

Sentencia T-271/17

ACCION DE TUTELA FRENTE A CONTROVERSIAS LABORALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES-Improcedencia por no acreditarse la existencia de un perjuicio irremediable

Referencia: Expediente T-5.898.988

Acción de tutela instaurada por María del Carmen Goyes Alvarado contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-.1

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 4 de octubre de 2016 y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 2 de noviembre del mismo año, dentro de la acción de tutela promovida por María del Carmen Goyes Alvarado contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-.2

I. ANTECEDENTES

El 19 de septiembre de 2016,³ mediante apoderado judicial,⁴ la señora María del Carmen Goyes Alvarado presentó acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, al considerar que la omisión de este último en reconocer la existencia de un contrato realidad entre ambas partes y, en consecuencia, el pago de las acreencias salariales y prestacionales que del mismo se derivaban, vulneraba sus derechos fundamentales al trabajo digno y a la seguridad social.

1. Hechos relevantes

a) La accionante, con 58 años de edad en la actualidad,⁵ se desempeñó como madre sustituta entre el 4 de diciembre de 2001⁶ y el 7 de febrero de 2008,⁷ en el marco de los programas de protección provisional para niños, niñas y adolescentes que lidera el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- de conformidad con el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006 -Código de Infancia y Adolescencia-.⁸

b) La señora Goyes Alvarado prestó sus servicios como madre sustituta en la ciudad de Bogotá.⁹ Narra que en el marco de sus funciones, debía cuidar a los niños menores, “(...) [proveerles] alimentación, cuidar de su salud, llevarlos a la escuela, [ayudarles] en trabajos escolares y, en general, todo el trabajo que (...) hace (...) una madre hacendosa y responsable.” Además del giro de los aportes que enviaba el ICBF para el sostenimiento del hogar sustituto,¹⁰ la accionante recibía capacitaciones por parte del Instituto en forma constante y sobre diversos temas, nutrición, psicología, trabajo social y asuntos legales, así como nutrición, vacunación y crianza positiva.¹¹ Igualmente, el hogar de la demandante era supervisado con regularidad por personal regional de la institución demandada, quienes además monitoreaban el desempeño de sus funciones como madre sustituta y establecían planes de mejoramiento.¹²

c) El 7 de febrero de 2008, la peticionaria presentó ante el ICBF su renuncia como madre sustituta, argumentando que su dedicación ininterrumpida a estas labores desde el año 2001 habían ocasionado el descuido de su vida familiar y social, específicamente la obligación de atender “(...) asuntos (...) que [requerían su] presencia fuera de la ciudad y que no podía aplazar en forma indefinida.” Agregó que “(...) no [contaba] con un contrato de trabajo y (...) [que era] consciente que [su] labor [era] netamente social y al servicio de la niñez (...)”¹³

d) En el escrito de tutela, la peticionaria manifiesta que entre el ICBF y ella existió una relación laboral de facto o de hecho, lo que “(...) [podía] corroborarse con testimonios y documentos de otras madres sustitutas que hacían exactamente lo mismo y estaban sometidas a las mismas condiciones”, pues estaban “(...) reunidos los tres elementos del [contrato realidad].”

1. Solicitud

De acuerdo con los hechos expuestos, mediante apoderado judicial, la demandante solicitó al juez constitucional ordenar al ICBF el pago de (i) todas las prestaciones sociales indexadas y (ii) los aportes a pensión correspondientes al periodo del vínculo laboral.

1. Contestación de la entidad accionada

1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar¹⁴

Mediante respuesta del 4 de octubre de 2016, la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, luego de desarrollar algunas precisiones sobre el régimen jurídico de las madres sustitutas en el ordenamiento colombiano y concluir que a partir del mismo no se configuraba per se relación laboral alguna, señaló que la acción de tutela era improcedente como quiera que no se cumplía con el presupuesto de subsidiariedad en ninguna de las hipótesis de amparo, ni transitorio ni definitivo. En efecto, aseguró que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho era un mecanismo de defensa judicial eficaz e idóneo y que, en todo caso, no se advertía la configuración de un perjuicio irremediable en el caso de la señora Goyes Alvarado que hiciese procedente la demanda constitucional.

