El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia**: Sentencia – 2ª instancia – 24 de mayo de 2017

 Confirma decisión que declaró improcedente la acción

**Proceso:** Acción de Tutela

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-001-2017-00150-01

**Accionante:** Paula Andrea Ciro García y otras

**Accionado:** Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

**Vinculada:** Asociación Mundos Hermanos

**Tema a Tratar: SUBSIDIARIEDAD.** La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

Pereira, Risaralda, veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 24-05-2017

Decide la Sala en segunda instancia la acción de tutela instaurada por la señora Paula Andrea Ciro García y otras, quienes actúan a través de apoderado judicial, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF donde se vinculó a la Asociación Mundos Hermanos.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quienes promueven el amparo, pretenden la protección de los derechos a la seguridad social y mínimo vital, por cuanto se incurrió en un desconocimiento del precedente judicial y jurisprudencial de la sentencia T-480-2016 y la forma concreta de la orden impartida en la parte resolutiva de dicho fallo, para lo cual solicita se declare la existencia de una relación de carácter laboral en virtud del principio de primacía de la realidad y se ordene al accionado pagar los salarios, diferencias salariales, y el total de las prestaciones sociales dejadas de percibir junto con las vacaciones y el auxilio de transporte, por el tiempo en que han desempeñado la labor de madres sustitutas al servicio del ICBF, así como al pago de aportes para la seguridad social, la indemnización moratoria por no consignación de cesantías y por el no pago de prestaciones sociales.

Narra su apoderado que (i) las accionantes se han desempeñado como madres sustitutas en el ICBF desde tiempo atrás y hasta la fecha actual de la presentación de la tutela, domingo a domingo, durante las 24 horas del día, de manera personal, continua y bajo la subordinación del ICBF al tener la obligación de cuidar en sus hogares a los niños que han sido objeto de vulneración y en situación de discapacidad, los que son remitidos por los defensores de familia o autoridad competente, según las recomendaciones dadas por el equipo interdisciplinario del ICBF, tal cual se estable en las resoluciones de vinculación de las madres sustitutas; (ii) agrega que el ICBF ha vulnerado abiertamente los derechos fundamentales de las madres sustitutas al no pagar un salario propiamente dicho por cuanto solo devengan una bonificación inferior al salario mínimo, el que fue modificado con la Resolución 2925 de 30-04-2013 mediante el cual se creó una “beca” que equivale a un salario mínimo legal, sin embargo, a las actoras les pagan solo $230.000 mensuales por niño, monto que solo se puede utilizar para la manutención del niño; (iii) asimismo que no les pagan prestaciones, ni se les realiza los aportes a la seguridad social.

(iv) Frente a lo anterior y ante el pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-480-2016, presentaron peticiones ante el ICBF el 10,14, y 25 de octubre y el 2 y 17 de noviembre y 29 de diciembre de 2016 con el fin de que se declare la existencia de los contratos de trabajo, las que fueron negadas bajo el supuesto de la inexistencia de un vínculo laboral.

Lo mismo hicieron con la Asociación Mundos Hermanos, institución que tiene el programa de hogares sustitutos del ICBF, quien manifestó que en su calidad de contratista no tiene relación laboral con las madres sustitutas y entregó entre otros copias de las resoluciones de la apertura de los hogares.

**2. Pronunciamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

Manifestó que según el artículo 59 del Código de la Infancia y la Adolescencia no existe una relación laboral entre el ICBF y los responsables del hogar sustituto en el entendido de que el vínculo se estructura bajo un enfoque solidario y de corresponsabilidad social para el cuidado y atención de niños en situación de vulneración de derechos.

Añadió que de la función de inspección y vigilancia que tiene el ICBF no se puede inferir la existencia de una relación de subordinación de las madres sustitutas respecto del ICBF.

Por otra parte, alegó que la acción de tutela es improcedente por cuanto ésta no es el mecanismo para debatir aspectos relacionados con el cobro de acreencias laborales, al existir otros mecanismos judiciales, como es acudir ante la jurisdicción contencioso administrativo para que las actoras obtengan el resarcimiento de sus derechos supuestamente violados.

