



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA
SALA PENAL**

NULIDAD TRÁMITE DE TUTELA

R E F E R E N C I A

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

Radicación:	13-001-31-04-004-2022-00054-01
No. I. Tribunal:	Grupo T-2ª No.0260/2022
Motivo decisión:	Tutela de 2ª instancia
Accionante:	José David Rivera Martínez
Derecho:	Debido proceso y otros
Decisión:	Nulidad
Aprobado:	Acta N° 135

Cartagena, 05 de agosto del 2022

1.- Asunto

Sería del caso entrar a estudiar de fondo la impugnación presentada por la parte accionante en contra del fallo de fecha seis (06) de julio de dos mil veintidós (2022), proferido por el **Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena**, dentro de la acción de tutela instaurada por el ciudadano **José David Rivera Martínez**, quien funge como representante legal de la **Asociación Juvenil Visión Futura**, y actuando a través de apoderada judicial, en contra del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, si no fuera porque se observa una invalidez de la actuación que amerita la nulidad de la misma.

2.- Fundamentos de la acción.

Refiere la profesional del derecho, que su mandante, esto es, el señor José David Rivera Martínez, en calidad de representante legal de la Asociación Juvenil Visión Futura, participó mediante la *plataforma betto* en las 20 invitaciones públicas ofertadas por el ICBF, para la prestación de los servicios de atención a la primera infancia en los departamentos de Bolívar, Magdalena y Sucre.

Expresa la abogada, que el día 19 de mayo de 2022, fue publicado el informe final de la evaluación de la mentada invitación pública, en donde el ICBF aplicó a la Asociación Juvenil Visión Futura, *una sanción de amonestación escrita*, la cual obedeció a un proceso sancionatorio administrativo de contrato No. 172 de 29 de enero de 2016, ejecutoriado y liquidado. Señala que la calificación emitida por el comité evaluador del proceso de contratación para el Programa de Primera Infancia, utiliza como fuente veraz de la información relacionada con el componente sanciones, el registro de sanciones que alimenta y actualiza la jefe de la oficina de aseguramiento de la calidad, Roció Gómez Rodríguez.

Anota la abogada, que el comité evaluador, basándose en la información que suministra el registro de sanciones de la oficina de aseguramiento de la calidad del ICBF, en el contexto de la calificación a aplicar a los interesados de la I.P. 003 de 2019 y entre quienes está, la Asociación Juvenil Visión Futura, observa que, su mandante, está sancionada con



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

amonestación escrita vigente, sin embargo, en su criterio, este llamado de atención al interesado, data de 24 de diciembre de 2018, con fecha de ejecutoria 5 de febrero de 2019 y que no aplica término de sanción, porque es un simple llamado de atención a los antecedentes del interesado, no obstante, dicho comité conmina a que a su mandante se le descuenten diez (10) puntos que efectivamente la perjudican en sus aspiraciones para convertirse en seleccionado para contratar con el ICBF.

Refiere que la sanción amonestación escrita impuesta a su mandante y vigente en el registro de sanciones, a la fecha de calificación por parte del comité evaluador, le generó un grave perjuicio porque no solo lo descalificó en las 20 manifestaciones de interés presentadas en la I.P. 003 de 2019, sino que lo colocó en desventaja y/o desigualdad frente a los demás interesados. Anota la demandante, que la jefe de aseguramiento de la calidad del ICBF siendo la líder encargada del proceso de registro de sanciones, incurrió en la omisión y falla de mantener en el mencionado registro, la amonestación escrita de la Asociación Juvenil Visión Futura, que debió ser levantada desde el pasado 5 de febrero de 2022, y no mantenerla como si fuera una *sanción perenne*. Indica que esa omisión generó una falla en el servicio prestado por la jefe de la oficina de aseguramiento de la calidad, viciando de nulidad el proceso de selección que se inició con la I.P. 003 de 2019 de 28 de febrero de 2022.

Por lo expuesto, sostiene que la afectación de esta falla en el proceso de calificación de su mandante, se hizo evidente en el número de manifestaciones de interés descalificados, pues el único contrato adjudicado, correspondiente a la I.P. No. 2022-13-77880182 del Municipio de Montecristo, Regional Bolívar. Puesto que los puntajes recibidos en el acápite de sanciones de las diferentes manifestaciones de interés, fue de veinte (20) puntos, en lugar de 30, lo que le generó ocupar el segundo lugar en tres (3) propuestas, la nulidad de una de ellas, la adjudicación de una (01) de las propuestas y la exclusión de catorce (14) de las invitaciones, lo que indica que su mandante se encuentra vetada para ser seleccionada como operador del Programa de Primera Infancia del ICBF.

