

Sentencia T-387/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Estado de indefensión y subordinación de empleadas del servicio doméstico

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE ACREENCIAS LABORALES- Procedencia excepcional a pesar de existir otros medios de defensa judicial

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL MINIMO VITAL

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL DE EMPLEADAS DEL SERVICIO DOMESTICO

SERVICIO DOMESTICO Y SITUACION DE VULNERABILIDAD

SERVICIO DOMESTICO-Trato discriminatorio y situación de vulnerabilidad

DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS DE EMPLEADAS DEL SERVICIO DOMÉSTICO-Reiteración de jurisprudencia

PERSONA EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Empleadas del servicio doméstico de avanzada edad que trabajaron por muchos años sin que sus empleadores les pagaran salario ni las afiliaran a seguridad social

PENSION PROVISIONAL A EMPLEADA DEL SERVICIO DOMESTICO-Pago de un salario mínimo mensual sin que se imponga la obligación de prestar sus servicios, ni guardar subordinación y afiliación a seguridad social en salud/JURISDICCION ORDINARIA LABORAL-La accionante puede acudir para reclamar las demás previsiones legales y contractuales que le fueron incumplidas

Referencia: expedientes T- 2927616, T-2931555

Acciones de tutela interpuestas por María Lucila Rodríguez Hernández contra Álvaro Borda, Boris Borda y Verónica Borda; y María Soledad Albino Luna contra Antonio Valbuena Ortega

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., Diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja (T-2927616); y Primero Civil del Circuito de de Girardot, Cundinamarca (T-2931555).

La Sala de Selección Número 1, mediante Auto de 31 enero de 2011, acumuló los expedientes de la referencia por considerar que existe unidad de materia y, en consecuencia, deben ser decididos en una misma sentencia.

I. ANTECEDENTES.

A- Expediente T-2927616

Caso: María Lucila Rodríguez Hernández contra Álvaro Borda, Boris Borda y Verónica Borda.

María Lucila Rodríguez Hernández mediante apoderada judicial, interpone acción de tutela en contra de Álvaro Borda, Boris Borda y Verónica Borda, al considerar vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida, al trabajo en condiciones dignas y justas y a la igualdad, al haber omitido afiliarla a seguridad social por más de treinta años. Para fundamentar su solicitud, presentada el 26 de octubre de 2010, la demandante relata los siguientes:

1. Hechos

Manifiesta que desde el 1 de enero de 1979 hasta el 17 de agosto de 2009 trabajó mediante contrato verbal, como empleada del servicio doméstico en la casa de la familia Borda Garzón1.

1.1 Aduce que durante este tiempo realizó las labores diarias de aseo, cocina, lavado y planchado de ropa. Así como el cuidado de los hijos de la familia durante la infancia y la atención de todos sus miembros de quienes también recibía órdenes.

1.2 Señala que el 17 de agosto de 2009, su relación laboral fue terminada de manera unilateral por los empleadores², sin recibir el pago de las prestaciones sociales, la seguridad social, ni la liquidación. Adicionalmente nunca fue afiliada al Sistema General de Seguridad Social.

1.3 Comenta que es una mujer de 69 años, con una situación económica y de salud precaria. Padece de hipoacusia bilateral, osteartrosis (dolor en la movilidad de miembros superiores), cefaleas constantes y herpes zoster inferior izquierdo. Además, tiene a cargo a un hijo de 47 años que presenta retardo mental moderado, sordomudez congénita, presión asociada y síndrome cudinete.³

1.4 Considera que debido a la omisión de sus empleadores hoy no cuenta con una pensión ni con un servicio de salud⁴ que le permitan garantizar una vida en condiciones dignas, tanto para ella como para su hijo.

1.5 Por consiguiente, solicita como mecanismo transitorio que se ordene a los accionados, “cancelar mensualmente una suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente (...) en lo sucesivo, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, hasta cuando exista un pronunciamiento por parte de la justicia ordinaria, que defina los derechos laborales de la tutelante, (...)”. Asimismo, solicita ser afiliada a alguna E.P.S escogida por ella.

2. Traslado y contestación de la demanda.

Avocado el conocimiento de la presente acción de tutela, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja, decidió mediante auto de 27 (veintisiete) de octubre de 2010: (i) admitir la acción de amparo, (ii) reconocer la personería a la apoderada de la demandante y, (iii) correr traslado a los demandados. Sin embargo, vencido el término la parte accionada no se pronunció sobre los hechos.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia única de instancia.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja mediante sentencia de (19) diecinueve de noviembre de 2010 negó el amparo solicitado por considerar que se busca la protección de unos derechos legales. Por tanto, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para su amparo, sino la jurisdicción ordinaria, escenario en el que deberá ventilarse en asunto con oportunidad para las partes de ejercer su derecho de contradicción.

Pruebas aportadas en el expediente.

- Poder especial otorgado por la señora María Lucila Rodríguez Hernández⁵
 - Copia de la cédula de ciudadanía de la señora María Lucila Hernández.⁶
- Liquidación de las acreencias laborales de la demandante, realizada por la Universidad Santo Tomás.⁷
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Luis Fernando Rodríguez (hijo de la demandante).⁸
- Copia del carné de afiliación a Comparta E.P.S del señor Luis Fernando Rodríguez y de María Lucila Rodríguez Hernández.⁹
- Carné del Hospital Psiquiátrico de Boyacá- Tunja- del señor Luis Fernando Rodríguez.¹⁰
- Copia de la historia clínica del señor Luis Fernando Rodríguez.¹¹
 - Copia de la historia clínica de la señora María Lucila Rodríguez Hernández.¹²

B. Expediente 2931555

Caso: María Soledad Albino Luna contra Antonio Valbuena Ortegón.

María Soledad Albino Luna presenta acción de tutela en contra del señor Antonio Valbuena Ortegón, al considerar vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida, al trabajo en condiciones dignas y justas y a la igualdad, al no haberla afiliado durante el tiempo laborado al Sistema Integral de Seguridad

Social. Para fundamentar su solicitud, presentada el 20 de octubre de 2010, la demandante relata los siguientes:

1. Hechos:

1. Informa que desde el 28 de julio de 1991, fue contratada por el demandante de manera verbal como empleada de servicio doméstico interna. Aduce que recibía como salario mensual \$20.000, con una jornada de trabajo de 4:00 am a 10:00 pm de domingo a domingo.

1. Comenta que dentro de las labores que realizaba se encontraba el aseo, la cocina, la preparación de alimentos para las personas residentes en dicho hogar, así como el cuidado permanente en los últimos años de la señora Silvia Asencio de Valbuena Ortegón, quien se encontraba en delicado estado de salud.

1. Menciona que el 30 de junio de 2010, el empleador decidió dar por terminada la relación laboral de manera unilateral, sin realizar el pago de liquidación ni de prestaciones sociales.

1. Resalta que “durante todo el tiempo que duró la relación, entre el señor ANTONIO VALVUENA ORTEGON y la suscrita, el empleador no me afilió al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, ni en pensiones, ni riesgos profesionales, no me canceló el salario mínimo ya que nunca se pactó el porcentaje que se descontaría en especie, ni se me hicieron los incrementos ordenados por el gobierno año a año, lo cual genera el derecho al reajuste al salario mínimo en cada vigencia laborada.” Asimismo, manifiesta que durante dicho tiempo no le fueron reconocidas las horas extras, ni las dotaciones, ni primas, ni vacaciones.