También porque no se hace una referencia de manera específica y directa a las circunstancias en las que se encuentran las accionantes.

**3. Pronunciamiento de la Asociación Mundos Hermanos**

Adujo que a través de los contratos de aportes en los años 2013 a 2016 ha ejecutado los componentes técnicos y modelos de atención establecidos por el ICBF en el programa hogares sustitutos en el Departamento de Risaralda.

Agregó que la selección de las madres sustitutas se realiza a través de una convocatoria, que no tiene vínculo laboral con estas y como contratista ejecuta los contratos de aportes de acuerdo a los lineamientos vigentes de la modalidad hogares sustitutos en el Departamento de Risaralda.

**4. Sentencia impugnada**

La Jueza de instancia declaró improcedente la acción de tutela, en ella dispuso que las actoras pueden acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa a plantear sus demandas y pretensiones en contra de la entidad accionada, en el evento de estimarlo pertinente.

Lo anterior, al considerar que no era posible declarar la existencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF teniendo en cuenta que la documentación aportada por estas no demuestran la concurrencia de los tres elementos del contrato de trabajo, ni tampoco existe prueba concreta de los extremos temporales, ni de una relación de dependencia o subordinación.

**5. Impugnación**

Las accionantes impugnan el fallo y consideran que en el escrito de demanda (sic) se dejó consignado que se aportaban pruebas en medio magnético en donde se demostró la relación laboral existente, fechas de ingreso, labor a ejecutar, órdenes impartidas, entre otras; asimismo, solicitó prueba documental para requerir al ICBF sin que se decretaran.

Por otra parte, que la tutela se rechaza por improcedente cuando en la parte motiva habla de la falta de pruebas para tomar la decisión, por lo que hay una falta de motivación, en la medida en que no es cierto que no hubieren pruebas sino que las mismas no fueron valoradas por el Juez constitucional.

Además que no hizo alusión al fallo T-480-2016 siendo una orden de la Corte Constitucional.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por las accionantes, la Sala se formula el siguiente interrogante:

(i) ¿Se vulneró los derechos a la seguridad social y mínimo vital de las accionantes por no declarar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar un contrato realidad con las actoras?

Previo a abordar el interrogante planteado le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[1]](#footnote-1).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa las señoras Paula Andrea Ciro García y otras, a través de apoderado debidamente constituido, al ser las titulares de sus derechos a la seguridad social y mínimo vital.

Así mismo, lo está por pasiva el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar pues a él se le endilga la presunta conducta violatoria del derecho a la seguridad social, cuya protección se reclama, junto con el de mínimo vital, por ser quien negó la existencia de un vínculo laboral, de la que se duelen las accionantes.

Y la Asociación Mundos Hermanos como vinculada por ser quien tiene a cargo el programa de hogares sustitutos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en Risaralda en virtud del contrato de aportes del año 2016.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que es fundamental la seguridad social y el mínimo vital.

**3.3. Inmediatez**

Se encuentra también satisfecha por cuanto si bien las actoras son madres sustitutas desde los años 1989 y 2012 aproximadamente, por lo que se podría considerar que no se satisface con este requisito, lo cierto es que presentaron peticiones en el semestre del año 2016 para solicitar el reconocimiento acá solicitado, sin transcurrir un año entre éstas y la interposición de esta acción.

**3.4. Subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

Teniendo en cuenta lo anterior, el órgano de cierre constitucional[[2]](#footnote-2) ha determinado por regla general que la acción de tutela para solicitar la declaración de contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad resulta improcedente por cuanto existen mecanismos judiciales ya ante la ordinaria o contenciosa, dependiendo de la naturaleza de la entidad, que en el caso en concreto al ser el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar un establecimiento público[[3]](#footnote-3), lo sería la jurisdicción de lo contencioso administrativa, de conformidad con el artículo 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; sin embargo, su procedencia es excepcional, cuando el agotamiento de los medios ordinarios de defensa suponen una carga excesiva para el interesado, o cuando por cualquier otra razón, el trámite de un proceso ordinario lo expone a un perjuicio irremediable.

