

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO

SINCELEJO – SUCRE

ACCIONANTES : FUNDACIÓN AUTÓNOMA DE LA MOJANA

ACCIONADOS : ICBF-CENTRO REGIONAL SUCRE; ICBF SEDE DIRECCION GENERAL Y OTROS.

Radicado No. : 70.001.31.05.001.2023-00027-00

Sincelejo, Abril veinticinco (25) de dos mil veintitrés (2023).

I.ANTECEDENTES

1.1. Hechos Relevantes.

1.- En ejercicio de la acción de tutela la ciudadana ELSI MARIA PALENCIA TOVAR en calidad de representante legal de la FUNDACIÓN AUTÓNOMA DE LA MOJANA interpone acción de tutela en contra del ICBF – CENTRO REGIONAL SUCRE; SEDE DIRECCIÓN GENERAL DEL ICBF y PERSONAS JURÍDICAS QUE INTEGRAN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE OFERENTES DE CONTRATOS DE APORTES DE SERVICIOS DE ATENCION A LA PRIMERA INFANCIA, DIRIGIDO POR EL APLICATIVO BETTO DEL ICBF REGIONAL SUCRE, por considerar vulnerados, por parte de las accionadas su derecho fundamental al debido proceso administrativo en conexidad con el principio de la seguridad jurídica y la confianza legítima.

2.- Fundamenta la accionante el ejercicio de su acción, en los siguientes hechos:

Que el Gobierno Nacional habilitó una plataforma tecnológica online denominada: SIPA/BETTO en donde se llevarán a cabo los procesos de contratación para proveer servicios relacionados con la atención de la primera infancia, Betto es una herramienta tecnológica enmarcada en el Plan de Modernización del ICBF, creada para garantizar la transparencia, objetividad y excelencia en la contratación de los servicios de primera infancia. A través de la inteligencia artificial, machine learning, a Data analytics, Betto evalúa y elige a los mejores operadores previamente habilitados en el Banco de Oferentes de primera infancia para la prestación del servicio de educación inicial de calidad en todos los municipios del país, esta herramienta tecnológica se basa en inteligencia artificial y algoritmos, cuya principal función es eliminar todo el riesgo de adjudicaciones 'a dedo' o con alguna irregularidad, para proveer servicios relacionados con la atención de la primera infancia.

Que luego de que Betto evalúa a todos los operadores, elige a los mejores y como resultado final les ADJUDICA el contrato.

Que en el caso en concreto, la FUNDACIÓN AUTÓNOMA DE LA MOJANA se postuló en el nuevo proceso de selección de servicios integrales de primera Infancia del año 2023 en el Departamento de Sucre para fungir como operadores en los programas que se llevaran a cabo en el municipio de GUARANDA, SUCRE, cuyo proceso de selección se identificó con numero de invitación: 2023-70-77990103.

Que el día jueves 29 de diciembre del 2022, ICBF publicó en su página el informe final de evaluación del proceso de selección de oferentes que prestarán los servicios integrales de primera infancia en 2023, sin embargo, indicó que los oferentes tenían hasta el día 30 de diciembre del 2022 para presentar observaciones a través de la plataforma.

Que culminada la etapa de revisión de observaciones, ICBF publicó el informe final que arrojó la herramienta Betto, en donde su entidad obtuvo la mejor puntuación y en consecuencia el sistema le ADJUDICÓ el contrato para llevar a cabo la operación en el municipio de Guaranda, Sucre.

Que como consecuencia de lo anterior, desde el ICBF REGIONAL SUCRE los llamaron a indicarles que desde el día 30 al día 31 de enero del 2023 les enviarían un documento llamado -Manifestación de interés - en donde les indicarían unas directrices para adjuntar una documentación para la elaboración del contrato que posteriormente sería cargado en el sistema secop.