En todo caso, la representante judicial del ICBF precisó que de considerarse procedente el amparo, las pretensiones carecían de prosperidad, como quiera que la figura de la prescripción laboral ya había operado, en tanto habían transcurrido los 3 años a partir del momento en que se habían hecho exigibles los derechos laborales reclamados.

1. Decisiones objeto de revisión

1. Sentencia de primera instancia¹⁵

1.4.1.1. Mediante sentencia del 4 de octubre de 2016, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resolvió declarar improcedente la acción de amparo. Aseguró que de la situación personal o familiar de la peticionaria no podía concluirse la existencia de un perjuicio irremediable que justificara la procedencia de la acción de tutela, razón por la que podía acudir en condiciones de normalidad a la jurisdicción natural. Asimismo, señaló que la peticionaria, por razones de edad, estaba lejos de pertenecer al grupo de la tercera edad, pues apenas contaba con 57 años,¹⁶ motivo adicional que confirmaba que la señora Goyes Alvarado no tenía impedimento alguno para presentar la demanda ordinaria pertinente.

1. Impugnación¹⁷

Mediante escrito del 7 de octubre de 2016, mediante apoderado judicial, la demandante presentó impugnación contra la decisión de primera instancia, argumentando que la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá no había consultado la ratio decidendi de la Sentencia T-018 de 2016, en la que la Corte Constitucional, a su juicio, “(...) cambia y revoca todo lo relacionado con las madres sustitutas, y sus derechos laborales, [y por tal motivo, en dicho caso], le otorga al (sic) accionante por vía de tutela sus derechos fundamentales laborales vulnerados durante tantos años.”

1. Sentencia de segunda instancia¹⁸

Asignada la impugnación a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de providencia del 2 de noviembre de 2016 el organismo colegiado resolvió confirmar la

decisión del a quo y declarar improcedente la acción, bajo similares argumentos. Agregó a la ausencia de prueba sobre el perjuicio irremediable que éste menos podía configurarse “(...) cuando [habían] transcurrido más de 8 años desde la fecha en que [había] finalizado la presunta relación contractual, situación que desdibuja[ba] (...) la urgencia, gravedad e impostergabilidad [por las que debía estar caracterizado el mismo].”

1. Actuaciones surtidas en sede de revisión

1. Documentos e información allegada

2.1.1. Una vez repartido el expediente, el despacho advirtió la necesidad de indagar sobre la situación pensional y socio- económica actual de la señora Goyes Alvarado, así como sobre las razones por las cuales no había solicitado directamente al ICBF el reconocimiento prestacional ni había acudido a la justicia ordinaria con anterioridad, después de 8 años de haber culminado el vínculo con el Instituto.¹⁹

2.1.2. Mediante oficio del 20 de abril de 2017,²⁰ la accionante le informó a este despacho que, en conjunto con su hermano, era propietaria de un inmueble estrato 2, y que era en este lugar donde residía actualmente.²¹ Advirtió que sus ingresos se derivaban del alquiler de una habitación en dicho bien por \$ 250.000 y del desarrollo de algunos oficios domésticos en las casas de “(...) amigas y conocidos del barrio”. A partir de ello, señaló que sus ingresos mensuales ascendían a \$ 350.000²² “(...) ni siquiera un salario mínimo”, ya que tampoco recibía ayuda del Estado ni de sus familiares.

Agregó que estaba afiliada a la EPS CapitalSalud, “(...) en el régimen subsidiado”²³ y pertenecía al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión -PSAP- administrado por el Consorcio Colombia Mayor. En efecto, esto último fue acreditado por el Coordinador del Grupo Jurídico del programa en respuesta a este despacho el 21 de abril de 2017,²⁴ mediante la cual manifestó que la peticionaria se había afiliado al PSAP en calidad de “trabajadora independiente Urbana 2 (...) desde el 1 de julio de 2010, (...) su estado actual [era] ACTIVO, [y] (...) el Administrador Fiduciario [le había] subsidiado (...) un total de 325.71

semanas”. Adicionalmente, indicó que el programa subsidiaba el 75% del aporte en pensión a la accionante y el otro 25 % debía pagarlo ella, último porcentaje que, en 2017, equivalía a \$ 29.509.25

