|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180025400** |
| DEMANDANTE | **MARTHA CARMENZA PULIDO QUINEME** |
| DEMANDADO | **MINISTERIO DE TRABAJO-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL-ICBF-CONSORCIO MAYOR 2013-AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

MARTHA CARMENZA PULIDO QUINEME actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de MINISTERIO DE TRABAJO-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL-ICBF-CONSORCIO MAYOR 2013-AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO con el fin de proteger su derecho fundamental de peticion, trabajo, seguridad social, minimo vital e igualdad.

1. **LA DEMANDA:**

**La accionante solicita que dentro de un término no superior a tres meses, se ordene al Ministro de Trabajo, Director del ICBF, Representante Legal del Consorcio Mayor 2013, que realice las acciones necesarias para el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, de los periodos acreditados por la accionante.**

Como **hechos** sustento de las pretensiones anotadas se aducen los siguientes:

*(…)“PRIMERO: Que desde el día 1990-12-03 hasta 2017-09-30, preste mis servicios en los Hogares Comunitarios de Bienestar, programa de atención a la infancia en la modalidad de MADRE COMUNITARIA, perteneciente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de la Asociación LA GRANJA de la localidad de ENGATIVÁ.*

*SEGUNDO: Teniendo en cuenta que la prestación del servicio la inicié antes de Febrero de 2014, el ICBF, no canceló los aportes a salud y pensión que fueren causados para ese tiempo.*

*TERCERO: En los términos señalados en la Ley 1276 de 2009, articulo 7 literal b, actualmente cuento 60 años de edad, siendo actualmente adulto mayor y sujeto de especial protección, conforme a la posición jurisprudencial expuesta en varios pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional.*

*CUARTO: Que la corte constitucional, en sentencia T 480 de 2016, estudió la situación de 106 madres comunitarias, corporación que posteriormente en Auto 186 de 2017, modificó el amparo otorgado, ordenándole a ICBF, y a los fondos de pensiones, realizar los pagos de los aportes al Sistema de Seguridad Social, causados con ocasión al servicio prestado por las 106 madres comunitarias.*

*QUINTO: De las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional en sentencia T-480 de 2016(con modificación parcial realizada en Auto 186 de 2017), fue objeto de valoración el estado de salud de las accionantes, la edad, y la acreditación del tiempo de servicio prestado antes de Febrero de 2014, fecha en la cual se causó la formalización de dicha labor a través de entidades administradoras del servicio.*

*SEXTO: Dada la anterior situación, el día 2017 - 03 - 08 suscribí un Derecho de petición dirigido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el cual solicité certificara el tiempo que he laborado en el programa HOGARES COMUNITARIOS con el ICBF H.C.B*

*SÉPTIMO: Que el día 2017 – 12-15, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, expidió la respectiva certificación, en la cual se acredita el tiempo en el cual he laborado en el programa referido en el hecho primero, esto es el día 1988 - 04 - 25 hasta 2017 - 04 - 10, conforme a lo expuesto en los pronunciamientos aquí señalados por el alto tribunal.*

*OCTAVO: A la fecha, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, no me ha vinculado al programa de normalización para el pago de los aportes al sistema de seguridad social, conforme a lo ordenado por la honorable corte constitucional.*

*NOVENO: A pesar de ser pleno el conocimiento del ICBF, no solo por la petición por mi interpuesta, sino por la orden contenida en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-480 de 2016 y el Auto 186 de 2017, .con relación a la obligación de realizar los aportes al sistema de salud y Seguridad Social, a la fecha no se ha iniciado el pago de dichos aportes, ni tampoco se ha efectuado gestión por parte de los entes que de ello depende ( departamento administrativo para la prosperidad social Adscripción del ICBF, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Colpensiones), situación que afecta mis derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, y al mínimo vital, conforme a los parámetros descritos en el fallo mencionado insistentemente*

*DÉCIMO: Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, se hace necesario vincular al Consorcio Colombia Mayor-2013, al Ministerio de Trabajo y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, habida cuenta que el primero, fue creado con el fin de administrar los aportes contenidos al fondo de solidaridad pensional contenido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 509 de 1999-que regula el aporte al sistema de seguridad social de las madres comunitarias-, al segundo, por ejercer la representación judicial de las entidades de Derecho Público, conforme a lo expuesto en el litera i, numeral 3 del artículo 6 del Decreto 4085 de 2015, y al tercero, por tratarse de la entidad que emite los lineamientos técnicos y directrices correspondientes del Consocio Colombia Mayor, administradora del fondo de Solidaridad pensional.*