1. Adicionalmente, sostiene que “cada seis meses el empleador me realizaba una liquidación cancelando una suma a la suscrita por concepto de cesantías, suma que no corresponde a lo legal y omitiendo las sumas correspondientes a los intereses a la cesantía, prima de vacaciones, dotaciones sanciones por no afiliación al sistema de seguridad social integral (salud, pensión, riesgos profesionales) y por no consignación oportuna de las cesantías en el fondo correspondiente, teniendo en cuenta que la entrega al empleado se realiza cuando la relación termina, lo cual en la realidad no ocurrió, puesto que la suscrita laboró de manera ininterrumpida durante 19 años, sin solución de continuidad, lo que configura la existencia de un contrato realidad a término indefinido. Ante las constantes reclamaciones de la suscrita para la afiliación al sistema de pensiones, el empleador y su esposa en vida, me hicieron promesas en el sentido de compensarme con una casa, promesa que nunca se cumplió.”

2. Señala que en búsqueda de una solución el 20 de septiembre de 2010 citó al demandante a una audiencia de conciliación ante el Ministerio de la Protección Social. Sin embargo, no se realizó debido a la inasistencia del señor Valbuena Ortegón.

1. Sostiene que actualmente tiene 61 años, se encuentra en una precaria situación económica, toda vez que se está viendo obligada a pedir ayuda en la calle ya que no tiene familia en esta ciudad. Además, tiene a cargo una hermana en estado de discapacidad mental. Considera que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad en razón de su edad, de su sexo y de su origen étnico, debido a que hace parte del Cabildo Indígena de la vereda de Buenavista de Coyaima (Tolima), “condiciones estas que me han hecho vulnerable y objeto de vejámenes y humillaciones por parte del demandante y sus sobrinas de su fallecida esposa, vulneraciones que no estoy en la obligación de soportar dada la terminación injusta de la relación laboral (...)”.

1. En consecuencia, solicita le sean amparados los derechos invocados en el sentido de ordenar al señor Antonio Valbuena Ortegón pagar su pensión y demás acreencias laborales,

realizándose para el efecto la liquidación pertinente.

2. Traslado y contestación de la demanda.

Avocado el conocimiento de la presente acción de tutela, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Girardot - Cundinamarca-, decidió mediante auto de 20 (veinte) de octubre de 2010: (i) admitir la acción de amparo, y (ii) correr traslado al accionado.

2.1 Antonio Valbuena Ortegón.

El señor Valbuena Ortegón manifestó que cuenta en la actualidad tiene 86 años de edad, que padece linfoma de hodkin (cáncer en los ganglios) en etapa IV terminal y no se encuentra en condiciones de salud para desplazarse “ni hablar con casi nadie” como consecuencia de sus quimioterapias realizadas en el cuello y garganta. Aduce que se atiene a lo probado dentro del proceso que cursa en su contra en la jurisdicción laboral, toda vez que es allí el escenario para dirimir la controversia suscitada.

En el mismo sentido, manifiesta que no existe prueba del perjuicio irremediable ya que no obra en el expediente documento que certifique que “ese emolumento que dice dejó de recibir de mi parte, sea su único sustento, así como tampoco demuestra que sea hermana de una enferma mental a su cargo, ni arrima al expediente copia del registro civil de la mencionada, ni copia de la historia clínica para sustentar sus afirmaciones (...)”.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1.-Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Girardot -Cundinamarca-, mediante sentencia de (3) tres de noviembre de 2010 decidió declarar improcedente la protección invocada. Las razones esgrimidas por la instancia están sostenidas en la ausencia de material probatorio que demuestre que en efecto la demandante tenía una relación laboral. El juez echa de menos el contrato de trabajo y tampoco existe prueba de la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales. En consecuencia, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión, considera que este asunto debe ser dirimido ante la jurisdicción ordinaria.

* Impugnación.

Inconforme con la decisión adoptada el (5) cinco de noviembre de 2010, la señora María Soledad Albino Luna, presentó escrito de impugnación en el cual manifiesta que el fallo no se ciñó a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional que fue transcrita en la acción de tutela.

Señala que se realizó un análisis parcial de las pretensiones ya que no está buscando “el reconocimiento de unos derechos laborales, sino que me amparen de manera transitoria mis derechos fundamentales (...)”. Además, desconoció los fundamentos de hecho ya que no valoró la situación personal de la demandante.

Destaca que el accionado se encuentra en delicado estado de salud que le imposibilita la toma de decisiones. Por cuanto “sus bienes se encuentran en peligro de alzamiento por parte de sus apoderados y/o familiares, según he sido enterada por algunas personas abogadas a las que he consultado”.

Adicionalmente, señala que “la acción de tutela que se trata se ha interpuesto como mecanismo transitorio, con la absoluta seguridad de que una vez se cuente con los recursos ordenados como medida provisional por su despacho, se interpondrá la correspondiente demanda ordinaria laboral, lo cual no se ha hecho por no contar con los medios económicos, para la contratación de un abogado para el efecto y encuentro que con la actuación del a quo, se me están vulnerando mis derechos fundamentales, cuando los mismos me debían ser reconocidos, repito, en forma transitoria o provisional, pues el trámite de un proceso ordinario laboral implica una demora de varios años, por las instancias que el mismo tiene”.

Sostiene que no se está teniendo en cuenta su avanzada edad y que someterla a las resultas de un proceso puede ser perjudicial para ella, toda vez que éste puede alargarse por varios años, sumado a la duración de un proceso ejecutivo. Resalta que en caso del fallecimiento del demandado y de constituirse como acreedora dentro del proceso de sucesión su situación puede demorarse varios años más.

2.-Segunda instancia.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot- Cundinamarca-, mediante sentencia

proferida el (3) de diciembre de 2010 decidió confirmar el fallo impugnado, por considerar que al existir dudas sobre el vínculo laboral, es la jurisdicción ordinaria la encargada de dirimirlo.

Pruebas aportadas en el expediente.

