

Radicación Interna: T-2023-00577; T-2023-00578; T-2023-00581; T-2023-00582
Código Único de Radicación: 08-001-22-13-000-2023-00577-00; 08-001-22-13-000-2023-00578-00; 08-001-22-13-000-2023-00581-00; 08-001-22-13-000-2023-00582-00

**REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
DESPACHO TERCERO DE LA SALA CIVIL FAMILIA
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

El expediente puede ser consultado en el siguiente enlace: [T-2023-00577](https://www.cjec.gov.co/consultar-expediente?expediente=T-2023-00577)

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres

Barranquilla, D.E.I.P., seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Se deciden las acciones de tutela interpuestas por las señoras Arlet Inés Figueroa Blanco, Estela María Ricardo Castro, Diana Marcela Franco Vásquez, Carmen Cecilia Caballero Hernández, Marelbis Isabel Robles De La Hoz y Geraldine Rebeca Caballero Barros, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familia- ICBF, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Hacienda y Presidencia de la República, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de la primera infancia, salud, dignidad humana, estabilidad laboral y seguridad social.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción pueden ser expuestos así:

1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF asignó como administrador del presupuesto del Hogar Infantil HCBF Los Capullitos - ICBF, al operador privado; Fundación Nuevo Horizonte.
2. La Fundación Nuevo Horizonte ha dado una destinación diferente a los fondos, perjudicando a las madres del HCBF, a quienes no les han pagado en tres meses, llevan seis meses sin pagarles su EPS y desde febrero de 2023 no paga pensión y PILA. Tampoco entregan las compras RPP y minuta de patrón (violando protocolos de atención) Afectando la alimentación y atención de los niños.
3. De lo anterior, tiene conocimiento el Zonal del ICBF-Hipódromo desde enero de 2023, sin que requirieran al operador.
4. Desde el mes de agosto de 2023, no pagan salarios ni prestaciones sociales a las madres - HCBF, a pesar de que el ICBF les adelantó el dinero de esos rubros, el operador poseía dinero del tesoro nacional para cumplir estas obligaciones, pero no lo hicieron, con anuencia del Zonal ICBF y la Regional Atlántico ICBF.
5. Hoy los niños no tienen atención y las madres HCBF no tienen pagos de sus salarios.
6. La Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo han hecho caso omiso al caso.
7. El Ministerio de Hacienda no ha asignado los dineros para que se solucione la crisis.

Radicación Interna: T-2023-00577; T-2023-00578; T-2023-00581; T-2023-00582
Código Único de Radicación: 08-001-22-13-000-2023-00577-00; 08-001-22-13-000-2023-00578-00; 08-001-22-13-000-2023-00581-00; 08-001-22-13-000-2023-00582-00

8. Estela Ricardo es madre comunitaria, tiene una enfermedad neurológica, trastorno convulsivo e hipertensa, y se encuentra desprotegida sin EPS, sin atención médica.

2. PRETENSIONES

Pretenden las accionantes que se ordene a la Regional Atlántico del ICBF generar los contratos de aportes, cancelar el derecho a salud, al ICBF generar las respectivas garantías a las madres HCBF, EPS y atención médica urgente, y devolver los pagos de PILAS, y al operador devolver los fondos tomados sin justificación legal de la canasta de atención.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El conocimiento de la presente acción de tutela correspondió por reparto a esta Sala de Decisión, donde con auto del 19 de septiembre de 2023 fue admitida, se vinculó a la Fundación Nuevo Horizonte y Hogar Madres Comunitarias del ICBF-HCBF Los Capullitos, y no se accedió a la medida provisional.

En autos del 20 de septiembre de 2023, las Salas Segunda, Quinta y Primera de Decisión Civil Familia de esta Corporación remitieron las acciones de tutela T-00582-2023, T-00578-2023 y T-00581-2023; respectivamente.

El 20 de septiembre de 2023, la accionante Estela Ricardo informó que le suspendieron la atención médica.

