



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Distrito Judicial Administrativo de Antioquia
Circuito Judicial Administrativo de Turbo

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TURBO ANTIOQUIA

Turbo, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Providencia	Sentencia N° 032
Referencia	Acción de tutela
Accionante	Herlinda Flórez Pereira
Accionada	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF Sede Regional Antioquia –Centro Zonal Urabá y EAS Unión Temporal Digmetco
Radicado	05837-33-33-004-2023-00288-00
Temas	Improcedencia de la acción de tutela para ordenar la nulidad o revocatoria de actos administrativos y reclamar el levantamiento de sanciones laborales / Incumplimiento del requisito de subsidiaridad por existir otros medios de defensa idóneos y eficaces
Decisión	Declara improcedente la solicitud de amparo

Este Despacho decide la acción de tutela promovida por la señora Herlinda Flórez Pereira, en contra de el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF Sede Regional Antioquia –Centro Zonal Urabá y Entidad Administradora de Servicios Unión Temporal Digmetco.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

La señora Herlinda Flórez Pereira manifestó que desde el 22 de junio de 1998, se desempeña como madre comunitaria en la Unidad de Servicios Hogar Comunitario de Bienestar «Los Ositos», en el que debía hacerse cargo de un total de 13 niños.

Señaló que el 25 de abril de 2022 la señora Erica Urango, madre del menor Harol Smith García Urango, le manifestó vía telefónica que su hijo no asistiría más al hogar comunitario. Por ello, la actora le solicitó a la usuaria que se acercara al Hogar Comunitario con el fin de que firmara el libro de novedades y así poder realizar el retiro del menor en debida forma; sin embargo, adujo que desde ese momento no volvió a tener información de la señora Urango.

Afirmó que la señora Yuliana Vanessa González Berrio, solicitó un cupo en el hogar comunitario para su hija, la menor Ariana Sofía González Berrio. Explicó que, en ese momento decidió aceptar a dicha menor en vista de que tenía un cupo libre por el retiro anticipado del niño Harol Smith García Urango. Asimismo, expuso que le dio tiempo a la madre de la niña González Berrio para que allegara los documentos de la menor a efectos de legalizar su matrícula.

Relató que el 13 de mayo de 2022, recibió visita de la pedagoga Yulenis Dealva, a quien le explicó la situación de la niña Ariana Sofía y le pidió que la anotara en el libro de novedades, observación que fue atendida por la profesional.

Describió que el 29 de junio de 2022, asistió a un grupo de estudio en el Jardín Social del municipio de Turbo y aprovechó la oportunidad para entregarle a la señora Marcela García, Coordinadora del Programa, los documentos de la menor Ariana Sofía González Berrio con el fin de que aquella realizara el ingreso formal del infante al hogar comunitario e igualmente, le solicitó que retirara del programa al niño Harol Smith García Urango. Manifestó que dicha funcionaria no pudo recibir la documentación debido a que el registro civil de la menor estaba ilegible.

Contó que el día 15 de julio de 2022, la Coordinadora Marcela García logró inscribir a Ariana Sofía en la plataforma «cuéntame», por lo que, desde esa fecha fue formalizado su ingreso al programa, mismo al que asistió la menor hasta finales del año lectivo 2022.

Refirió la accionante que ese mismo día recibió una llamada por parte de la EAS Unión Temporal Digmatco para invitarla a una reunión, sobre la cual no le indicaron el objeto. Acto seguido, el día 16 de julio de 2022 a las 10:00am, compareció a la misma y reveló que en ella le hicieron unas preguntas puntuales.

Seguidamente, mencionó que el día 17 de agosto de 2022, recibió una carta por parte de la EAS Unión Temporal Digmatco en la que le informaron que quedaba suspendida de sus funciones durante dos días, a partir del 22 de agosto de 2022. Es decir que, solo hasta el 24 de agosto de 2022, retomó nuevamente sus labores en el Hogar Comunitario.

Sostuvo que mediante la Resolución N° 137 del 2022, notificada el día 29 de noviembre de 2022, la señora Adriana María López Gallo, en calidad de Coordinadora del Centro Zonal de Urabá del ICBF le impuso una «nueva sanción» por los mismos hechos que motivaron la amonestación dictada por la Unión Temporal Digmatco. En dicho acto administrativo la entidad dispuso «el cierre temporal e inmediato de la Unidad de Servicios Hogar Comunitario de Bienestar Los Ositos».

Expuso que el día 12 de diciembre de 2022, suscribió un nuevo contrato de trabajo con la mencionada Unión Temporal y, en consecuencia, procedió a ofertar los 13 cupos que tenía asignados para la recepción de menores en la Unidad de Servicios que presidía. Manifestó que en virtud a ello, en enero de 2023 se encontraba enlistada como madre comunitaria y recibió con normalidad los mercados para los 13 niños que debía tener a cargo.

No obstante, narró que el 9 de marzo de 2023 le fue notificada la Resolución N° 9 del 8 de marzo de 2023, a través de la cual la Coordinadora del ICBF para la zona de Urabá le notifica una «tercera sanción» bajo los mismos fundamentos de las otras dos sanciones impuestas con anterioridad. Con ello, se dispuso el cierre permanente de la

Unidad y, en estas circunstancias, los niños no están siendo atendidos. Adicionalmente, señaló que pese a haber laborado tres semanas en el mes de febrero no ha recibido remuneración alguna.

1.2 Derechos fundamentales invocados como vulnerados

La señora Herlinda Flórez Pereira estima como vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital, a la dignidad humana y al principio de legalidad por parte de las entidades accionadas. Expuso como fundamentos de la vulneración alegada los siguientes motivos:

(i) Con respecto al **principio de legalidad**, la tutelante manifestó que las normas a través de las cuales la EAS Unión Temporal Digmaetco la sancionó son inexistentes y de esta manera vulneraron el referido principio. Por otro lado (ii) consideró que el actuar de su empleador y del ICBF violentaron su **derecho fundamental al debido proceso**, en tanto el procedimiento implementado para sancionarla no existe y, además, al amonestarla en tres ocasiones por los mismos hechos, estas entidades inobservaron el principio de *nom bis in ídem*. Igualmente, (iii) estimó transgredido su **derecho fundamental al trabajo** en vista de que las actuaciones emprendidas por las entidades accionadas «defraudan el sistema normativo colombiano» y la priven de un salario con el que pueda sufragar sus necesidades básicas de vivienda, alimentación, vestimenta, recreación, entre otros. Finalmente, (iv) argumentó que su **derecho fundamental a la dignidad humana** también fue quebrantado debido a que, su buen nombre y su desempeño como madre comunitaria, está siendo puesto en tela de juicio con ocasión a las acciones ilegales del ICBF y de la EAS Unión Temporal Digmaetco.

1.3. Pretensiones

La accionante a través de la presente acción de tutela, pretende que se impartan las siguiente ordenes:

- (i) Que se ordene a la señora Adriana María López Gallo, en calidad de Coordinadora Zonal de Urabá para el ICBF la revocatoria de la Resolución N° 9 del día 8 de marzo de 2023, y, en consecuencia, se ordene su reintegro a las labores como madre comunitaria de la Unidad de Servicios Hogar Comunitario de Bienestar «Los Ositos».
- (ii) Que se ordene al señor Santiago Cano Colorado, en su calidad de representante legal de la EAS Unión Temporal Digmaetco, a que le cancele los salarios dejados de pagar durante la vigencia de la Resolución N° 9 del 8 de marzo de 2023.
- (iii) Que se ordene a la señora Adriana María López Gallo, en calidad de Coordinadora Zonal de Urabá para el ICBF que «revoque» la Resolución N° 137 de 2022.