* Copia de la cédula de ciudadanía de la señora María Soledad Albino Luna.13

* Constancia expedida por el Inspector de Trabajo de Girardot en que se informa que no se llegó a acuerdo de conciliación por inasistencia del señor Antonio Valbuena Ortegón.14

* Copias de liquidación de prestaciones sociales de las siguientes fechas: julio 28 de 1993 a julio 27 de 1994, agosto 1 de 1997 a julio 31 de 1998, agosto 1 de 1998 a julio 31 de 1999, enero 1 de 2001 a diciembre 31 de 2001, enero 1 de 2002 a diciembre 31 de 2002 , julio 1 de 2003 a diciembre 31 de 2003, enero 1 de 2004 a junio 31 de 2004, julio 1 de 2004 a diciembre 31 de 2004, 1 de enero de 2005 a 30 de junio de 2005, 1 de julio de 2005 a 30 de diciembre de 2005, 1 de enero de 2006 a 30 de junio de 2006, 1 de julio de 2006 a 30 de siembre de 2006, 1 de enero de 2007 a 30 de junio de 2007, 1 de julio de 2007 a 30 de diciembre de 2007, 1 de enero de 2008 a 30 de junio de 2008, 1 de julio de 2008 a 30 de diciembre de 2008, 1 de enero de 2009 a 30 de junio de 2009, 1 de julio de 2009 a 30 de diciembre de 2009, 1 de enero de 2010 a 30 de junio de 2010.15

* Acta de la declaración juramentada de Vicenta Urquiza de Gómez y María de Jesús Albino Olivero. Las cuales manifiestan que conocen a la accionante desde hace más de 20 años y les consta que aquella entró a trabajar como empleada domestica en la vivienda del señor Antonio Valbuena Ortegón aproximadamente en el mes de julio del año 1991 y que fue despedida en el mes de junio de 2010.16

* Copia del certificado médico del señor Antonio Valbuena.17

* Fotocopia del carné de Famisanar en el cual consta que el demandado se encuentra en el programa de oncología.18

* Certificado de la atención médica recibida por el demandante el 5 de octubre de 2010 en la Clínica San Rafael.19

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de cada fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero y 241, numeral noveno de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la acción de tutela es procedente para solicitar la asignación pensional de una empleada de servicio doméstico cuando no ha existido cotización por parte del empleador, o por el contrario corresponde a la jurisdicción ordinaria dirimir este tipo de asuntos.

Para desarrollar el anterior problema jurídico estima la Sala necesario reiterar algunos temas desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación, entre ellos: (i) procedencia de la acción de tutela contra particulares. Estado de indefensión o subordinación; (ii) procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial; (iii) derecho fundamental a la seguridad social; (iv) el servicio doméstico y su situación de vulnerabilidad. Luego de estudiados los anteriores puntos se abordará (v) los casos concretos.

1. Procedencia de la acción de tutela contra particulares. Estado de indefensión o subordinación. Reiteración de jurisprudencia.

2.1 De acuerdo con el artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales que se vean amenazados por la acción u omisión tanto por parte del Estado como por los particulares. Bajo este entendido, en el último evento se han establecido unas situaciones específicas para determinar su procedencia. Así lo determinó el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Entre ellas se cuentan: (i) particulares encargados de prestar un servicio público, (ii) quienes con su actuar afectan de manera grave y directa el interés colectivo, y (iii) cuando se presentan situaciones de subordinación o de indefensión.²⁰

Desde muy temprano la Corte, al estudiar la constitucionalidad del decreto en cita,²¹ resaltó la importancia de esta última causal de procedencia, señalando que esta garantía permite la efectividad del principio de igualdad cuando se está en presencia de condiciones fácticas disímiles entre dos particulares. La referencia se dio en los siguientes términos:

“Por otra parte, la acción de tutela contra particulares procede en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación. Al igual que en el caso del servicio público, esta facultad tiene su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección -en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental-, la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho. Con todo, también debe advertirse que las situaciones de indefensión o de subordinación deben apreciarse en cada caso en concreto” ²² (Subraya fuera de texto)

2.2 Sobre el concepto tanto de estado de indefensión como de subordinación, la Sentencia T-781 de 2009 señaló que “la subordinación hace referencia a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen.” Asimismo, en relación con la indefensión, destacó que “además de implicar dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen

en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate.” (Negrillas de fuera del texto)

Más adelante la Sentencia T-438 de 2010 relacionó algunos eventos en los cuales puede entenderse que se está frente a una situación de indefensión; así destacó que puede presentarse: “(i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos, que permitan conjurar la vulneración iusfundamental por parte de un particular; (ii) personas que se hallan en situación de marginación social y económica²³, (iii) personas de la tercera edad²⁴, (iv) discapacitados ²⁵ (v) menores de edad ²⁶.”

2.3 Por consiguiente, esta protección encuentra sustento en las asimetrías que pueden presentarse dentro del contexto social. Bajo este entendido, la misma Sentencia mencionó que: “En el plano de las relaciones privadas, los efectos de la protección a los derechos fundamentales tienen una eficacia horizontal y son una manifestación del principio de la igualdad.²⁷ Pues, precisamente en virtud de las relaciones dispares que se sostienen en el ámbito social, la parte débil quedaría sometida sin más, a la voluntad de quien ejerce autoridad o tiene ventaja sobre ella, sin que la persona que se encuentre en estado de indefensión o subordinación tenga la posibilidad de asumir una verdadera defensa de sus intereses.”

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial para reclamar acreencias laborales.

3.1 Otra de las características de la acción de tutela es la subsidiariedad, esto es que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, la acción de tutela en principio se torna improcedente. No obstante, se ha señalado en el artículo 86 constitucional que ante la presencia de un perjuicio irremediable, procede el amparo transitorio del derecho.

3.2 En materia laboral, específicamente en cuanto el pago de acreencias, reiterada jurisprudencia ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para buscar la protección de derechos de esta naturaleza, ya que el interesado cuenta con una jurisdicción específica para obtener su protección. Sin embargo, de manera excepcional ha entendido, que en algunos casos se hace necesaria la intervención del juez de tutela.²⁸ Entre ellos,

cuando se está frente a la solicitud de un reconocimiento pensional que cobre relevancia constitucional, en el evento que los sujetos que la reclamen se encuentren en estado de indefensión. “Uno de los supuestos que indican el estado de indefensión de un particular frente a otro es el atinente a la edad y si a ello agregamos la presunción establecida en materia de pensiones, en el sentido de asumir que con la suspensión, disminución o incumplimiento en el pago de la mesada pensional se afecta el derecho al mínimo vital, se refuerza la hipótesis de que en estos eventos es procedente la acción de tutela.”²⁹

En este contexto, en la Sentencia T-977 de 2008 se dijo que:

“(…) La jurisprudencia de esta Corporación ha dispuesto que de manera excepcional el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico siempre que se verifique que (i) haya una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales del accionante, es decir, que por el no reconocimiento y pago de la prestación económica que se reclama en sede de tutela se viole o amenace los derechos fundamentales del accionante, (ii) la tutela se conceda, (iii) no se cuente con un medio específico en el cual se pueda solicitar la prestación de tipo económico que se pretende obtener en sede de tutela y, (iv) la vulneración del derecho sea manifiesta y consecuencia directa de una acción indiscutiblemente arbitraria.”³⁰ (Subraya fuera del texto).

3.3 Por consiguiente, la acción de tutela procederá para reclamar acreencias de tipo laboral, siempre y cuando se esté en presencia de un asunto que desborde el plano legal y adquiera especial relevancia por encontrarse en juego derechos de rango fundamental, tales como el mínimo vital, la vida en condiciones dignas y la salud, entre otros. En especial, cuando quien los reclama es una persona que se encuentra en estado de vulnerabilidad e indefensión y hace parte de la tercera edad, caso en el cual a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, estos pueden tornarse poco idóneos e ineficaces para la protección de los derechos reclamados.

