena de Indias D.T. y C., nueve (09) de julio de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-015-2018-00104-01
Demandante	CRISTINA ISABEL BLANCO 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 lo menos tres de las cinco condiciones, de que trata la sentencia T 480/2016, y no se demostró perjuicio irremediable alguno. – la tutela procede frente a una de las demandantes que demostró ser de la tercera edad, sin embargo ésta no probó la vinculación con el ICBF.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala, resolver sobre la impugnación de tutela instaurada por la parte accionante señora Cristina Isabel Blanco Villalobos y otras, en contra de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró, por conducto de apoderado la señora Cristina Isabel Blanco Villalobos y otras, identificada con cédula de ciudadanía No 45.437.000 de Cartagena.

III.- ACCIONADO

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

IV.- ANTECEDENTES

4.1.-Pretensiones.

En ejercicio de la acción de tutela, las accionantes elevaron las siguientes pretensiones:



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

Segunda: 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 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.

Tercera: 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 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."

4.2.- Hechos.

Las accionantes, como sustento a sus pretensiones, expusieron los siguientes hechos 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, que 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", como contraprestación por sus servicios.





Que estas madres a su vez en las modalidades de 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.

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, el ICBF reconoció través de la firma de contrato de trabajo, puesto que el ICBF, siempre las denominó "voluntarias", desconociendo todos sus derechos laborales, cuando ya cumplían con todos los requisitos que establecen las normas para ser reconocidas como trabajadoras, no obstante, la entidad accionada ejerció en todo momento las actividades propias de un empleador, es decir, dispuso funciones, responsabilidades, contenidas en el reglamento de lineamiento técnico administrativo, hoy manual operativo.

Expusieron que, desde el 12 de febrero del 2014, reciben un salario y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, en virtud del Decreto 289 de 2014 y el acuerdo al cual llego la organización sindical a la cual vienen afiliadas y el ICBF en el año 2013, por las mismas actividades que desarrollaban cuando eran llamadas voluntarias.

De seguido, por medio de apoderado, las accionadas impetraron ante el ICBF solicitud para el reconocimiento y pago de todas y cada una de las pretensiones laborales y de la seguridad social que reclaman en la presente acción, sin lograr contestación positiva de su parte.

Señalaron que, el ICBF no pagó a las accionantes un porcentaje del salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), además de, prestaciones sociales, aportes parafiscales a la seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales entre otros, desde la fecha de la vinculación de cada una de las reclamantes como madres comunitarias hasta el 11 de febrero del año 2014.

Manifestaron que, las accionantes tienen el estatus de personas de la tercera edad, que a pesar de haber laborado en su gran mayoría más de 20 años al servicio del Instituto de Seguros Sociales, no cuentan las semanas cotizadas por la omisión en la que incurrió la accionada.



Resaltaron que, con la sola condición de madres comunitarias de las accionadas vinculadas al programa Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, adquieren la titularidad de las prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo establecido en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios.

Concluyeron 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.-Confestación de las Accionadas.

4.3.1.-Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.¹

A través de informe la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de esta entidad, responde a la acción de tutela alegando que, en relación con los hechos, que señala la parte accionante, en lo referente a que ejercieron la actividad de madres comunitarias, advierte que, no tiene la posibilidad de establecer la veracidad del tiempo de actividad, toda vez que las madres comunitarias ejercían una actividad civil.

Es por ello, que el ICBF no tuvo la obligación legal de construir expedientes administrativos de cada uno de los hogares comunitarios, precisando que, la entidad contrataba con asociaciones de padres, entidades públicas o privadas para que ejecutaran el programa y en consecuencia, la entidad no cuenta con registros administrativos que determinen si efectivamente las accionantes fueron o no madres comunitarias.

Con respecto a los hechos relacionados en el auto 186 de 2017, que ordenó realizar trámite administrativo para reconocer los aportes a pensión a 106 madres comunitarias, la Sala plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad por falta de integración del Litis consorcio necesario y en consecuencia, los razonamientos de derecho no tienen efectos jurídicos.