(iv) Que se deje sin efecto la sanción que le fue impuesta por parte de la Unión Temporal Digmatco, el día 9 de agosto de 2022, y como consecuencia de ello, se obligue a la entidad a pagar los conceptos salariales dejados de cancelar en vigencia de dicha sanción.

1.4. Trámite de la acción

La acción de tutela correspondió por reparto a este Juzgado y mediante auto del 28 de abril de 2023¹, se admitió y se ordenó la notificación a las entidades accionadas para que dentro del término de dos (2) días, se pronunciaran sobre la petición de amparo constitucional.

1.5. Contestación de la acción de tutela

Dentro del término otorgado por esta Unidad Judicial, las entidades accionadas dieron respuesta a la presente acción constitucional en los siguientes términos:

1.5.1. La EAS Unión Temporal Digmatco inicialmente no allegó escrito de réplica, solamente aportó unas piezas probatorias relacionadas con el asunto que se debate².

En tal sentido, el 4 de mayo de 2023 este Juzgado, vía correo electrónico, le advirtió tal inconsistencia y requirió³ a la entidad para que aportara el correspondiente escrito; sin embargo, éste solo fue allegado hasta el día 6 de mayo de 2023⁴. En concreto, la accionada adujo que la presente acción de tutela se torna improcedente por cuanto la accionante cuenta con otras herramientas jurídicas idóneas para la defensa de los derechos que reclama.

1.5.2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF, solicitó declarar improcedente la presente acción de tutela debido a que, (i) los actos administrativos acusados gozan de presunción de legalidad, por lo que, la única autoridad competente para declarar su nulidad son los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa y, en esa medida la actora cuenta con otros mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos; Igualmente, (ii) advierte que no existe una actuación u omisión de la cual se derive un perjuicio irremediable a la accionante, máxime cuando de acuerdo a lo pretendido, la señora Herlinda Flórez Pereira no tiene una relación laboral con la institución y; por tanto, esa entidad carece de competencia para interferir en los conflictos laborales surgidos entre los operadores y sus empleados.

Por otra parte, (iii) explicó que en virtud de la garantía del debido proceso, el trámite de apertura y cierre de la Unidades de Servicios de Hogares Comunitarios se encuentra regido por la Resolución N° 0020 del 4 de enero de 2022 y es de obligatorio cumplimiento para la entidad y demás actores involucrados en la prestación del servicio.

¹ Pdf006AutoAdmisorio.

² Pdf009AnexosConestacionDigmatco

³ Pdf010SolicitudContestacion

⁴ Pdf012RespuestaDitmetco

Apuntó que la entidad se encuentra habilitada para suscribir contratos especiales de aportes, por medio de los cuales canaliza el servicio de Hogares Infantiles prestados a la comunidad.

1.6. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público, aunque le fue notificado⁵ el auto admisorio de la acción de tutela, no emitió pronunciamiento alguno.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

En cuanto a la competencia para conocer de la presente solicitud de amparo, para este Despacho la norma que la determina, como regla general, es el artículo 86 de la Constitución Política, en el que se prevé que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

De la misma forma, los decretos reglamentarios del Decreto 2591 de 1991, específicamente, el Decreto 333 de 2021, el cual modificó los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, en atención a las reglas de reparto de la acción de tutela, señalan que ésta acción la conocerán, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

«Artículo 1. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015. Modifíquese el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedará así:

Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.
2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.»

En virtud de lo anterior, este Despacho es competente para resolver sobre la presente actuación con base en la norma constitucional y los decretos reglamentarios. En efecto, la presunta vulneración a los derechos fundamentales ocurrió en el circuito judicial de Turbo y la acción de tutela se dirige en contra de una entidad del orden nacional.

⁵ Pdf007NotificacionAdmision

2.2. Problema jurídico

En consonancia con las peticiones de la parte accionante, este Juzgado determinará si la acción de tutela es procedente para ordenar la nulidad o revocatoria de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos 137 del 2022 y 9 del 2023, ambas expedidas por la Coordinadora Zonal para Urabá del ICBF, mediante las cuales se inició el trámite de cierre de la Unidad de Servicios Hogar Comunitario Bienestar «Los Ositos». En caso de resultar procedente, se determinará si hay lugar a ordenarle al ICBF, el reintegro de la actora como madre comunitaria a cargo de la mencionada unidad de servicios.

Además, se verificará si es procedente ordenar el levantamiento de las «sanciones» laborales impuestas a la accionante por parte de la Unión Temporal Digmetco y, en consecuencia, ordenarle a ésta el pago de acreencias laborales dejadas de cancelar con ocasión de dichas amonestaciones.

Para resolver el anterior problema jurídico el Despacho desarrollara el siguiente derrotero: (i) la acción de tutela; (ii) la procedencia de la acción de tutela; (iii) del régimen jurídico del ICBF y del funcionamiento de la modalidad Comunitaria para la Atención a la Primera Infancia - Hogares Comunitarios de Bienestar; (iv) del funcionamiento de los Hogares Comunitarios y los vínculos jurídicos que surgen frente a ICBF, las Entidades Administradora del Sistema –EAS y las madres y padres comunitarios; (v) del trámite de cierre de las Unidades de Servicios de los Hogares Comunitarios de Bienestar; (vi) sanciones derivadas de los contratos de trabajo; para finalmente resolver el caso concreto.

2.2.1. La acción de tutela

Al tenor del artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Significa que el amparo constitucional es un mecanismo breve y sumario al alcance de todos los ciudadanos, con prelación sobre los procesos ordinarios, dado que debe ser resuelto, en primera instancia, en un término perentorio de diez (10) días.

No debe perderse de vista que la norma Superior no hizo distinción sobre la clase de individuos que podían accionar, de tal manera que este derecho está en cabeza de cualquier persona, natural o jurídica.

Ahora bien, el carácter subsidiario de la tutela implica que ésta no puede ser utilizada de manera paralela ni sustitutiva de medios judiciales no ejercidos; sin embargo, hay dos excepciones frente a dicha regla: la primera, cuando se presenta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y, la segunda, en el

supuesto en el que, existiendo otro medio de defensa, éste no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales.

2.2.2 Procedencia de la acción de tutela

La Corte Constitucional estableció una serie de requisitos de carácter general y especiales que deberán ser analizados por el Juez Constitucional en cada caso concreto con el fin de verificar la procedencia de este mecanismo constitucional respecto de cada asunto puesto en conocimiento. De esta manera, mediante la sentencia T-127 de 2014, la Corporación indicó lo siguiente:

«La acción de tutela consagrada en el artículo 86 C.P. constituye un mecanismo de defensa judicial que permite la protección *inmediata* de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares^[1], vulnera o amenaza tales derechos constitucionales.^[2]

Este mecanismo privilegiado de protección, debe cumplir, sin embargo, con los requisitos de (i) *relevancia constitucional*, en cuanto sea una cuestión que plantea una discusión de orden constitucional al evidenciarse una *afectación de un derecho fundamental*; (ii) *inmediatez*, en cuanto la acción de tutela se concibe como un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, de acuerdo con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iii) *subsidiariedad*, en razón a que este mecanismo sólo procede cuando se han agotado todas los medios de defensa por las vías judiciales ordinarias antes de acudir al juez de tutela.

