



San Gil, Ocho (8) de Enero de Dos Mil Veintiuno (2021)

Sentencia No. 001 Radicado 2020-00058-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la abogada ANGIE PAOLA CARREÑO RAMÍREZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 1.100.973.297 de San Gil y portadora de la Tarjeta Profesional de Abogada No. 347.796 del C.S. de la J., actuando en calidad de apoderada Judicial de NELLY ARCINIEGAS REYES, con cédula de ciudadanía No. 37.892.200 expedida en San Gil, en contra de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA PERLA DEL FONCE (APHB LA PERLA) representada legalmente por ÁGUEDA MILENA CACUA FERREIRA, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 37'899.734 expedida en San Gil.

I. ANTECEDENTES

La precitada profesional del derecho, como apoderada de la señora NELLY ARCINIEGAS REYES, promovió acción de tutela en contra de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA PERLA DEL FONCE (en adelante APHB LA PERLA) representada legalmente por ÁGUEDA MILENA CACUA FERREIRA, propendiendo por la protección de su Derecho Fundamental al Debido Proceso, con base en los siguientes:

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual se sustenta el amparo impetrado se contrae a lo siguiente:

Indica la apoderada de la accionante Nelly Arciniegas Reyes que la citada laboró de manera ininterrumpida como madre comunitaria del ICBF centro zonal San Gil, en la unidad de servicio (HCB – tradicional) Nube luz, desde del 20 de enero del año 2005 y hasta el 27 de diciembre de 2019, fecha en la cual el ICBF procedió a cerrar el prenombrado hogar comunitario con ocasión de una situación puesta sobre manifiesto el día 14 de noviembre de 2019 por el Colegio San Carlos debido a que la estudiante L.N.M.A., hija menor de la aquí tutelante, fue sorprendida consumiendo sustancias psicoactivas en jornada académica.

Que, el cierre del hogar comunitario fue comunicado verbalmente por la Coordinadora del Centro Zonal San Gil y Yolanda Fiallo, que el “ el ICBF y la APHB LA PERLA, PRETERMITIERON el proceso administrativo de suspensión temporal o inmediato por cierre del servicio en un HCB, en donde, para el caso particular, el MANUAL OPERATIVO DE LA MODALIDAD COMUNITARIA PARA LA ATENCIÓN A LA PRIMERA INFANCIA, adoptado mediante Resolución 0356 del 24 de enero de 2019, dispuso en el artículo 2.6.2.1 – 2.6.2.1.1, literal d:

“2.6.2.1. Causales para el Cierre del Servicio en un HCB.

2.6.2.1.1. Referidas a la vida e integridad de los niños y las niñas: d. Si alguna de las personas que habitan o visitan la UDS de HCB, constituye un riesgo para la integridad de niñas y niños por enfermedad física o mental, por consumo de sustancias psicoactivas, por pertenencia o militancia en bandas o grupos al margen de la Ley.

2.6.5.1.1. Suspensión temporal e inmediata o seguimiento para el eventual cierre de la UDS de HCB a. Suspensión temporal e inmediata: una vez el ICBF tenga



conocimiento por cualquier medio, de los presuntos hechos que puedan configurar alguna presunta causal o causales de las establecidas en los numerales 2.6.2.1.1. Referidas a la vida e integridad de los niños y las niñas y 2.6.2.1.3. Referidas a la idoneidad de la madre o padre comunitario, a excepción de la causal del literal h, se trasladará al Coordinador 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 deberá ser proferido por el Coordinador del Centro Zonal en un término máximo de 2 días hábiles y deberá ser notificado a los interesados: representante legal de las EAS y madre o padre comunitario, con el fin de que la primera proceda a realizar las acciones administrativas correspondientes y las relacionadas con el contrato de trabajo de la madre o padre comunitario, para lo cual se deberá acudir a la Oficina del Trabajo con el fin de que se emita autorización de suspensión del contrato laboral de la madre o padre comunitario, la cual, de ser otorgada, permite a la EAS adelantar la suspensión del contrato laboral y asumir únicamente el pago de los aportes a seguridad social que deban efectuarse hasta que se emita por parte del ICBF la decisión administrativa definitiva.

a. *Apertura del procedimiento de cierre y notificación del acto administrativo*

Se dará apertura al procedimiento de cierre de la UDS mediante Acto Administrativo motivado expedido por el Coordinador del Centro Zonal, en el cual deberán quedar plenamente identificados el servicio, el objeto de la denuncia, la causal invocada y los hechos que la sustentan, las pruebas en caso de aportarse, 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, podrán 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. Frente a dicho acto administrativo de acuerdo con lo contemplado en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no procede recurso alguno. Para efectos de la verificación de la causal invocada y la búsqueda de elementos probatorios cuando proceda, el Coordinador del Centro Zonal podrá solicitar al profesional especializado en el asunto del ICBF, los insumos o documentación que sean de su competencia. Expedido el acto administrativo, se notificará personalmente por escrito y de manera inmediata a los interesados: Representante Legal de las EAS y la madre o padre comunitario, haciendo entrega de la copia íntegra del acto administrativo. que en un término no superior a 5 días el representante legal de las EAS y/o la madre o padre comunitario
Práctica de pruebas y alegatos de conclusión

Para la práctica de pruebas esta se deberá adelantar mediante la expedición de un auto por parte del Coordinador del Centro Zonal, a través del cual se decretarán aquellas solicitadas por los interesados o las que considere de oficio. Para ello se dispondrá de un término no superior a 15 días.