Igualmente, a partir de los documentos aportados por la peticionaria y de las intervenciones en sede de revisión del Consorcio Colombia Mayor -PSAP-, de Colpensiones²⁶ y del Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social (Fondo de Solidaridad Pensional),²⁷ el despacho del magistrado sustanciador logró verificar que hasta el 31 de diciembre de 2016 la accionante tenía un record de 821.43 semanas cotizadas dentro del régimen de prima media con prestación definida y que su afiliación al PSAP siempre se había registrado en calidad de “Trabajadora Independiente Urbana 2” y nunca en el grupo poblacional de “Madre Sustituta”. Por otra parte, se constató que la señora Goyes Alvarado no había recibido recursos del programa de Beneficios Económicos Periódicos –BEPS-.

Finalmente, la señora Goyes Alvarado indicó que no había presentado “(...) la tutela antes, (...) porque sistemáticamente los funcionarios del ICBF [les] decían que no tení[an] vínculo laboral y por lo tanto ningún derecho prestacional, pero todo cambió con la T-018 de 2016, que [había concedido] los derechos derivados del contrato de trabajo a algunas madres comunitarias”. En ese sentido, agregó que “[e]ra obvio que al hacer una reclamación de forma directa [al] empleador, [le] iban a contestar que no [tenía] derecho a ese reclamo, porque no [tenía] vínculo laboral, sino que era una alianza estratégica, simplemente por eso, además [el ICBF] tomaba represalias [con] las madres comunitarias que solicitaban dichos derechos, manifestando que [les] quitaban los niños y [perdían] el vínculo con la institución. [Nos] estigmatizaban como sindicalistas y desagradecidas.”

2.1.3. Durante el trámite de revisión, el despacho del magistrado sustanciador recibió dos escritos enviados por la Jefe de la Oficina Jurídica del ICBF el 6 de marzo de 2017, en los que manifiesta que los vínculos con las madres sustitutas no tiene carácter laboral y sólo están fundados sobre los principios constitucionales de solidaridad y de interés superior del menor. Igualmente, enfatizó en la inviabilidad de los costos que generaría el reconocimiento de una relación de trabajo entre las madres sustitutas y el Instituto, al punto que implicaría la necesidad de terminar el programa.²⁹

2.1.4. Igualmente, el 20 de abril del año en curso se recibió en el despacho intervención de la

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado quien, mediante representante judicial, solicitó a la Corte desestimar las pretensiones de la demandante con fundamento en similares argumentos a los ya expuestos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su respuesta a la acción de tutela y en sus intervenciones en sede de revisión.³⁰

II. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

1. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

2.1. En el asunto sometido a revisión, la señora María del Carmen Goyes Alvarado presentó acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, al considerar que la omisión de este último en reconocer la existencia de un contrato realidad entre ambas partes por su labor como madre sustituta entre los años 2001 y 2008, y, en consecuencia, la falta de pago de las acreencias salariales y prestacionales correspondientes a dicho periodo, vulneraba sus derechos fundamentales al trabajo digno y a la seguridad social.

2.2. De conformidad con las pruebas solicitadas en revisión, el despacho del Magistrado Sustanciador indagó sobre la situación personal y socio-económica de la accionante. Encontró que residía en un inmueble de su propiedad; era atendida en el régimen subsidiado de salud; recibía una renta inmobiliaria; no tenía vinculaciones laborales formales y se encontraba afiliada al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión administrado por el Consorcio Colombia Mayor desde el 1 de julio de 2010 en calidad de “Trabajadora Independiente Urbana 2” y nunca había recibido recursos por categoría de “Madre Sustituta”.

Por otra parte, el despacho tuvo conocimiento de que la falta de actividad de la accionante, para acudir a la jurisdicción e inclusive para solicitar administrativamente al ICBF las

prestaciones que ahora reclama, se debió a que (i) era apenas “obvio” que el ICBF iba contestar en forma negativa ante sus pretensiones puesto que, (ii) sólo hasta la emisión de la Sentencia T-018 de 2016 la Corte Constitucional había cambiado la línea jurisprudencial en relación con el reconocimiento de derechos laborales a madres comunitarias y sustitutas.