En cuanto a que el mecanismo de tutela es un requisito residual y *subsidiario*^[3], esta Corte ha establecido que solo procede cuando (i) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (iii) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,^[4] o (iv) la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un *perjuicio irremediable*.^[5]

En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone, en los términos del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el *otro medio de defensa judicial* debe ser evaluado *en concreto*, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela.^[6] Por tal razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución *clara, definitiva y precisa*^[7] a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados. En consecuencia, *“el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela”*.^[8]

Para apreciar el medio de defensa alternativo, la jurisprudencia ha estimado conducente tomar en consideración entre otros aspectos *“(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela”* y, *“(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales”*.^[9] Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alterno es conducente o no para la defensa de los derechos que se estiman lesionados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.»

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional ha puesto de relieve el papel que cumple el juez al momento de analizar la procedibilidad de la acción de tutela. Así

pues, le corresponde al operador judicial estudiar si el amparo solicitado es el último mecanismo para la defensa de los derechos fundamentales, o si se utiliza luego de haber agotado los medios de defensa judiciales ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos. Luego de verificar estos presupuestos se podrá ahondar en el estudio de las acciones u omisiones que constituyen la presunta transgresión a las garantías invocadas por los actores.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la accionante pretende, entre otros, la nulidad o revocatoria de unos actos administrativos. En ese evento, la Corte Constitucional ha sentado jurisprudencia y advierte que «(...) por regla general, la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular es improcedente por cuanto es posible controvertir su contenido e incluso solicitar su suspensión provisional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, el amparo procede en estos casos, de manera excepcional, cuando la misma se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable»⁶.

2.2.3. Del régimen jurídico del ICBF y del funcionamiento de la modalidad Comunitaria para la Atención a la Primera Infancia - Hogares Comunitarios de Bienestar

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es una entidad desconcentrada, con personería jurídica y cuya creación fue reglamentada mediante las Leyes 75 de 1968, 7 de 1979 y el Decreto reglamentario N° 2388 de 1979. Posteriormente, a través del Decreto 4156 de 2011, la entidad fue adscrita al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social.

La misión del ICBF es la «prevención y protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia, el fortalecimiento de los jóvenes y las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos»⁷. Bajo estos parámetros, la entidad proporciona a este tipo de población una serie de programas integrales que abarcan aspectos educativos, nutricionales, psicológicos, etc.

Actualmente, para la primera infancia existe, entre otros, la «modalidad Comunitaria para la Atención a la Primera Infancia» la cual va dirigida a niños y niñas desde los 18 meses hasta los cuatro (4) años, 11 meses y 29 días de edad. Las políticas de este programa fueron adoptadas mediante la Ley 1804 de 2016⁸ y sus lineamientos los regulan los documentos técnicos acogidos mediante la Resolución N° 0020 del 4 de enero de 2022⁹. El Manual Operativo Modalidad Comunitaria para la Atención a la Primera Infancia define la mencionada modalidad de la siguiente manera:

⁶ Sentencia T002 de 2019

⁷ <https://www.icbf.gov.co/instituto>

⁸ «Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones»

⁹ «Por el cual se adopta el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia V7 y los Manuales Operativos de las Modalidades Comunitaria V7, Familiar V7, Institucional V7 y Propia e Intercultural para la Atención a la Primera Infancia V6 y se Deroga la Resolución N° 3500 del 23 de junio de 2021»

«La modalidad Comunitaria para la atención a la primera infancia se plantea como un escenario de acogida para niñas y niños menores de cuatro (4) años, 11 meses y 29 días, sus familias y cuidadores y es coherente con las características, particularidades e historias territoriales del país. El diseño de esta modalidad se basa en la amplia experiencia de los Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB) y asume su énfasis en lo comunitario como elemento que aporta al desarrollo integral.

En este sentido, la modalidad Comunitaria tiene como finalidad promover de manera intencionada el desarrollo de niñas y niños, con la participación de talento humano idóneo, responsable de planear y gestionar acciones tendientes a la garantía de los derechos, construir propuestas pedagógicas que generen oportunidades de expresión y comunicación con pares y adultos, así como la construcción de acuerdos sociales y territoriales que permitan la vivencia de experiencias para el desarrollo integral, con un énfasis particular en el trabajo comunitario y desde el sentido que la comunidad le otorga al cuidado y protección de la niñez.

Del conjunto de modalidades para la atención a la primera infancia, la modalidad Comunitaria se fortalece en su particularidad por dos características: por un lado exige y posiciona el protagonismo de la familia y la comunidad, y plantea una estrategia de corresponsabilidad de parte de la sociedad civil; y de otro lado, es una modalidad que vive en la cotidianidad de la vida de niñas y niños, pues la relación de madres y padres comunitarios y agentes educativos como líderes de los procesos formativos, son propios de la historia y los procesos comunitarios en los que viven y se desarrollan niñas, niños, sus familias y cuidadores.

Estas características, otorgan un papel activo a la familia y la comunidad, generando dinámicas que promueven relaciones vecinales de solidaridad, cooperación y confianza, en el marco del desarrollo de la comunidad y la construcción de paz para generar un ambiente enriquecido, que fomente el desarrollo integral de niñas y niños en primera infancia.

Finalmente, los servicios de la modalidad Comunitaria son administrados por las EAS y liderados por las madres o padres comunitarios o agentes educativos, quienes realizan la labor directa con niñas y niños»¹⁰

En este escenario, a través del ICBF y sus distintas modalidades, el estado colombiano materializa los postulados constitucionales según los cuales la familia es el núcleo fundamental de la sociedad¹¹ y, alrededor de ella, los niños, jóvenes y adultos mayores son sujetos de especial protección¹².

¹⁰ Pág 21 y ss Manual Operativo Modalidad Comunitaria para la Atención a la Primera Infancia.

¹¹ «Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. (...)»

¹² «Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás»

«Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.»

2.2.4 Del funcionamiento de los Hogares Comunitarios y los vínculos jurídicos que surgen frente al ICBF, las Entidades Administradora del Sistema –EAS y las madres y padres comunitarios

Ahora bien, la Ley 89 de 1988¹³ definió a los Hogares Comunitarios de Bienestar como un programa «que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país». La estructura de la modalidad fue establecida por el Acuerdo N° 21 de 1996¹⁴ de la siguiente manera:

«Artículo segundo. El funcionamiento. El funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del Programa, que se constituirán en Asociaciones de Padres u otra forma de organización Comunitaria y quienes una vez tramitada su personería jurídica ante el ICBF, celebrarán contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad. Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados.¹⁵»

A la luz de este acuerdo se pueden identificar como agentes del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar al ICBF, a las familias de los niños beneficiarios del programa y a las entidades ejecutoras de la modalidad. Con estas últimas, se celebran contratos de aportes para el correcto funcionamiento de los hogares comunitarios.

La Corte Constitucional en la sentencia SU 273 de 2019 explica que «(...) la ejecución del programa se adelantaría bajo el esquema del contrato de aporte entre la entidad y las asociaciones conformadas por los padres de familia de los niños beneficiados, las cuales escogían a la madre o padre comunitario. De ello, se identifican por lo menos dos relaciones jurídicas, una entre el ICBF y la asociación de padres, y otra, entre dicha asociación y la madre comunitaria.»