Anota la gestora, que su mandante, fue notificada el día 19 de mayo de 2022, de los puntajes y las observaciones, a través de la página, pero sin la debida la motivación y fundamento legal, lo que también lesionó el debido proceso, viciándolo de nulidad en este trámite procesal, porque el comité evaluador se sustrajo, de este deber legal y procedimental. En tanto, a voces de la actora, el comité evaluador está obligado a publicar y notificar las razones y los fundamentos legales en que se ampararon para descalificar a la Asociación Juvenil Visión Futura, con lo cual se configura la violación del debido proceso, con excepción del contrato adjudicado.

Señala que una vez se surtió la etapa de evaluación anotada, tal como lo exige el proceso de publicar los resultados definitivos de los oferentes, atendiendo a la oportunidad procesal para hacerlo, se apertura la etapa de observaciones el día 19 de mayo de 2022, en la cual todos los participantes formulan sus respectivas observaciones para ejercer el derecho de defensa de las calificaciones recibidas que no le sean favorables, subsanando con ello el criterio utilizado por el comité de evaluación frente al componente sanciones.

Asevera, que el día 23 de mayo de 2022, la Asociación Juvenil Visión Futura, presentó dentro de la oportunidad procesal, su escrito de observaciones correspondientes a dieciocho (18) de las propuestas presentadas, y en cada una de las cuales afirma que subsanaron los



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

componentes que les fueron desfavorables, siendo común en las dieciocho (18) propuestas, el componente denominado sanciones, el cual fue calificado basado en una sanción de amonestación escrita que, a esa fecha debía haber cumplido tres (3) meses y dieciocho (18) días. Razón por la cual afirman haberle informado al comité evaluador, que si bien es cierto en el registro de sanciones se le impuso una amonestación escrita, también lo es, que a la fecha se encuentra surtido, en razón a que, el pasado 5 de febrero de 2022, llegó a su fecha de expiración.

De otra arista anota togada, que presentaron peticiones el día 07 de junio hogaño, las cuales fueron enviadas de manera física al Banco de Oferentes, al ICBF en sus regionales Magdalena, Bolívar y a los encargados de administrar la plataforma betto, señalando que la misma no fue resuelta por ninguno de los mencionados, por lo que sostiene haberla reenviado por correo electrónico los días 8 y 9 de junio del presente año, afirmando que solo recibió respuesta de parte de la Oficina de Aseguramiento de la Calidad, la cual expresó que la amonestación escrita permanecerá hasta que se cumplan cinco (5) años, sin embargo, considera la parte actora que dicha sanción solo debía permanecer por tres años.

Por todo lo anterior, solicita que se protejan los derechos fundamentales de su mandante y como consecuencia de ello, pide que se impartan las siguientes ordenes:

“PRIMERO: Se conceda la **medida provisional deprecada**, y se ordene a la Directora Representante Legal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILAR -ICBF- que ordene a los (las) directores (as) de las Regionales Bolívar, Sincelejo y Magdalena suspender de manera inmediata la adjudicación de los contratos relacionados con las veinte (20) invitaciones públicas (...) Convocada para el día 28 de febrero de 2022, así como cualquier otra etapa del proceso que vulnere mis derechos fundamentales.

SEGUNDO: Ordenar a la Directora Representante Legal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILAR - ICBF- para que, a través de la Oficina de Aseguramiento de la Calidad, levante del Registro de Sanciones, la sanción de amonestación escrita, impuesta por la Dirección General del ICBF, mediante la Resolución No. 14743 del 24 de diciembre de 2018.