2.3. De acuerdo con la anterior información, que sin duda proporciona importantes datos sobre la situación personal y económica de la peticionaria, la Sala de Revisión debe abordar el asunto de la subsidiariedad de la acción para determinar si la señora Goyes Alvarado dispone de otros medios ordinarios de defensa judicial, idóneos y eficaces para reivindicar sus derechos.

2.4. Por otra parte, y sólo si el estudio de la acción logra aprobar el presupuesto de subsidiariedad, la Sala entrará a analizar si la demanda de tutela cumple el presupuesto de inmediatez en un escenario en el que transcurrieron más 8 años de concretada la presunta vulneración pero que se justifica, según la demandante, en el cambio de jurisprudencia ocurrido con la expedición de la Sentencia T- 018 de 2016.

2.5. Finalmente, el estudio de fondo se abordará siempre que hubiesen prosperado los anteriores análisis de procedencia de la acción.

3. Procedibilidad de la acción de tutela. Subsidiariedad de la acción de tutela para cuestionar decisiones de la administración que en principio se tramitan a través de mecanismos judiciales como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada por el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

3.1. El artículo 86 de la Carta y el Decreto 2591 de 1991, otorgan un carácter subsidiario a la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Corporación en variada jurisprudencia, puede ser empleada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes hipótesis: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) Que aun existiendo otras acciones, estas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

3.2. En el mismo orden, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los asociados. Por esta razón, la jurisprudencia ha sido enérgica en afirmar que la eficacia de la acción ordinaria sólo puede establecerse en función de las características y exigencias propias del caso concreto.

3.3. De acuerdo con el criterio expuesto, esta Corporación ha manifestado que por regla general la acción de tutela no es procedente para resolver las controversias que se susciten en el marco de presuntas vinculaciones laborales o legales y reglamentarias, como quiera que, al mediar decisiones o actuaciones de la administración, el legislador de lo contencioso administrativo ha dispuesto mecanismos específicos y exclusivos de defensa judicial para tramitar este tipo de demandas. Sin embargo, en determinadas circunstancias la acción constitucional desplaza el mecanismo ordinario de defensa judicial, por resultar eficaz en medida y oportunidad frente a la situación particular de quien reclama, pudiendo configurarse dicha protección de manera definitiva o transitoria.

3.3.1.1. La controversia laboral y prestacional que han planteado las personas que se desempeñaron como madres/padres sustitutos en los programas del ICBF ya ha sido estudiado por esta Corporación, en sentencias como la T-018 de 2016. Típicamente, el objeto de debate en estos casos ha sido la postura adoptada por el ICBF en relación con la negativa a reconocer la existencia de un vínculo laboral con dichas madres y padres, postura que es generalmente expresada en actos administrativos y constituye la razón fundamental por la que los interesados tienen a su disposición medios de defensa ordinarios, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplada por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.³¹

Si bien el ICBF durante todo el trámite de tutela manifestó suficientemente su oposición al reconocimiento del vínculo laboral con cualquier madre sustituta; en el caso que ahora estudia la Corte, no existe un acto administrativo por parte de la entidad demandada en el que se manifieste dicha posición frente al caso de la señora Goyes Alvarado, entre otras cosas, porque ésta no ha procurado adelantar ninguna diligencia ante dicho Instituto. En efecto, la Sala no pierde de vista que en los 8 años que siguieron a la terminación del vínculo con el ICBF, la peticionaria no ha iniciado actuación administrativa alguna en interés

particular frente a la administración,³² circunstancia que hace parte de una carga mínima para acudir en defensa de sus derechos y viabilizar un posterior pronunciamiento de fondo del juez natural.

No debe confundirse este planteamiento de la Sala con la exigencia de formalidades o determinaciones específicas para acudir a la acción de tutela, puesto que no existen y de ser exigidas, se desnaturalizaría por completo el amparo constitucional.³³ Lo que está aclarando la Corte en esta oportunidad, es que no puede negarse la existencia y disponibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para canalizar las pretensiones de la accionante sólo porque la señora Goyes Alvarado aún no ha obrado con una mínima diligencia administrativa que provoque una manifestación demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En ese sentido, es que se advierte que la proyección litigiosa de las pretensiones de la demandante sí cuenta con una vía judicial dentro del ordenamiento jurídico colombiano -aun cuando no se hubiese adelantado ningún trámite pre- judicial-, y que como cualquier proceso jurisdiccional requiere de un acto demandable que en este caso no sería otro que la manifestación jurídica de la entidad pública en el escenario administrativo.