Además, hace la anotación la accionada que, este mecanismo de tutela es improcedente cuando se disponga de otro medio de defensa judicial, pero puede excepcionalmente proceder cuando sucede lo del caso de las 106

¹ Fols. 135- 154 Cdno 1



madres comunitarias (Auto 186 de 2017), es decir, que todas cumplieran por lo menos con cuatro de las cinco condiciones físicas, sociales, culturales o económicas, para ello establecidas, y que además en el caso que nos ocupa, deberán las tutelantes acreditar que se hallan en el estatus de personal de tercera edad o afrontar un mal estado de salud, ya que el asunto que se está discutiendo, se trata de un problema jurídico de carácter legal que debería resolverse por la justicia ordinaria.

Alega también, que el ICBF, no tiene legitimación en la causa por pasiva, pues la interpretación constitucional de la Corte Constitucional en forma expresa, señala que, el hecho de que los particulares realicen funciones administrativas no los convierte en funcionarios públicos.

En consecuencia, pretenden que se declare que el ICBF, no ha incurrido en acción u omisión, toda vez que, la normatividad y jurisprudencia, señalan que, el ICBF, no tiene obligaciones frente a los aportes a pensión de las madres comunitarias, así mismo, solicita que se ordene la vinculación del Consorcio Colombia Mayor y del Ministerio del Trabajo.

Más adelante, en respuesta al requerimiento hecho por el Jgado Décimo Quinto Administrativo, en el auto N° 073 de fecha 17 de mayo de 2018, en fecha 22 de mayo de 2018, el ICBF informó ante el primer requerimiento que, en el periodo comprendido entre la creación del programa de hogares comunitarios el 29 de diciembre de 1988 y el 12 de febrero de 2014, fecha en la cual se publicó el Decreto 289, las madres comunitarias eran trabajadoras independientes.

Por lo que manifestaron a esta Corporación, que el ICBF, no ha tenido ni tiene la obligación de realizar pagos de aportes pensionales de la accionante, por cuanto no existe vínculo laboral entre la accionante y el ICBF, puesto que, el ICBF no tiene la obligación legal o jurisprudencial del pago de aportes pensionales de las aquí accionantes.

En lo que tiene que ver con el segundo requerimiento, expuso que, el ICBF no tiene la posibilidad de establecer la veracidad del tiempo de actividad, es decir, fecha de inicio y fecha de terminación, ya que como lo señaló la Corte Constitucional a través del auto 186 de 2017, las madres comunitarias ejercían una actividad civil.



En razón a lo anterior, el ICBF no tuvo obligación legal de constituir expedientes administrativos de cada uno de los hogares comunitarios, al respecto, precisaron que, de conformidad con la normatividad legal, la entidad contrataba con asociaciones de padres, entidades públicas o privadas para que estas, ejecutaran el programa y consecuente con ello, la entidad no cuenta con registros administrativos que determinen si efectivamente las accionantes fueron o no madres comunitarias.

4.3.2. Consorcio Colombia Mayor 2013².

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, reglamentado por el Decreto 1833 del 10 de noviembre de 2016, los recursos de este fondo son públicos, le pertenecen a la Nación y manejan dos cuentas 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 lo que se refiere, a las madres comunitarias, manifiestan que, una vez consultada la base de datos de beneficiarios del fondo de solidaridad pensional (FSP), encontraron respecto a las accionantes que, las condiciones laborales de la madres comunitarias fueron reguladas expresamente mediante Decreto 289 de 2014, razón por la cual las madres comunitarias no pueden ser beneficiarias del programa de subsidio al aporte de pensión (PSAP) del fondo de solidaridad pensional, administrado actualmente por el consorcio Colombia mayor 2013, ya que su régimen pensional se encuentra en el contributivo y no en el subsidiado.