El 21 de septiembre de 2023, rindió informe el Defensor del Pueblo Regional Atlántico, quien indicó que el caso tramita con Orfeo No. 20230060043016682 del 18 de septiembre de 2023. El 19 de septiembre de 2023, se informó del funcionario asignado al caso, mediante envío de oficio a los peticionarios, radicado Orfeo 20230060044217231, encontrándose en trámite la petición, dentro del término legal para adelantar las gestiones defensoriales que correspondan. Por lo que solicitó la desvinculación de la entidad.

En auto del 22 de septiembre de 2023, se admitieron y acumularon las acciones de tutelas T-00578-2023, T-00581-2023, T-00582-2023, se suspendieron los términos de la acción de tutela inicial, no se accedió a la solicitud de medida provisional solicitada por las actoras, y se vinculó al Centro Zonal Hipódromo de la Regional Atlántico del ICBF y Dirección Regional Atlántico del ICBF, a la Fundación Nuevo Horizonte, Hogar de Madres Comunitarias del ICBF-HCBF-Fami.

El 26 de septiembre de 2023, rindió informe Marcela Vergara; Defensora de Familia del C.Z. Hipódromo del ICBF, quien señaló que son conscientes de la grave afectación que están sufriendo un alto porcentaje de niños, no solo en el municipio, sino también en otros pueblos circunvecinos con la interrupción del servicio de Primera Infancia. No obstante, informó las actuaciones que ha desplegado el C.Z. Hipódromo respecto de este asunto así; (i) 31 de julio de 2023, requerimiento a la EAS Fundación Nuevo Horizonte, el cual no fue respondido, (ii) 9 de agosto de 2023, se recibió a las agentes educativas del Barrio Ferrocarril vinculadas al

Radicación Interna: T-2023-00577; T-2023-00578; T-2023-00581; T-2023-00582
Código Único de Radicación: 08-001-22-13-000-2023-00577-00; 08-001-22-13-000-2023-00578-00; 08-001-22-13-000-2023-00581-00; 08-001-22-13-000-2023-00582-00

contrato 8003412022 en número de 17, y se profirió nuevo requerimiento al contratista, el cual no fue respondido; (iii) 23 de agosto de 2023, nuevo requerimiento a la Fundación Nuevo Horizonte, y citación para el 30 del mismo mes, con el fin de notificar acciones administrativas. Sin embargo, no asistieron y no respondieron; y (iv) Ante el cese de actividades de los agentes educativos (4 de septiembre de 2023), la Regional Atlántico del ICBF gestionó una reunión entre el sindicato de madres comunitarias SINTRACIHOBÍ, el operador y el supervisor del contrato. La reunión se efectuó el mismo 4 de septiembre de 2023, y una vocera de la Fundación Nuevo Horizonte manifestó que en horas de la tarde se iba a efectuar la dispersión correspondiente a los salarios y honorarios del talento humano del mes de agosto. Además, indicó que, desde el 6 de septiembre de 2023, se encuentran en cese de actividades, aduciendo nuevamente el no pago. Así mismo, se realizó un seguimiento, encontrando inconsistencias en los pagos. Y el 7 de septiembre de 2023, se interpuso denuncia ante la Fiscalía General de la Nación. Por último, solicitó decretar la falta de legitimación por pasiva.

El 26 de septiembre de 2023, rindió informe el Coordinador Grupo Jurídico ICBF, quien informó que se denunció al contratista. Aclaró que la relación laboral con talento humano corresponde a la EAS, y no al ICBF. Que es evidente la afectación a los niños que no están recibiendo atención integral en los servicios de primera infancia, en particular en la UDS Los Capullitos, sin embargo, la Regional Atlántico del ICBF ha realizado requerimientos a la EAS Fundación Nuevo Horizonte, sin obtener respuesta alguna, por lo que se procedió a solicitar el inicio del proceso administrativo sancionatorio. Por lo que, solicitó la exoneración de la entidad.