La relación jurídica que une al ICBF con la asociación de padres o con las Entidades Administradoras del Sistema surge a través de un contrato de aportes el cual es definido por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

«[E]l contrato de aporte es “una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF -en virtud de su función de propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteja al menor de edad y le garantice sus derechos- suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo (...) El objeto de todo contrato de aporte es la provisión o entrega de bienes del ICBF a otra institución que se encarga de prestar el

¹³ Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones.

¹⁴ «Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar»

¹⁵ Artículo 2 Acuerdo N° 21 de 1996

servicio público de bienestar familiar, a diferencia del contrato de prestación de servicios. (...) [E]l ingreso al sistema nacional de bienestar familiar no depende del acto de creación de la persona jurídica que presta el servicio de forma indirecta, sino de la prestación que esta realiza a partir de sus obligaciones contractuales. No se desprende de una formalidad, sino de la puesta en marcha de actividades que, bajo la dirección, vigilancia y control del ICBF, satisfagan la necesidad tantas veces mencionada de protección de la población infantil y de las familias en situación de vulnerabilidad.»¹⁶

Conviene precisar que, la relación jurídica surgida entre la asociación de padres o las Entidades Administradoras del Sistema y las madres comunitarias esta fundamentada en un contrato laboral, en virtud del cual se integran los elementos propios de este acuerdo de voluntades. Por lo tanto, el régimen jurídico aplicable a este tipo de vínculo es el contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo.

De lo expuesto se concluye que para el funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar coexiste una relación tripartita que de manera independiente, pero conjunta permite la protección y el desarrollo en condiciones dignas de los niños, niñas y de las familias en situación de vulnerabilidad. Asimismo, los regímenes legales de cada una de estas relaciones jurídicas comportan características propias de vínculos jurídicos contractuales de orden civil y laboral. En ese orden de ideas, en el presente asunto no puede predicarse la existencia de una relación de carácter laboral entre el ICBF y la accionante como quiera que tal vínculo realmente subsiste es con la EAS Unión Temporal Digmetco.

2.2.5. Del trámite de cierre de las Unidades de Servicios de los Hogares Comunitarios de Bienestar

Como viene de explicarse, los Hogares Comunitarios de Bienestar son la base de la modalidad Comunitaria para la Atención a la Primera Infancia. El espacio físico donde son atendidos los usuarios de este programa se denomina Unidad de Servicios¹⁷-UDS y su trámite de apertura y cierre lo regula la versión N° 1 del documento técnico P14.PP del 28 enero de 2022¹⁸, acogido por la citada Resolución N° 0020 del 4 de enero de 2022.

Existen actualmente, tres modalidades de Hogares Comunitarios de Bienestar; ellos son: los puros y simples, los agrupados y los FAMI, no obstante, para el caso que nos ocupa únicamente se abordará el estudio de los primeros, en los cuales se les brinda atención a niños y niñas menores de cinco (5) años.

Así, tenemos que para el cierre de las Unidades de Servicios de Hogares Comunitarios de Bienestar, el mencionado instrumento P14.PP del 28 enero de 2022¹⁹, establece taxativamente unas causales por las que procede la clausura de

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 30 de junio de 2016, radicado 2082765.

¹⁷ Página 16 documento P15.PP del 22 febrero de 2022 Unidad de Servicio (UDS): es el lugar físico georreferenciado, donde son atendidos los usuarios para recibir directamente los servicios de Primera Infancia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

¹⁸ Proceso Promoción y Prevención Procedimiento de Apertura y Cierre de Unidades de Servicio HCB, HCB agrupado y HCB fami

¹⁹ Pág 2 y ss documento P14.PP del 28 enero de 2022

dichos establecimientos. Éstas causales se agrupan en tres categorías: (i) las referidas a la vida e integridad de los niños y las niñas; (ii) las referidas a fallas en la prestación del servicio; y, (iii) las referidas a la idoneidad de la madre o padre comunitario.

A su vez, cada una de las prenombradas categorías contempla los siguientes eventos a saber:

Causales de cierre de las UDS		
Las referidas a la vida e integridad de los niños y las niñas	Las referidas a fallas en la prestación del servicio	Las referidas a la idoneidad de la madre o padre comunitario.
<p>a. El accidente grave de una niña o niño que esté bajo el cuidado de la madre o padre comunitario en el horario de atención de la UDS. Salvo que este no obedezca a causas imputables a la atención.</p> <p>b. La muerte de una niña o niño que esté bajo cuidado de la madre o padre comunitario, en el horario de atención de la UDS, salvo que el fallecimiento no obedezca a causas imputables a la atención.</p> <p>c. El presunto o la evidencia del maltrato físico o psicológico a niñas, niños y/o mujeres gestantes de la UDS por parte de la madre o padre comunitario, o una persona que habite, permanezca o visite ocasionalmente el lugar donde funciona la UDS.</p> <p>d. Cuando la madre o padre comunitario no informe oportunamente, de acuerdo con las rutas establecidas, cualquier caso de abandono, negligencia, inobservancia, amenaza o vulneración de derechos de niñas, niños y/o mujeres gestantes en la UDS.</p> <p>e. Si alguna de las personas que habitan o visitan la UDS constituye un riesgo para la integridad</p>	<p>a. La no prestación del servicio sin causa justificada y sin autorización escrita de la EAS y del supervisor del contrato, en el marco de las competencias del contrato de Aporte.</p> <p>b. Abandono temporal o permanente de la UDS por parte de la madre o padre comunitario durante la prestación del servicio.</p> <p>c. Contratación o encargo a terceros del cuidado y atención de las niñas, niños y/o mujeres gestantes, excepto cuando medie autorización escrita de la EAS y del supervisor del contrato en el marco de las competencias del contrato de Aporte.</p> <p>d. Traslado de la UDS a otro inmueble, sector, barrio o vereda diferente a su ubicación inicial, sin previa autorización de la EAS y del supervisor del contrato en el marco de las competencias del contrato de Aporte.</p> <p>e. Atención durante un mes de un número de usuarios inferior a 8 niñas y niños requeridos para el funcionamiento de la UDS. Lo anterior, exceptuando las unidades de servicio de HCB y HCB FAMI ubicadas en zonas rurales y rurales dispersas cuando se verifique que no existen en el territorio niñas y niños focalizados y en los que previa certificación de la coordinación del Centro Zonal, se compruebe la inexistencia de otros servicios de</p>	<p>a. Enfermedad física o mental incapacitante permanente de la madre o padre comunitario que le impida el cumplimiento de sus obligaciones laborales, la incapacidad debe ser certificada por la Entidad Administradora de Planes de Beneficios EAPB, el fondo pensional o ARL según la competencia.</p> <p>b. Expendio de sustancias psicoactivas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas en la UDS, o consumo de estas por parte de la madre o padre comunitario o una persona que habite, permanezca o visite ocasionalmente el lugar donde funciona la UDS.</p> <p>c. Almacenamiento o venta de sustancias tóxicas, explosivas, inflamables o químicas, o armas blancas o de fuego en el lugar donde funciona la UDS.</p> <p>d. Cuando contra la madre o padre comunitario se dicte condena judicial con pena privativa de la libertad, medida de aseguramiento, detención preventiva o cualquier otra medida que impida la prestación personal del servicio.</p> <p>e. Participación de la madre o</p>