Serán rechazadas de manera motivada las pruebas solicitadas cuando estas sean inconducentes, impertinentes y superfluas. Practicadas las pruebas, se concederá un término de 5 días para la presentación de alegatos de conclusión por parte de la EAS, la madre o padre comunitario, a fin de garantizársele la contradicción de las pruebas antes de proferir la decisión de fondo.

b. *Acto administrativo de Cierre de la UDS de HCB*

Finalizado el trámite anterior, en un término no superior a 5 días, el Coordinador del Centro Zonal resolverá mediante acto administrativo debidamente motivado, en el que consten los hechos objeto de la causal, los descargos presentados, la valoración de las pruebas allegadas y recolectadas, y la procedencia o no del cierre de la UDS de HCB.”

Indicó, que la accionante no fue llamada a rendir descargos por escrito, situación violatoria del derecho de defensa y contradicción que le asiste.



Por otro lado, que como la causal de cierre se enmarca dentro del MANUAL OPERATIVO precitado, en el artículo 2.6.2.1.1 *“Referidas a la vida e integridad de los niños y niñas”* la misma constituye, una suspensión temporal o inmediata o de seguimiento eventual, razón por la cual el ICBF *“yerra 1. al no notificar a la madre comunitaria NELLY ARCINIEGAS REYES sobre el acto administrativo de suspensión inmediata o temporal, 2. al no dar inicio al debido proceso administrativo, evento en el cual y en simultaneo la representante legal de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA PERLA DEL FONCE, debió proceder según lo establecido en el inciso segundo, literal a del artículo 2.6.5.1.1, en el sentido de acudir la oficina de trabajo con el fin de que se hubiere emitido autorización de suspensión del contrato laboral de la madre comunitaria, para en cambio NO terminar de manera unilateral el contrato laboral.”*

Se indica, que el 19 de noviembre de 2020 radicó vía correo electrónico un Derecho de Petición en el que le solicitó al ICBF – Centro Zonal San Gil y a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar la Perla del Fonce (APHB LA PERLA) en cabeza de su representante legal, que se diera inicio al proceso administrativo descrito en el artículo 2.6.5.1.1 del MANUAL OPERATIVO DE LA MODALIDAD COMUNITARIA PARA LA ATENCIÓN A LA PRIMERA INFANCIA, toda vez que según lo allí contemplado, cuando se presenta suspensión temporal o inmediata de una UDS de HCB, situación que le ocurrió a su asistida, la representante legal de las EAS, es decir, de la APHB LA PERLA, debe proceder a realizar, una vez se le notifique el acto administrativo de suspensión, las acciones administrativas correspondientes y las relacionadas con el contrato de trabajo de la madre o padre comunitario, para lo cual deberá acudir a la Oficina del Trabajo con el fin de que se emita autorización de suspensión del contrato laboral de la madre o padre comunitario, la cual, de ser otorgada, permite a la EAS adelantar la suspensión del contrato laboral y asumir únicamente el pago de los aportes a seguridad social que deban efectuarse hasta que se emita por parte del ICBF la decisión administrativa definitiva.

Que, sin embargo, como dicha autorización no ha sido emitida, por cuanto la asociación en ningún momento refirió a su asistida ni la autorización ni la continuación del contrato – en razón a que lo terminó de forma unilateral, la EAS debió continuar pagando el salario respectivo, toda vez que el contrato de trabajo se encontraría vigente, aun cuando no haya prestación del servicio. Máxime cuando el ICBF no ha tomado una decisión definitiva – Concepto 18 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

Asevera que el día 10 de diciembre de la presente anualidad, fue remitido a su correo electrónico, respuesta por parte de la Dra. Águeda Milena Cagua Ferreira, en representación de la APHB LA PERLA, en la que le manifiesta que *“la Asociación no cuenta con las facultades suficientes para cumplir con las respectivas peticiones, siendo estas de cumplimiento directo del ICBF...”*. Al advertir que la respuesta al derecho de petición no fue de forma clara, precisa y congruente, radicó acción de tutela en su contra el día 17 de diciembre hogaño, a lo que el día 22 de diciembre de los corrientes, la APHB LA PERLA, reafirmó su negativa a iniciar el proceso administrativo que le corresponde ante la oficina de trabajo, cuando según el MANUAL OPERATIVO en comentario, es evidente la obligación de la EAS de gestionar y adelantar las acciones administrativas y las relacionadas con el contrato de trabajo de la madre o padre comunitario, ante la notificación del acto administrativo de suspensión.

Señala que la falta al manual operativo por parte de la APHB LA PERLA, se fundamenta todavía más, en la respuesta dada al derecho de petición por la ICBF Centro Zonal San Gil, cuando sobre la petición número uno, señala: *“solicitamos a su poderdante se realice la revocatoria directa de la Resolución No. 242 del 26 de diciembre de 2019, la cual se EVIDENCIARON ALGUNAS OMISIONES y que por lo tanto se requiere de su autorización expresa para poder REVOCARLA DIRECTAMENTE...”*.