El 2 de octubre de 2023, rindió informe la Delegada del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, quien indicó que la autoridad competente para conocer de las solicitudes es el ICBF. Que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, debido a que no se han agotado los mecanismos disponibles en la vía ordinaria (demanda laboral ordinaria por el no pago de acreencias laborales). Presidencia no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante. Por lo que, solicitó su desvinculación, y subsidiariamente, que se nieguen las pretensiones contra la entidad.

El 3 de octubre de 2023, rindió informe el Subdirector Jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien afirmó que el Ministerio no ha vulnerado derecho fundamental alguno a las actoras. Que la ejecución de los recursos aprobados por el Congreso está en cabeza del ICBF. Que el Ministerio no puede ordenar el gasto de apropiaciones incorporadas en otra sección presupuestal. Por lo que, solicitó la improcedencia de la acción, y su desvinculación.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los Decretos 2591 de noviembre 19 de 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de "sus" derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de los mismos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Radicación Interna: T-2023-00577; T-2023-00578; T-2023-00581; T-2023-00582
Código Único de Radicación: 08-001-22-13-000-2023-00577-00; 08-001-22-13-000-2023-00578-00; 08-001-22-13-000-2023-00581-00; 08-001-22-13-000-2023-00582-00

Igualmente, debe tenerse en cuenta que ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo con atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta con un medio de defensa ordinario y con la utilización de este no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia de este, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

Por ello, para entrar a resolver sobre la procedencia del amparo solicitado se hace necesario considerar diez aspectos en cada caso concreto:

1. La legitimidad en causa activa en el peticionario, a fin de establecer si tiene o no la titularidad del derecho que invoca.
2. La legitimación en causa pasiva de quien resulta ser accionado.
3. Que el derecho en mención tenga el carácter de “constitucional fundamental”.
4. Que no exista un medio ordinario de defensa judicial de esos derechos que pueda utilizar, a menos que se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o,
5. Que, habiendo existido ese medio ordinario de defensa judicial de esos derechos, el accionante no hubiera sido remiso o negligente en su utilización.
6. Que se trata de un acto u omisión arbitrario e injusto,
7. Que no se esté en presencia de un daño ya consumado,
8. Que no se hubiera producido la cesación de la actividad o de las omisiones que vulneraban o ponían en peligro el derecho de los accionantes, antes de proferir la sentencia correspondiente, y
9. Que se interponga dentro de un plazo justo y razonable.
10. Que no se trate del cuestionamiento de una sentencia de una acción de tutela anterior.

1. PROBLEMA JURIDICO

¿Procede la acción de tutela cuando las accionantes disponen de otros mecanismos de defensa?

2. CASO CONCRETO

Pretenden las accionantes, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y/o a la EAS Fundación Nuevo Horizonte garantizar y cancelar salario y seguridad social a las madres comunitarias del UDS HCB Los Capullitos, a fin de cesar la vulneración de sus derechos fundamentales, y retomar actividades en la UDS, para brindar nuevamente la atención a los niños y niñas que se benefician del servicio.

Radicación Interna: T-2023-00577; T-2023-00578; T-2023-00581; T-2023-00582
Código Único de Radicación: 08-001-22-13-000-2023-00577-00; 08-001-22-13-000-2023-00578-00; 08-001-22-13-000-2023-00581-00; 08-001-22-13-000-2023-00582-00

Del recaudo probatorio obrante en la presente acción constitucional, se abstrae que el 2 de diciembre de 2022, se suscribió contrato de aportes No. 08003412022 entre el ICBF y el contratista Fundación Nuevo Horizonte, con fecha de terminación el 31 de octubre de 2023. En este punto, es preciso recordar que, desde la normativa y la jurisprudencia se ha afirmado que el vínculo laboral de las madres comunitarias es con el contratista, y no con el ICBF.