Que día 30 de enero NO llegó ninguna información a su dirección de notificaciones, motivo por el cual se dirigió personalmente a las instalaciones de ICBF el pasado 31 de enero a preguntar por la documentación, y un funcionario encargado del proceso de contratación le indicó que el proceso de contratación estaba tardándose, pero que ese mismo día en horas de la tarde le notificaban del mismo, que todo se encontraba en orden.

Que pasaron las horas y dicho documento nunca llegó, por lo que el día 1 de febrero del 2023 se acercó nuevamente a las oficinas, y el funcionario público de contratación me indicó que su contrato no salió porque no respondieron al correo que les enviaron con la supuesta manifestación de interés, que como consecuencia recientemente el director de ICBF REGIONAL SUCRE, atendió un llamado que le hicieron desde la SEDE DE DIRECCIÓN GENERAL DE ICBF, en donde supuestamente le ordenaron que firmara un contrato con otra entidad para operar en la zona donde fueron ganadores.

Que nunca se les notificó del supuesto documento "*Manifestación de interés*", y, entrando en gracia de discusión, de haber sido así, el día 1 de febrero del 2023 aun estaban a tiempo para enviar la documentación que supuestamente les requirieron a través de notificación. De otra parte, indica, que el funcionario no quiso brindarles información acerca de la otra entidad que supuestamente ya fue contratada por directrices de la SEDE DE

DIRECCIÓN GENERAL DE ICBF; pasando por alto la decisión del sistema Betto que aún se encuentra colgada en la página oficial de ICBF.

Que resulta importante indicar que el inicio de los programas de servicios integrales de primera infancia en 2023 es a partir de la segunda semana del mes de febrero del 2023, ello por tratarse de un servicio esencial de forma continua, resaltando, que cada año el ICBF realiza una nueva contratación a través del Betto para escoger los nuevos operadores, ergo, por cuestiones de tiempo resultaría improcedente enviar un derecho de petición a las dependencias accionadas para reclamar sus derechos, más aún, no sería procedente iniciar un trámite ante las justicia ordinaria o contenciosa administrativa, porque precisamente los programas deben iniciar en 15 días y si acuden ante estos mecanismos jurídicos; el tiempo durante el cual fungirán como operadores -vigencia del año 2023- se agotaría y luego vendría otra contratación en la cual no tendrían ningún derecho, más aún, el proceso de contratación en otros municipios ya se está llevando a cabo; ya han firmado contratos. Así las cosas, la decisión en derecho que ha de tomarse deberá ser en el menor tiempo posible antes de que el daño sea consumado; por la violación del debido proceso administrativo.

Que radicó solicitudes de información prioritaria para luego anexarlas al presente trámite de tutela, las solicitudes se encontraran en el acápite de pruebas (Oficio 016,017 y 018)

Que si existe algún mecanismo jurídico idóneo para encontrar una solución a la violación de nuestros derechos fundamentales; sería la acción de tutela, de nada serviría hacer una denuncia ante los entes de control que hoy en día se encuentran repletos de expedientes y que seguramente esta se iría a larga fila de espera, los programas ya están prósperos a empezar, y no sería justo que un programa empiece con operadores que llegaron al puesto de forma fraudulenta o por equivocación de los sistemas.

Que “no solamente está en juego los derechos de su entidad, sino también, los derechos de los niños y niñas que si no se toma una decisión cuanto antes;

pasaran a ser atendidos por operadores que actúan contrario a derecho a través del fenómeno social de corrupción, y, así como se roban de manera abrupta nuestro puesto, también se robarán la comida de los niños y niñas. Sucede que en Colombia dejamos que pasen las cosas y cuando vamos a reaccionar ya es demasiado tarde, Colombia está llena de bombas sociales, y una de estas bombas sociales son algunos funcionarios de ICBF y sus Operadores aliados.”