A su vez, el consorcio Colombia mayor 2013, resaltó que, es evidente que no tienen ningún tipo de obligación con las accionantes, al igual manifestaron que, es competencia del ICBF realizar todo el proceso de selección de beneficiarios sin que el Consorcio Colombia Mayor intervenga en el proceso ni determine que beneficiarios deben ingresar.

Asimismo, la accionada sostiene que 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

² Fols. 156 - 172 Cdno 1





Sustantivo del Trabajo, en febrero de 2014, es decir, que hace cuatro años se materializó los derechos que estiman vulnerados, y tan solo hasta ahora pretenden se paguen supuestos aportes al sistema de seguridad social en pensiones; además de faltar al principio de subsidiariedad, por existir un juez natural para hacer efectivos sus derechos.

Sustenta la entidad, que en el caso existe una indebida legitimación en la causa por pasiva, toda vez que de acuerdo con toda la normatividad expuesta, y los aspectos relacionados con el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que le pueden corresponder a las accionantes, el Consorcio carece de facultades para realizar ese tipo de diligencias, motivo por el cual no le asiste competencia de la que se pueda inferir que la entidad pueda dar respuesta favorable a las pretensiones de la actora.

En lo que a la acción constitucional se refiere, la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar reconocimiento de prestaciones económicas, toda vez que existe la posibilidad de acudir a la jurisdicción natural para debatir esos asuntos.

Por lo anterior, concluyen solicitando que se denieguen las pretensiones de las actoras, por no vulnerar derecho fundamental alguno, por existir falta de legitimación en la causa por pasiva, así mismo, que se declare improcedente la acción, por no ser este el medio idóneo para el reconocimiento de prestaciones de carácter económico y que se declare improcedente la acción de tutela denegándose las pretensiones por falta de los principios de inmediatez y subsidiariedad.

4.3.3. Ministerio del Trabajo³

A través de informe la asesora de la oficina asesora jurídica de esta entidad, responde a la acción de tutela, manifestando 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.

³ Fols. 222 – 232 Cdno 1



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.

Con respecto a la aplicabilidad del auto 186 de 2017, estima la entidad, que no se puede deducir la existencia de una relación laboral, que las situaciones fácticas presentadas en la acción de tutela no son las mismas que las expuestas en las acciones de tutela que llevaron a proferir la sentencia T-480 de 2016, por lo tanto, la conclusión que se podría obtener de estas serían las mismas a las que llevaron a declarar la nulidad parcial de aquella sentencia.

Frente a los hechos antes señalados, solicita el Ministerio del Trabajo, se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto no es la entidad la llamada a responder sobre las pretensiones de las accionantes, sino el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

4.4-FALLO IMPUGNADO⁴.

El Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 24 de mayo 2018, hizo su pronunciamiento de fondo, referente al asunto bajo estudio, considera el a quo; es necesario advertir que, tal y como lo ha decantado la múltiple jurisprudencia constitucional no es dable en sede de tutela reconocer relación laboral.

Enfatizó en que, en el expediente obran pruebas de que las accionantes se desempeñaron como madres comunitarias tales como las declaraciones extra juicio, las manifestaciones del Ministerio del Trabajo y el Consorcio Colombia Mayor 2013 con respecto al otorgamiento del subsidio a los aportes en pensión como madres comunitarias, sin embargo, no existe pruebas del tiempo durante el cual ejercieron como madres comunitarias.

Asimismo, frente al hecho N° 15 donde las accionantes solicitan el reconocimiento y pago de todas y cada una de las prestaciones laborales y de la seguridad social, da cuenta el a quo, que esa pretensión no es

⁴ Fols. 241 - 265 Cdno 1



procedente, debido a que, el pago de prestaciones laborales y a los aportes en pensión, son el resultado de una relación laboral, es un asunto que debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, razón por la Juez de primera instancia declara improcedente la presente acción de tutela y desvincula al Ministerio del Trabajo y al Consorcio Colombia Mayor 2013, por no encontrarse legitimados en la causa por pasiva.