3.3.1.2. Siendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el mecanismo de defensa judicial que en principio tendría a su disposición la peticionaria para acudir a la justicia ordinaria, debe la Sala determinar si el mismo es idóneo y eficaz. De acuerdo con el objeto de la acción de tutela, la señora Goyes Alvarado busca el reconocimiento de un contrato realidad con el ICBF y las prestaciones sociales y de aseguramiento que del mismo puedan derivarse. Esta solicitud coincide con el propósito de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo objeto no es otro que indemnizar y reparar los daños generados por un acto administrativo lesionador a partir de su declaratoria de nulidad que, en el caso de la señora Goyes Alvarado, sería aquél pronunciamiento que en ejercicio, por ejemplo,

Igualmente, la Sala advierte que dicho medio judicial es eficaz, especialmente si se tienen en cuenta que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ahora cuenta con dispositivos cautelares que permiten la suspensión de los actos administrativos.³⁴ En efecto, los artículos 229 a 236 del Código Contencioso Administrativo regulan todo lo relacionado con la adopción de medidas cautelares desde la admisión de la demanda de nulidad. Estas tienen el propósito

de “(...) proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, pudiendo “(...) ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión (...).”³⁵ Adicionalmente, estas herramientas además de contemplar una modalidad ordinaria, también fueron dispuestas para casos de suma urgencia,³⁶ cuando el juez evidencie que por la premura de la situación no hay lugar a agotar el procedimiento de contradicción para el decreto ordinario de las mismas.³⁷

Dicho diseño procesal, visto en el contexto fáctico-temporal que rodea la situación de la accionante, quien después de 8 años de haber culminado el desempeño de sus labores como madre sustituta no ha acudido a la administración como su antiguo empleador ni al juez natural, le permite concluir a la Sala que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho constituye un remedio integral eficaz, que puede responder de forma eficiente, e inclusive preferente, a sus pretensiones ius fundamentales. De hecho, resulta relevante precisar que con el cambio de normatividad procesal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo desde el año 2012,³⁸ los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con el Informe al Congreso de la República presentado el 4 de abril de 2016 por el Consejo Superior de la Judicatura, están siendo resueltos hoy en un término menor al límite procesal fijado por la ley.³⁹

En ese orden de ideas, es claro que sí existe un mecanismo ordinario para resolver el conflicto propuesto por la peticionaria y que, su idoneidad o eficacia no resultan comprometidas, puesto que de un lado es (i) específico y adecuado para canalizar pretensiones de orden público laboral, y de otro (ii) contempla instrumentos procesales internos que ofrecen respuestas oportunas, inclusive en situaciones extraordinarias o de apremio.

3.3.2. Por otra parte, como bien se anunció, la tutela también procede como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

Significa lo anterior, que la procedencia de la acción de tutela se supedita a la efectividad de éstos en orden a evitar la configuración de un perjuicio irremediable, como quiera que la urgencia de protección ya es considerada como el límite de tolerancia temporal para conjurar el daño definitivo al patrimonio jurídico del accionante. Por este motivo, el amparo se

concede en forma cautelar pensando en un remedio preventivo, para que sea el juez natural de la controversia quien decida si sus efectos se extenderán de manera definitiva o no.

Ahora bien, a propósito del perjuicio irremediable, se ha sostenido por la jurisprudencia constitucional que el mismo se caracteriza por ser “(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad”.⁴⁰