*DÉCIMO PRIMERO: Es de acotar, que en comunicado de prensa emitido por la corte Constitucional el día 11 de Abril de 2018, se indicó que el Auto 186 de 2017 fue anulado, sobresale, que dicha decisión obedece al desconocimiento del debido proceso del Consorcio Colombia Mayor -2013 y del Ministerio de Trabajo, entidades que son vinculadas en la presente acción de tutela, más no por desaparición del objeto de los hechos que decantan en esta acción de carácter constitucional.*

*DÉCIMO SEGUNDO: De igual forma sucede señor juez, que la presente acción constitucional es el único mecanismo de protección de mis derechos fundamentales, por cuanto el objetivo de esta, no radica en la declaratoria de un contrato realidad o el reconocimiento de suma de dinero alguna, sino únicamente está encaminada al reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social que debe efectuar el ICBF junto con el Consorcio correspondientes a la fecha en la cual me vinculé a través de la Asociación LA GRANJA de la localidad de ENGATIVÁ, 1990 - 12 - 03 hasta 2017 - 09 – 30.*

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**
	1. La presente demanda fue presentada el 1 de agosto de 2018 (folio 18 del Cuaderno Principal)
	2. Mediante providencia del 1º de agosto de 2018 (folio 20 del Cuaderno Principal) se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.
2. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificados los demandados el 2 de agosto de 2018 (folio 24 del cuaderno principal), contestaron:

**3.1.** El **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL** el 2 de agosto de 2018, manifestando lo siguiente:

*“(…) Si se analizan con detenimiento los hechos alegados como generadores de la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante y las pruebas aportadas por ésta, se encontrará que no existe al accionar de mi representada, la necesaria legitimación material en la causa por pasiva respecto de la misma, como quiera que PROSPERIDAD SOCIAL no está llamada a resolver las pretensiones de la accionante, pues las mismas escapan del marco de sus competencias.*

*(…)*

*Si bien el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR se encuentra adscrito al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, no debe perderse de vista que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (…)*

*El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social-Prosperidad Social no tiene competencia sobre el asunto que se somete a consideración de su señoría, directo competente el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Por estas razones debe excluirse a Prosperidad Social del presente trámite de tutela.*

**3.2.** El **MINISTERIO DEL TRABAJO** contestó el 8 de agosto de 2018, manifestando lo siguiente:

(…)

***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 entre dicha entidad y la accionante, por tanto, esta Cartera es totalmente ajena a los hechos que se narran en el escrito de tutela y de las pruebas que se relacionan en la misma.*

*El Ministerio del Trabajo, no es la llamada a rendir informe sobre el particular, por tamo, debe ser desvinculada de la presente acción, ante la falta de legitimación en la causa por pasiva. Al respecto conviene citar un aparte de la Sentencia T-971 de 1997, donde ¡a Honorable Corte Constitucional estableció:*

*La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a ¡as partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. En resumen, la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.*

*La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye ai demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material.*

*Si bien la tutela se establece por la Constitución como un proceso preferente y sumario, con ello no se quiso consagrar un instrumento judicial carente de garantías procesales, en donde la brevedad y celeridad procesal sirvan de excusa para desconocer los derechos de las partes o de los terceros, de manera que en dicho proceso, como en cualquier otro, el juez debe lograr que la actuación se surta sin vulnerar los principios de legalidad y contradicción.*

*La identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto ta Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan. Según aquélla, la acción de tutela se promueve contra autoridad pública y. en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas, y lo mismo señala el segundo estatuto. En efecto, el referido decreto dispone sobre el punto:*

*"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazo el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (...)*

*Aun cuando el fallo no puede ser inhibitorio (art. 29 del Decreto 2591/91}, pese a no hallarse acreditada la legitimación en la causa por pasiva del Instituto Nacional de Vías, la Sala considerara que es improcedente la tutela contra dicha entidad "*

*De tal manera, se solicita desvincular al Ministerio del Trabajo de la presente acción, pues no es la Entidad que presuntamente vulneró los derechos fundamentales reclamados por las accionantes.*