Asimismo ha dicho que para que la acción de tutela proceda como mecanismo principal y definitivo el actor debe acreditar que no cuenta con otros medios de defensa judicial y que teniéndolos no son idóneos, mientras que para que opere el amparo como mecanismo transitorio, que aun siendo idóneos los mecanismos ordinarios, estos pueden ser desplazados por tutela ante la necesidad de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, así la protección constitucional opera provisionalmente hasta que se resuelva por la jurisdicción competente de forma definitiva.

Para tal efecto la Corte[[4]](#footnote-4) manifestó que *“el juez constitucional debe valorar las circunstancias particulares que enfrentó el accionante en aras del reconocimiento de su derecho. El tiempo transcurrido desde que formuló la primera solicitud de reconocimiento pensional, su edad, la composición de su núcleo familiar, sus circunstancias económicas, su estado de salud, su grado de formación escolar y su potencial conocimiento sobre sus derechos y sobre los medios para hacerlos valer son algunos de los aspectos que deben valorarse a la hora de dilucidar si la pretensión de amparo puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, la complejidad intrínseca al trámite de esos procesos judiciales amerita abordarla por esta vía excepcional, para evitar que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada”.*

En relación con la idoneidad del medio judicial adujo, también el órgano de cierre en materia constitucional[[5]](#footnote-5) que es necesario revisar que los mecanismos judiciales tengan la capacidad para proteger de forma efectiva los derechos de la persona, esto es, verificar que las pretensiones pueden ser tramitadas y decididas de forma adecuada por esta vía, o si por su situación, no puede acudir a dicha instancia.

Y respecto del perjuicio irremediable, que debe estar acreditado, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que al Juez de tutela le está vedado, en términos de la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6), estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo el contexto en el que ha ocurrido el presunto perjuicio.

Asimismo dicho perjuicio en los términos de la Corte Constitucional[[7]](#footnote-7) debe ser (i) inminente, esto es que amenaza o está por suceder; (ii) urgente, que es necesario realizar o ejecutar para dar respuesta con prontitud; (iii) grave, que equivale a la intensidad del daño en la persona y (iv) que sea la acción de tutela impostergable en virtud de la urgencia y gravedad.

Al respecto la Sala avizora que no se satisface el requisito de subsidiariedad como pasa a estudiarse, razón por la cual no entrará a estudiar de fondo el presente amparo, lo que da lugar a que se confirme la decisión de primera instancia pero por motivos diferentes.

En primera medida es necesario señalar que la acción de tutela no es el único medio o instrumento de defensa judicial que poseen las accionantes para la protección de su derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta que pueden acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa, si el demandado es el ICBF o la jurisdicción laboral[[8]](#footnote-8), a través de un proceso ordinario, si el demandado es el operador del hogar comunitario y en solidaridad el ICBF, con el fin de que se determine si las actividades cumplidas por las actoras como madres comunitarias aproximadamente entre los años 1989 y 2012 proceden de un vínculo laboral y por ende habría lugar al pago de salarios, diferencias salariales, prestaciones sociales junto con las vacaciones y el auxilio de transporte, así como al pago de aportes para la seguridad social, la indemnización moratoria por no consignación de cesantías y por el no pago de prestaciones sociales, como lo pretende su apoderado, siendo estos mecanismos idóneos y eficaces para salvaguardar el derecho que consideran conculcado, pues su pretensiones pueden ser tramitadas y decididas de forma adecuada por esta vía.

Ahora lo que pretende el apoderado de las actoras en relación a la aplicabilidad de la sentencia T-480-2016 debe mencionarse que por regla general los efectos de las providencias que profiere la Corte Constitucional[[9]](#footnote-9) en virtud de su facultad de revisión son *inter partes*, esto es, afectan solo a quienes intervinieron en el proceso de revisión, a pesar que también la Corte puede determinar el efecto de un fallo en un caso concreto, razón por la cual ha proferido sentencias donde ha advertido que amparar exclusivamente los derechos invocados por quien promueve la acción, sin considerar los efectos que tal decisión tiene respecto a situaciones comunes en personas que no acudieron a la tutela, implica el desconocimiento de otras garantías fundamentales, por lo que le ha dado efectos *inter comunis,* efecto que no ha sido el otorgado en la sentencia T-480-2016, según lo que se desprende de su lectura.