Que en el concepto del ICBF No. 18 de 2016, con carácter vinculante, establece:

“Ahora bien, y aunado a lo anterior, una vez que se presenten y se verifiquen las causales que dieran lugar a las medidas de protección temporal o definitivas



tomadas respecto de la suspensión o cierre definitivo del servicio de los HCB, estas serán competencia de única y exclusiva de los servidores públicos del ICBF, como autoridades responsables de una gestión oportuna, los cuales deben garantizar la idoneidad y pertinencia de las medidas y, por ende, realizar un seguimiento eficaz de su decisión y ejecución por un acto administrativo (resolución) que debe ser notificado de acuerdo con lo establecido en la ley y que estará sujeto a la impugnación y control fijados para este tipo de medidas.

Sobre este punto, el lineamiento mencionado determinó que:

El ICBF a través del respectivo supervisor del contrato de aporte, notificará a la EAS sobre la medida tomada, entregando todos los soportes que den cuenta del proceso adelantado y que llevaron a la decisión, con el fin de que proceda a realizar las acciones administrativas correspondientes y las relacionadas con el contrato de trabajo de la Madre Comunitaria para lo cual se sugiere, que las EAS se asesoren de las respectivas oficinas del trabajo a fin de que las orienten sobre el particular.”

*“Una vez se emite y adopta dicho acto administrativo – **el de suspensión**– por parte del Instituto y es notificado en debida forma a la entidad prestadora del servicio, a esta, en su calidad de empleadora y de acuerdo con la relación laboral asumida, es a quien le corresponderá la obligación de acudir a las oficinas o inspecciones de trabajo para que de acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio se proceda a emitir la autorización de suspensión del contrato laboral de la madre comunitaria, la cual, de ser otorgada, implicaría para la EAS la obligación de asumir únicamente el pago de los aportes a seguridad social que deban efectuarse. Es de anotar que hasta tanto no sea emitida dicha autorización, las EAS deberán continuar pagando el salario respectivo, toda vez que el contrato de trabajo se encontraría vigente, aun cuando no haya prestación del servicio” Negrilla fuera de texto.*

Finaliza indicando que, la desvinculación laboral trajo a la accionante una crisis económica y emocional en la humanidad de la accionante, debido a la depresión e incapacidad económica para el sustento de sus necesidades y la de los suyos.

Como pruebas de lo afirmado anexó los siguientes documentos en formato digital:

- Poder otorgado.
- Correo electrónico de envío del derecho de petición el día 19-11-20
- Derecho de petición
- Respuestas al derecho de petición radicado el 19-11-20 por parte de la APHB LA PERLA y el ICBF.
- Auto admite tutela contra la APHB LA PERLA.
- Copia certificación terminación unilateral de contrato suscrito el 1 de enero de 2019.
- Historia de atención – trámite solicitud de restablecimiento de derechos de LEIDY NATALIA MERCHÁN ARCINIEGAS.
- Copia de la denuncia por el Colegio San Carlos, de fecha 14 de noviembre de 2019.
- Copia de Acta de visita el 21 de abril del año 2015 - del 24 de octubre de 2016 - del 1 de noviembre de 2016 - del 22 de septiembre de 2017 - del 2 de febrero de 2018 - del 27 de julio de 2018 - del 4 de febrero de 2019 – del 4 de julio de 2019.

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido es que se tutele el Derecho Fundamental al Debido Proceso, y que, en consecuencia, se ordene a la entidad accionada APHB LA PERLA, en cabeza de su representante legal, para que de forma



inmediata inicie las acciones administrativas correspondientes relacionadas con el contrato de trabajo de la accionada NELLY ARCINIEGAS REYES, ante la Oficina del Trabajo, con el fin de que se emita autorización de suspensión del contrato laboral, se le continúe pagando el salario respectivo, hasta que sea emitida la autorización de suspensión del contrato laboral por parte de la oficina de trabajo y de ser otorgada la autorización para la suspensión del contrato laboral, se asuma únicamente el pago de los aportes a seguridad social que deban efectuarse hasta que se emita por parte del ICBF la decisión administrativa definitiva.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto virtual, según acta N° 4383 del 28 de diciembre de 2020, este Despacho mediante auto de la misma data, admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la accionada, a fin de que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la demanda de tutela, y presentara las pruebas que considerara pertinentes para ejercer su derecho constitucional de defensa y contradicción. De igual manera se ordenó vincular al CENTRO ZONAL DEL ICBF EN SAN GIL y del MINISTERIO DE TRABAJO A TRAVÉS DE LA INSPECCION DE TRABAJO DE SAN GIL.

V. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LA ENTIDAD ACCIONADA

ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA PERLA DEL FONCE (APHB LA PERLA)

A través de correo electrónico del 30 de diciembre de 2020, la señora ÁGUEDA MILENA CACUA FERREIRA, en su calidad de Representante Legal de dicha Entidad, manifestó que la decisión de cierre temporal y suspensión del servicio del Hogar Comunitario Nube Luz, se le notificó de manera personal a la accionante, y no depende de una rogativa ante su situación económica sino de hacer prevalecer el Interés Superior de los Niños y Niñas los cuales se encuentran bajo su cuidado en su momento donde habitaba una menor de edad en situación de consumo puesto en conocimiento por una Institución Educativa.