TERCERA: Ordenar al Directora del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILAR – ICBF que dentro del proceso de Invitación Pública para contratar identificado con el número 003 con nombre de la Invitación: CONTRATACIÓN 2022 DE INTERESADOS HABILITADOS EN EL MARCO DE LA IP 003 DE 2019 (ACTUALIZACIÓN 2021) ACTUALIZACIÓN DEL BANCO NACIONAL DE OFERENTES DE PRIMERA INFANCIA IP-003-2019, PARA LOS SERVICIOS DE EDUCACIÓN INICIAL EN EL MARCO DE LA ATENCIÓN INTEGRAL A CARGO DE LA DIRECCIÓN DE PRIMERA INFANCIA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILAR, permita a la ASOCIACION JUVENIL VISION FUTURA entidad que represento, confirmar la radicación de la información cargada en la plataforma BETTO incluyendo las observaciones interpuestas, así como la realización de acciones correspondientes para que la ASOCIACION JUVENIL VISION FUTURA, sea nuevamente evaluada en igualdad de condiciones con las demás entidades ofertantes.

CUARTA: Se sirva solicitar la suspensión de todos los actos derivados del proceso de evaluación por ser violatorios al debido proceso” (Sic).



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

3.- Actuación procesal

3.1.- El día 17 de junio de 2022, el **Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena**, admitió la presente acción de tutela mediante auto que ordenó darle traslado al **ICBF**, y al tiempo ordeno la vinculación de los **integrantes del proceso de selección de las veinte (20) invitaciones públicas ofertadas por el ICBF**, para la prestación de los servicios de atención a la primera infancia en los departamentos de Bolívar, Magdalena y Sucre.

3.2.- El **ICBF**, rindió informe a través de **Eliana Moreno Angulo**, en calidad de apoderada judicial, manifestando que el amparo constitucional es improcedente, ya que no cumple los requisitos de trascendencia iusfundamental y subsidiariedad.

Refiere la autoridad demandada, que es cierto, que a la parte hoy accionante le fueron descontados 10 puntos en el proceso de invitación pública, ello, se debió a que la Resolución 7946 del 21 de octubre de 2021, modificada por la Resolución No. 1666 de 2022, estableció en el artículo tercero, numeral 3, sub numeral 2, numeral 2.2, lo siguiente *“TRAYECTORIA Y SANCIONES (...) En el evento en que la EAS tenga sanción de amonestación escrita impuesta por la Dirección General en el marco de un proceso de inspección, vigilancia y control se descontarán sólo 10 puntos en este criterio (...)”* Seguidamente indica *“... Para obtener el puntaje relacionado con los procesos sancionatorios contractuales ejecutoriados, el interesado no deberá tener sanciones impuestas durante los últimos tres (3) años contados desde la fecha de envío de la invitación. En el caso de los procesos administrativos sancionatorios derivados de las acciones de inspección, vigilancia y control al Servicio Público de Bienestar Familiar, el interesado no deberá tener sanciones impuestas durante los últimos cinco (5) años contados desde la fecha de envío de la invitación conforme a lo señalado en el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).”* En esa medida, resalta que la sanción impuesta a la accionada, en su oportunidad, mediante Resolución 14743 de 24 de diciembre de 2018, corresponde al proceso establecido en el Título VI y ss de la Resolución 3435 de 2016, por lo que dicha sanción se enmarca en el segundo supuesto antes indicado.

Indica la accionada, que esta regla fue previamente conocida por la accionante y pretender que se aplique de manera diferente lesiona el derecho a la igualdad de 820 proponentes que presentaron más de 11.000 manifestaciones de interés en las 1.076 invitaciones publicadas del proceso de selección.

Anota la demandada, que la accionante Asociación Juvenil Visión Futura, no ha sido, ni fue descalificada en ninguna de las 20 manifestaciones donde presentó manifestación de interés, ya que en la Resolución 7946 de 2021, modificada por la Resolución 1666 de 2022, no se establece esta figura, señalamiento además contradictorio y temerario, dado que tal como lo asegura la parte demandante le fue adjudicado el contrato correspondiente a la invitación 2022-1377880182, como en efecto sucedió y se puede verificar en el informe definitivo criterios de selección.

Sostiene la accionada, que con relación al derecho de petición al que hace referencia la accionante, el mismo fue respondido por la Oficina de Aseguramiento de la Calidad el día 9 de junio de 2022. Seguidamente expresa, que no han vulnerado las garantías fundamentales de la parte actora, pues el hecho de que la parte accionante haya presentado



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

una amonestación la cual le causara que le disminuyera la calificación, no es atribuible a un actuar arbitrario de la entidad.