Sobre lo anterior, esta Corporación en la Sentencia T-044 de 2011 resaltó que:

“En concreto, la falta de idoneidad del medio a disposición de la persona afectada o la incidencia de factores que permitan la aparición de un perjuicio irreparable serán valoradas por el juez constitucional en atención a las condiciones fácticas, pues dicha apreciación no debe efectuarse en abstracto. La viabilidad del amparo en tales eventos es apreciada por el

operador judicial en consideración a la virtualidad del daño a los derechos fundamentales involucrados o el quebrantamiento de principios superiores como la especial protección de la población en estado de debilidad manifiesta.” (Subraya fuera del texto).

3.4 Un ejemplo de lo anterior puede observarse en la Sentencia T-1055 de 2001 en la cual se estudió el caso de Luis Ángel Martínez Torres quien luego de haber trabajado por más de 20 años al servicio de una familia, desarrollando labores de celaduría y de mantenimiento en una finca, no le fueron realizados los aportes a seguridad social, ni en salud, ni en pensiones y, al encontrarse ya en avanzada edad y desprovisto de medios económicos de subsistencia solicitó por vía de amparo el reconocimiento de sus derechos laborales. En dicha oportunidad la Corte señaló que:

“El accionante, en tales condiciones, se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y, sin duda alguna, no puede llevar una vida digna por la afectación del su mínimo vital e igualmente su derecho a la salud se encuentra afectado y adquiere el carácter de fundamental por la condición desamparo en que se halla, por todo lo cual, a juicio de la Corte, el medio judicial ordinario al que inclusive ya acudió, no resulta eficaz para proteger sus derechos fundamentales y de ahí que deba predicarse el estado de indefensión del tutelante. La acción de tutela, entonces, emerge como el único mecanismo idóneo para lograr la protección inmediata de sus derechos fundamentales vulnerados por la accionada, señora BLANCA MATILDE PELAEZ VIUDA DE LOPERA.” (Subraya fuera del texto).

Por consiguiente, en aquella oportunidad con el fin de amparar los derechos fundamentales del accionante a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial la Corte decidió que:

“ se ordenará a la accionada BLANCA MATILDE PELAEZ VIUDA DE LOPERA que, dentro del perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación personal de la presente sentencia, empiece a cancelar mensualmente al ciudadano LUIS ÁNGEL MARTÍNEZ TORRES, una suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente, y en lo sucesivo, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, hasta cuando la justicia ordinaria laboral falle el proceso iniciado por el mencionado en su contra, mediante el cual defina los derechos laborales del accionante. Los pagos los deberá efectuar en a cuenta de Depósitos Judiciales del Juzgado donde se adelanta el juicio laboral. Igualmente, la señora PELAEZ VIUDA DE LOPERA deberá afiliar al señor LUIS ÁNGEL MARTINEZ TORRES al Plan Obligatorio de Salud de

la Empresa Promotora de Salud que elija el mencionado para protegerle ese derecho, fundamental por conexidad, lo cual deberá hacer dentro de los quince (15) días siguientes a aquel en que el interesado le comunique su determinación.

Desde luego, es también del caso precisar que el pago de la suma equivalente al salario mínimo mensual que deberá efectuar la particular accionada, no corresponde, ni al reconocimiento de la pensión por vejez que reclama el actor, ni el monto de la misma, pues corresponderá a la jurisdicción ordinaria laboral definir en su oportunidad si el señor LUIS ÁNGEL MARTÍNEZ TORRES tiene o no derecho al reconocimiento de esa prestación económica.”

3.5 Es importante señalar que la jurisprudencia ha reseñado que el salario y las prestaciones sociales son derechos subjetivos patrimoniales en dos dimensiones, la primera de ellas al ser considerados como derechos adquiridos y segundo, son la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas como lo establece la propia Constitución.³¹

4. Derecho fundamental a la seguridad social y su relación con el mínimo vital.

4.1 La seguridad social es un derecho de rango fundamental, que se encuentra consagrado en los artículos 48 y 49 constitucionales. Este tiene una doble connotación, es un derecho irrenunciable y es un servicio público obligatorio.}

4.2 La primera característica ha sido otorgada luego de un trasegar constitucional y la eliminación de las categorías a través de generaciones de derechos. Adicionalmente se deriva de la comprensión de la relevancia del derecho a la seguridad social en la materialización de otros derechos como la vida, la dignidad humana y el mínimo vital. Sobre lo anterior, la Sentencia T-044 de 2011 destacó que entender el derecho a la seguridad social como fundamental ha devenido en una comprensión holística de su contenido. En este sentido señaló:

“Inicialmente su orientación en el Capítulo 2 de la Carta³² y el seguimiento de una doctrina primigenia sobre la clasificación de los derechos de acuerdo con el momento de su consagración histórica condujeron a su rechazo en tanto derecho fundamental. En aquél momento se estimaba que los derechos fundamentales pertenecían al rango de los de primera generación, categoría compuesta por mandatos como la vida, la dignidad humana y

la integridad física; a esa clasificación escapaban los derechos sociales, económicos y culturales, que integraban el grupo de los de segunda generación. Para su efectividad se asumían previstos los mecanismos legislativos y ejecutivos; mientras que la materialización de los derechos de primera era labor exclusiva de la rama judicial del poder público.

Tal distinción se basaba en el carácter 'meramente prestacional' que se atribuía a los llamados 'derechos de segunda generación'. Por tal motivo, su garantía en esta sede se veía limitada a su conexión con otros que sí fueran calificados como fundamentales. Dicha tesis fue sostenido en múltiples fallos de esta Corporación, en cuya parte considerativa se exponía una mirada de la seguridad social como "norma programática de desarrollo progresivo y obligatorio por parte del legislador, que constituye promesa para los gobernados de que el Estado como guardián de la colectividad, deberá diseñar políticas de acuerdo con esos postulados fundamentales para cubrir las prestaciones que surjan de las contingencias de enfermedad, invalidez o senectud, a fin de que la Seguridad Social sea una realidad"³³. Este criterio, el de la conexidad, fue aunado paulatinamente al de la protección especial merecida por ciertos sujetos en estado de debilidad manifiesta. La fundamentalidad de la seguridad social estuvo restringida, durante un lapso significativo, a la existencia de un peligro potencial a la estabilidad de otros derechos como la igualdad, el debido proceso, la vida o la integridad física, de un lado³⁴; o a la perturbación de derechos en cabeza de sujetos tales como menores, personas de la tercera edad, mujeres embarazadas, entre otros.³⁵

Debido al surgimiento de una distinta doctrina sobre la categorización y exigibilidad de los derechos sociales, se ha aceptado la fundamentalidad de éste y otros derechos de tal raigambre. Ello se refuerza además en una interpretación más amplia del texto constitucional, la observancia de recientes instrumentos internacionales y de la recepción de esa nueva doctrina. Actualmente se afirma que los derechos fundamentales están dotados de ese carácter por su identidad con valores y principios del Estado Social de Derecho, más no por su positivización o la designación expresa del legislador. Por tanto, ningún derecho erigido dentro de este marco podrá ser privado de ese talante. Sobre el particular se ha dicho que "la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución". ³⁶ (Subraya fuera del texto)

4.3 En la misma dirección, instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad han consagrado este derecho en sus disposiciones. Un ejemplo de ello es el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales el cual señaló que los Estados parte de este Pacto se comprometen a garantizar la universalidad de la seguridad social.³⁷ Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” en su artículo 9 contempló:

“1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.” (Subraya fuera del texto).