Indica, que en vista que el procedimiento administrativo reglado ante la causal de cierre temporal e inmediato *“tal como se explicó en la respuesta al derecho de petición ofrecida dentro de la acción de tutela bajo el radicado 2020-00057, se cumple posterior, a la decisión de cierre temporal e inmediato y no anterior, conforme la orientación del reglamento, en garantía del INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS.”*

Afirma que el concepto No. 18 de 2016 del ICBF, no es vinculante por cuanto priman los imperativos legales, luego la suspensión de los contratos laborales el manual operativo o norma administrativa del citado instituto contraviene lo dispuesto en el artículo 51 del Código Sustantivo de Trabajo, *“ya que las causales previstas en esta norma jurídica LEGAL no contempla la situación de las normas administrativas reglamentarias que alega la accionante, y por ende, estaríamos en una situación de TERMINACIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO (MAS NO UNILATERAL)”*.

Aporta como prueba de lo afirmado los siguientes documentos digitalizados:

- Acto administrativo que ordenó el cierre temporal y suspensión inmediata del Hogar Comunitario de Bienestar Familiar de la accionante.
- Diligencia de Notificación personal del Acto administrativo que ordenó el cierre temporal y suspensión inmediata del Hogar Comunitario de Bienestar Familiar de la accionante de 26 de diciembre de 2019.



CENTRO ZONAL ICBF SAN GIL

Por vía correo electrónico recibido el 30 de diciembre de 2020, a través de la señora MYRIAM VELANDIA FLÓREZ, actuando como Coordinadora de dicho Centro, manifestó que en las acciones realizadas hasta el momento por parte del ICBF CZ SAN GIL y la APHB LA PERLA, han garantizado el debido proceso a la señora NELLY ARCINIEGAS REYES, siendo ella quien obstaculizó el mismo, al negarse a firmar la notificación del acto administrativo de cierre del hogar comunitario, constituyendo un acto de temeridad por parte de la accionante el continuar interponiendo acciones de tutela, por ser de carácter subsidiario y existe otros medios específicos para ejercer su derecho de defensa como es la presentación de los recursos de reposición y apelación conforme a la ley.

Asegura que entre el ICBF y la accionante, no existe ningún tipo de contrato, la cual estuvo vinculada con la APHB LA PERLA DEL FONCE, allí, al parecer, *“fue pactada su remuneración, objeto contractual y condiciones de cumplimiento, entidad a la que le corresponde adelantar las gestiones ante la Oficina de Ministerio de Trabajo.”* Por consiguiente, no existe ningún vínculo laboral, legal o estatutaria, ni de prestación de servicios alguno, con la tutelante.

Informa que respecto a que los servicios de los Hogares Comunitarios están en cabeza de las Entidades que contrata el ICBF para tal fin, siendo estas personas jurídicas sin ánimo de lucro, con autonomía administrativa y financiera, cuyo objeto social gira en pro de la atención de niños y niñas y familiar, razón por la cual hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar “SNBF”, encargándose dentro de éste sistema de prestar los servicios de atención a la primera infancia.

Por lo anterior, solicita que se deniegue la petición elevada por la apoderada de la señora NELLY ARCINIEGAS REYES, atendiendo que a través de la notificación por aviso que fue remitida por correo certificado, se le garantizará el derecho al debido proceso, a la contradicción y defensa dentro del proceso administrativo adelantado por parte del ICBF.

Como probatoria aporta los siguientes documentos digitalizados:

- Copia de la Resolución 242 de fecha 26 de diciembre de 2019.
- Copia de la diligencia de notificación personal a la representante legal de la APHB
- Manual Operativo de la Modalidad Comunitaria para la Atención a la Primera Infancia. Pag.65 y ss.
- Certificación emitida por la Coordinadora del Grupo Jurídico de La Regional Santander
- Certificación emitida por la Coordinadora Grupo Administrativo de La Regional Santander.
- Notificación por aviso de Resolución 242 de fecha 26 de diciembre de 2019, que ordena suspensión inmediata y cierre temporal del hogar comunitario.
- Planilla de correo de remisión de la notificación enunciada.

MINISTERIO DE TRABAJO A TRAVÉS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO DE SAN GIL.

Por vía correo electrónico recibido el 31 de diciembre de 2020, a través del señor FRANCISCO ANTONIO PLATA JAIMES, actuando como Director de la Dirección Territorial de Santander, manifestó, que en principio, no es posible determinar si la accionante gozaría de especial protección según la normatividad constitucional y legal que rige las relaciones laborales; frente a lo cual el Ministerio podría adelantar las actuaciones administrativas correspondientes, acorde con la competencia asignada por el mismo



legislador, ante el presunto incumplimiento de las disposiciones laborales a que haya lugar por parte de su ex – empleador.

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 41, modificado por la Ley 584 de 2000, artículo 20, a los funcionarios del Ministerio del Trabajo, no les está permitido declarar derechos individuales ni definir controversias, como quiera que es una competencia atribuida a los Jueces de la República y que en la Dirección Territorial Santander del Ministerio del Trabajo no existe denuncia en relación a los hechos señalados en la presente acción de tutela, entre NELLY ARCINIEGAS REYES y la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA PERLA DEL FONCE.