3.3.2.1. De conformidad con las características fácticas del caso, la Sala observa que no existe inminencia en la configuración de un perjuicio irremediable, puesto que (i) si bien la señora Goyes Alvarado no goza de una situación económica privilegiada o ideal, no por ello puede considerarse que se encuentre en circunstancias de urgencia o de gravedad que puedan menoscabar material o moralmente su haber jurídico. En efecto, (ii) la peticionaria cuenta con 58 años, lo que en principio evidencia que se encuentra en edad productiva y, aunque su estado de salud parece de naturaleza crónica, ello sólo demuestra una cierta habitualidad patológica pero no necesariamente una condición de tal magnitud que le impida obtener ingresos. Ejemplo de ello son las formas económicas a través de las cuales la señora Goyes Alvarado ha venido garantizando su mínimo vital, mediante la renta de una habitación en un inmueble de su propiedad y el desempeño de oficios domésticos informales. Por otra parte, (iii) de conformidad con la pertenencia de la accionante al régimen subsidiado en salud y al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión –PSAP- se concluye que si bien no devenga lo equivalente a un salario mínimo mensual, sí cuenta con el aseguramiento pleno de estos riesgos y que actualmente, a partir de un análisis completo del expediente de tutela, por ejemplo, no se evidencia la necesidad impostergable de que le sean reconocidos aportes retroactivos pensionales para la obtención de una prestación de tal naturaleza. Y en efecto, (iv) si se tratara de esto último, que es lo que pareciera justificar la presentación de la acción de tutela al tiempo que la evasión de los mecanismos administrativos y judiciales ordinarios, la señora Goyes Alvarado, en virtud del artículo 213 de la Ley 1753 de 2015,⁴¹ podría reclamar con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional el pago del valor actuarial de las cotizaciones para el periodo en el que se desempeñó como madre sustituta bajo ciertos límites temporales. Cabría precisar que la peticionaria no ha elevado ante el ICBF petición alguna relacionada con esto último.

En ese sentido, no observa la Sala que la intervención del juez constitucional sea imperiosa o inaplazable para lograr restablecer los derechos que la peticionaria alega como conculcados, máxime si se tiene en cuenta que han transcurrido más de 8 años de inactividad desde que culminaron sus funciones como madre sustituta, lo que pone en evidencia que no existe daño a sus derechos que pueda considerarse como grave, ni que esté próximo a ocurrir, ni tampoco que requiera medidas urgentes o impostergables para prevenirlo.

Por las razones expuestas, resulta claro que la acción de tutela no es procedente para amparar los derechos alegados como vulnerados por la señora María del Carmen Goyes Alvarado. En efecto, la Sala considera que la demandante, si a bien lo tiene, podría acudir a la vía contencioso administrativa para defender legítimamente sus intereses.

3.3.3. En consecuencia, la Corte declarará como improcedente la acción de tutela presentada por María del Carmen Goyes Alvarado contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF-, sin perjuicio de que la peticionaria, previa la actuación administrativa pertinente, pueda acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar y defender, sus pretensiones sobre la declaratoria de existencia de un contrato realidad como madre sustituta y las prestaciones sociales y de aseguramiento que del mismo considere se deriven.

En todo caso, para la Sala resulta pertinente, de conformidad con la situación muy probablemente de desconocimiento en que se encuentra la peticionaria, que el ICBF le proporcione, de forma detallada y completa, toda la información relacionada con la posibilidad que contempla el artículo 213 de la Ley 1753 de 2015 para las madres sustitutas,⁴² según el cual tiene derecho al pago del valor actuarial de las cotizaciones para el periodo en que se desempeñó como madre sustituta.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR, por la razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido, en segunda instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 2 de noviembre del 2016 que confirmó la decisión, en primera instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 4 de octubre de 2016 y, que declaró IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por promovida por María del Carmen Goyes Alvarado contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-.

SEGUNDO.- ORDENAR al ICBF para que, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia, proporcione a la señora María del Carmen Goyes Alvarado, de forma inteligible y completa, verbal y escrita, toda la información relacionada con la posibilidad que contempla el artículo 213 de la Ley 1753 de 2015 para las madres sustitutas, según el cual tendría derecho al pago del valor actuarial de las cotizaciones para el periodo en que se desempeñó como madre sustituta de conformidad con algunos límites temporales,

TERCERO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (E)

1 Escrito de acción de tutela. Folios 1 y 2 del cuaderno principal.

2 El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce, mediante auto del 14 de diciembre de 2016. Folios 3 al 13 del cuaderno de Revisión.

3 De acuerdo con el acta individual de reparto, la acción de tutela fue presentada para tal fecha. Folio 17 del cuaderno principal.

5 De conformidad con la copia simple de su cédula de ciudadanía, la fecha de nacimiento de la señora Goyes Alvarado fue el 7 de enero de 1959. Folio 4 del cuaderno principal.