4.4 La seguridad social es un derecho de especial valía, toda vez que su garantía permite el ejercicio de otros derechos fundamentales. En este contexto, una de las formas de materialización está dada en el sistema general de pensiones, el cual pretende otorgar un soporte económico a todas las personas cuando éstas se encuentren frente a ciertos eventos propios de la naturaleza humana, como la vejez y la muerte, o ante algunas contingencias y riesgos ante las cuales todas se encuentran expuestas como sería el caso de la invalidez.

5. El servicio doméstico y la situación de vulnerabilidad

5.1 La Constitución en sus artículos 25 y 53 desarrolla el derecho al trabajo, resaltando que deberá otorgarse igualdad de oportunidades para todas las personas, en condiciones de dignidad; además, debe garantizarse un mínimo vital y móvil; el salario será en proporción del trabajo que se desarrolle tanto cualitativa como cuantitativamente. Se señala, igualmente, la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos, la favorabilidad laboral cuando exista duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; la primacía de la realidad sobre las formalidades, la garantía a la seguridad social, así como la protección especial a la mujer.

5.2 La prestación del servicio doméstico se encuentra regulada por las normas laborales. En este sentido, por trabajador doméstico se entiende que “es la persona natural que a cambio de una remuneración presta su servicio personal en forma directa y de manera habitual, bajo continuada subordinación o dependencia, residiendo o no en el lugar de trabajo, a una o varias personas naturales, en la ejecución de tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al ‘hogar’. Adicionalmente, se llaman ‘internos’ a los trabajadores de servicio doméstico que residan en su lugar o sitio de trabajo, los demás, son ‘por días’.”³⁹

El Código Sustantivo del Trabajo marca algunos parámetros legales de la prestación del servicio doméstico. Por tanto, estipula que el contrato podrá ser verbal o escrito,⁴⁰ que la remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo el cual puede ser parte en dinero y otra en especie sin contravenir los mínimos legales establecidos para esta figura.⁴¹ Además, se señala el periodo de prueba, la jornada máxima de trabajo, las prestaciones sociales y lo relativo a seguridad social. ⁴²

5.3 Esta clase de trabajadores se han visto expuestos a condiciones de mayor vulnerabilidad. Así lo resaltó la O.I.T. en la Conferencia Internacional de Trabajo del año 2004,⁴³ al destacar que las trabajadoras del servicio doméstico se encuentran dentro de la categoría de trabajadores más vulnerables, expuestos a diversos factores de riesgo; en este sentido, señaló que:

“las condiciones de trabajo de los trabajadores de servicio doméstico varían: se los trate a veces como miembros de la familia de sus empleadores, pero en otros casos se los explota, en condiciones que equivalen a las de la esclavitud y trabajo forzoso. A menudo la jornada de trabajo del personal del servicio doméstico es larga e incluso excesiva (15 ó 16 horas al día, por término medio), sin días de descanso ni compensación por sus horas extraordinarias, su salario suele ser muy bajo y tiene una cobertura insuficiente en lo que atañe al seguro médico (...). Se los somete también al acoso físico o sexual, a la violencia y los abusos y, en algunos casos, se les impide física o legalmente salir de la casa del empleador recurriendo a amenazas o a la violencia, o a la retención del pago de salarios o de sus documentos de identidad.”

Adicionalmente, el organismo destaca una serie de carencias sobre la materia, tanto a nivel

normativo y de regulación, como de inspección y vigilancia, sumado al desconocimiento por parte de los y las trabajadoras del servicio doméstico de sus derechos mínimos, lo cual genera la trasgresión sistemática de derechos fundamentales.

En el mismo sentido, la doctrina ha llamado la atención sobre la importancia de la protección de los derechos de quienes laboran en el servicio doméstico. Destacando que “El grave déficit de trabajo decente a los que han de hacer frente los trabajadores del servicio doméstico son consecuencia de su vulnerabilidad jurídica y social. Se les excluye, ya sea de jure o de facto, de la protección efectiva de la legislación laboral y de los regímenes de seguridad social nacionales, tanto en los países industrializados como en las regiones en desarrollo.”⁴⁴

5.4 La jurisprudencia constitucional no ha dejado de lado las diferentes problemáticas que pueden llegar a suscitarse tanto en control abstracto⁴⁵ como en tutela⁴⁶, a partir de este tipo de relación laboral. Así, la Sentencia SU - 062 de 1999, al estudiar el caso de una empleada de servicio doméstico que luego de haber laborado por 17 años a órdenes de una familia y tener 69 años se encontraba afrontando una difícil situación económica, tras ser despedida por sus empleadores, ya que nunca fue afiliada al Sistema de Seguridad Social ni en salud ni en pensiones. La Corte luego de analizar diversos parámetros relacionados con la dignidad humana y el derecho fundamental a la seguridad social por conexidad, procedió a amparar los derechos fundamentales de la accionante resaltando la importancia de la garantía de un mínimo vital que garantice a todo ser humano unas condiciones de subsistencia dignas. En este contexto, la Corporación resaltó:

“La Corte encuentra que en el caso bajo examen, por no haberse reconocido, durante el tiempo que duró la relación laboral, unas condiciones de trabajo justas, y finalizada esa relación, un mínimo vital que le permita a la tutelante sobrevivir en condiciones acordes con su situación de persona de la tercera edad, se ha desconocido su dignidad. La normatividad jurídica de rango legal aplicable al servicio doméstico, consagra mecanismos de previsión social que tienden a proteger a las personas de la tercera edad cuando han perdido su capacidad laboral. Estas normas, desde el año de 1988⁴⁷, imponen al empleador el deber de afiliar al servicio doméstico al régimen de pensiones, obligación que se ha mantenido en las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y de la Ley 100 de 1993, y cuyo incumplimiento hace responsables a los empleadores, quienes pueden verse obligados a pensionar por su cuenta

a los trabajadores no afiliados oportunamente, o a pagar la denominada por la ley “pensión sanción”. Y aun por fuera de estas prescripciones legales, cuya aplicación al caso presente debe ser decidida por la justicia ordinaria, el deber constitucional de solidaridad que se impone a todo ciudadano en virtud de lo dispuesto por el artículo 95 superior, obligaba a los demandados a atender el mínimo vital de subsistencia de la persona de la tercera edad que, viviendo bajo su mismo techo, les prestó sus servicios personales durante más de diecisiete años.” (Subraya fuera del texto).

Así al estimar que con el actuar de los particulares accionados en esta oportunidad vulneraban de manera tajante los derechos de la demandante - empleada del servicio doméstico-, procedió a ordenar como mecanismo transitorio la protección de los derechos. La decisión fue adoptada en los siguientes términos:

“Por todo lo anterior, y considerando la situación en que se encuentra la demandante y la afectación de su mínimo vital, la presente Sala de revisión revocará la decisión proferida por el Juzgado Catorce de Familia de Bogotá, y en su lugar concederá la presente tutela como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales a la dignidad, y a la seguridad social de la accionante. Se ordenará a la señora Herlinda Ordóñez Vda de Millán y al señor Federico Millán Ordóñez, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, empiecen a cancelar mensualmente una suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente a la señora María Cleofe Rodríguez Vda de Ruíz, obligación que deberá cumplirse en lo sucesivo dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, y hasta cuando exista un pronunciamiento por parte de la justicia ordinaria, que defina los derechos laborales de la tutelante. Dicho pago deberá hacerse en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Catorce de Familia de Bogotá, juez de primera instancia en la presente tutela, el cual verificará el cumplimiento de todas las ordenes aquí impartidas, advirtiendo a los demandados que sí incumplieren se harán acreedores a las sanciones establecidas por los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

El pago de la suma mensual aquí ordenado no tiene el carácter de salario, ni impone a la demandada la obligación de prestar servicios personales a los demandados.