Solicita, la exclusión del Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial Santander - dentro de la presente acción por falta de legitimación en la causa por pasiva; aclarándose que, si se cuenta con la facultad de investigar un posible incumplimiento a la ley, y llegado el caso, imponer la multa correspondiente, dentro del marco del procedimiento y los términos legales.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art.86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“(...) En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, Abril 3 de 1992, página 167).



B. COMPETENCIA

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES

El presente libelo fue interpuesto por la abogada ANGIE PAOLA CARREÑO RAMÍREZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 1.100.973.297 de San Gil y portadora de la Tarjeta Profesional de Abogada No. 347.796 del C.S. de la J., actuando en calidad de apoderada Judicial de la señora NELLY ARCINIEGAS REYES, con Cédula de Ciudadanía número 37'.892.200 expedida en San Gil, considerando vulnerado el Derecho Fundamental de Petición de su prohijada, por parte de la accionada. Así, en el caso bajo estudio, este Despacho encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa cumpliéndose con los presupuestos que la Honorable Corte Constitucional ha determinado para admitir la procedencia de la tutela en interés del tercero.

De igual manera, la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA PERLA DEL FONCE representada legalmente por ÁGUEDA MILENA CACUA FERREIRA, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 37'899.734 expedida en San Gil, está legitimada por pasiva en la medida en que se le atribuye la supuesta vulneración del Derecho Fundamental deprecado por la accionante. De igual manera en su condición de entidades jurídicas de Derecho Público las vinculadas CENTRO ZONAL DEL ICBF EN SAN GIL y del MINISTERIO DE TRABAJO A TRAVÉS DE LA INSPECCION DE TRABAJO DE SAN GIL.

D. PROBLEMA JURÍDICO

Se centra en establecer, sí la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA PERLA DEL FONCE representada legalmente por ÁGUEDA MILENA CACUA FERREIRA, y/o la vinculada CENTRO ZONAL DEL ICBF EN SAN GIL, conculcaron o no, la prerrogativa Fundamental al Debido Proceso de la accionante, por el cierre del hogar comunitario Nube luz adoptado mediante Resolución 242 del 16 de diciembre de 2019 y por consiguiente la terminación del contrato laboral; y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tal fin.

E. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL PARA CONSIDERAR

DEBIDO PROCESO

Como referente jurisprudencial, se resalta el concepto y directrices que el máximo organismo Constitucional ha trazado en torno al Derecho al Debido Proceso, y que ha



venido siendo reiterado en diversos fallos de la Corte Constitucional, como es el caso de lo plasmado en la sentencia C-980 de 2010¹, en donde expresa:

“DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Concepto y alcance

Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P).”.

De igual manera, es indispensable traer a colación los preceptos que la alta corporación constitucional ha demarcado respecto de la tutela como mecanismo principal, subsidiario y transitorio, que en sentencia SU-544/01², expresó:

“(…) Tutela como mecanismo principal de protección.

8. La protección de los derechos constitucionales no es un asunto reservado a la tutela. El ordenamiento jurídico en su integridad debe respetar los derechos constitucionales (C.P. art. 4) y todas las herramientas judiciales dispuestas por el legislador deben permitir su protección (C.P. art. 2).

En este contexto, se debe entender que los recursos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos. El juez está obligado a resolver el problema legal sometido a su consideración. Sin embargo, dicha solución no puede comprometer los derechos fundamentales de los asociados. Por el contrario, en el proceso ordinario se está en la obligación de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5). De ahí que la tutela adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial.

(…)

a) Hay situaciones de hecho absolutamente consolidadas e irreversibles, en las cuales, razones de orden natural impiden una protección integral que mantenga el derecho fundamental en el mismo estado en que se encontraba antes de su vulneración. Por ejemplo, bienes personalísimos como la vida y la integridad personal, que resultan perdidos o disminuidos como consecuencia de un peligro creado por una autoridad pública.

(…)

¹ Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



Tutela como mecanismo transitorio de protección. Consideraciones generales.

10. Como lo ha explicado esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo excepcional que sólo puede ser empleado ante la ausencia de otro u otros instrumentos judiciales considerados principales u ordinarios. El carácter subsidiario de la acción de tutela condiciona el ejercicio del derecho público subjetivo que tienen las personas para acudir ante los jueces, en demanda de la protección prevista en el artículo 86 de la Carta Política.

Sin embargo, el constituyente permite que, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, la solicitud de tutela pueda ser presentada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La posibilidad de dar trámite a una petición de amparo como mecanismo transitorio requiere, en primer lugar, demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, en segundo lugar, la existencia de otro mecanismo de defensa judicial. Este último, considerado como instrumento judicial principal u ordinario, deberá ser de una entidad tal que por sus características pueda ser homologado temporalmente, es decir, mientras se tutela “transitoriamente”. Estos elementos no pueden, nuevamente, considerarse en abstracto, sino a partir de las condiciones propias del proceso.

Improcedencia cuando se ha consumado la vulneración. No hay perjuicio irremediable, cuando no es viable la protección in natura del Derecho Fundamental.