4.5.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN⁵

En el escrito de impugnación, el apoderado de las accionantes manifiesta, su inconformidad frente al fallo, impugnando la decisión del juez de primera instancia, no obstante se reserva para sí, los argumentos en los que sustenta el recurso de alzada.

V.-ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha cinco (05) de junio de dos mil dieciocho (2018) el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena⁶, concedió la impugnación, por lo que fue asignada el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el trece (13) de junio del dos mil dieciocho (2018)⁷, siendo finalmente recibido y admitido por esta Magistratura el día catorce (14) de junio del mismo año⁸.

VI.-CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

6.1.- La competencia.

En el caso concreto, la Sala evidencia que la acción de tutela fue admitida por la juez de primera instancia sin competencia, en la medida que las accionantes alegan ser madres comunitarias que prestan sus servicios en los departamentos de Magdalena y Bolívar, razón por la cual, dado el factor Territorial, debió ser remitido el expediente de manera inmediata al juez natural de tutela que no es otro que el del Circuito del Distrito Judicial respectivo.

⁵Fols. 274 Cdno 2

⁶Fol. 341 Cdno 2

⁷Fol. 2 Cdno 2

⁸Fol.4 Cdno 3





En efecto, en nuestro ordenamiento Constitucional y legal debemos remitirnos a tres fuentes jurídicas para estudiar el factor de competencia para conocer de acciones de tutela. En primer lugar, el artículo 86 de la Constitución Política consagra que dicha acción podrá ser interpuesta ante los jueces "en todo momento y lugar". Dicha disposición se desarrolló por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 que establece la competencia territorial y la de las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación, la cual se asigna a los jueces del circuito.

Por lo anterior, el factor territorial de competencia establece que deben conocer de la acción de tutela: "los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud".

También contamos con el Decreto 1382 del 2000, que establece el conjunto de reglas de reparto pero no definen la competencia.

La Corte Constitucional tiene el criterio unificado de que el Juez debe declararse incompetente únicamente en los casos del factor territorial y cuando la solicitud de amparo se dirija contra los medios de comunicación social.

Al respecto, señaló:

"(i) Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, declararse incompetente y remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.

(ii) Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 no autoriza al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso.

(iii) Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquellos que se presentan por la aplicación o interpretación del factor de competencia territorial del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación).

(iv) Ninguna discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia, ni siquiera aparente. Por tanto, en el caso que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales relativas a las normas de reparto. Lo anterior no obsta para que esta Corporación o el superior funcional al que sea enviado un supuesto



*conflicto de competencia, proceda a devolver el asunto, conforme a las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa de la acción de tutela fruto de una manipulación grosera de las reglas de repartos contenidas en el mencionado acto administrativo, como sería el caso de la distribución equivocada de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial emanada de una de las Altas Cortes."*⁹

Teniendo en cuenta que las actoras, en su condición de madres comunitarias de Hogares de Bienestar Familiar ubicados en los departamentos de Magdalena y Bolívar, reclaman al juez constitucional se declare la existencia de un contrato realidad, el reconocimiento de los aportes parafiscales que se dejaron de cancelar por el ICBF por la prestación de esos servicios, se debe concluir que la presunta afectación de sus derechos fundamentales ocurrió en dicho territorio, razón por la cual la competencia por el factor territorial está atribuida al juez de tutela con jurisdicción del Departamento del Magdalena y no del Departamento de Bolívar, como ocurrió en este caso, al ser presentada la solicitud de amparo por el apoderado ante los jueces del circuito de este Distrito.

Lo anterior, porque la competencia territorial está definida por el Legislador y no debe quedar al arbitrio de las partes y mucho menos de sus apoderados atendiendo el lugar en el que éstos tengan sus oficinas.