A su vez, los demandados deberán afiliar a la demandante al Plan Obligatorio de Salud de alguna E.P.S autorizada legalmente para funcionar como tal, escogida por ella, a fin de

proteger así su derecho a la salud, el cual adquiere el carácter de fundamental en razón a la situación especial de desamparo en que se encuentra la actora.”

Por su parte la Sentencia C-310 de 2007 desarrolló de manera extensa el tema del servicio doméstico y la situación de vulnerabilidad a la que se pueden ver abocados quienes prestan esta labor, resaltando “Tradicionalmente al servicio doméstico se le ha restado importancia jurídica, económica y social, al estar destinado a reemplazar o complementar la labor de ama de casa que, como tal, es considerada económicamente inactiva. Se trata como lo han hecho ver estudios especializados⁴⁸, de una actividad “invisible” para el resto de la sociedad.”⁴⁹

La misma sentencia destacó diversos aspectos que se derivan de la prestación del servicio doméstico, tales como la discriminación histórica de la que han sido víctimas los y las trabajadoras domésticas. Aduce que una de las razones por las cuales puede hacerse esta afirmación está sostenida en el imaginario de que esta dinámica laboral era asumida antiguamente por los criados y los siervos, personas que supuestamente no requieren formación académica ni instrucción, bajo el supuesto de que desempeñan labores del hogar como el lavado, la cocina el planchado el cuidado de niños y ancianos, entre otras.

Adicionalmente, dilucida otro aspecto que vale la pena resaltar y es aquel relacionado directamente con el género y el servicio doméstico. Toda vez que se ha entendido que en principio esta labor es socialmente femenina. La alusión en la sentencia en cita se hace en los siguientes términos: “pese a la influencia que en los últimos tiempos han tenido las políticas de género, aún hay quienes creen, sin razón, que basta con “ser mujer” para ejercer tareas del hogar socialmente poco valoradas, prejuicio que quizás explica porqué históricamente la participación femenina en este tipo de labor es muy significativa.”

A manera de conclusión esta sentencia de constitucionalidad destacó:

“En suma: el trabajo doméstico, por sus especiales características y la situación de vulnerabilidad de quienes lo ejecutan, demanda la protección del Estado a fin de que sea reconocido legal y socialmente como una actividad laboral, merecedora equitativamente de los derechos respectivos.”

Posteriormente la Sentencia T-704 de 2009 estudió el caso de una mujer, empleada de

servicio doméstico que al momento de la presentación de la acción de tutela contaba con 71 años de edad y manifestó haber trabajado para los particulares accionados durante 35 años. Señaló que durante este lapso solo desde el año 2008 empezó a recibir esporádicamente ayudas económicas ya que las requería para la compra de medicamentos, pero en ningún tiempo recibió un salario.

Adicionalmente, nunca fue afiliada al Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual no contaba con una pensión. Manifestó que desde octubre de 2008 su salud desmejoró notablemente con la “aparición de una úlcera en su pierna izquierda que la postró a la cama e impidió desarrollar sus labores domésticas.” Bajo estas circunstancias resaltó que debido a la ausencia de cotización por parte de sus empleadores al sistema de seguridad social en pensiones, actualmente se encontraba desprovista de una pensión bien de vejez o de invalidez.

6. Estudio de los casos concretos

A- Expediente T-2927616

Caso: María Lucila Rodríguez Hernández contra Álvaro Borda, Boris Borda y Verónica Borda.

Mediante la presente acción de tutela, la señora María Lucila Rodríguez Hernández pretende que le sean amparados sus derechos a la seguridad social tanto en salud como en pensiones y, en este sentido, solicita que le sea reconocido de manera provisional el pago de una suma equivalente a un salario mínimo mensual hasta tanto exista un pronunciamiento definitivo por parte de la jurisdicción ordinaria y sea afiliada al sistema de salud en el régimen contributivo.

En consecuencia, le corresponde a la Sala establecer si es éste el mecanismo idóneo para la protección de los derechos invocados y, por tanto, debe ordenar a los particulares accionados tal reconocimiento, o si por el contrario la señora Rodríguez Hernández debe acudir a la jurisdicción laboral. Teniendo en cuenta que a pesar de la notificación realizada a los accionados, estos guardaron silencio, en el presente caso se dará aplicación a lo estipulado en el artículo 20 del Decreto 2591 referente a la presunción de veracidad.

Para dar solución a lo anterior, es importante señalar que se está en presencia de una mujer

de 69 años, que debido a su avanzada edad es considerada como sujeto de especial protección constitucional. Además, padece graves quebrantos de salud, tal como quedó probado en los documentos aportados en el expediente.

Esta situación, sumado a que tiene a cargo a un hijo que tiene también problemas médicos, permiten a la Sala concluir que en la actualidad la señora María Lucila Rodríguez Hernández se encuentra en un evidente estado de indefensión que genera la procedencia de la acción de amparo contra particulares.

Adicionalmente, prestó sus servicios como empleada de servicio doméstico en la casa de los accionados por un lapso de 30 años, sin que durante este tiempo le fueran pagadas las prestaciones sociales a que tenía derecho, ni se realizaron los aportes a seguridad social en materia de salud y pensiones.

Lo anterior, genera en la accionante y su núcleo familiar una afectación mayúscula. Esto se concluye del hecho de que en la actualidad la señora Rodríguez Hernández, no cuenta con una mesada pensional que le garantice un mínimo vital que permita su subsistencia y el pago de los medicamentos y procedimientos que requiera tanto ella como su hijo, negando de paso su derecho a llevar una vida en condiciones dignas. En el mismo sentido, aquel quedará desprovisto tanto ahora como en el momento del fallecimiento de su madre de un ingreso que le permita subsistir.

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, este mecanismo de amparo es procedente de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable; cuando quien reclama el amparo es un sujeto de especial protección constitucional que se encuentra en situación de vulnerabilidad como ocurre en el presente caso. Al tener en cuenta que son dos los sujetos protegidos tanto por su situación de salud, como económica.

Vale la pena señalar que las personas que desarrollan labores de empleadas y empleados de servicio doméstico, se encuentran en una clara situación de vulnerabilidad, lo cual genera la obligación de velar por la protección, garantía y disfrute de todos los derechos fundamentales.

En consecuencia, se procederá por esta Sala a revocar el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja dictado el 19 de noviembre de 2010 y,

en su lugar, tutelaré de manera transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social de la señora Maria Lucila Rodríguez Hernández, a quien los señores Álvaro Borda, Boris Borda y la señora Verónica Borda, si aun no lo han hecho, pagarán solidariamente, a partir de la notificación de este fallo y dentro de los cinco primeros días de cada mes sucesivamente el valor de un salario mínimo legal mensual, y la afiliaran al régimen contributivo de seguridad social en salud (POS) que ella libremente elija. Situación que permanecerá hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral se pronuncie y falle de manera definitiva sobre sus derechos laborales. Para acudir ante esta jurisdicción, la accionante contará con un término de 4 meses desde la notificación de este fallo ya que de lo contrario le será suspendido el pago de la asignación aquí ordenada.

“Frente a dicha retribución laboral y demás previsiones legales y contractuales que no fueron cumplidas en su oportunidad por los empleadores, la trabajadora conserva el derecho de demandarlas ante la jurisdicción ordinaria laboral, a cuyo propósito la Defensoría del Pueblo y la Personería” de Tunja ejercerán control y prestarán toda la colaboración que corresponda, al igual que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja en todo lo que conduzca al efectivo y oportuno acatamiento de lo dispuesto en esta sentencia.

B. Expediente 2931555

Caso: María Soledad Albino Luna contra Antonio Valbuena Ortegón.

La señora María Soledad Albino Luna solicita mediante acción de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital. Por consiguiente, peticona que se ordene al señor Antonio Valbuena Ortegón pagar la suma equivalente a un salario mínimo hasta tanto exista pronunciamiento de la jurisdicción ordinaria respecto de sus derechos laborales.

La demandante es una mujer de 61 años edad, por tanto es sujeto de especial protección constitucional al ser una persona de avanzada edad, que hace parte de un cabildo indígena, quien luego de haber prestado sus servicios como empleada del servicio doméstico como interna en la casa del señor Antonio Valbuena Ortegón durante 19 años, fue despedida sin que le fueran reconocidos los derechos laborales que le correspondían. Esto genera que en la actualidad se encuentre afrontando una situación económica precaria que la ha llevado incluso a pedir ayuda en la calle, ya que no cuenta con familiares en la ciudad de Girardot. La

situación descrita permite concluir que la acción de tutela contra el señor Antonio Valbuena Ortegón es procedente.

En cuanto a la prestación del servicio doméstico, observa la Sala que este se desarrollaba en la casa de Valbuena Ortegón con un horario de trabajo extenso (4:00 am a 10:00 pm), el cual era prestado sin día de descanso, incluso, destacó que la esposa del demandante padecía de una enfermedad terminal lo cual hacía necesaria su atención hacia ella casi durante las 24 horas, contraviniendo de esta forma todas las normas que regulan el derecho al trabajo.

Es importante señalar que la señora María Soledad Albino Luna recibía un salario cuantitativamente inferior al que debía percibir por su trabajo, ya que según el último registro de liquidación aportado en el expediente equivalía a \$200.000 mensuales, aunque en el escrito de tutela resaltó que este correspondía a \$20.000.

Adicionalmente, durante el tiempo de trabajo no se realizaron aportes al sistema de seguridad social, y en la actualidad la accionante no cuenta con recursos necesarios y suficientes para proveerse su mínimo vital y de subsistencia. Es además claro que en este momento ve limitado de manera ostensible su acceso a un lugar de trabajo, restringiéndose aun más sus posibilidades de adquirir un ingreso.

En este sentido, estima la Sala que la omisión del señor Antonio Valbuena Ortegón de afiliar a la señora Albino Luna, quien fuera la persona que realizaba las labores domésticas de su hogar, al Sistema Integral de Seguridad Social, repercute en la actualidad contra la garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la integridad física y a la salud.

No puede olvidarse que las labores desarrolladas por las personas que trabajan en el servicio doméstico, no deben ser subvaloradas. Tampoco puede dejarse de lado la importancia de las funciones desarrolladas al interior de los hogares. Por ello, este trabajo no puede ser un foco de discriminación ni de negación de derechos, tales como el mínimo vital, el trabajo, la seguridad social, ni tampoco puede prestarse para desconocer pilares fundamentales del Estado social de derecho como la dignidad, la igualdad y la libertad.

Por consiguiente, se revocará la decisión proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, Cundinamarca, que a su vez confirmó el fallo del Juzgado Tercero Civil Municipal de misma ciudad. En su lugar, se concederá el amparo deprecado por la señora María Soledad Albino Luna y se aplicará de igual forma la fórmula empleada en el Sentencia T-704 de 2009 en relación con ordenar al demandado que en esta oportunidad es el señor Antonio Valbuena Ortegón que pague a la señora Albino Luna a partir de la notificación del presente fallo y dentro de los primeros cinco días de cada mes sucesivamente, el valor de un salario mínimo legal mensual. Además, que proceda a afiliarla al régimen contributivo de seguridad social en salud (POS) que ella libremente elija. Situación que permanecerá hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral se pronuncie y falle de manera definitiva sobre sus derechos laborales. Para acudir ante esta jurisdicción, la accionante contará con un término de 4 meses desde la notificación de este fallo, ya que de lo contrario le será suspendido el pago de la asignación aquí ordenada

Este dinero no tiene carácter salarial ni impone a la accionante la obligación de seguir prestando sus servicios ni guardar subordinación, se constituye y concede a título de “pensión provisional”, teniendo en cuenta que la señora María Soledad Albino Luna por contar con 61 años de edad y 19 años de servicio en la casa del demandando, es acreedora en principio de la pensión de vejez,50 mientras la jurisdicción ordinaria verifica el reconocimiento de este derecho.

Frente a dicha retribución laboral y demás previsiones legales y contractuales que no fueron cumplidas en su oportunidad por su empleador, la señora Maria Soledad Albino Luna conserva el derecho de demandarlas ante la jurisdicción ordinaria laboral. En esta tarea tanto la Personería de Girardot como la Defensoría del Pueblo, así como el Juzgado Tercero Civil Municipal de Girardot, Cundinamarca deberán prestar toda la colaboración que corresponda para el real cumplimiento de este fallo.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: En el expediente T-2927616, REVOCAR la sentencia de tutela proferida en única instancia por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja el (19) diecinueve de noviembre de 2010 y en su lugar CONCEDER el amparo invocado.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a Álvaro Borda, Boris Borda y Verónica Borda, solidariamente y como mecanismo transitorio de protección al mínimo vital, la seguridad social y la integridad física de la señora María Lucila Rodríguez Hernández que si aún no lo han realizado, le paguen a partir de la notificación de este fallo y dentro de los primeros cinco días de cada mes sucesivamente, a título de pensión provisional, el valor de un salario mínimo legal mensual, y la afilien al régimen contributivo de seguridad social en salud (POS) que ella libremente elija. Situación que permanecerá hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral se pronuncie y falle de manera definitiva sobre sus derechos laborales. Para acudir ante esta jurisdicción ordinaria laboral, la accionante contará con un término de 4 meses desde la notificación de este fallo ya que de lo contrario le será suspendido el pago de la asignación aquí ordenada.

TERCERO: SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Personería de Tunja que presten la vigilancia y la colaboración que corresponda, al igual que al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja, en todo lo concerniente al efectivo y oportuno acatamiento de lo dispuesto en este fallo.