PRETENSIÓN:

Solicita la accionante se tutelen los derechos invocados y en consecuencia, (1) se ordene, al ICBF REGIONAL SUCRE, que de manera inmediata y sin más dilaciones proceda con el envío de los documentos que se necesitan para adelantar el proceso de contratación con su entidad. (2) Subsidiariamente solicitan, que en el evento de encontrarse una actuación administrativa que haya sido edificada violando el debido proceso, y como consecuencia se les ha negado el derecho que ya estaba reconocido a su entidad, se ordene la nulidad de dicha actuación y que se les dé la oportunidad de presentar sus respectivos descargos o recursos de ley.

ACTUACIÓN JUDICIAL

Por auto de fecha 06 de febrero de 2023 se admitió la presente acción de tutela, se negó la medida provisional solicitada y se corrió traslado a la entidad accionada siendo notificada a través de su correo electrónico, igualmente, se ordenó a las entidades accionadas efectuar publicación del auto admisorio y de la demanda de tutela en su página web, para efectos de la notificación a las personas jurídicas que integran el proceso de selección de oferentes de contratos de aporte de servicios de atención a la primera infancia, dirigido por el aplicativo BETTO del ICBF Regional Sucre.

Mediante auto de abril 14 de 2023 se ordenó obedecer lo resuelto por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, Sala Civil-Familia-Laboral el que

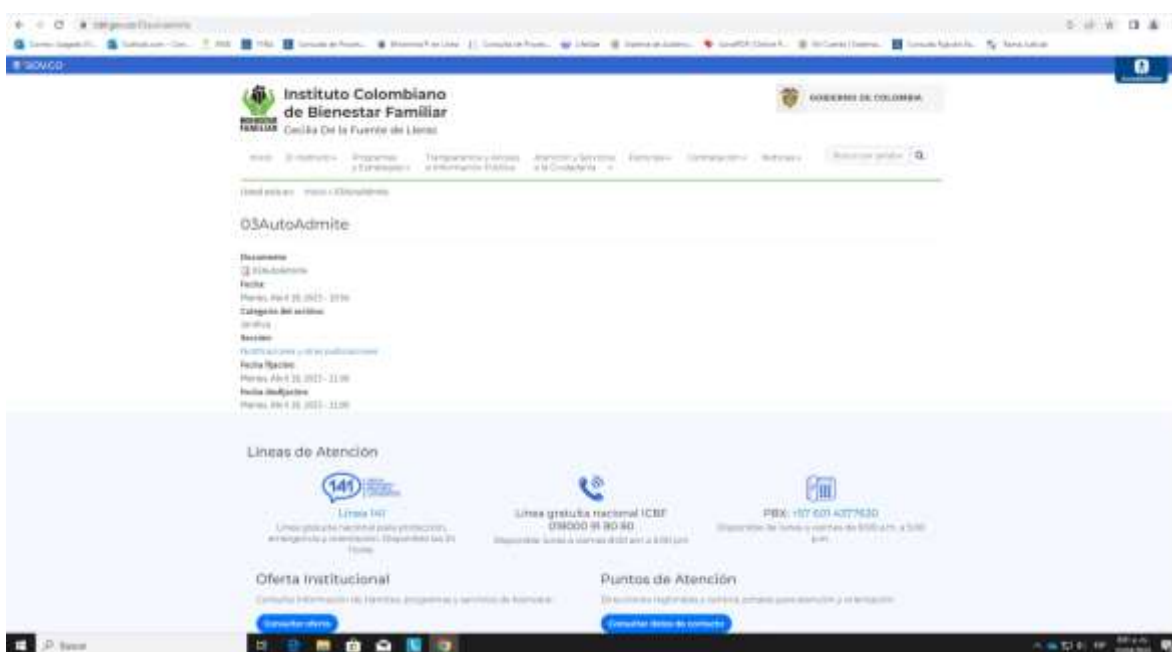
mediante auto de fecha 23 de marzo de 2023 y notificado a este Juzgado en abril 13 de la misma anualidad, resolvió:

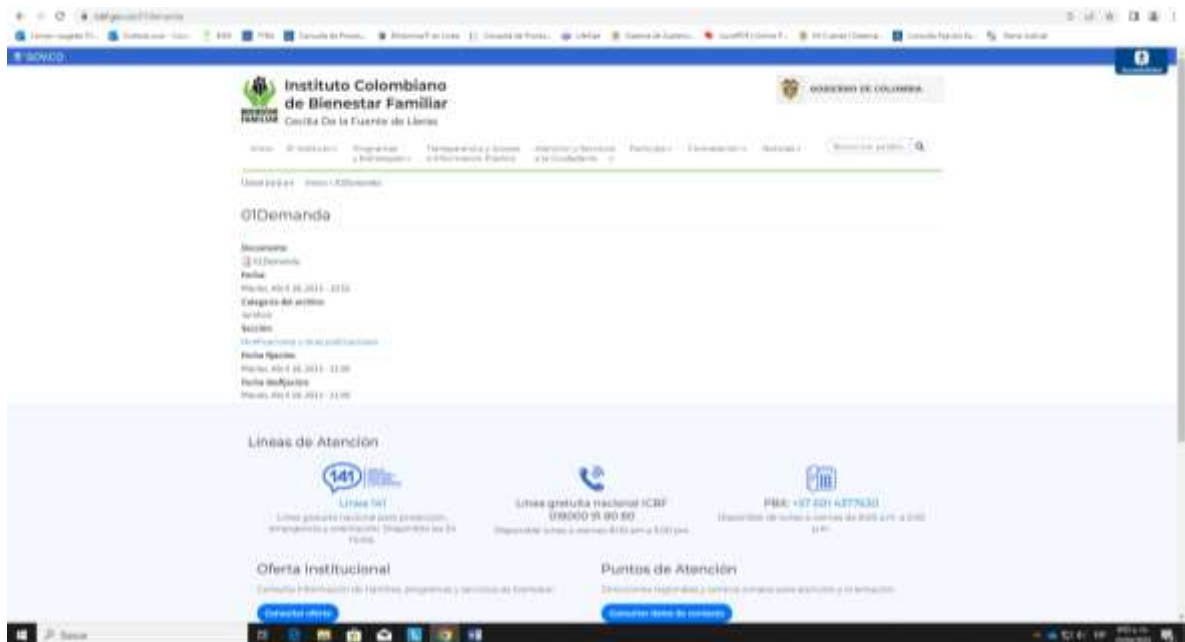
“PRIMERO: *Decretar la nulidad de todo lo actuado en esta tutela, a partir del auto que la admitió a trámite, sin perjuicio de la validez de las contestaciones y las pruebas, en los términos del inciso 2° del artículo 138 del Código General del Proceso.*”

“SEGUNDO: *Remitir el expediente al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo, Sucre para que se notifique a las personas jurídicas que integran el proceso de selección de oferentes de contratos de aporte de servicios de atención a la primera infancia, dirigido por el aplicativo BETTO del ICBF, regional Sucre, y una vez hecho ello, profiera la correspondiente sentencia de mérito que desate esa instancia.*”

La parte accionante adicionó el acápite de demanda y solicitud de medida cautelar, la cual fue negada por el Despacho teniendo en cuenta lo dispuesto en el ordinal segundo antes transcrito.