Aunado a lo anterior, según el comunicado de prensa de la Corte Constitucional[[10]](#footnote-10) de fecha 17-04-2017 se estableció que en Sala Plena se decidió declarar la nulidad parcial de la sentencia T-480-2016 por considerar que contrariaba la jurisprudencia de la Corte Constitucional aplicable y que lo que se mantenía era la protección de las madres comunitarias tutelantes (106 madres) en su derecho a los aportes para pensión en los términos de la legislación aplicable, asimismo que el tema de salarios y prestaciones quedaba comprendido por la decisión de nulidad.

Por lo tanto se advierte que no se cumple con uno de los requisitos para la procedencia excepcional de la tutela, como es el de la ausencia de otros medios de defensa judicial o que teniéndolos no resultan idóneos y eficaces.

Ahora resulta pertinente abordar en segundo lugar el otro requisito, que es el impedir la causación de un perjuicio irremediable o que esté consumado, aun existiendo los mecanismos de protección judicial idóneos y eficaces que se mencionaron anteriormente.

En relación con el perjuicio irremediable y en aplicación a lo previamente esbozado, es un tema que no está claro en la medida en que el apoderado se limitó a insistir que se aplique la sentencia T-480-2016, sin que especificara las situaciones particulares de las accionantes, aparte de ser madres sustitutas, que si bien son sujetos especiales de protección como lo ha esbozado la Corte[[11]](#footnote-11), ello no implica que con tal calidad se configure dicho perjuicio, pues a pesar de la informalidad del amparo constitucional, las actoras debían sustentar y probar los factores a partir de los cuales pretendan derivar el perjuicio irremediable, situación que es ausente en el presente amparo y que se desconoce por cuanto nada se sabe de sus circunstancias personales y familiares actuales, que en últimas permita entrever que su mínimo vital se ha visto efectivamente afectado, y que no se lograba con la prueba solicitada en la tutela al estar orientada a demostrar los elementos del contrato de trabajo.

A pesar de lo anterior, mediante auto de 17-05-2017 se requirió a la Asociación Mundos Hermanos en calidad de operador contratista de los hogares sustitutos en Risaralda para que manifieste si a las actoras les efectuaba los aportes a pensión, frente a ello, la vinculada expresó que según el lineamiento técnico de modalidades expedido por el ICBF para la atención de niños, niñas y adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, son las familias aspirantes, quienes deben hacerlo, teniendo en cuenta que quien se constituya como representante del hogar sustituto deberá afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud como cotizante independiente de acuerdo al artículo 117 de la Ley 1815 de 2016.

Ahora, la Corte Constitucional en la rueda de prensa atrás citada, decidió mantener la protección de las madres comunitarias en los aportes a pensión*,* pero previo a ello había hecho el análisis del contrato de trabajo realidad entre las madres comunitarias y el ICBF, para luego considerar que el pago de los aportes a pensión era una obligación inherente a una relación laboral, situación que la declaró nula parcialmente, dejando sólo lo de aportes a pensión.