CUARTO: En el expediente T- 2931555, REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, Cundinamarca, el tres (3) de diciembre de 2010, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia del Juzgado Tercero Civil Municipal de la misma ciudad y, en su lugar, conceder la protección de los derechos fundamentales invocados.

QUINTO: En consecuencia, ORDENAR a Antonio Valbuena Ortegón que como mecanismo transitorio de protección al mínimo vital, la seguridad social y la integridad física de la señora María Soledad Albino Luna que si aún no lo ha realizado, le pague a partir de la notificación de este fallo y dentro de los primeros cinco días de cada mes sucesivamente, a título de pensión provisional, el valor de un salario mínimo legal mensual, y la afilien al régimen contributivo de seguridad social en salud (POS) que ella libremente elija. El pago tendrá lugar hasta que la justicia ordinaria se pronuncie sobre los derechos laborales de la demandante.

Situación que permanecerá hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral se pronuncie y falle de manera definitiva sobre sus derechos laborales. Para acudir ante esta jurisdicción ordinaria laboral, la accionante contará con un término de 4 meses desde la notificación de este fallo ya que de lo contrario le será suspendido el pago de la asignación aquí ordenada.

SEXTO: SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Personería de Girardot que presten la vigilancia y la colaboración que corresponda, al igual que al Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, Cundinamarca, en todo lo concerniente al efectivo y oportuno acatamiento de lo dispuesto en este fallo.

SEPTIMO: LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Conformada por: Álvaro Borda, Boris Borda Garzón, Verónica Borda Garzón y Dina Garzón (q.e.p.d).

2 Señala que la terminación del contrato fue producto de la molestia de los empleadores por la reclamación que ella hiciera sobre el pago de acreencias laborales.

3 En la narración de los hechos se destaca que según epicrisis de los años 1996,1999,2000 y 2009, se evidencia que el hijo de la demandante presenta alteración mental, irritabilidad, hiperactividad, deambulación, conductas inadecuadas, anorexia, improductividad , alteraciones conductuales episódicas, estando pendiente desde el año 2000 un implante de audífono.

4 Manifiesta que actualmente se encuentra en el régimen subsidiado.

5 Folio 1 del expediente.

6 Folio 12 del expediente.

7 Folio 13 del expediente. En esta liquidación se determina como total a pagar \$21.811.557 con un salario base de \$132.506. Como jornada de trabajo desarrollada y liquidada se describe: de lunes a domingo (incluyendo festivos) de 7:00 am a 11:00 am y de 2 pm a 5 pm hasta el 2001; y de lunes a jueves de 7:00 am a 11 am y de 2:00 pm a 5 pm de 2002 a 2009.

8 Folio 14 del expediente.

9 Folios 15 y 20 del expediente. En este documento obra la siguiente información relevante: Nivel 2 de afiliación, sin discapacidad y como área la zona rural El Roble.

10 Folio 17 del expediente.

12 Folio 21 del Expediente.

13 Ver Folio 1 del expediente.

14 Ver Folio 2 del expediente.

15 Ver Folios 4 al 24 del expediente.

16 Ver Folio 26 del Expediente.

17 Ver Folio 42 del Expediente.

18 Ver Folio 43 del Expediente.

19 Ver Folios 44-45 del Expediente.

20 Cfr. T-351 de 1997, T-781 de 2009, T- 160 de 2010, T- 231 de 2010, T- 438 de 2010, T-120 de 2011 entre otras.

21 Ver Sentencia C-134 de 1993.

22 Sentencia C-134 de 1993.

23 T-605 de 1992.

24 T-1087 de 2007, T-046 de 2005, T-302 de 2005, T-561 de 2003, T-1330 de 2001, T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-1008 de 1999.

25 T-1118 de 2002, T-174 de 1994, y T-288 de 1995

26 Según lo previsto en el numeral 9° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, “se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.” Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-356 de 2002, T-900 de 2006´´

27 Sentencia C-112 de 2000.

28 Cfr. T-080 de 2011, T-044 de 2011 entre otras.

29 Sentencia T-438 de 2010.

30 Sentencia T-977 de 2008.

31 Cfr. Sentencias C-310 de 2007, SU-995 de 1999, T- 260 de 1994 entre otras.

32 Este trata los Derechos Económico, Sociales y Culturales y se distingue del primero, que comprende los Derechos Fundamentales y trae una enunciación que podría entenderse explícita y excluyente.

33 Sentencia T-453 de 1992, consideración b).

34 Ver, entre otras, las sentencias T-042 de 1996, T-241 de 1998, SU-039 de 1998.

35 Ver sentencias T-031 de 1998, SU-022 de 1998, C-177 de 1998, T-264 de 1998, SU-1354 de 2000

36 Sentencia T-016 de 2007.

37 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales incrustado en el ordenamiento interno mediante Ley 74 de 1968.

38 Cfr. T-1035 de 2010.

39 Artículo 1° del Decreto 824 de 1988.

40 Código Sustantivo del Trabajo, artículos 37, 45 y 61.

41 Ibidem. artículos 127 y ss.

43 O.I.T. Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión 2004 celebrada entre el 1 y el 14 de junio. Informe VI. Pág. 67. “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada.”

44 TOMEL, Manuela, Trabajo, Revista de la O.I.T Núm 68, abril de 2010. “Trabajo decente para trabajadores del servicio doméstico.” Páginas. 4-5.

45 Ver sentencias C-051 de 1995, C-372 de 1998 y C-310 de 2007.

46 Ver Sentencia T-704 de 2009.

47 Ley 11 de 1988, art. 1°

48 Colectivo loé. “El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida”. Informe de investigación, editado y financiado por Juventud Obrera Cristiana de España. Madrid, 1990.

49 Sobre la invisibilidad a la que se ven abocados los y las trabajadoras del servicio doméstico, puede destacarse lo señalado en la Revista de Trabajo Núm. 68 -abril de 2010-de la O.I.T “Trabajo decente para trabajadores del servicio doméstico” en relación con la especificidad del trabajo en el servicio doméstico, señalando que se diferencia de otros

trabajos por algunas características especiales, tales como el lugar en el que se presta el servicio, sub valoración de la labor que se desarrolla, y la limitada capacidad de negociación, debido a la restricción de espacios en los que se desenvuelven. Así la referencia sobre este último punto el documento señala:” En tercer lugar, los trabajadores domésticos tienen una limitada capacidad de negociación, ya que son “invisibles” (desarrollan su labor a domicilio, fuera de la vista de los demás) y se encuentran aislados, sin compañeros a los que recurrir para obtener ayuda u orientación sobre lo que se considera una petición razonable o un trato inaceptable. Cuando se trata de migrantes, el aislamiento puede ser aún mayor, porque no suelen dominar la lengua nacional o local y carecen de familia u otras redes de apoyo a las que recurrir.”

50 La accionante entró a trabajar a casa del demandado el 28 de julio de 1991, es decir antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, cumpliendo para el momento de esta última norma, en principio, con uno de los requisitos para ser parte del régimen de transición, esto es la edad. Toda vez para fecha de entrar en vigencia, tenía más de 35 años. Por ello su derecho pensional podría estudiarse a la luz de los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990.