11. El trámite de la tutela como mecanismo transitorio exige la existencia de un perjuicio irremediable. En este caso, el peticionario deberá demostrar que se encuentra frente a un riesgo que, según la jurisprudencia, se caracteriza por lo siguiente:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae



sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas". Sentencia T-225 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Cabe señalar que la eventualidad de un perjuicio que reúna estas características no es materia que pueda apreciarse al margen de los derechos constitucionales amenazados. Si bien el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política autoriza la tutela como mecanismo transitorio, ello no implica que el demandante esté relevado, en algunos casos, de precisar el carácter de la amenaza al derecho fundamental y que el juez, mucho menos, esté en libertad de ordenar la protección constitucional al margen de toda consideración sobre los derechos fundamentales en peligro. Por el contrario, la medida cautelar reforzada que constituye la tutela como mecanismo transitorio, exige que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales de las personas sea de tal naturaleza que, salvo que intervenga la justicia constitucional, se presentará un menoscabo en extremo gravoso para la persona.

La existencia de dicho menoscabo, que supone la adopción de medidas urgentes, requiere un análisis sobre los hechos acaecidos a fin de establecer si el derecho fundamental realmente está en peligro inminente. Si la amenaza ha cesado y se ha verificado una vulneración, la tutela no operará como mecanismo transitorio, pues no se busca evitar el perjuicio, sino que se deberá entrar a declarar su violación y a exigir la reparación. Sin embargo, se repite, dicho análisis no es abstracto. Únicamente las circunstancias particulares y los derechos involucrados en el caso, podrán indicar si resulta procedente la medida cautelar.

Dicho análisis, por otra parte, deberá llevar a establecer si realmente es posible "restablecer" el derecho fundamental violado. Como se ha indicado antes (ver fundamento jurídico 9) circunstancias naturales, jurídicas o institucionales, pueden hacer imposible que el derecho se restablezca, en el sentido de volver las cosas al estado anterior. Esta consideración parte de reconocer que existe la posibilidad de que hechos amenazantes no agoten el derecho, sino que el perjuicio reviste cierto carácter de tracto sucesivo³. (...)"

VII. CASO EN CONCRETO

La abogada ANGIE PAOLA CARREÑO RAMÍREZ, actuando como apoderada Judicial de la señora NELLY ARCINIEGAS REYES, instaura Acción de Tutela en contra

³ Sobre el particular, ver sentencia T-823 de 1999



de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA PERLA DEL FONCE representada legalmente por ÁGUEDA MILENA CACUA FERREIRA, asegurando que la accionada ha desconocido su Derecho al Debido Proceso, puesto que no ha iniciado el proceso administrativo descrito en el artículo 2.6.5.1.1 del MANUAL OPERATIVO DE LA MODALIDAD COMUNITARIA PARA LA ATENCIÓN A LA PRIMERA INFANCIA”, adelantando las acciones administrativas correspondientes y las relacionadas con el contrato de trabajo, acudiendo a la Oficina del Trabajo con el fin de que se emita autorización de suspensión del contrato laboral, la cual, de ser otorgada, que permite a la EAS adelantar la suspensión del contrato laboral y asumir únicamente el pago de los aportes a seguridad social que deban efectuarse hasta que se emita por parte del ICBF la decisión administrativa definitiva, aduciendo que dicha autorización no se dio, pero sí le terminaron de forma unilateral el contrato a su prohijada.

En contraposición, la APHB LA PERLA por intermedio de su Representante Legal, asegura que no existe vulneración al debido proceso por cuanto el acto administrativo en el cual se ordenó el cierre y suspensión temporal del servicio de Hogar Comunitario, se encontró debidamente motivado por la autoridad administrativa, se realizó el proceso de verificación de los hechos que suscitaron la denuncia realizada por el Colegio san Carlos, se procedió a realizar la debida notificación personal a la accionante del acto administrativo de 26 de diciembre de 2019 *“el cual se negó a firmar, entorpeciendo la labor de notificación por parte del funcionario del ICBF, por lo que la notificación personal se realizó con testigo.*

Sabido se tiene que, sobre el principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos que surjan entre personas naturales o jurídicas deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales.

Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia T-406 de 2005, en la que indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.” De acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar qué: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente



idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.” (Sentencia T – 072 de 2011).

Ahora bien, para desatar el presente asunto, lo primero que se concreta es que la solicitud de amparo deprecada no está llamada a prosperar, en tanto que no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad que comporta la acción de tutela, como a continuación se analiza, veamos:

EN CUANTO AL REQUISITO DE INMEDIATEZ

Ya atendiendo el caso objeto de estudio y de acuerdo con los hechos que relata la parte accionante, se observa que esta acción constitucional tiene como objeto, atacar la Resolución 242 del 26 de diciembre de 2019 del ICBF, donde, se ordenó, entre otras cosas, el “Cierre temporal y Suspensión inmediata del Servicio en el Hogar Comunitario de Bienestar familiar “Nube Luz”... a cargo de la Madre Comunitaria Sra, Nelly Arciniegas Reyes... adscrito a la APHB Perla del Fonce del Municipio de San Gil., en tanto que, la solicitud de amparo fue presentada el 28 de diciembre de 2020, y vale decir, 12 meses después de proferida dicha decisión, tiempo que sobrepasa el considerado por la jurisprudencia como prudencialmente razonable para poner de manifiesto la vulneración de derechos fundamentales y pretender su protección; circunstancia de orden temporal, que conlleva la ausencia del requisito de inmediatez. Siendo, que contaba desde ese momento con el tiempo necesario para iniciar el respectivo proceso ante lo contencioso administrativo y hacer uso de los mecanismos judiciales.