La Sala debe recalcar que, en el Estado Social de Derecho el principio fundamental del Debido Proceso es de raigambre Constitucional y debe ser respetado al constituir garantía particularmente relevante para la adopción de decisiones administrativas y jurisdiccionales. Una de las primeras garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso es la de que el asunto sea juzgado por un juez competente, garantía establecida por la Revolución francesa y hoy en día prevista tanto por el artículo 29 de la Constitución Política, como por instrumentos internacionales que integran el Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto (artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La misma, está vinculada con el derecho de acceso a la justicia y se conoce como de juez natural y exige: (i) la preexistencia del juez, (ii) la determinación legal y previa de su competencia en abstracto, incluso si es una competencia especial o por fuero, y (iii) la garantía de que no será excluido del conocimiento del asunto, una vez ha asumido regularmente competencia, aunque una modificación legal de

⁹ Auto 074-2016





competencia pueda significar un cambio de radicación del proceso en curso, sin que se entienda que se desconoce el derecho al juez natural.

No obstante lo anterior, y a pesar de haberse conocido y fallado el proceso sin competencia, la Sala conocerá de la impugnación, porque al no haberse alegado la posible nulidad que pudo haberse originado, la misma quedó saneada y con ello se garantizan principios de raigambre superior, como los de Acceso a la Administración de Justicia y Tutela Judicial Efectiva.

En este orden de ideas y como en el caso concreto, ninguna de las partes alegó nulidad por falta de competencia por el factor territorial, el Tribunal prorroga la competencia y procede a resolver la alzada entendiendo que la nulidad quedó saneada, garantizando los principios de Acceso a la Administración de Justicia y Tutela Judicial Efectiva¹⁰.

6.2.- Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar si:

¿La acción de tutela es el medio procedente para que el Juez constitucional declare el reconocimiento y pago de los derechos laborales y las prestaciones económicas que tiene derecho un trabajador, tales como los aportes parafiscales a seguridad social en pensión?

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 a la vida, dignidad humana, igualdad, trabajo, debido proceso, seguridad social y mínimo vital de las accionadas por parte del ICBF?

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) La procedibilidad de la acción de tutela en asuntos laborales y pensionales (iv) sobre la figura del contrato

¹⁰ Ver Sentencia del 9 de mayo de 2018, Rad: 13001-33-33-010-2018-00041-01 del Tribunal Administrativo de Bolívar. Magistrada Ponente: Dra. Claudia Patricia Peñuela Arce.





realidad en relación con la prestación laboral desarrollada por las Madres Comunitarias; (v) caso en concreto.

6.3. Tesis de la Sala.

La Sala Magistral considera que en el caso sub lite, tiene razón la Juez de primera instancia, en cuanto que no es procedente la acción de tutela, para que las señoras Cristina Isabel Blanco Villalobos, Mirian Acuña De Moya, Ivis Esther Jiménez Payares, Elizabeth De La Hoz Arévalo, Idalides Segunda Sánchez Campo, Alcira Ríos Morales, Judith Mendoza Polo, Iris María Rubio De Charris y Martha Rangel Rodríguez, obtengan los derechos que reclaman, puesto que no se encuentra superado el requisito de subsidiariedad de la tutela en la medida en que los reconocimientos de sus derechos pensionales pueden ser discutidos a través de la justicia ordinaria, mecanismo que del cual aún no han hecho uso.

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.

Por otra parte, si es procedente el estudio de fondo de la acción de tutela frente a la señora Nancy Elena Cerpas Charris, puesto que, ésta sí cumple con la condición de ser una persona de la tercera edad; sin embargo, no se accederá a sus pretensiones toda vez que no demostró el tiempo de servicios prestados al ICBF.

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.

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.

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.**" (negrita fuera del texto original)¹¹*

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.

6.4.3.-La procedibilidad de la acción de tutela en asuntos pensionales.

De acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela no procede cuando existen mecanismos ordinarios de defensa judicial que puedan salvaguardar los derechos de los asociados, en ese orden de ideas, puede concluirse que esta acción, tiene un carácter eminentemente 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.

¹¹ Sentencia SU 037 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil.