Que, en desarrollo del mentado contrato, han existido irregularidades por parte de la EAS Fundación Nuevo Horizonte en el manejo del presupuesto de la UDS HCB Los Capullitos. Producto de esto, y luego de los distintos requerimientos e intentos de arreglos, el ICBF en ejercicio de la supervisión de contratos, efectuó las siguientes acciones:

- 7 de septiembre de 2023, presentó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, contra Fredy Manuel Carvajalino Jiménez (representante legal de la EAS Fundación Nuevo Horizonte), y otro, por el delito de peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social.
- Inició del proceso administrativo sancionatorio contra el contratista, el cual se encuentra en curso.

De entrada, es procedente apuntar que constitucional y jurisprudencialmente no le es dado a esta Sala de Decisión entrar a aprobar, adicionar, modificar o asignar recursos a las entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, ni mucho menos intervenir en la ejecución o distribución de este.

En cuanto a los mecanismos de defensa judicial con cuentan las accionantes, resulta necesario advertir que las actoras cuentan con la posibilidad de acudir a la vía ordinaria (Jurisdicción Laboral) para reclamar los incumplimientos de la EAS.

Aunado a lo anterior, respecto del proceso administrativo sancionatorio, el Coordinador Grupo Jurídico ICBF señaló que en el evento en que se decrete la sanción al contratista, se ordenaran los reintegros de los recursos a que haya lugar, y la Regional Atlántico del ICBF procedería a terminar el contrato, y suscribir uno nuevo, para garantizar el servicio a los niños y niñas.

El trámite del citado proceso administrativo sancionatorio se encuentra regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que al tenor reza:

“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma

Radicación Interna: T-2023-00577; T-2023-00578; T-2023-00581; T-2023-00582
Código Único de Radicación: 08-001-22-13-000-2023-00577-00; 08-001-22-13-000-2023-00578-00; 08-001-22-13-000-2023-00581-00; 08-001-22-13-000-2023-00582-00

se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Procedimientos sancionatorios. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto.”

De lo expuesto, se advierte que las accionantes cuentan tanto con el proceso laboral, como con el proceso administrativo para conseguir un pronunciamiento frente a la presente controversia.

En ese sentido, la solicitud de amparo no cumpliría con el requisito de subsidiariedad, determinado por la Corte Constitucional. Empero, teniendo en cuenta la celeridad en el desarrollo del trámite concentrado en una audiencia, y en atención a que no se tiene conocimiento de si dentro del proceso administrativo sancionatorio ya se fijó fecha para surtir dicha audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se concederá la solicitud de amparo, a efectos de ordenar al ICBF que se sirva programar fecha para audiencia.

Radicación Interna: T-2023-00577; T-2023-00578; T-2023-00581; T-2023-00582
Código Único de Radicación: 08-001-22-13-000-2023-00577-00; 08-001-22-13-000-2023-00578-00; 08-001-22-13-000-2023-00581-00; 08-001-22-13-000-2023-00582-00

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Tercera de Decisión Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º.- Conceder parcialmente la solicitud de amparo instaurada por las señoras Arlet Inés Figueroa Blanco, Estela María Ricardo Castro, Diana Marcela Franco Vásquez, Carmen Cecilia Caballero Hernández, Marellbis Isabel Robles De La Hoz y Geraldine Rebeca Caballero Barros, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familia- ICBF, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Hacienda y Presidencia de la República, en el sentido de:

Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familia- ICBF, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación esta providencia, proceda a fijar fecha para la práctica de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dentro del proceso administrativo sancionatorio promovido contra la EAS Fundación Nuevo Horizonte. La audiencia deberá ser programada para practicarse antes de finalizar el mes de octubre de 2023.

Notifíquese a las partes e intervinientes, por correo electrónico u otro medio expedito.

En caso de no ser impugnada. Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Alfredo De Jesus Castilla Torres

Juan Carlos Corón Díaz

Carmina Elena González Ortiz

-

Firmado Por:

Alfredo De Jesus Castilla Torres

Magistrado

Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Carmífa Elena Gonzalez Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Juan Carlos Ceron Diaz
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

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: **8b70dddbdfa3ad5183128b18f16f0c312a245d2c2fd3fc0010f136cd34b736b**

Documento generado en 06/10/2023 03:55:46 PM

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