6 Acta No. 017/2001 de constitución de hogar sustituto. Folio 6 del cuaderno principal.

7 Estas fechas fueron determinadas a partir de la información obrante en el escrito de tutela, confirmada posteriormente por el ICBF en su respuesta a la acción. Folios 1 y 2, y del 41 al 49 del cuaderno principal.

8 “ARTÍCULO 59. UBICACIÓN EN HOGAR SUSTITUTO. Es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.// Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En ningún caso podrá otorgarse a personas residentes en el exterior ni podrá salir del país el niño, niña o adolescente sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa de la autoridad competente.// El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asignará un aporte mensual al hogar sustituto para atender exclusivamente a los gastos del niño, niña o adolescente. Mientras dure la medida el Instituto se subrogará en los derechos contra toda persona que por ley deba alimentos al niño, niña o adolescente. En ningún caso se establecerá relación laboral entre el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar y los responsables del hogar sustituto.// PARÁGRAFO. En el caso de los niños, niñas y adolescentes indígenas, se propenderá como primera opción, la ubicación del menor en una familia indígena. El ICBF asegurará a dichas familias indígenas el aporte mensual de que trata este artículo.”

9 De acuerdo con el carnét que la identificaba como madre sustituta, prestaba sus servicios en la ciudad de Bogotá y su casa estaba ubicado en la Transversal 5Q No. 48X-12 Sur. Folio 5 del cuaderno principal.

10 Oficio de apertura de la cuenta de ahorros en el Banco Popular para la consignación de los aportes del ICBF calendada el 5 de diciembre de 2001. Folio 8 del cuaderno principal.

11 Certificados de capacitación emitidos por el ICBF. Folios 9, 10, 13, 14 y 15 del cuaderno principal.

12 Oficio sobre asuntos del plan de mejoramiento. Folio 11 del cuaderno principal.

13 Carta de renuncia de la demandante al programa de madres sustitutas. Folio 7 del cuaderno principal.

14 Folios 41 a 49 del cuaderno principal.

15 Folios 50 a 53 del cuaderno principal.

16 Para el momento en que se profirió la sentencia de primera instancia, la peticionaria contaba con 57 años. A la fecha de emisión de esta sentencia, 28 de abril de 2017, la demandante ya cuenta con 58 años de edad.

17 Folios 59 a 62 del cuaderno de principal.

18 Folios 3 a 7 del cuaderno de segunda instancia del trámite de tutela.

19 “PRIMERO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se inste a la accionante para que, en un término de 3 días hábiles a partir de la notificación de este auto, responda el siguiente cuestionario, adjuntando los documentos que acreditan cada respuesta:// 1. De cuántas personas se compone su núcleo familiar, a qué se dedican y de qué forma se ocupan del cubrimiento de las necesidades básicas del hogar.// 2. Cuáles son sus fuentes de ingreso y a

cuánto equivalen. (Si tienen pensiones, salarios, rentas por inmuebles, ayudas de familiares cercanos, alimentos, donaciones etc.) Indicar el fondo de pensiones al cual está afiliada y aportar el historial de cotizaciones.// 3. A cuánto ascienden sus gastos mensuales y los de las personas que viven con usted por concepto de manutención, vivienda, transporte, y salud. (Acompañar con los documentos respectivos, especialmente facturas de servicios públicos, recibos de arrendamiento y aportes a salud si los hay.) // 4. Si usted o su núcleo familiar tienen en propiedad o poseen bienes inmuebles o automotores. 5. A qué estrato socio-económico pertenece el inmueble donde habita. 6. Si se encuentra afiliada al Sistema de Salud a través del régimen subsidiado o contributivo. Y de encontrarse afiliado por este último, cuál es el ingreso base de cotización actual y cuál es su calidad (cotizante o beneficiaria). 7. Informe a este despacho sobre su estado de salud. (Aportar historia clínica, etc.) 8. Informe a este despacho los motivos por los cuales no presentó la acción de tutela con anterioridad y solo hasta ahora lo hizo, sí la vinculación con el ICBF culminó en 2008. 9. Informe a este despacho los motivos por los cuales no presentó ninguna petición al ICBF frente al reconocimiento prestacional y pensional y acudió directamente a la acción de tutela. 10. Informe a este despacho los motivos por los cuales presentó directamente la acción de tutela y no acudió a la justicia ordinaria para buscar la declaración de la existencia de un contrato realidad con el ICBF y sus consecuencias prestacionales.// SEGUNDO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se oficie al Consorcio Colombia Mayor, a Colpensiones y al Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social para que, en el término de 3 días hábiles a partir de la comunicación de este auto, informe a este despacho si (i) la señora María del Carmen Goyes Alvarado identificada con C.C. 30.715.821 ha sido beneficiada con recursos del Fondo de Solidaridad Pensional a través del Consorcio Colombia Mayor, o si ha recibido auxilios del programa de asignación de beneficios económicos periódicos (BEPS) y si (ii) los mismos están relacionados con su calidad de antigua madre sustituta.”

20 Folios 44 al 60 del cuaderno de revisión.

21 Ficha de información catastral de 2017, donde consta el estrato 2 del inmueble, su avalúo por \$ 46.253.000 y que los propietarios del mismo son la accionante y el señor Luis Medardo Goyes Alvarado. Folio 60 del cuaderno de revisión.

22 La peticionaria aportó copias simples de las facturas de energía eléctrica por valor de \$ 14.480; de gas natural por \$ 23.100; y de acueducto y alcantarillado por \$ 37.601. Folios 46

a 48 del cuaderno de revisión.

23 Carné de afiliación. Folio 49 del cuaderno de revisión.

24 Folios 61 a 66 del cuaderno de revisión.

25 Comprobante de pago. Folio 57 del cuaderno de revisión.

26 Respuesta del 21 de abril de 2017. Folios 71 a 75 del cuaderno de revisión.

27 Respuesta del 21 de abril de 2017. Folios 67 a 70 del cuaderno de revisión.

28 Folios 50 a 56 del cuaderno de revisión.

29 Folios 16 a 35 del cuaderno de revisión.

30 Folios 84 a 111 del cuaderno de revisión.

31 “ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.// Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

32 “ARTÍCULO 4o. FORMAS DE INICIAR LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. Las actuaciones administrativas podrán iniciarse: // 1. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general.// 2. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular.// 3. Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal.// 4. Por las autoridades, oficiosamente.”

33 Por ejemplo, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, advierte que “[l]a procedencia de la

tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.”

34 “ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.// La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.// PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.”

35 “ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:// 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.// 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.// 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.// 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.// 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.// PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la

urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.”

36 “ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. // La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.”

37 “ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.// El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.// Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.// El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.// Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.// Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.”

38 Se hace referencia a la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, cuya vigencia inició en el mes de julio de 2012.

39 “Procesos orales. El breve período de vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, que inició en el mes de julio de 2012, afectó de manera significativa la ubicación de procesos concluidos. Sin embargo, los datos recogidos permiten ilustrar, a manera de línea de base, algunos aspectos relevantes del nuevo régimen en contraste con las situaciones del escritural. A diferencia de lo que aconteció con los procesos escriturales, en estos [los orales] el 74% de los procesos analizados cursaron la primera instancia dentro de los plazos fijados por el legislador, es decir, en un tiempo menor al límite de 266 días hábiles de la Rama Judicial. (...)”

40 Sobre las características del perjuicio irremediable observar la sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Allí sostuvo la Corte que: “Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente: A) El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. (...) B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. (...) D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)”

41 “ARTÍCULO 213. RECONOCIMIENTO DEL VALOR ACTUARIAL DE MADRES COMUNITARIAS Y SUSTITUTAS. Modifíquese el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011, el cual quedará así: “Las Madres Comunitarias, FAMI y Sustitutas que ostentaron esta condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008 y no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante este periodo, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo”.”

42 “ARTÍCULO 213. RECONOCIMIENTO DEL VALOR ACTUARIAL DE MADRES COMUNITARIAS Y SUSTITUTAS. Modifíquese el artículo 166 de la Ley 1450 de 2011, el cual quedará así: “Las Madres Comunitarias, FAMI y Sustitutas que ostentaron esta condición entre el 29 de enero de 2003 y el 14 de abril de 2008 y no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante este periodo, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones para el citado periodo”.”