En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara en cuanto la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y, por tanto, no está diseñada para sustituir los mecanismos procesales ofrecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Sobre este tópico, dijo:

"La acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció que dentro de las labores que le impone la Constitución "está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas."¹²

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. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

La corte, ha sido clara en decir además, que no puede utilizarse la acción de tutela para ventilar asuntos concernientes a derechos pensionales, pues existen mecanismos judiciales ordinarios que permiten debatir de manera efectiva las discusiones derivadas del litigio pensional. No obstante, el alto Tribunal, ha destacado la procedencia excepcional de la acción, condicionándola al cumplimiento de ciertos requisitos que inicialmente se referían al agotamiento de los medios ordinarios de defensa, la cualificación del actor como persona de la tercera edad y finalmente la acreditación de un perjuicio irremediable.

Posición que se puede apreciar en sentencia T-045 de 2016 donde se recalcó:

¹² Corte Constitucional, sentencia T-262/98.





En lo que hace referencia a la falta de idoneidad de los otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha señalado las siguientes circunstancias o requisitos que permitirían de manera excepcional conocer por vía de tutela la cuestión relativa al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes o de vejez, aún a pesar de la existencia de las acciones correspondientes ante la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a saber:

"La acción de tutela deviene procedente para el reconocimiento de pretensiones prestacionales en materia pensional, si su desconocimiento compromete de forma conexa derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna, y el juez constitucional, a la luz de las particularidades fácticas del caso en revisión, arriba a la conclusión de que el mecanismo judicial de que dispone el interesado es ineficaz, debido a que no resuelve el conflicto de manera integral o no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales.

(...) Respecto a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, particularmente cuando estas corresponden a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber: (i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) 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. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo"¹³,

Si concurren los cuatro requisitos mencionados, al juez de tutela no sólo le será dable conocer el fondo del asunto, esto es, examinar si se dan o no los requisitos legales que le permiten al accionante en tutela adquirir el derecho a una pensión de jubilación por aportes o de vejez; sino que también podrá otorgarle al amparo constitucional propuesto la naturaleza de mecanismo principal de protección, por estar comprometidos los derechos de personas de la tercera edad, cuya condición de sujeto de especial protección constitucional¹⁴ exige una mayor flexibilidad en el examen de las condiciones de procedencia de la acción de tutela.

Se tiene entonces, que la Corte ha establecido la regla general de improcedencia de la acción de tutela para reconocer derechos pensionales,

¹³ Sentencia T-249 de 2006. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-055 de 2006 y T-851 de 2006.

¹⁴ Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-489 de 1999, T-1083 de 2001, T-473 de 2006, T-580 de 2006, T-517 de 2006 y T-395 de 2008. Sobre la materia, el artículo 46 de la Constitución Política dispone que: "El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia".





sin embargo, en aquellos casos en los cuales los mecanismos judiciales resulten ineficaces y cuando el sujeto se encuentre ante la eventualidad de un perjuicio irremediable, de manera excepcional, el juez de tutela podrá declarar la procedencia del mecanismo constitucional.

6.4.4. 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 respecta 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."

6.4.5.- 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, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital; 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.

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





6.6.- Hechos relevantes probados

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

- Copia de cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora Cristina Isabel Blanco Villalobos, visible a folio 42 y 43 respectivamente Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 8 de septiembre de 2017, visibles a folios 44 y 45 Cdno 1.
- Copia de cédula de ciudadanía de la señora Mirian Acuña De Moya, visible a folio 46 Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 19 de octubre de 2017, visibles a folios 47 y 48 Cdno 1.
- Copia de cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora Ivis Esther Jiménez Pallares, visibles a folios 49 y 50 respectivamente Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 19 de febrero de 2018, visibles a folios 51 y 52 Cdno 1.
- Registro civil de nacimiento de la señora Elizabeth De La Hoz Arévalo, visible a folios 53 Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 5 de septiembre de 2017, visibles a folios 54 y 56 Cdno 1.
- Copia de cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora Idalides Segunda Sánchez Campo, visibles a folios 58 y 59 respectivamente Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 8 de febrero de 2018, visibles a folios 60 y 61 Cdno 1.