Sobre la inmediatez la Corte Constitucional en Sentencia T-091 de 2018, señaló:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. El requisito de la inmediatez tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como “un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”.

Adicionalmente, debe precisarse que en el sub examine no se evidencia prueba siquiera sumaria que permita establecer la existencia de un perjuicio irremediable producto de la actuación surtida por el ICBF y la APHB LA PERLA, pues la accionante no demuestra la afectación de la que pueda ser objeto, sólo hace referencia a que su desvinculación laboral trajo una crisis económica y emocional en su humanidad, debido a la depresión e incapacidad económica para el sustento de sus necesidades y la de los suyos, sin probar que efectivamente así suceda, por lo que, preciso resulta, evocar lo afirmado por el máximo organismo constitucional, en la sentencia SU-544 de 2001, al referir que en la tutela como mecanismo transitorio, no basta con la existencia de un peligro inminente para el Derecho Fundamental, sino que se requiere que de consumarse la vulneración, se ocasione un perjuicio irremediable. Es decir, que hay urgencia de tomar medidas cautelares, porque de no hacerlo, se consumaría un daño irreparable, y como corolario, si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización en principio resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio. En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral.

Y más adelante en la misma sentencia aludida, expresa:



“(…) La anterior exigencia guarda relación directa con la naturaleza cautelar de la tutela transitoria, pues de caducar o prescribir las posibilidades de acceso a la administración de justicia por causas imputables al demandante, mal puede la tutela fungir como mecanismo para revivir los términos ordinarios. De ser así, la tutela perdería todo carácter transitorio. De tramitarse, a pesar de dicho efecto jurídico, se tornaría en principal. En consecuencia, si los términos de caducidad o prescripción de la acción principal ya han operado, no es procedente la tutela como mecanismo transitorio. (…)”. (Negrilla y subraya del Despacho).

RESPECTO DE LA SUBSIDIARIEDAD

Reitérese, que la protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela, con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución, que impone a las autoridades de la República, proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, por medio de los distintos mecanismos judiciales previstos en la Ley “... De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1º del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991: “Artículo 86. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado **no disponga** de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como **mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**”. “Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando **existan** otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como **mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**. La **existencia** de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su **eficacia**, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. (Subrayas del texto). (...)⁴”.

Hilando lo anterior y el aspecto jurídico constitucional que se planteó como hermenéutica jurídica a desarrollar, este Juzgado considera que la presente acción constitucional no está llamada a prosperar en razón a que para el presente caso se debe dar aplicación a la regla general de improcedencia que ha decantado la Honorable Corte Constitucional a lo largo de su Jurisprudencia, que impide el abordaje de la acción de tutela como mecanismo principal o subsidiario precisamente por no encontrarse cumplido el requisito de subsidiariedad en lo que tiene que ver con los pedimentos de tutela que busca la accionante deben ser ordenados al ICBF y la APHB LA PERLA.

Como lo manifestado por la accionante, alegando la violación de su derecho fundamental al debido proceso, es que a través de esta acción constitucional se posibilite o habilite el escenario para atacar el procedimiento administrativo por medio del cual se efectuó el cierre temporal y suspensión del servicio del Hogar Comunitario Nube Luz; lo cierto es que para dicho objetivo cuenta con la vía administrativa ante la Autoridad Administrativa o los medios de control idóneos y específicos en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como es el caso de lo contemplado en los artículos 137 y 138 de la ley 1437 de 2011, de existir los presupuestos para ello, pudiendo hacer uso de la solicitud de nulidad directa o nulidad y restablecimiento del derecho que considera conculcado, así como de la solicitud ante el Juez Natural de la Suspensión Provisional de los actos atacados, como medida que genera eficacia en el trámite en procura de evitar el perjuicio derivado de los efectos de la presunción de legalidad como atributo propio de los actos administrativos, recuérdese al respecto la corte ha precisado “...La regla general de improcedencia de la tutela contra actos administrativos no solo tiene como fundamento la existencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino también la presunción de legalidad de que gozan dichos actos. **Al presumirse**

⁴ Ver Sentencia SU 0003 de 2018 Corte Constitucional.



válidos, la prueba de la ilicitud de los mismos debe tener lugar en un proceso que tenga un trámite idóneo para valorar estas manifestaciones de la voluntad de la administración. Por ello, salvo que circunstancias especiales lo requieran, no debería ser la acción de tutela el espacio en el cual se trate de controvertir las mencionadas presunciones...⁵ (negrilla del Despacho); puesto que la acción de tutela y la intervención del Juez Constitucional, no debe desplazar la competencia de la autoridad administrativa o el Juez Natural, evento en el cual el precedente jurisprudencial constitucional es exigente a la hora de dilucidar tales asuntos por la vía de la acción de amparo, más aun cuando no se acredita la existencia de un perjuicio irremediable.

Sobre el particular conviene traer a colación, lo que la alta Corporación Constitucional contempló en la sentencia precitada⁶, en donde manifestó:

“(...) 14. En cuanto a los mecanismos de defensa judicial considerados principales u ordinarios, es pertinente tener en cuenta que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás. Así, por ejemplo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa, bien puede ir acompañada de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado.