Sin embargo, no es posible en esta instancia acoger tal determinación por cuanto aún no se conoce a quién se ordenará dichos pagos y en qué términos debido a que la providencia no ha sido aún notificada y por ende conocida, máxime que en este caso aún no se ha determinado en quien recae la calidad del supuesto empleador, como sí se estableció en la sentencia T-480-2016.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, al no satisfacerse el requisito de subsidiariedad hay lugar a declarar improcedente la presente acción de tutela y de esta forma se confirmará la decisión de la sentencia de 07-04-2017 pero por motivos diferentes.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 07-04-2017 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira dentro de la presente tutela presentadapor las accionantes que se enuncian a continuación, quienes actúan a través de apoderado judicial, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF donde se vinculó a la Asociación Mundos Hermanos, por motivos diferentes, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

|  |  |
| --- | --- |
| **NOMBRE** | **CÉDULA** |
| PAULA ANDREA CIRO GARCÍA | 42.134.836 |
| ROSA BEATRIZ ARISTIZÁBAL HERRERA | 31.468.954 |
| GLADIS GRISALES CARVAJAL | 42.089.522 |
| LUZ DARY COBOS RESTREPO | 52.100.426 |
| ELSA GONZÁLEZ | 47.429.191 |
| MARÍA AYZA BEDOYA SIERRA | 42.077.294 |
| BERTILDA LOAIZA GIRALDO | 42.008.462 |
| EVANGELINA GARCÉS DE GÓMEZ | 34.967.544 |
| MARÍA ISMENIA GÓMEZ DE LONDOÑO | 42.056.211 |
| ALBA DORIS MEJÍA GIRALDO | 42.024.531 |
| LUZ MARY LÓPEZ OROZCO | 31.397.693 |
| LUZ MIRIAM QUINTERO OCHOA | 34.057.347 |
| ALEIDA GRISALES DE BUSTAMANTE | 29.615.334 |
| CLAUDIA MILENA CASTRILLÓN GARCÍA | 42.138.324 |
| MARIBEL ISABEL CAMPO VARGAS  | 57.411.639 |
| GLORIA ELENA RESTREPO  | 24.547.664 |
| MARTHA ROSA CARDONA VILLA  | 42.099.302 |
| LUZ MARY ECHEVERRY OROZCO  | 42.078.418 |
| MARTHA LUCÍA MARTÍNEZ GALÁN  | 42.070.280 |
| GLORIA CENID GAVIRIA MORENO  | 43.344.069 |
| MARÍA VIRGELINA ZAPATA QUEBRADA  | 42.025.441 |
| MARÍA LELIA MEJÍA ORTIZ  | 42.022.186 |
| MARTHA CECILIA LOAIZA ÁLVAREZ  | 42.057.636 |
| AMPARO DEL SOCORRO PALLARES  | 27.727.141 |
| MARÍA AMPARO GALVIS DE TABARES  | 42.057.230 |
| CELINA GONZÁLEZ  | 63.290.017 |
| DIANA ALEXANDRA PINEDA  | 42.128.982 |
| LUZ BELLY MOLINA ARCE  | 42.101.863 |
| ADIELA RENDÓN DE RAMÍREZ  | 25.149.339 |
| ANA ELBA RAMÍREZ BARTOLO  | 32.637.573 |
| BLANCA CENEIDA LARGO HERRERA | 38.283.186 |
| CLARA JULIA RESTREPO BERMUDEZ  | 29.143.247 |
| CLAUDIA MILENA CIRO GARCÍA  | 42.111.228 |
| FRANCIA NELLY VARÓN TORRES | 42.098.830 |
| INÉS OLGA CÁRDENAS OCAMPO | 24.549.583 |
| IVIS MILEIDYS FLÓREZ MARTÍNEZ | 39.048.177 |
| LUZ AMPARO OROZCO | 42.088.289 |
| LUZ ADRIANA GUTIÉRREZ GUEVARA  | 42.097.476 |
| LUZ ENID MARTÍNEZ LÓPEZ | 42.054.444 |
| LUZ INÉS BETANCUR PULGARIN  | 25.244.513 |
| LUZ MARINA LÓPEZ RAMÍREZ | 34.043.752 |
| LUZ MARINA MEJÍA VÉLEZ | 42.103.782 |
| MARÍA NANCY ARANGO GIL | 42.069.381 |
| MARÍA NUBIA IBARRA TREJOS | 24.932.924 |
| MARÍA SONIA ECHEVERRY DE URIBE  | 25.191.329 |
| YOLANDA DÍAZ DE VILLEGAS  | 42.021.969 |
| LILIANA OROZCO RAMÍREZ | 42.078.827 |
| MARÍA ELENA MORALES DÍAZ | 42.023.829 |
| BEATRIZ ELENA OSORNO GARCÍA  | 25.246.754 |
| MARÍA RUBIELA VILLEGAS SALAZAR | 24.545.851 |
| OLGA LUCÍA RESTREPO GARCÍA | 24.150.333 |
| NANCY SERRANO TUNJACIPÁ | 42.024.900 |

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrado Magistrada**

En el presente caso, la Sala Octava de Revisión encuentra que a pesar de la existencia de otro medio de defensa judicial, ante el cual podría acudir la accionante, éste no brinda una protección inmediata a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, que permita en un término prudente restablecer si hay lugar, el goce efectivo de los mismos. Por el contrario, pone a la peticionaria en una situación de desprotección constitucional, por las circunstancias específicas por las que atraviesa.

Lo anterior, teniendo en cuenta las particularidades del caso, en cuanto se trata de una persona de 65 años de edad, que padece de carcinoma de colon, ha sido intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones, con una pérdida de capacidad laboral del 59,70 %. Para la Corte, es claro que se está frente a la situación de una persona sujeto de especial protección constitucional, que de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y la jurisprudencia reiterada sobre la materia, hace procedente la acción de tutela de manera transitoria  o permanente, para evitar un perjuicio irremediable como a continuación, en el estudio de fondo y conforme a los hechos probados, se determinará.

41.- A juicio de la Sala, el alegato fundamental de la peticionaria no es el reconocimiento de una relación laboral con el ICBF –como estimó el juez de primera instancia[[134]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-628-12.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn134%22%20%5Co%20%22)- sino la supuesta discriminación que motivó el cierre del hogar comunitario. Así, en vista de que el hecho generador de las violaciones de derechos que denuncia la peticionaria está contenido en un acto administrativo -la resolución 002 del 18 de marzo de 2009 expedida por el ICBF- la acción de tutela de la referencia resultaría improcedente a causa del carácter subsidiario que posee este mecanismo judicial, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para controvertir este tipo de actos, cual es la jurisdicción contencioso administrativa mediante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

100. A continuación la Sala abordará el estudio de los casos concretos acumulados al presente trámite. En particular, determinará si la acción de tutela es procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y seguridad social de las accionantes. En este sentido, deberá establecer si en el caso concreto los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada, o si se advierte la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable.

101. En el presente caso las accionantes cuentan con acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa para plantear sus reclamos y buscar la protección de los derechos que consideran conculcados. En ese proceso, también, tienen la posibilidad de emplear el mecanismo de protección cautelar dispuesto en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011. Esta situación, en principio, tornaría improcedente el estudio de fondo de la acción de tutela.

102. No obstante, en criterio de la Sala el mecanismo de defensa judicial ordinario carece de eficacia en el caso concreto, pues comporta una carga desproporcionada para las accionantes atendiendo a sus condiciones materiales de existencia. En especial, porque las demandantes hacen parte de un segmento situado en posición de desventaja, en tanto uno de los presupuestos de acceso al programa de madres comunitarias consiste precisamente en pertenecer a los sectores del país más deprimidos económica y socialmente. Adicionalmente, las actoras pertenecen a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivados del derecho constitucional al trabajo, por lo que en su caso el análisis formal de procedibilidad debe flexibilizarse ostensiblemente.

103. Esa circunstancia, junto con los problemas de salud que padece la señora Alba Marina Gallego y la avanzada edad de la señora María Emilia Zuluaga, restan eficacia al medio ordinario de defensa judicial en el caso concreto. Por ese motivo, la Corte estudiará el fondo del asunto propuesto en las demandas de tutela.

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-130 de 27-03-2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 75 de 1968. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 22-02-2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-304 de 15-06-2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-647 de 13-10-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-130 de 27-03-2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-149 de 31-03-2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-9)
10. <http://www.corteconstitucional.gov.co/> [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia T-130 de 27-03-2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. [↑](#footnote-ref-11)