- Copia de cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora Alcira Ríos Morales, visibles a folios 62 y 63 respectivamente Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 12 de septiembre de 2017, visibles a folios 64 y 65 Cdno 1.
- Copia de cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora Judith Mendoza Polo, visibles a folios 66 y 67 respectivamente Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 23 de febrero de 2018, visibles a folios 68 a 71 Cdno 1.
- Copia de cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora Iris María Rubio Charris, visibles a folios 72 y 73 respectivamente Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 16 de febrero de 2018, visibles a folios 74 y 75 Cdno 1.
- Copia de cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora Nancy Elena Cerpas Charris, visibles a folios 76 y 77 respectivamente Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 16 de febrero de 2018, visibles a folios 78 y 79 Cdno 1.
- Copia de cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora Martha Rangel Rodríguez, visibles a folios 80 y 81 respectivamente Cdno 1.
- Declaraciones extraprocesales del 1 de septiembre de 2017, visibles a folios 82 a 85 Cdno 1.
- Copia del auto 217 de 2018 emitido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, aportado por el Consorcio Colombia Mayor 2013, visible a folio 175 a 220 Cdno 1.





- Copia del pantallazo con información de las peticionarias, aportado por el Ministerio del Trabajo, visible a folio 234 Cdno 1.

6.7.- 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, al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, la seguridad social y al mínimo vital, 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.

La 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 demostraron la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable que haga procedencia tutela como un mecanismo transitorio.

En el caso bajo estudio, advierte la Sala, que lo que persiguen las peticionarias 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 deriva en improcedente 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 tutelantes 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 cumplieran 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."

Por otro lado, 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.

Finalmente, en cuanto a la condición de la tercera edad, se tiene que las tutelantes aportaron con la presentación de la demanda, copia de cédulas



de ciudadanías, registros civiles de nacimientos y 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, 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, 9 de las 10 accionantes tampoco cumplen con esta condición, pues se puede observar, por los documentos que reposan en el expediente, que incluso seis (6) de las diez (10) accionantes 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.

Bajo ese entendido, deberá declararse la improcedencia de la tutela para Cristina Isabel Blanco Villalobos, Mirian Acuña De Moya, Ivis Esther Jiménez Payares, Elizabeth De La Hoz Arévalo, Idalides Segunda Sánchez Campo, Alcira Ríos Morales, Judith Mendoza Polo, Iris María Rubio De Charris y Martha Rangel Rodríguez.

Encuentra esta Sala que, tan solo una (1) de las accionantes cumple con las tres condiciones que estableció la Corte constitucional, para acceder al estudio de fondo de su caso; se trata de la señora Nancy Elena Cerpas Charris identificada con cedula de ciudadanía N° 22.903.397¹⁵, quien tiene más de 76 años de edad, puesto que nació el 6 de agosto de 1938¹⁶, y a quien, de acuerdo con lo explicado, también se le presume su condición de pertenecer a los sectores más deprimidos económica y pertenecer a la población marginal del país.

¹⁵ Folio 76 – 79 Cdno 1.

¹⁶ Folio 77 Cdno 1 – (79 años).





Así las cosas, es procedente el análisis de la tutela frente a los derechos de la señora Nancy Elena Cerpas Charris, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en el auto 217 del 2018¹⁷.

Adentrándonos en el fondo del asunto, se tiene que en este evento se persigue que por vía de tutela se le ordene a las demandadas a realizar los aportes a pensión, de la señora Nancy Cerpas Charris, toda vez que ella prestó sus servicios al ICBF como madre comunitaria, pero, como quiera que la obligación de realizar dichos aportes deviene de la existencia de una relación laboral, se hace necesario verificar los requisitos del principio de contrato realidad.

La Corte Constitucional en sentencia T 480 de 2016 expuso que el contrato de trabajo está definido en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos: "*Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*"; y para que el mismo exista se requiere que concurren tres elementos esenciales, a saber: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y (iii) un salario como retribución del servicio.