Finalmente, sostiene que en este caso, no se supera el requisito de subsidiariedad, ya que la parte accionante no ha agotado los medios de defensa judicial dispuestos en el CPACA (medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho), el cual es el medio idóneo para controvertir los actos administrativos expedidos y en especial las decisiones adoptadas en el desarrollo del proceso administrativo de selección II de los contratistas habilitados en el banco nacional de oferentes y que prestarán los servicios de Primera Infancia en la vigencia 2022 a las diferentes Regionales del ICBF. Además de ello, considera que la parte accionante no acredita la existencia de un perjuicio irremediable, lo cual permita concluir o suponer que la protección constitucional no es necesaria; máxime si se tiene que en cuenta, que la lista de elegibles elaborada en cada invitación pública como resultado de la evaluación realizada por los comités evaluadores designados por los ordenadores del gasto de cada regional, no crea un derecho consolidado a favor de los oferentes ubicados en el primer orden de elegibilidad, por tal motivo no puede alegar el accionante un presunto perjuicio irremediable, toda vez que no existe ninguna obligación por parte del ICBF frente a los oferentes que resulten habilitados.

3.3.- Ulteriormente el Juez cognoscente, el día seis (06) de julio de dos mil veintidós (2022), el **Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena**, resolvió *negar por improcedente* el amparo constitucional deprecado por el señor **José David Rivera Martínez**.

Argumentó el juez de primera instancia, que el caso en comento, se trata de una controversia administrativa, sobre actos administrativos expedidos al interior de un proceso de licitación pública la cual fue ofertada por el ICBF, por tal motivo, considera que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, el cual es el eficaz y el idóneo para dirimir las controversias suscitadas, como lo es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Señalo además el *a quo*, que la parte accionante, no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

3.4.- Una vez notificada la anterior decisión, la parte accionante, la impugnó, argumentando que el debate constitucional giró en torno a que, la entidad accionada Instituto Colombiano de Bienestar familiar – ICBF, en virtud de la sanción determinada e impuesta a su apadrinada, Asociación Juvenil Visión Futura que consistió en una amonestación escrita que en la parte considerativa ni resolutive de la Resolución No. 14743 de 2018 fue determinado término de sanción porque solo obedeció a un llamado de atención, también es evidente que, el Instituto accionado incluso en la notificación de la amonestación escrita tampoco le determinó a su apadrinada, término de vigencia de la sanción en el registro de sanciones.

De otra parte, señala que no le es posible acudir al mecanismo ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo sancionatorio, toda vez que esta acción si es improcedente y más que extemporánea, y que el daño y el perjuicio son efectos actuales que se han sufrido en virtud de un proceso de selección y contratación como el que hoy les ocupa con el ICBF.



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la tutela como una acción que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos establecidos en la ley; pero que 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.

A partir de la anterior definición constitucional se deducen las características o requisitos esenciales de procedencia de la protección de un derecho en sede de este procedimiento, a saber, (i) que se trate de un derecho fundamental, (ii) que ese derecho este siendo vulnerado o amenazado, (iii) que no exista otro mecanismo de defensa judicial, o principio de la subsidiariedad y, (iv) que en caso de existencia de otro medio, deba ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En cualquier caso, con mayor o menor profundidad, según las necesidades, deberán ser tratados los anteriores aspectos.

De la notificación del auto admisorio de la demanda de tutela

Sabido es que la notificación del auto admisorio de la demanda de tutela, constituye un trámite esencial al interior del procedimiento propio de esta acción constitucional, pues, es a través de ella que se integra el contradictorio y se da la oportunidad a la parte demanda para pronunciarse acerca de los hechos y pretensiones de la misma, así como solicitar y aportar las pruebas que crea necesarias para ejercer su derecho de defensa, presupuesto esencial del debido proceso. Es por ello que el funcionario judicial debe propender en todo momento, porque la notificación judicial sea efectiva, de tal forma que se ponga en conocimiento del accionado la demanda que contra él se ha interpuesto, esto a través del medio más eficaz y expedito.

Al respecto señaló la Corte Constitucional en Auto 065 de 2013 ha manifestado:

“2.1. La notificación es el acto material de comunicación mediante el cual se da a conocer a las partes o terceros las decisiones proferidas por las autoridades públicas, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales. De esta manera, las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad competente.