<p>de niñas, niños y/o mujeres gestantes: por enfermedad física o mental, por consumo de sustancias psicoactivas, por pertenencia o militancia en bandas o grupos al margen de la ley.</p> <p>f. La presunción o evidencia de conductas sexuales violentas o abusivas, actos sexuales violentos o abusivos, acceso carnal violento o abusivo contra una niña, niño y/o mujeres gestantes en la UDS por parte de la madre o padre comunitario o por cualquier otra persona que permanezca, habite o visite ocasionalmente el lugar donde funciona la UDS.</p> <p>g. Cuando se presenten en el grupo familiar de la madre o padre comunitario episodios de violencia intrafamiliar durante la prestación del servicio, que ocasionen riesgo o peligro para las niñas, niños y/o mujeres gestantes.</p> <p>h. Cuando contra la madre o padre comunitario o el lugar donde funciona la UDS se realice cualquier clase de atentado que ponga en riesgo la integridad de las niñas, niños y/o mujeres gestantes</p> <p>i. La ubicación de la UDS en sitios declarados en riesgo inminente por la autoridad competente o amenazas de origen natural (erupción volcánica, terremoto, tsunami, remoción en masa, entre otras) o los generados por acción humana (incendio estructural, explosión, contaminación, entre otras).</p> <p>j. Cuando se presente una situación que no se encuentre dentro de las causales antes referidas y que afecte o ponga en riesgo la integridad personal de manera</p>	<p>Primera Infancia, en los cuales la UDS puede continuar con el servicio previa autorización de la Dirección Regional correspondiente.</p> <p>f. Concepto de cierre emitido por la autoridad competente, luego de las visitas de inspección.</p> <p>g. Renuncia de la madre o padre comunitario al servicio y la aceptación en forma escrita por parte de la EAS. Lo anterior conllevará al cierre de la UDS y a la reubicación de los usuarios. No podrá realizarse traspaso del servicio o del rol a familiares o terceros para la atención de las niñas, niños y/o mujeres gestantes</p> <p>h. Terminación del contrato laboral por parte de las EAS a la madre o padre comunitario.</p> <p>i. Venta y/o uso indebido de los elementos y recursos suministrados a la UDS por parte de la madre o padre comunitario.</p> <p>j. Solicitud a los padres usuarios de pagos adicionales a la cuota de participación reglamentada por resolución del ICBF.</p> <p>k. Realización en la UDS de actividades sociales, religiosas, políticas y, en general, de cualquier índole, en horarios de la prestación del servicio que no se encuentren relacionados con las actividades propias de este, o el uso de la dotación destinada para la atención de niñas y niños en estas actividades</p> <p>l. Participación del padre o la madre comunitaria en actividades o expresiones de racismo, lenguaje de odio, xenofobia, homofobia o cualquier otra expresión de exclusión, segregación, rechazo, abuso o maltrato a minorías, grupos protegidos, raizales, afrocolombianos, Rrom, indígenas y población en general.</p> <p>m. Atención de niñas, niños y/o</p>	<p>padre comunitario durante o fuera de la prestación del servicio en escándalos públicos, agresión física o verbal a otras madres o padres comunitarios, agentes educativos, miembros de su núcleo familiar, padres usuarios, servidores públicos, colaboradores del ICBF y, en general, a otras personas de la comunidad.</p> <p>f. <u>Falsificación y/o adulteración por parte de la madre o padre comunitario de documentos, registros de asistencias, RAM, actas, entre otros, debidamente evidenciadas.</u></p> <p>g. Fallecimiento de la madre o padre comunitario.²²</p>
---	---	---

²² Pág 4. documento P14.PP del 22 febrero de 2022

<p>grave de las niñas, niños y/o mujeres gestantes en la UDS debe ser estudiada por el coordinador del Centro Zonal, el coordinador de asistencia técnica y el coordinador jurídico de la Regional, para tomar la decisión y generar las acciones pertinentes. En los casos que lo consideren necesario, deberán solicitar el concepto formal a la Oficina Asesora Jurídica del ICBF.²⁰</p>	<p>mujeres gestantes que no cumplan los criterios de focalización establecidos.</p> <p>n. Deficientes condiciones de orden, higiene y de seguridad en la UDS.</p> <p>o. Incumplimiento en la aplicación de los instrumentos relacionados con el servicio, así como la ausencia de planeación pedagógica acorde a los resultados de la caracterización y a los resultados de la escala de valoración cualitativa del desarrollo.</p> <p>p. Incumplimiento por parte de la madre o padre comunitario en la atención de las niña, niños y/o mujeres gestantes en los días y número de horas de atención establecidos en el Manual operativo correspondiente</p> <p>q. Cuando la madre o padre comunitario atienda niños, niñas y/o mujeres gestantes durante el servicio que no estén dentro de la cobertura reportada, validada y registrada en los sistemas de información del ICBF.</p> <p>r. Negativa de la madre o padre comunitario a aceptar las visitas de supervisión realizadas por parte del ICBF.²¹</p>	
--	---	--

Ahora bien, conforme lo establece el documento técnico enunciado, cuando se advierta la ocurrencia de alguna de las causales referidas a la «vida e integridad de los niños y niñas» y a «la idoneidad de la madre o padre comunitario», procede la suspensión temporal e inmediata de la UDS del Hogar Comunitario. En estos eventos, le corresponde al ICBF, dar traslado del asunto «(...) al Coordinador (a) del Centro Zonal respectivo para que este verifique la procedencia de la suspensión del servicio de manera inmediata y temporal. La suspensión inmediata y temporal deberá resolverse mediante acto administrativo debidamente motivado, en el que consten los elementos que dan lugar a tal decisión. El acto administrativo debe ser proferido por el Coordinador (a) del Centro Zonal en un término máximo de 2 días hábiles.»²³. De ser procedente el referido cierre se notificará la actuación al representante legal de las EAS y a la madre o padre comunitario; del mismo modo, deberá ponerse en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación lo hechos acaecidos y, además; los niños y niñas afectados por la medida deberán ser reubicados temporalmente. Contra la mencionada actuación no procede recurso alguno.

²⁰ Pág 2. documento P14.PP del 22 febrero de 2022.

²¹ Pág 3. documento P14.PP del 22 febrero de 2022

²³ Pág. 9 documento P14.PP del 22 febrero de 2022.

Por otro lado, cuando el trámite de cierre se inicie con fundamento en algunas de las causales referidas a la «falla en la prestación del servicio», debe ser implementado un procedimiento previo a la apertura del trámite de cierre en el cual se procure subsanar la irregularidad que está afectando la prestación del servicio. De no lograrse este objetivo, deberá continuarse con la fase subsiguiente.