***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 las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, con ocasión del servicio prestado como madre comunitaria, debe afirmarse que la accionante desconoce la 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 por los artículos 86 de la Carta Política y 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. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.*

*Sobre el particular, la Corte ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración, más aún cuando para la declaración de un contrato realidad, es necesaria la valoración de pruebas que la contraparte no está en disposición de controvertir, así como de la formulación de excepciones como la de inexistencia de la obligación y sobre todo la de prescripción, las cuales deben ser estudiadas por el juez ordinario laboral.*

*(…)*

*Es evidente que, en el caso particular , si bien es cierto la señora MARTHA CARMENZA PULIDO QUINEME es sujeto de especial protección constitucional, dada su edad pues en la actualidad tiene 67 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 estatus personal de la tercera edad, y c) afrontar un mal estado de salud.*

*Específicamente, vale la pena señalar lo dicho por la Corte en Sentencias T-523 de 1998, T-262 de 1998 y T-214 de 2005, entre otras, donde se concluye que no es procedente la acción de tutela para hacer valer el contrato realidad y pretender por esta vía que se dé un reconocimiento de derechos de orden legal:*

*Para definir lo anterior, cabe reiterar, en primer término, que el instrumento judicial de ¡a tutela, consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, constituye un mecanismo extraordinario de protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública y en algunas oportunidades por ¡os particulares, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita lograr esa protección o no la garantiza en forma eficaz e idónea, así como en el evento de que su uso transitorio resulte imperativo para evitar un perjuicio irremediable.*

*La referida acción presenta, como insistentemente lo ha señalado esta Corporación, un carácter subsidiario y residual, que impide su ejercicio sobre la base del desplazamiento arbitrario de las demás acciones procesales y el desconocimiento de las competencias de las demás jurisdicciones distintas a la constitucional por el contrario, la acción de tutela constituye un complemento a todas esas acciones, recursos y medios procesales que otorga la normatividad jurídica vigente para asegurarla defensa efectiva de los derechos de las personas.*

*De aquello se colige que, el ámbito de ejercicio de la acción de tutela es restringido. ya que en sus alcances no está radicada la definición de controversias jurídicas legalmente reguladas: por lo tanto, el reconocimiento de los derechos que se puedan derivar de la configuración de una relación labora! dentro de un contrato celebrado como de prestación de servicios, constituye materia de rango legal, cuyas controversias, deberán ser definidas por la autoridad judicial competente, con vigencia de las reglas propias del debido proceso, en una jurisdicción distinta a la constitucional en sede de tutela En esos términos se expresó esta Sais, en otra oportunidad, cuando señalo lo siguiente:*

*'Sobre el particular, debe señalarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los jueces en sede de tutela no pueden pronunciarse de fondo sobre el reconocimiento de prestaciones sociales, como tampoco determinar la entidad de previsión social obligada al pago de dicha carga prestacional. por cuanto carecen de la respectiva competencia para hacerlo Lo anterior, en razón a la naturaleza legal del derecho sobre el cual versa una controversia de esa índole, que supone la existencia de otros medies de defensa judicial para reclamarlo, así como por la finalidad de la función netamente preventiva que esos jueces desempeñan frente a la amenaza o vulneración de los derechos constitucionales fundamentales, que a todas luces descarta un posible pronunciamiento declarativo de derechos de competencia de otras jurisdicciones, dada la insuficiencia del material probatorio y de los elementos de juicio en que podrían fundamentarse para proferir una decisión de esa trascendencia'. (Sentencia T-305 de 1998, M.P Dr. Hernando Herrera Vergara. La subraya fue incorporada por la Sala).*

*De esta manera, la definición de la controversia relacionada con la supuesta existencia de una relación laboral, con ocasión de la prestación de servicios a la administración y el reconocimiento de prestaciones sociales que puedan obtenerse de la misma, son de la competencia del juez ordinario y no del juez de tutela en presencia de la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo e eficaz para la salvaguarda de los derechos reclamados." (Subrayado agregado).*

*De igual manera, el Auto 186 de 2017 expresamente indica que entre las madres comunitarias y el ICBF no existe un contrato laboral, y que la Sentencia T-480 de 2016, desconoció los precedentes jurisprudenciales sobre el particular:*