La Corte Constitucional ha precisado que la notificación no es un acto meramente formal o de trámite, ya que a través de ella se desarrolla el principio de publicidad de las actuaciones públicas (artículo 228 superior) y se garantizan los derechos fundamentales al debido proceso (contradicción y defensa) y al acceso a la administración de justicia, consagrados en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, respectivamente. (...)

2.2. De igual forma, esta corporación ha reiterado la necesidad de notificar a las personas directamente interesadas, tanto la iniciación del trámite de tutela como la decisión que al cabo



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

del mismo se adopte, precisando que dicha notificación es uno de los actos procesales más importantes, ya que en ella se concreta el derecho fundamental al debido proceso, desde la óptica de la legítima contradicción y defensa”.

Precisamente, por tratarse de un acto de tanta importancia para la efectiva protección del derecho al debido proceso, es claro que la falta de notificación del auto admisorio no genera consecuencia diferente a la de la nulidad de la actuación procesal, salvo que, el interesado, una vez conocida la irregularidad guarde silencio sobre el particular.

“La Corte Constitucional ha reiterado que la notificación del auto admisorio de la demanda al accionado y al tercero con interés desarrolla el derecho al debido proceso, toda vez que permite que estos se enteren del inicio del proceso y ejerzan su defensa. Los defectos en la notificación del auto de admisión de la demanda tienen como sanción la nulidad, empero esta puede ser saneada”.

Ahora bien, en lo que respecta a la forma de notificación de las providencias emitidas al interior del proceso, es criterio de la Corte Constitucional que la notificación, no tiene que ser personal, aunque, lógicamente, esta sí debe ser efectiva, es decir, el medio ágil, expedito y eficaz, debe, sin lugar a dudas conllevar a que las partes tengan conocimiento oportuno de las decisiones que se tomen.

*“tratándose de acciones de tutela dirigidas contra una autoridad pública, las notificaciones deben realizarse por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, este principio opera con mayor razón cuando la acción está dirigida contra un particular. El ideal, lógicamente, consiste en la notificación personal de la providencia que admite la demanda de tutela y ordena tramitarla. Pero si esta notificación personal no es posible, en razón de la distancia y el angustioso término de diez (10) días fijados en la Constitución impide el emplazamiento de la persona demandada, tal **notificación deberá hacerse por el medio que, siendo expedito y eficaz, asegure o garantice que el demandado tenga un conocimiento real del comienzo del proceso.** El juez debe ser especialmente cuidadoso para garantizar el derecho de defensa del particular. Pues una acción de tutela tramitada sin que éste tenga conocimiento real de su existencia, jamás se ajustará al debido proceso”¹ (subrayas texto original).*

Caso en concreto

Dentro del presente asunto, se tiene que la parte actora, quien actúa a través de apoderada judicial, acude ante el juez constitucional al considerar vulneradas sus garantías fundamentales por parte del ICBF, ello, en el marco de una invitación pública ofertada por el ICBF, para la prestación de los servicios de atención a la primera infancia en los departamentos de Bolívar, Magdalena y Sucre, en tanto, su mandante obtuvo menos puntos que los demás participantes, por encontrarse activa una amonestación escrita que le había sido impuesta en el año 2018, sanción que obedeció a un proceso sancionatorio administrativo del contrato No. 172 de 29 de enero de 2016, el cual ya se encuentra, ejecutoriado y liquidado, por lo que considera la parte actora que dicha sanción no puede irradiar efectos a la invitación pública en que su mandante se encontraba participando, dado que la misma ya había perdido vigencia.

¹ Corte Constitucional de Colombia, auto 065 de 2013.



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

(i) Falta de notificación del auto admisorio.

Una vez repartida la demanda de amparo al Juez Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, dispuso admitirla y correrle traslado de la misma al ICBF, al tiempo que ordenó vincular a los *integrantes del proceso de selección de las veinte (20) invitaciones públicas ofertadas por el ICBF*, ordenándole a dicha autoridad que procedieran a publicar en su página web la admisión de la acción constitucional, para que dichas partes ejerzan su derecho a la defensa.

No obstante, una vez auscultadas las pruebas obrantes en el expediente, no existe prueba siquiera sumaria que le permita asegurar a esta Sala que los terceros con intereses vinculados a este trámite, es decir, los demás participantes de la invitación pública ofertada por el ICBF, hayan sido notificados del auto admisorio de la demanda, pues no se evidencia que el ICBF haya realizado tal publicación en su página web y tampoco, que el juez de primera instancia, lo haya intentado por sus propios medios, situación que se reafirma con el silencio de los terceros, hecho que sin dudas invalida lo actuado, ya que se le cercena la posibilidad a dichos interesados en intervenir en este asunto.

Y es a que criterio de esta Sala, es evidente que dichos terceros deben intervenir desde el inicio del proceso y hasta su finalización para tener la oportunidad de ejercer sus derechos fundamentales de defensa y contradicción, mediante la presentación de memoriales exponiendo sus argumentos a favor, la solicitud y controversia de pruebas y el ejercicio del derecho de impugnación de las providencias desfavorables, etc.

En consecuencia, es imperativo que esta Sala se abstenga de hacer un pronunciamiento de fondo y, en su lugar, de manera excepcional, decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda inclusive.

(ii) Indebida integración del contradictorio.

La Constitución Nacional en su artículo 86 establece la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de los ciudadanos, dentro de su trámite, es labor del juzgador constitucional mantener indemne el derecho al debido proceso de las partes, mediante la debida conformación del contradictorio para permitir la defensa y contradicción entre estas². Al respecto la Corte Constitucional, entre otras decisiones en auto A-165 de 2008 reiteró:

“Cuando el juez considere (...) que la demanda ha debido dirigirse contra varias entidades, autoridades o personas, alguna o algunas de las cuales no fueron demandadas, aquél está en la obligación de conformar el legítimo contradictorio, en virtud de los principios de oficiosidad e informalidad que rigen la acción de tutela.

(...) cuando no se vincula en legal forma al proceso a los particulares o a las autoridades que tienen la calidad de partes, procede decretar la nulidad absoluta de todo lo actuado.”³

² Corte Constitucional, entre otras decisiones en auto A-165 de 2008 indica: Así mismo, ha estimado que en principio es el accionante quien debe indicar cuál es la autoridad o el particular que ha provocado la vulneración de los derechos fundamentales reclamada, sin que esto imposibilite al juez, en virtud del principio de oficiosidad, para que vincule una parte o un tercero con interés legítimo en el resultado del proceso, pues se trata de una actuación que en últimas, está encaminada a garantizar el derecho fundamental al debido proceso.

³ A-132A de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

En el caso *sub judice*, tal como dijo líneas arriba, el punto neurálgico en este caso, gravita con relación a la amonestación que le figura a la accionada en el sistema de información del ICBF, situación que le resta puntos en el marco de una invitación pública ofertada por la accionada, mediante la cual se pretende conformar una lista de oferentes para contratar la prestación de los servicios de atención a la primera infancia en los departamentos de Bolívar, Magdalena y Sucre. Sin embargo, la parte accionante, puso de presente haber elevado derecho de petición ante el ICBF regionales Magdalena y Bolívar, al Banco de Oferentes, y a los encargados de administrar la *plataforma betto*, sin embargo, se duele, que ninguna de esas autoridades le hayan respondido el petitorio, pues si bien recibió una respuesta, esta fue emanada de la Oficina de Aseguramiento de la Calidad del ICBF, pero no de las autoridades a quien dirigió la petición.

Visto lo anterior, de entrada, advierte la Sala que el Juez de primera instancia, estaba obligado a vincular a este trámite a todas las autoridades antes descritas, es decir, a las regionales Magdalena y Bolívar del ICBF, al Banco de Oferentes, y a los encargados de administrar la *plataforma betto*, quienes debían esclarecer la situación con relación al derecho de petición que afirma haber elevado el accionante. Ahora, si bien dichas autoridades y/o dependencias hace parte de la planta global del ICBF, ello, no es causal suficiente para descartar su vinculación, en tanto, las mismas son autónomas en el ejercicio de sus funciones.

Por ello, y teniendo en cuenta que la parte actora persigue protección constitucional para su derecho de petición, se tornaba imperioso la vinculación de dichas autoridades a este trámite, lo cual debió ser advertido de entrada por el *a quo*.