La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto. Sobre esta materia, la Corte ha señalado:

*“7.- Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, **la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de la administración. Y ello ocurre, precisamente, porque la misma Constitución (artículo 238) contempla la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos, que es resuelta desde el momento mismo de admitirse la demanda (Artículos 152 y siguientes del C.C.A.). El propio legislador fue consciente de la posibilidad de encontrar procesos enredados en el tiempo, y para ello diseñó esta importante medida.** La jurisprudencia de esta Corporación, en anteriores pronunciamientos, ha reconocido expresamente la eficacia de la suspensión provisional, en los siguientes términos:*

*‘Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual **la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiere escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos.** Sentencia T-533/98 MP. Hernando Herrera Vergara. (...).’ (Negrilla y subraya del Despacho).*

En el mismo sentido, de cara a las pretensiones de la demanda en que APHB LA PERLA inicie las acciones administrativas correspondientes relacionadas con el

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-840 de 2014. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Bogotá, D. C., once (11) de noviembre de dos mil catorce (2014).

⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



contrato de trabajo de la accionada NELLY ARCINIEGAS REYES, ante la Oficina del Trabajo, con el fin de que se emita autorización de suspensión del contrato laboral, se le continúe pagando el salario respectivo, hasta que sea emitida la autorización de suspensión del contrato laboral por parte de la oficina de trabajo y de ser otorgada la autorización para la suspensión del contrato laboral, se asuma únicamente el pago de los aportes a seguridad social que deban efectuarse hasta que se emita por parte del ICBF la decisión administrativa definitiva.

Véase entonces que las pretensión enlistada en la demanda suprallegal se resumen en que se declare la ineficacia de la suspensión del contrato laboral suscrito entre las partes accionante-empleado- y la accionada –empleador-; lo que deviene en un conflicto laboral entre ambos extremos del litigio que debe ser definido ante la jurisdicción ordinario laboral a decir del Artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, que designó a dicha jurisdicción la competencia para resolver “*controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios, usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras...*”; dada la naturaleza de las pretensiones cuya procedencia amerita un análisis probatorio de los supuestos en que se materializó la referida determinación por parte de la empresa y sobre el cumplimiento o no de las exigencias legales preestablecidos en Código Sustantivo de Trabajo (Artículo 51 C.S.T), y que deben ser dilucidados por la jurisdicción ordinaria laboral hoy día en trámite de oralidad según lo normado en el Decreto Ley 2158 De 1948 (Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social), con agotamiento de todas las etapas respectivas previo análisis y contradicción de las probanzas recaudadas y aportadas en legal forma y cuyo agotamiento no se demostró en el caso de marras.

Rememórese que la tutela no puede concebirse como un medio judicial que sustituya lo mecanismos consagrados en la constitución y en las leyes, ni como proceso alternativo para que el interesado pueda escoger a cambio de los ordinarios o especiales, procesos establecidos para administrar justicia y hacer efectivos los derechos constitucionales y legales, pues de ser así estaría violando el debido proceso e igualdad de los demás actores del sistema.

En el anterior entendido, se finiquitará el presente asunto previa consideración de que no se llegó al convencimiento de la amenaza o vulneración de otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten análisis y pronunciamiento de fondo de orden constitucional, razón por lo que la accionante debe acudir ante la administración, la Jurisdicción Contencioso Administrativa y laboral para ventilar sus inconformidades, puesto que la acción de tutela y la intervención del Juez Constitucional no debe desplazar la competencia de la autoridad administrativa o el Juez Natural, más aun cuando no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable dados los medios de control del proceso contencioso administrativo, laboral y las medidas cautelares previas como la suspensión provisional de los actos objeto de cuestionamiento que se pretende por vía de amparo, teniendo los mecanismos eficaces para la defensa de los derechos en cuestión con que cuenta el accionante.

Además, es indispensable advertir que este Estrado no hará pronunciamiento, respecto de la valoración de las pruebas y su presunción de legalidad, toda vez que dichas circunstancias, se itera, deben ventilarse dentro del proceso que se promueva ante el Juez Natural de la controversia administrativa y laboral.

Corolario de lo anterior, el amparo constitucional en lo referente al Derecho Fundamental al Debido Proceso no está llamado a prosperar y como colofón se decretará la improcedencia por inmediatez y subsidiariedad, con los demás pronunciamientos a que haya lugar. Se dispondrá además lo consecuente con la notificación del fallo y su envío a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.



con la notificación del fallo y su envío a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA IMPROCEDENCIA por Inmediatez y subsidiariedad, ante la inexistencia de perjuicio irremediable de la acción de tutela instaurada por la abogada ANGIE PAOLA CARREÑO RAMÍREZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 1.100.973.297 de San Gil y portadora de la Tarjeta Profesional de Abogada No. 347.796 del C.S. de la J., actuando en calidad de apoderada Judicial de NELLY ARCINIEGAS REYES, con Cédula de Ciudadanía número 37'892.200 expedida en San Gil, en contra de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA PERLA DEL FONCE representada legalmente por ÁGUEDA MILENA CACUA FERREIRA, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 37'899.734 expedida en San Gil, a la que fuera vinculado el CENTRO ZONAL SAN GIL DEL ICBF, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

TERCERO. Contra este fallo procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

QUINTO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ

CDBJ/vjt