Conforme a lo ordenado por el Superior, y por desconocer el Juzgado el nombre de las personas a vincular, se requirió a la entidad accionada para que efectuara la publicación en su página web del auto admisorio y demanda de tutela tal como le fue ordenado en auto de fecha 6 de febrero del cursante año, lo cual efectuó el día 18 de abril de 2023, como se aprecia en las siguientes imágenes tomadas de su página web:





La Contradicción:

Notificada del libelo inicial, la accionada dio respuesta a través del Director del ICBF Regional Sucre, quien informa que atendiendo lo expresado y solicitado en el escrito de tutela *“es preciso manifestar que el ICBF REGIONAL SUCRE no ha violado los derechos fundamentales a la petición, toda vez que revisado los documentos probatorios aportados por el accionante se observa que las solicitudes y/o peticiones fueron radicadas al correo de atencionalciudadano@icbf.gov.co, el día 3 de febrero de 2023 de la siguiente forma: solicitud o petición 016 radicada el día 03/02/2023 a la 1:31 pm; solicitud o petición 017 radicada el día 03/02/2023 a la 1:34 pm y la solicitud y petición 018 radicada el día 03/02/2023 a la 1:39 pm”*

Por lo anterior, considera que aún no se encuentra vencido el término otorgado por el CPACA en su artículo 14 para dar respuesta a sus peticiones y en consecuencia, solicita se declare la improcedencia de la acción instaurada.

CONSIDERACIONES:

2.1. Problema Jurídico Principal

El asunto se contrae a determinar si la accionada ha vulnerado los derechos al debido proceso administrativo en conexidad con el principio de la seguridad jurídica y la confianza legítima de la FUNDACIÓN AUTÓNOMA DE LA MOJANA, y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para la protección que depreca.

2.2. Marco Normativo y Jurisprudencial

El constituyente de 1991 consagró la acción de tutela como un mecanismo judicial de defensa que da origen a un procedimiento expedito y eficaz, cuyo único fin es brindarle protección a los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que de la acción u omisión proveniente de cualquier autoridad pública o de un particular, en los casos establecidos en la Ley, resultaren ellos amenazados o violados.-

Nuestra Constitución Política, establece que la acción de tutela es tiene un carácter preferente, sumario y subsidiario. Esta subsidiariedad se refiere a que la acción de amparo solo procede como medio principal cuando no existen medios ordinarios que sean aptos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, ante inminencia de un perjuicio irremediable, se puede acudir a esta acción para que aplique como un mecanismo transitorio que evite una afectación grave a los derechos fundamentales de las personas, conforme lo establece el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T 188 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), expresó:

“Atendiendo al requisito de subsidiariedad, la acción de tutela procederá cuando: (i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo de defensa o (ii) existiendo no sea eficaz y/o (iii) no sea idóneo. Igualmente, (iv) cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable, en tal hipótesis la acción procederá como mecanismo transitorio.”

De acuerdo con este requisito, en palabras del Máximo Tribunal Constitucional, *“la acción de tutela solo será procedente cuando (i) no exista*

en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable. Pues bien, en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en “el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual”¹. (Subraya el Juzgado).

Y más recientemente, frente al carácter subsidiario del mecanismo de amparo, el Alto Tribunal Constitucional en precisó:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales 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. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración

¹ Sentencia T-041 de 2014, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo."²

Atendiendo el cumplimiento del principio de subsidiariedad, como elemento indispensable para la procedencia de la acción de tutela observa el Despacho que al no haberse invocado esta acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, desde ya se advierte su improcedencia, pues cuenta entidad la accionante con otro medio de defensa judicial como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, constituyendo un medio efectivo para proteger los derechos que se puedan ver vulnerados por actuaciones de la administración, conforme a lo dicho en sentencia T-360 de 2017 de la H. Corte Constitucional, cuyo texto pertinente se transcribe:

Las medidas cautelares en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y la subsidiariedad de la acción tutela.

La cuestión jurídica a resolver consiste en saber si la eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es suficiente para convertir la acción de tutela en improcedente, dado que la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo) consagró un sistema de medidas cautelares nominadas e innominadas que bien podrían tener la finalidad de ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Estas medidas buscan proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. De manera que resulta pertinente preguntarse si es improcedente la acción de tutela cuando el actor tiene a su disposición un mecanismo judicial que consiste en la solicitud de la adopción de medidas cautelares nominadas e innominadas, es decir, cualquier medida u orden que sea necesaria para proteger el objeto del litigio, evitar un perjuicio y garantizar la ejecutabilidad de la sentencia, en los términos del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.