*"Con base en lo evidenciado, la Sala Plena observa que la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional sí vulneró el derecho al debido proceso al proferir la providencia T-480 de 2016, toda vez que desconoció la sentencia SU-224 de 1998, en relación con la inexistencia de un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o ¡as asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar. (...)*

*"(i) En efecto, los referidos pronunciamientos realmente componen una línea jurisprudencial en vigor sobre un determinado tema, esto es, la inexistencia de contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y. que el vínculo es de naturaleza contractual de origen civil.*

*(¡i) En oposición a lo anterior, en ¡a sentencia T-480 de 2016 se determinó que entre el ICBF y las accionantes sí existió contrato de trabaje realidad durante un lapso específico, toda vez que con ocasión de la observancia y aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, se encontraban reunidos los tres elementos esenciales del contrato realidad. Aunado a ello, en la providencia censurada tampoco se expuso razón alguna que diera cuenta del apartamiento de la mencionada línea jurisprudencial sostenida, uniforme y pacífica en la materia."*

*De esta manera alternativa se solicita al Despacho DENEGAR las pretensiones de la acción por las razones expuestas.*

*(…)*

**3.4.** **El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-** el 2 de agosto de 2018 argumenta lo siguiente:

 *(…)FRENTE A LOS HECHOS*

*Primero.- Con relación a los hechos en que la accionante manifiesta haber prestado el servicio voluntario de madre comunitaria desde el 03 de diciembre de 1990 hasta el 30 de septiembre de 2017, según la certificación emitida por la Regional Bogotá del ICBF y que la accionante aporta como prueba, tenemos que ES CIERTO.*

*Segundo.- En relación con los hechos relacionados que señalan que el ICBF es responsable del pago de aportes a pensión de las madres comunitarias, es preciso que su honorable despacho considere que dicha obligación no se encuentra en la Constitución, ni en la ley.*

*En este punto deberá considerarse que, la Sentencia T-480 de 2016 que declaró la existencia de contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF fue declarado nulo parcialmente por desconocimiento del precedente judicial de la Corte Constitucional.*

*(…)*

*1.1 Legitimación en la causa por pasiva*

*En palabras de la Corte Constitucional, la legitimación en la causa por pasiva hace referencia a la aptitud legal de la persona (natural o jurídica) contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental; en el presente asunto las pretensiones.*

*Es decir que además de la aptitud legal, se requiere que en la Constitución y/o en la Ley se haya impuesto una obligación y que dicha obligación este siendo objeto de incumplimiento, por ende, la legitimación en la causa por pasiva, está íntimamente ligada con el principio constitucional del debido proceso (art. 29 CPo); así las cosas, debe analizarse en el presente asunto que las consideraciones del Auto 186 y Sentencia T-639 de 2017, adolecen de la identificación clara y expresa de la norma constitucional, legal y reglamentaria que impone al ICBF obligaciones frente a los aportes a pensión de las madres comunitarias.*

*PRETENSIÓN*

*Principal*

*DECLARAR que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, no ha incurrido en acción u omisión, toda vez que la normatividad y jurisprudencia señala que no existe vínculo laboral con las madres comunitarias, situación que implica que no tenga obligaciones frente a los aportes a pensión de las madres comunitarias, pues conforme a lo expuesto en el presente escrito, las madres comunitarias eran responsables de afiliarse y realizar aportes al sistema de pensiones.*

**3.5. El CONSORCIO COLOMBIA MAYOR** el 6 de agosto de 2018 manifestó lo siguiente:

***(…)***

*4. EL CASO CONCRETO*

*4.1 SITUACIÓN ACTUAL DE LA ACCIONANTE EN EL PROGRAMA DE SUBSIDIO AL APORTE EN PENSIÓN.*

*Consultada la base de datos de beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional (FSP), se logró establecer que la señora Martha Carmenza Pulido Quineme registra las siguientes novedades:*

* *Se afilió en el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión - PSAP, el 01 de agosto de 2008, en el grupo poblacional "Madre Comunitaria".*
* *La afiliación fue suspendida el 01 de febrero de 2014 (fecha para la que empezó a ser trabajadora), y retirada del Programa SPA el 09 de marzo de 2016, por la causal de pérdida del derecho “© cuando adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad de aporte a la pensión”.*

*4.2 CANCELACIÓN DE BENEFICIARIOS POR LA CAUSAL CAPACIDAD DE PAGO*

*Es pertinente aclara que el retiro de la accionante del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (PSAP) por paso al Régimen Contributivo, procedió debido a la formalización laboral de las Madres Comunitarias con las entidades administradoras del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, que les permitió contar con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, la formalización fue regulada por el Decreto 289 de 2014; lo anterior se encuentra enmarcado como una causal para la pérdida del derecho al subsidio contemplada en el artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016*

 *(…)*

*9. LA ACCIONANTE NO PUEDE CONSIDERARSE COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN POR SU EDAD*

*Conforme a los hechos del libelo introductorio y a las pruebas que reposan en la foliatura, la accionante cuenta con 65 años, es decir, que no puede ostentar la calidad de persona de la tercera edad, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que ha indicado que una persona hace parte de ese grupo poblacional cuando cuenta con una edad igual o superior a la expectativa de vida certificada por el DAÑE. Al respecto debe observarse:*

*"Esta Sala de Revisión considera que así como la tarea de determinar la edad pensional resulta propia del Congreso, es dicha entidad quien deberá fijar desde cuando inicia la tercera edad para efectos de la procedencia de la acción de tutela. Por lo tanto, con el fin de proteger la naturaleza excepcional y subsidiaria de la misma, en la presente sentencia será adoptado como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DAÑE correspondiente a los 74 años. Así, el análisis de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo se flexibiliza para aquellas personas que alcancen la mencionada edad pues en estos casos, generalmente, la jurisdicción ordinaria no resulta ser lo suficientemente eficaz e idónea."*

*El anterior punto ya fue estudiado por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Uno de Decisión Laboral, que al respecto razonó:*

*"La Corte Constitucional en la Sentencia T-138 de 2.10, M.P. Mauricio González Cuervo establece el precedente en el que se señala que se debe distinguir la vejez de la ancianidad o tercera edad para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de una pensión, por lo que no es dable adoptar el criterio que la persona de la tercera edad es aquella que tiene 60 años según la Ley 1276 de 2.009 que define al adulto mayor li la de la Ley 1251 de 2.008; tampoco se debe adoptar el criterio que la persona de la tercera edad son todas aquellas que tienen el requisito de edad para pensionarse. De tal manera que indica que el criterio que debe adoptarse para establecer si una persona es de la tercera edad dentro de una acción de tutela es la persona que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia, y '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 quinceno 2010-2015, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años y para las mujeres es de 78.5 años'. <Para los años 2015-2020 la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia está en 73.08 años para los hombres y 79.39 años para las mujeres (.. .)" .*

*Lo anterior es de suma relevancia porque contradice totalmente la posibilidad de considerar a la accionante como persona de especial protección constitucional por su edad, haciendo improcedente el amparo solicitado y remitiéndola a la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa.*

*(…)*

**3.6. LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** contestó el 9 de agosto indicando:

*“(…) De conformidad con lo anterior, una vez revisado el contenido de la acción de tutela impetrada por al señora* ***MARTHA CARMENZA PULIDO QUINEME*** *y específicamente los hechos en los que se funda y las peticiones que formula mediante ésta, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado advierte que los mismos no tiene relación alguna con las competencias y funciones asignadas a esta entidad, según se explicó en precedencia.*

*(…)*

*Es preciso señalar que la vinculación que solicita la accionante en este caso es errónea, puesto que, primero, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no tiene competencia para impartirle órdenes a las entidades públicas que la demandante señala como responsables de la vulneración de sus derechos (Consorcio Colombia Mayor, Ministerio del Trabajo, ICBF u otra); segundo, la Agencia, como se explicó en precedencia, no puede ser convocada a ningún título, ni asumir el pago o cumplimiento de condenas judiciales de otras entidades públicas; tercero, este Entidad no está encargada de representar a las entidades públicas de orden nacional en razón a que ellas ejercerán su representación judicial con sus propios apoderados y esta Agencia coadyuvará o intervendrá potestativamente según los criterios contenidos en las normas pertinentes; cuarto, que el derecho de petición de información que asegura la demandante haber interpuesto fue el ICBF, y no la Agencia.*

*Finalmente, es claro que la demandante nunca ha estado vinculada o ha tenido relación con esta Agencia, razón por la cual no ha ejercido acciones u omisiones que la pudiesen vulnerar sus derechos fundamentales; por tanto, esta entidad no está obligada a amparar los derechos que considera transgredidos por otras autoridades.”*

1. **LAS PRUEBAS:**

Como medio probatorio, destinado a acreditar los supuestos de hecho de la demanda se allegaron los siguientes documentos:

* Respuesta a derecho de petición dirigido a Martha Carmenza Pulido Quineme (folio 13 del cp).
* Certificado de hogares comunitarios expedido por el ICBF (folio 14 del cp).
* Copia simple de la cc de Martha Carmenza Pulido Quineme (folio 15 del cp).

**5. CONSIDERACIONES:**

**5.1** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley.

También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

**5.2** Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es el de peticion, trabajo, seguridad social, minimo vital e igualdad toda vez que la entidad accionada no ha realizado las acciones necesarias para el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, de los periodos acreditados por la accionante.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse los derechos de peticion, trabajo, seguridad social, minimo vital e igualdad, ante la falta de pago de aportes al sistema de seguridad social por parte de la entidad accionada?**

La respuesta al anterior interrogante es negativa, por las siguientes razones:

En cuanto al derecho a la pensión de las madres comunitarias, la Corte Constitucional en sentencia T-480 de 2016 del primero (1) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), resolvió:

***“Décimo Tercero.- EXHORTAR*** *al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, para que, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, promueva e implemente medidas idóneas y eficientes, con las cuales se obtenga, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la efectividad de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación como garantías de todas las personas que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario desde el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil catorce (2014) o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas a dicho programa, excluyéndose a quienes se otorga el amparo en el presente fallo. Lo anterior, en armonía con el criterio orientador de sostenibilidad fiscal a fin de garantizar gradual y progresivamente el goce de derechos de las madres y/o padres comunitarios.*

*Para ello, y con la debida y adecuada participación de todas las madres y/o padres comunitarios involucrados, el ICBF deberá:*

*(i) Diseñar y ejecutar un programa de normalización o cesación de la vulneración de sus derechos fundamentales, de manera efectiva, gradual y escalonada.*

*(ii) Fijar criterios de priorización teniendo en cuenta, por lo menos, los siguientes: (i) estatus personal de la tercera edad, (ii) condición de salud y/o discapacidad, (iii) condición económica de subsistencia, y (iv) tiempo de servicio prestado en el desempeño de la labor de madre o padre comunitario.*

*(iii) Determinar claramente las metas de cobertura y las medidas que se adoptarán para cumplir los compromisos que se establezcan.”*

El artículo 48 de la Constitución Política señala: *“(…) Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social (…)”.*

Como derecho fundamental la seguridad social deriva su efectividad en términos de la Corte: *“(…) de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad (…)” [[1]](#footnote-1).* Pero su carácter de derecho fundamental no le permite en principio su protección por medio de la acción de tutela, toda vez que, el ordenamiento colombiano incluyó a este derecho en el grupo de los derechos sociales, económicos y culturales, de los cuales es improcedente la tutela.

Sin embargo, hay eventos donde es posible su protección por este medio y es cuando: 1) obtiene el carácter subjetivo; 2) ante la ausencia de su regulación normativa vulnere gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y 3) la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales[[2]](#footnote-2).

Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho que: “(…) *Las controversias relativas* al *reconocimiento de derechos pensionales pueden abordarse en sede constitucional, desde esa perspectiva,* ***cuando el agotamiento de los medios ordinarios de defensa supone una carga procesal excesiva para el peticionario. Esto puede ocurrir cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional*** *o cuando, por cualquier otra razón, el trámite de un proceso ordinario lo expone a un perjuicio irremediable. Cada una de esas circunstancias da lugar a dos situaciones distintas de procedibilidad de la acción de tutela:* ***aquella en la que la acción constitucional se interpone como mecanismo principal de defensa*** *o aquella en la que se ejercita como medio judicial transitorio, para evitar la consumación del perjuicio al que acaba de aludirse (…)”[[3]](#footnote-3)* (Negrilla fuera de texto).

Por otra parte, si bien en un primer momento la jurisprudencia es flexible en cuanto a la procedencia de la tutela en materia pensional cuando el accionante pruebe estar en una de las dos condiciones, dado que resulta ser el medio más idóneo y eficaz, el juez igualmente deberá verificar que el accionante, previo a la instauración de la acción de tutela, haya agotado todos los instrumentos alternativos para la protección del derecho que está arguyendo como vulnerado y que presenta la tutela debido a la negación del accionado en ampararlo[[4]](#footnote-4).

Así mismo, tenemos que el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 señala que, “*La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (…)*” (Subrayado fuera de texto)

La acción de tutela ha sido concebida para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de derechos fundamentales, respecto de los cuales el sistema jurídico no tiene previstos otros medios de defensa, o que existiendo tales, éstos resultan ineficaces para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. De allí su carácter subsidiario.

**Se trata, en consecuencia, de un medio subsidiario que no puede reemplazar procedimientos ordinarios ni suplir los medios de defensa previstos en el ordenamiento legal para la protección de los derechos.**

En el presente caso la accionante Martha Carmenza Pulido Quineme, interpone acción de tutela con el fin de que se ordene a las entidades demandadas realicen el aporte de pagos al sistema de seguridad social de los periodos acreditados, que según manifiesta la accionante son del 3 de diciembre de 1990 hasta el 30 de septiembre de 2017.

Manifiesta también es su escrito, que el ICBF no ha dado cumplimiento a la orden dada por la Corte Constitucional en sentencia T-480 de 2016 y al auto 186 de 2017, ni tampoco se ha realizado la gestión por parte de los entes encargados, Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y COLPENSIONES.

Revisado el expediente, se encontró que el ICBF resolvió petición de la accionante sobre certificado de tiempo de servicios. Sin embargo, no obra dentro del expediente constancia de que la accionante haya allegado documento en donde se evidencie trámite alguno ante las entidades demandadas en relación con los hechos materia de la presente acción. Pues como lo indica la sentencia de la corte constitucional, será el ICBF el encargado de implementar las medidas tendientes a garantizar los derechos fundamentales de las madres comunitarias, no obstante, la accionante debe realizar todos los trámites pertinentes para que la entidad, si es del caso, proceda a realizar los pagos al sistema de seguridad social que le corresponden a la accionante.

Así las cosas, la respuesta a la pregunta formulada es negativa, pues no se puede entender que las entidades accionadas estén vulnerando sus derechos fundamentales si ésta no les ha manifestado su inconformismo mediante actuacion alguna.

Además, tampoco la tutela tendría cabida como mecanismo transitorio porque no está demostrado que la demandante padezca un perjuicio irremediable y como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos similares al estudiado *“…la acción de tutela planteada sólo sería procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se adelanta y decide la acción principal. No obstante, el accionante no expresa cuál sería el perjuicio con carácter de irremediable que sufriría mientras ejerce y se decide la mencionada acción principal, ni ello surge del contexto del caso planteado, pues no existen evidencias sobre la gravedad e inminencia que pudiera tener el posible perjuicio sufrido por el accionante, además de que, como quedó dicho, el presunto perjuicio podría ser restablecido como consecuencia del ejercicio de la citada acción contencioso administrativa*.”[[5]](#footnote-5)

Teniendo en cuenta lo anotado, aun cuando la accionante solicita el amparo del derecho fundamental al peticion, trabajo, seguridad social, minimo vital e igualdad, la acción de tutela no es el medio apropiado para su protección, toda vez que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo para la satisfacción de sus pretensiones, por lo que la acción incoada es improcedente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** **NIÉGUESE** la Acción de Tutela impetrada por Martha Carmenza Pulido Quineme, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia a la accionante Martha Carmenza Pulido Quineme y al Ministro de Trabajo, Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, Director del ICBF, Representante Legal del Consorcio Mayor 2013 y de la Agencia Nacional de Defensa Juridica del Estado y/o a quien haga sus veces.

**TERCERO.-** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su Revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del Artículo 31 del Decreto – Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

SLDR

1. Sentencia T-164-2013, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB [↑](#footnote-ref-1)
2. sentencia T-414 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-079-2016. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-079-2016. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA: “Finalmente, la Corte ha llamado la atención sobre la importancia de verificar que quien acude a la acción de tutela para obtener el reconocimiento de su pensión haya buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, la salvaguarda del derecho que invoca y que su mínimo vital se haya visto efectivamente afectado como consecuencia de la negación del derecho pensional. En cuanto a la prosperidad material de la acción, la Corte ha establecido que la misma requiere un adecuado nivel de convicción sobre la existencia y la titularidad del derecho reclamado. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ - Radicación número: AC-5988.* [↑](#footnote-ref-5)