Para tales efectos, al Coordinador (a) del centro zonal le corresponde dar apertura al procedimiento de cierre de la Unidad de Servicios mediante una Resolución en la cual deben quedar lo siguiente «(...) plenamente identificado el servicio HCB o HCB FAMI, el objeto de la denuncia, la causal invocada y los hechos que la sustentan, las pruebas con las que se cuenta, la identificación de la madre o padre comunitario, la UDS y EAS a la cual pertenece. Adicionalmente, se deberá indicar en la parte resolutive del acto administrativo que, en un término no superior a 5 días, el representante legal de las EAS y la madre o padre comunitario deberán rendir descargos de manera escrita, anexando los elementos probatorios que quieran hacer valer y solicitando las pruebas que consideren pertinentes, de conformidad con el Artículo 40 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo»²⁴. Esta disposición debe ser notificada de manera personal a la Entidad Administradora del Sistema y a la madre o padre comunitario y frente a ella no proceden recursos.

En las siguientes etapas que comprende el enunciado trámite, el Coordinador del Centro Zonal deberá otorgarles a las partes los términos perentorios previstos para la práctica y el decreto de las pruebas; asimismo, le otorgará a los sujetos procesales un término para alegar y, luego, verificará la apertura del procedimiento de cierre.

Finalmente, evacuadas todas estas etapas, «el Coordinador (a) del Centro Zonal resolverá de fondo, mediante acto administrativo debidamente motivado, en el que consten los hechos objeto de la denuncia, la causal de cierre invocada, los hechos que la sustentan, las pruebas decretadas y practicadas, los descargos y alegatos de conclusión presentados, la valoración de las pruebas y la procedencia o no del cierre de la UDS de HCB. En caso del no cierre de la UDS de HCB, se deberá ordenar levantar la medida de suspensión decretada inicialmente a través de la resolución de suspensión temporal e inmediata en caso de haberse proferido»²⁵. La notificación del referido acto administrativo se surtirá personalmente a las partes y frente al mismo proceden los recursos de apelación y reposición, de acuerdo a lo previsto en los artículos 74 y 76 del CPACA.

De lo expuesto hasta el momento, es claro que el procedimiento para el cierre de una Unidad de Servicios tipo Hogar Comunitario goza de un procedimiento especial y sumario que vincula a todos los actores involucrados en la prestación del servicio. Del mismo modo, cada actuación guarda estricta concordancia con los postulados y principios constitucionales que rigen las actuaciones administrativas. Así las cosas, en

²⁴ Pág. 14 documento P14.PP del 22 febrero de 2022.

²⁵ Pág. 15 documento P15.PP del 22 febrero de 2022. «4.2.4 Acto Administrativo de Cierre de la UDS de HCB y HCB FAMI»

lo que concierne al tema en cuestión el Despacho analizará si el procedimiento de cierre de la Unidad de Servicios de Bienestar «Los ositos» fue ajustado al marco legal y técnico existente.

2.2.6. Sanciones derivadas de los contratos de trabajo

El artículo 25 de la Constitución Política de 1991 define el trabajo como «un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.» Este vínculo, surge de la voluntad de partes y se materializa a través de un contrato de trabajo constituido al amparo de las normas y principios vigentes. Además, el mismo tiene como elementos fundamentales la actividad personal del trabajador, la continua subordinación o dependencia del empleado respecto del empleador y un salario como retribución del servicio²⁶.

A su turno, el Código Sustantivo del Trabajo regula las «relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares»²⁷. En su capítulo IV dicta parámetros para la expedición del reglamento de trabajo y el mantenimiento del orden. Este primero, en virtud del artículo 104 «debe entenderse como el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el [empleador] y sus trabajadores en la prestación del servicio».

Bajos estos parámetros orientadores es posible sancionar disciplinariamente a los empleados que falten o defrauden los lineamientos fijados en los reglamentos de trabajo debidamente implementados por el empleador. Dichas sanciones, comprenden la imposición de multas pecuniarias y la suspensión del trabajador por un término que no puede excederse de «ocho (8) días por la primera vez, ni de dos (2) meses en caso de reincidencia de cualquier grado.»²⁸.

En estas circunstancias, es posible concluir que si bien las normas superiores contemplan una protección especial a favor del trabajador, lo cierto es que las actuaciones emprendidas por éstos en el escenario laboral están enmarcadas dentro del cumplimiento de sus funciones y de unos criterios objetivos que disponen cuando el empleado se encuentra incurso en una situación susceptible de control disciplinario.

2.3. Caso concreto

La señora Herlinda Flórez Pereira instauró acción de tutela con la que pretende la nulidad o revocatoria de los actos administrativos a través de los cuales se ordenó el «cierre» de la Unidad de Servicio de Bienestar Comunitario denominado «Los ositos», proferido por la Directora Zonal de Urabá del ICBF. En consecuencia, pide que se ordene a la entidad a que proceda a reintegrarla a dicha Unidad de Servicios como

²⁶ Artículo 23 Código Sustantivo del Trabajo

²⁷ Artículo 3 Código Sustantivo del Trabajo

²⁸ Artículo 112 Código Sustantivo del Trabajo

madre comunitaria. También solicita que se ordene a la EAS Unión Temporal Digmatco dejar sin efecto una sanción de suspensión de la cual fue objeto y, en virtud de la cual dejó de percibir parte de su salario.

La actora consideró que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital y a la dignidad humana al sancionarla en tres ocasiones con fundamento en los mismos hechos. Por ello, estima quebrantado el principio *non bis in ídem*, en virtud del cual no es posible sancionar dos veces a un sujeto por hechos de la misma naturaleza.

Es decir, que las inconformidades aludidas por la tutelante a través de esta acción constitucional tienen su génesis en dos aspectos puntuales: el primero, se refiere a la actuación administrativa de cierre que emprendió el ICBF en contra de la Unidad de Servicios que preside como madre comunitaria y; el segundo aspecto, tiene su asidero en la sanción que le impuso la EAS Unión Temporal Digmatco dentro del trámite disciplinario del que fue objeto, en el cual, fue suspendida sin remuneración por dos días. Así mismo, alega que su empleadora no le ha cancelado su salario conforme a los días que laboró.

Por su parte, las entidades accionadas coincidieron en afirmar que la presente acción de tutela se torna improcedente, en tanto la accionante cuenta con otras herramientas judiciales para la protección y defensa de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, este Despacho encuentra demostrado con la prueba adosada al plenario que el ICBF suscribió el contrato de aporte N° 05008522020 con la Entidad Administradora del Servicio Unión Temporal Digmatco²⁹. A su vez, se evidencia que la mencionada EAS estableció una relación laboral con la señora Herlinda Flórez Pereira, quien se desempeñó como madre comunitaria de la Unidad de Servicio Hogar Comunitario de Bienestar «Los ositos»³⁰.

Así mismo, consta en el expediente que el 16 de julio de 2022, la señora Herlinda Flórez Pereira rindió descargos ante la EAS Unión Temporal Digmatco por el presunto incumplimiento en el correcto diligenciamiento de los Registros de Asistencias a su cargo³¹. Igualmente, mediante oficio del 9 de agosto de 2022, la EAS Unión Temporal Digmatco comunicó a la accionante una sanción patronal consistente en «la suspensión de actividades no remunerada por el término de 2 días a partir del 22 de agosto de 2022»³².

Del mismo modo se demostró que mediante la Resolución N° 137 del 24 de noviembre 2022, la Coordinadora del Centro Zonal Urabá del ICBF dispuso la suspensión temporal e inmediata de la Unidad de Servicios Hogar Comunitario de Bienestar «Los ositos» en virtud de la causal contemplada en el literal f del numeral

²⁹ Pág. 5 Pdf004Anexos

³⁰ Pág. 7 Pdf004Anexos

³¹ Pág. 11 Pdf009AnexosContestacionDigmatco

³² Pág. 16 Pdf004Anexos

3.2.3 del anexo técnico P14.PP del 22 febrero de 2022³³. Dicho acto administrativo fue notificado de manera personal a la actora el día 29 de noviembre de 2022³⁴.