En este punto, resulta necesario precisar que es deber del juez constitucional integrar oficiosa y adecuadamente el litisconsorcio por pasiva, para configurar la legitimación en la causa de la parte demandada, circunstancia que, como quedó señalado en precedencia, no ocurrió en el presente caso, en detrimento de las garantías y derechos constitucionales de quienes podrían tener interés en el caso puesto de presente; pues considera esta Sala que el juez de primer nivel antes de decidir el asunto puesto a su consideración, tenía la obligación de identificar las partes y los terceros con interés legítimo en las decisiones que puedan adoptarse durante la acción de tutela, con el fin de ponerles en conocimiento la existencia de la actuación de amparo y, de esta forma, permitirles ejercer su derecho de contradicción, porque la falta de vinculación de dichas partes quienes tienen interés legítimo para actuar en el asunto de marras, constituye una irregularidad que vulnera el debido proceso.

Sobre el particular la H. Corte Constitucional ha sentado que dado el interés directo en la decisión que sea adoptada de aquellos a quienes se ha omitido vincular, precisamente por la calidad que ostentan dentro del proceso, y que al no ser vinculados se compromete su derecho de defensa y contradicción, surge el interrogante de cómo debe procederse ante esta situación. Para dar solución a lo anterior, la Corte plantea un balance entre la protección del derecho fundamental al debido proceso del o los terceros que no fueron vinculados al proceso y la definición pronta y efectiva sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la parte accionante como el fin último de la acción de tutela.

De igual forma, sobre el tema de las *nulidades procesales en la acción de tutela*, la Corte Constitucional en sentencia T-661/14 sostuvo que: “Los procesos de tutela pueden adolecer de vicios que afectan su validez, situación que ocurre cuando el juez omite velar por el respeto



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

al debido proceso de las partes e intervinientes del procedimiento. Ese deber es exigible al juez constitucional, en la medida que este se encuentra vinculado a los principios de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y a la economía procesal”.

Esa misma Corporación, ha señalado que *“las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso”*⁴.

Adicionalmente, ha precisado que en materia de nulidades en los procesos de tutela se aplicará en lo pertinente el Código de Procedimiento Civil –hoy Código General del Proceso, de conformidad con la remisión que efectúa el artículo 4° del Decreto 306 de 1992⁵.

En el presente caso, palmaria resultaba la necesidad de vincular a las regionales Magdalena y Bolívar del ICBF, al Banco de Oferentes, y a los encargados de administrar la *plataforma betto*, dado que podría tener interés directo en la decisión o ser autoridades potencialmente destinatarias de las eventuales órdenes de protección en el presente caso, ya que tal descuido supone una irregularidad procesal que acarrea la nulidad de lo actuado, pues con tal omisión, se estarían desconociendo abiertamente sus derechos al debido proceso y a la defensa, al no habersele permitido intervenir en el proceso, pues tal como se señaló en precedencia, sus intereses podrían verse comprometidos de presentarse una eventual modificación del fallo en sede de esta segunda instancia.

Por las dos circunstancias desarrolladas en precedencia, la Sala se inclina por declarar la nulidad de todo lo actuado, es decir, a partir del auto admisorio de fecha 17 de junio del 2022, con el objeto de que se rehaga la actuación, corriendo de manera correcta traslado de la demanda y sus anexos y además, integrando en debida forma el contradictorio.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Cartagena, en Sala de Decisión Penal,**

R E S U E L V E

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado, es decir, a partir del auto admisorio de fecha 17 de junio del 2022, con el objeto de que se rehaga la actuación, corriendo de manera correcta el traslado de la demanda y sus anexos, y además, integrando en debida forma el contradictorio.

SEGUNDO: ORDÉNESE la devolución del expediente al juzgado que conoció en primera instancia, el cual es, **Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena**, para que subsanen las irregularidades señaladas en la parte motiva de este proveído.

⁴ Sentencia T-125 de 2010

⁵ La norma en cita dispone: “ARTICULO 4o. DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES PARA INTERPRETAR EL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR EL DECRETO 2591 DE 1991. Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho Decreto (...)”



Tribunal Superior De Cartagena
Sala Penal

Página 11 de 11
José David Rivera Martínez
13-001-31-04-004-2022-00054-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
Magistrado Ponente


FRANCISCO ANTONIO PASCUALES
HERNÁNDEZ
Magistrado

(En uso de compensatorios)
PATRICIA HELENA CORRALES
HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
Secretario