En cuanto a la actividad personal del trabajador, la Corte expone que básicamente se debe entender por aquella labor que realiza el trabajador por sí mismo. Ahora bien, en el caso de marras, la señora Cerpas Charris no probó, dentro de esta acción, la vinculación laboral con el ICBF, ni el tiempo de servicio con dicha institución, tal y como a continuación se expone:

Al respecto, observa la Sala que al proceso se trajeron las declaraciones extrajuicio de los señores GALA ESTHER MOJICA SERRANO, BLADIMIR GREGORIO VARGAS CERPA¹⁸, quienes expusieron lo siguiente:

La señora GALA ESTHER MOJICA SERRANO¹⁹, afirmó que conoce de vista, trato y comunicación a la señora Nancy Cerpas Charris; que le consta que ésta última trabajó con el ICBF desde el 4 de abril de 1988, hasta la actualidad, ejerciendo la actividad de madre comunitaria, en el barrio Bolivariana del

¹⁷ Folio 208 Cdno 1.

¹⁸ Folio 79

¹⁹ Folio 78





Distrito de Santa Marta. Ahora bien, observa esta Judicatura que la declarante no precisa las circunstancias de su dicho, ni por qué conoce a la tutelante Nancy Cerpas, además, llama la atención de este Tribunal el hecho de que la testigo afirma vivir en la zona bananera, y la beneficiaria del testimonio vive en la ciudad de Santa Marta.

Por otra parte, la declaración del señor BLADIMIR GREGORIO VARGAS CERPA, dice que, le consta que la señora Cerpas Charris ejerce como madre comunitaria desde el 04 de abril de 1988 en Santa Marta, cuando el declarante tiene 42 años de edad, es decir, para esa fecha contaba con una edad de 12 años, es decir que era solo un niño que a su corta edad no podría entender las actividades que representan una relación laboral, además de ello, tampoco precisa por qué le consta toda la información que suministró en su declaración.

Es entonces que, visible a folio 234 del Cdno 1, aparece que, la señora Nancy Cerpas estuvo vinculada al sistema de seguridad social de pensiones desde el 1 de septiembre de 1991 al 30 de junio del año 2002 y del 1 de junio del 2008 al 31 de agosto del año 2011, en el primer periodo contiene una nota de "no pagó sus aportes cumplidamente" y en el segundo periodo "cancelación por temporalidad edad", lo que lleva a la Sala a la imposibilidad de saber a ciencia cierta el tiempo de vinculación al sistema y quien fue su empleador, puesto que, esa información no reposa en el expediente.

En consecuencia de lo antes expuesto, ninguna de las dos declaraciones aportadas se tendrá en cuenta para resolver este asunto, por ser las mismas insuficientes para demostrar lo pretendido por la actora.

VII.-CONCLUSIÓN.

En virtud de lo anterior, la respuesta al primer 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.

No obstante, frente a la señora Nancy Elena Cerpas Charris, la respuesta al primer problema jurídico es positiva, por ser procedente la acción de tutela, ya que, cumple con la condición de la tercera edad, sin embargo ésta no demostró la vinculación con el ICBF, por lo que se denegará el amparo de sus derechos pues no existe prueba de la vulneración los derechos a la vida, dignidad humana, igualdad, trabajo, debido proceso, seguridad social y mínimo vital de las accionadas por parte del ICBF.

VIII – DECISIÓN

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,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍQUESE la sentencia del 24 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, así:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela frente a las señoras Cristina Isabel Blanco Villalobos, Mirian Acuña De Moya, Ivis Esther Jiménez Payares, Elizabeth De La Hoz Arévalo, Idalides Segunda Sánchez Campo, Alcira Ríos Morales, Judith Mendoza Polo, Iris María Rubio De Charris y Martha Rangel Rodríguez, de acuerdo con lo establecido en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR el amparo de los derechos de la señora NANCY ELENA CERPAS CHARRIS, toda vez que no demostró la vinculación laboral con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia de primera instancia del 24 de mayo de 2018, por lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

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



CUARTO: 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 064.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