También se comprobó que mediante la Resolución N° 9 del 8 de febrero de 2023, la Coordinadora del Centro Zonal Urabá del ICBF ordenó la apertura del procedimiento administrativo de cierre de la Unidad de Servicios Hogar Comunitario de Bienestar «Los ositos» en virtud de la causal contemplada en el literal f del numeral 3.2.3 del anexo técnico P14.PP del 22 febrero de 2022³⁵. Este acto administrativo le fue notificado de manera personal a la accionante el día 8 de marzo de 2023³⁶.

Conforme al problema jurídico planteado, el marco jurídico de la decisión esbozado con antelación y lo probado dentro del asunto objeto de estudio, este Despacho analizará, inicialmente, si a través de este mecanismo constitucional es procedente el amparo de los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la señora Herlinda Flórez Pereira. En caso de ser superado el examen de procedibilidad se abordará el fondo del asunto.

Esclarecidos lo anterior, se analizarán de manera conjunta sí en los asuntos planteados concurren los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

a. Relevancia constitucional

Para este Despacho los asuntos puestos de presente cumplen con el requisito de **relevancia constitucional**, en la medida que la cuestión planteada abarca una discusión de orden constitucional al evidenciarse que se enuncia la afectación de diversos derechos fundamentales.

b. Inmediatez

Del mismo modo, se encuentra cumplido **el requisito de inmediatez**, toda vez que, la última actuación administrativa surtida por el ICBF, esto es, la Resolución N° 9 del 8 de febrero de 2023, fue notificada a la actora el día 8 de marzo de 2023. Luego, el Despacho considera que entre las referidas fechas y la interposición de esta acción de tutela³⁷ transcurrió un lapso de tiempo prudencial de menos de dos meses.

Ahora bien, la actuación sancionatoria de carácter laboral emprendida por la EAS Unión Temporal Digmeco fue notificada a la accionante el día 9 de agosto de 2022, es decir, que con relación a la presentación del escrito de tutela de la referencia, transcurrió un lapso de tiempo considerable de más de 7 meses; sin embargo, como quiera que la presunta vulneración ocasionada por dicha determinación aún

³³ Pág. 7 Pdf004Anexos

³⁴ Pág. 3 Pdf004Anexos

³⁵ Pág. 10 y ss Pdf004Anexos

³⁶ Pág. 9 Pdf004Anexos

³⁷ Pdf002AsignacionTutelaReperto. Acción de tutela presentada el 28 de abril de 2023.

permanece en el tiempo³⁸, es posible la flexibilización de este requisito en el caso bajo estudio. En consecuencia, el Despacho encuentra superado el referido presupuesto.

c. Subsidiaridad

Con relación al **requisito de subsidiaridad** esta unidad judicial observa que no se satisface frente a las solicitudes de amparo, en otras palabras, este mecanismo constitucional no procede para ordenar el pago de salarios dejados de devengar en razón a la sanción laboral impuesta por la Unión Temporal; como tampoco, es dable ordenar la revocatoria de los actos administrativos expedidos por el ICBF, como se describe a continuación:

En primer lugar, frente al reparo que expresa la accionante por la sanción laboral de la que fue objeto por parte de la EAS Unión Temporal Digmetco, lo cual le ocasionó el no pago de su salario en determinados periodos, para este Despacho esta decisión se ajusta al ordenamiento jurídico que rige la materia. Ello es así debido a que respecto de este reproche la actora se allanó a los cargos que le fueron atribuidos. Además, pese a que contó con tiempo suficiente para aportar las pruebas que dieran cuenta de que su actuar fue ajustado a la norma, tales piezas no fueron allegadas dentro del trámite sancionatorio.

Aunado a lo anterior, la accionante aún cuenta con herramientas y medios de defensas judiciales a su disposición para proteger sus derechos. Ciertamente, existen entidades como las Inspecciones de Trabajo y de Seguridad Social que ostenta facultades coercitivas ante la inobservancia de las normas del trabajo. La tutelante también puede acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el levantamiento de la sanción impuesta y el pago de las acreencias laborales a las que considera tener derecho. Ambas alternativas resultan idóneas y efectivas para la protección de sus intereses jurídicos.

Ahora, al verificar el proceso sancionatorio del cual fue objeto la actora, el Despacho evidencia que la EAS Unión Temporal Digmetco en su reglamento de trabajo³⁹ indica que tal procedimiento podrá ser iniciado ante el incumplimiento de las normas establecidas por la entidad o por las señaladas en el Código Sustantivo del Trabajo. Igualmente, el incumplimiento de los estándares de calidad del ICBF también dará lugar a la apertura de tramites sancionatorios en contra de los empleados.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-246 de 2015

«ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Juez de tutela debe realizar valoración de los hechos que configuran el caso concreto cuando la acción no se presenta en un término prudencial y razonable (...)

La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.»

³⁹ Pág. 35 Pdf 009AnexosConestacionDigmetco Artículo 20 Reglamento Interno de Trabajo Unión Temporal Digmetco Nit. 901435847-7

En efecto, obra dentro del expediente una citación de fecha 15 de julio de 2022⁴⁰, a través de la cual, el representante legal de la Unión Temporal le indicó a la tutelante que debía comparecer a una reunión virtual el día 16 de julio de 2022, con el fin de que expusiera sus argumentos por el presunto incumplimiento de sus funciones. Asimismo, del acta expedida en la diligencia de descargos, se desprende que la actora reconoció expresamente que cometió una falta al registrar la asistencia de un niño que no estaba acudiendo a su Unidad de Servicios y, al atender a una niña sin haber protocolizado su inscripción al programa. Fue así como en consonancia a ello, la EAS Unión Temporal Digmnetco, decidió sancionar a la actora con la suspensión no remunerada de sus actividades laborales por el término de 2 días, actuación que fue notificada a la señora Herlinda Flórez Pereira mediante oficio del 9 de agosto de 2022⁴¹. Luego entonces, para este Despacho el procedimiento sancionatorio desarrollado y ejecutado por la EAS Unión Temporal Digmnetco guarda armonía con el ordenamiento jurídico⁴² y con las garantías constitucionales al debido proceso y a la defensa.

No obstante, tiene razón la accionante cuando indica que el oficio de fecha 9 de agosto de 2023, a través del cual le fue comunicada la sanción impuesta, cita erróneamente «el numeral 5 del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo» como fundamento de la imputación realizada. Ello debido a que esta norma no concuerda ni es aplicable con el asunto analizado; antes bien, ello obedece a un error porque realmente el articulado citado corresponde al artículo 23 del reglamento interno de trabajo de la empresa, disposición que sí es aplicable al procedimiento realizado pese a la imprecisión advertida. Con todo, dicho error no invalida el trámite disciplinario surtido y a pesar de ello, no se observa vulneración de sus derechos fundamentales.

En segundo lugar, en relación con los reparos a las decisiones del ICBF, esta agencia judicial advierte que los actos administrativos objeto de reproche a través de esta acción constitucional, son de trámite. Ello es así, conforme se desprende de la clasificación realizada por el Consejo de Estado, según la cual:

«i) **los de trámite**, que son aquellos que no necesitan estar motivados y se expiden para dar continuidad con el procedimiento administrativo, es decir, son los que impulsan la actuación administrativa; ii) **los definitivos o principales**, que de acuerdo al artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la actuación, ya que contienen la esencia del tema a resolver y modifican la realidad con su contenido; y, iii) **los de ejecución**, que son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa.»⁴³

⁴⁰ Pág. 16 Pdf 009AnexosConestacionDigmnetco

⁴¹ Pág. 27 Pdf009AnexosContestacionDigmnetco

⁴² Código Sustantivo del Trabajo Artículo 112. Cuando la sanción consista en suspensión del trabajo, ésta no puede exceder de ocho (8) días por la primera vez, ni de dos (2) meses en caso de reincidencia de cualquier grado.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 20001-23-33-000-2014-00121-01(4288-14), actor: Rodrigo Enrique Mendoza Ramírez, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

La anterior clasificación permite diferenciar cuáles actos administrativos son susceptibles de control jurisdiccional. En principio, solo los actos definitivos o principales pueden ser enjuiciados. La principal característica de éstos es que disponen de manera definitiva sobre un asunto en particular y dan por concluido el trámite administrativo.

Estos actos administrativos definitivos, previo a ser sometidos a control judicial, deben ser recurridos por los administrados a través de los recursos contemplados en el artículo 74 del CPACA⁴⁴. Lo anterior, con el fin de que la autoridad administrativa pueda revisar sus propios actos y realizar las reiteraciones o modificaciones a las que haya lugar. Para estos eventos, el artículo 75 del CPACA expresamente preceptúa que «no habrá recursos en contra de actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa». Es decir que, en armonía con el tema que nos ocupa, en contra de las Resoluciones Nos 137 de 2022 y 9 de 2023 no proceden recursos, por ser actuaciones de trámite.

En línea con lo expuesto, la Corte Constitucional ha señalado que para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos administrativos de trámite, se deben acreditar de manera concurrente los siguientes requisitos⁴⁵:

«(...) (i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y (iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental.

En el mismo sentido, de forma reciente la Corte ha considerado que contra los actos de trámite procede excepcionalmente la acción de tutela cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación sustancial dentro de la actuación administrativa y ha sido fruto de una actuación “abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.»

En esa medida, este Despacho observa que efectivamente las actuaciones administrativas iniciadas por el ICBF aún no han finalizado, es decir, que por el momento no existe una decisión de fondo respecto al cierre definitivo de la Unidad de Servicios Hogar Comunitario de Bienestar «Los ositos»; contrario a lo que considera la actora, los actos administrativos N° 137 de 2022 y 9 de 2023, expedidos por la Coordinadora Zonal del ICBF, no tienen carácter sancionatorio.

⁴⁴ «Artículo 74. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial. 3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.»

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU077/18.

De hecho, para esta agencia judicial los prenombrados actos administrativo fueron expedidos con total observancia de lo previsto en el citado anexo técnico P15.PP del 22 febrero de 2022, a través del cual fue regulado el trámite de apertura y cierre de las Unidades de Servicios de los Hogares Comunitarios de Bienestar. Sea esta la oportunidad para recordar que dicho procedimiento consta de tres etapas a saber: (i) la suspensión temporal e inmediata de la UDS del Hogar Comunitario; (ii) la apertura formal del trámite administrativo de cierre de la UDS del Hogar Comunitario; y, finalmente, (iii) la adopción de una decisión de fondo. Bajo estos parámetros, el trámite que actualmente cursa en contra de la señora Herlinda Flórez Pereira y del Hogar Comunitario que dirige se encuentra en la segunda fase.

Lo anterior quiere decir que aún no ha habido un pronunciamiento que resuelva de forma definitiva el destino de la Unidad de Servicios presidida por la tutelante. Ello debido a que, el ICBF antes de emitir una decisión frente al particular debe realizar un proceso de instrucción que le permita obtener elementos de juicios para sustentar su decisión final con relación al cierre del mencionado hogar comunitario.

Luego entonces, con ello se acredita el cumplimiento de los dos primeros requisitos, debido a que, como se mencionó, el trámite administrativo aún se encuentra en curso y de momento no es posible el agotamiento de los recursos de Ley. Además, las actuaciones administrativas que se han surtido influirán en la proyección de la decisión final.

Respecto al último requisito, (la actuación sea abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución) esta judicatura advierte que el trámite administrativo emprendido por el ICBF en este asunto en particular ha respetado las garantías al debido proceso y la defensa de la accionante. En efecto, la etapa actual en la que se encuentran el mismo, le permite a los sujetos, entre otras cosas, rendir descargos de manera escrita y hacer llegar las pruebas que consideren pertinentes para ejercer su derecho de defensa. Igualmente, en la fase subsiguiente la actora podrá exponer a modo de alegatos de conclusión por qué debe ser absuelta de la causal de cierre que le fue endilgada y por qué debe levantarse la medida de cierre temporal decretada sobre el Hogar Comunitario «Los ositos».

En este punto, tampoco constata esta Unidad Judicial que el actuar de la entidad sea abiertamente irrazonable o desproporcionada de modo tal que se vulneren garantías establecidas en la Constitución Política; por el contrario, el ICBF se ha ceñido estrictamente a los postulados legales y reglamentarios que rigen los procedimientos de cierres de los hogares comunitarios. Incluso, no se constató que la señora Herlinda Flórez Pereira haya sido sancionada en varias oportunidades con fundamento en el mismo supuesto. Ciertamente, lo que ocurrió es que se le ha impuesto unas sanciones y medidas previas a las decisiones definitivas y que devienen de diferentes fuentes; esto es, en razón a la prestación del servicio en un hogar comunitario y por la relación laboral con la unión temporal, que a su vez sirve de contratista con la accionada.

Menos aún se acreditó alguna condición que amerite un amparo reforzado de los derechos fundamentales de la accionante como sujeto de especial protección constitucional. Tampoco, la actora probó la existencia de un perjuicio irremediable, cierto o próximo por el cual sea plausible que este Despacho emita un pronunciamiento de fondo respecto a la presente acción de tutela.

Corolario, esta Agencia judicial declarará improcedente el amparo de tutela solicitado por la señora Herlinda Flórez Pereira, dado que el carácter subsidiario de la misma se ve desbordado en el asunto objeto de revisión al evidenciarse que no existe una verdadera vulneración de sus derechos fundamentales; tampoco se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Además, la tutelante cuenta con otros mecanismos de defensa idóneos y eficaces para la protección de sus derechos fundamentales.

Por lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TURBO –ANTIOQUIA** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de tutela presentada por la señora Herlinda Flórez Pereira en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la EAS Unión Temporal Digmeco, de acuerdo a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ADVERTIR a las partes que este fallo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: REMITIR a la Corte Constitucional esta providencia una vez ejecutoriada, para su eventual revisión. Y una vez regrese el expediente, archívense las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ANDREA ZAPATA SERNA
JUEZ**

Firmado Por:

Andrea Zapata Serna
Juez
Juzgado Administrativo
04
Turbo - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d7bbf51d2240f4a4f761706d291f30c9c435cad337ebd015ec6c239db0a591aa**

Documento generado en 15/05/2023 11:58:09 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>