La flexibilidad que trae la Ley 1437 de 2011 para adoptar cualquier medida cautelar necesaria para la protección o conservación del derecho

² Corte Constitucional, Sentencia T-480/2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

ha facultado a los jueces administrativos para que examinen la necesidad de la medida, incluso de manera autónoma y previa a la interposición de la demanda. Esto significa que cuando existe urgencia, ni siquiera se requiere haber interpuesto la acción de fondo para solicitar la medida cautelar. Lo anterior, junto con la posibilidad que tiene el juez administrativo de decretar medidas de urgencia sin que sea necesaria la notificación y el pronunciamiento de la otra parte, ha intensificado la eficacia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para proteger de manera adecuada los derechos fundamentales.”

En efecto, según la jurisprudencia precitada debe acudirse a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por ser el sendero expedito, idóneo y eficiente para decidir el caso materia de estudio y no la Justicia Constitucional. Ahora, La Ley 1437 de 2011 en su artículo 138, establece:

“NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

En ese orden de ideas, si la accionante considera que la contratación con la otra entidad fue efectuada sin el lleno de los requisitos legales, la resolución de dicha actuación correspondería, como se ha dicho, a la Jurisdicción contenciosa administrativa en su caso y además **en dicha jurisdicción cuenta la actora con un sistema de medidas cautelares nominadas e innominadas, las cuales tienen la finalidad de ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión**, de manera que no es la acción de tutela el único mecanismo idóneo y eficaz como lo advierte en su libelo de tutela.

Finalmente, concluye el Juzgado que la libelista cuenta con una vía expedita para su reclamo, preexistiendo un sendero procesal indicado en la normatividad legal, conforme a los derroteros indicados en inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Nacional, en diáfana armonía con el artículo 6° del Decreto

2591 de 1991, Reglamentario de la Acción de Tutela. Para el caso que nos ocupa, no cumple con el requisito de subsidiariedad, dado que la Acción de Tutela se hace exigible en forma transitoria cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial; pues, si existe un sendero judicial idóneo y efectivo la tutela no puede prosperar, salvo el caso, que se ocasionare un daño irreparable que hiciera inane el fallo proferido por el operador ordinario, el cual en el sub examine no fue probado, además la acción de amparo no fue instituida como una vía alterna de las acciones ordinarias, o, para revivir oportunidades procedimentales agotadas.

Corolario de lo anterior, resulta claro para el Juzgado que debe declararse la improcedencia de la presente acción de amparo, en virtud a que, como se expuso antes, al ostentar la misma un carácter subsidiario no puede invocarse de forma paralela o alternativa para resolver los problemas jurídicos al interior de los trámites ordinarios o administrativos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo, administrando Justicia en nombre del Pueblo de Colombia y por mandato de la Constitución,

FALLA:

PRIMERO: Denegar, por improcedente la tutela instaurada por la FUNDACIÓN AUTÓNOMA DE LA SABANA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese este proveído a las partes por el medio más expedito y eficaz a más tardar al día hábil siguiente de haber sido proferido.-

TERCERO: ordénase al ICBF publicar esta sentencia en su página web con el objeto de notificar a las personas jurídicas que integran el proceso de selección de oferentes de contratos de aporte de servicios de atención a la primera infancia, dirigido por el aplicativo betto del ICBF, regional Sucre,

CUARTO: Si el presente fallo no fuere impugnado, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Mabel Del Socorro Castilla Rodriguez

Juez(a)

Juzgado 001 Laboral Del Circuito De Sincelejo - Sucre

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:

**cea29936d2385dcb9e10869e74c6b2ad48e3c9db2714bbc9f79e41b0270c4a
7b**

Documento firmado electrónicamente en 25-04-2023

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx>