

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

**Bogotá D.C.,** **diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)**

**Referencia:** Acción de tutela

**Núm. único de radicación:** 110010315000202106760-01

**Actor:** Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF

**Demandados:** Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre y Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo

**Tema**: Acción de tutela contra providencia judicial / falta del cumplimiento del requisito de subsidiariedad

**Derechos Fundamentales Invocados:** i) Debido proceso y ii) acceso a la administración de justicia

**Derechos Fundamentales Amparados:** Ninguno

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide la impugnación presentada por la parte actora contra la sentencia de tutela de 27 de octubre de 2021 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por medio de la cual declaró improcedente el amparo.

La presente providencia tiene tres partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollarán a continuación.

**I. ANTECEDENTES**

**La solicitud**

1. La parte actora, a través de apoderado, presentó solicitud de tutela contra la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre y el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, porque, a su juicio, el Juzgado al negar la solicitud de *“[…] intervención de terceros […]”* formulada en la audiencia de 23 de febrero de 2021, y el Tribunal, al confirmar dicha decisión mediante auto de 16 de julio de 2021, dentro del medio de control de reparación directa identificado con el número único de radicación 700013333005201900320-01, vulneraron sus derechos fundamentales invocados *supra*.

**Presupuestos fácticos**

1. Los presupuestos fácticos en los cuales se fundamenta la acción de tutela, en síntesis, son los siguientes:
2. Indicó que, *“[…] Mediante auto del 9 de diciembre de 2019, el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, SUCRE, admitió el medio de control de reparación directa promovido por YUDIS RAMOS PÉREZ Y OTROS contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, con ocasión de la muerte del menor […] (Q.E.P.D.), quien al momento de su deceso se encontraba en custodia de la madre sustituta CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, con CC. 64.586.312, quien laboraba para la entidad administradora del servicio público de bienestar familiar denominada “ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES EN PROGRAMAS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN PARA LA SALUD, LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD – APSEFACOM”, con sede administrativa ubicada en la calle 25 No. 36 A – 56, en Sincelejo, Sucre. Teléfono: 2763484, correo electrónico: apsefacom.sec.sin@hotmail.com, persona jurídica de derecho privado que para la fecha de los hechos fungía como operador del ICBF. […]”.*
3. Señaló que, mediante auto de 9 de diciembre de 2021, notificado por estado de 10 de diciembre de 2021, se admitió la demanda mencionada *supra.*
4. Sostuvo que *“[…] por razones que desconozco, el apoderado judicial de la entidad pública que represento, en su momento SE ABSTUVO DE CONTESTAR LA DEMANDA, dejando al ICBF inerme frente a los hechos y pretensiones de la misma, sin la posibilidad de CONTROVERTIR y APORTAR las pruebas necesarias que permitieran realizar una defensa técnica idónea en pro de los intereses económicos del ICBF. […]”*
5. Adujo que, en audiencia de 23 de febrero de 2021, celebrada por el Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la etapa de saneamiento, manifestó:

*“[…] al despacho judicial un eventual vicio al no integrarse el contradictorio, toda vez que, la demanda solo se dirigió contra el ICBF, cuando en realidad y verdad, existen otras personas interesadas en las resultas del proceso, las cuales deben ser vinculadas en calidad de litisconsorcio necesario por pasivo.*

 *Se procedió a explicarle al despacho judicial que el ICBF celebra unos contratos de aporte con personas jurídicas de derecho privado, las cuales se denominan entidades administradoras del servicio público de bienestar familiar, las que, a su vez, contratan a las madres sustitutas para la prestación del servicio de Hogares Sustitutos para NNA que se encuentren bajo medida de restablecimiento de derechos adoptada por respectivo el Defensor de Familia […]”.*

1. Precisó que, solicitó al Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, *“[…] con base en los deberes y poderes del Juez, específicamente, el numeral 5 del artículo 42 del CGP, integrara el contradictorio, vinculando al operador y a la madre sustituta, así como también, a la aseguradora como llamada en garantía. […]”.*

**Acta de la Audiencia de 23 de febrero de 2021 ante el Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo dentro del medio de control de reparación directa identificado con el número único de radicación 700013333005201900320-00**

1. En Audiencia de 23 de febrero de 2021 ante el Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo decidió la solicitud de saneamiento propuesta po el apoderado del actor, y en consecuencia negó la solicitud de vincular a terceros al proceso mencionado *supra*.
2. Como fundamento de su decisión, señaló lo siguiente:

*“[…] se remitió al capítulo X del CPACA, que hace referencia a la intervención de terceros, art..223 y 224, se hizo lectura de dicho artículo, consideró que la oportunidad para solicitar la intervención de terceros era hasta la fecha del auto que cita a la audiencia inicial, por lo que es extemporánea la solicitud del apoderado de la parte demandada, tal como lo dijo el apoderado de la parte demandante; además revisado los documentos anexos a la demanda, no se allegó documento que corrobore la relación contractual (jurídica) con la madre sustituta a efectos de llevarse a cabo su vinculación. En conclusión, no encontró vicio que afecte el trámite del proceso, sin lugar a saneamiento; se negó la solicitud de saneamiento propuesta por el apoderado de la demandada […]”.*

**Auto de 16 de julio de 2021 proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre dentro del medio de control de reparación directa identificado con el número único de radicación 700013333005201900320-01**

1. El Tribunal Administrativo de Sucre decidió:

*“[…] PRIMERO: CONFIRMASE la decisión contenida en el Auto adiado 23 de febrero de 2021 proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo en el cual se negó la intervención de terceros bajo la figura del litisconsorcio necesario y el saneamiento del proceso de la referencia, por la (sic) razones expuestas en este proveído. […]”.*

1. Como fundamento de su decisión consideró que:

*“[…] la vinculación de terceros bajo la figura del Litisconsorcio Necesario puede ser ordenada por el Juez, bien de oficio, bien a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia; así mismo, que la procedencia de dicha figura “surge cuando la parte pasiva de la relación jurídica que se controvierte está integrada por una pluralidad de sujetos procesales, a quienes no es posible separar individualmente, pues cualquier pronunciamiento que emita el juez recae en la totalidad de aquellos”.*

*En el asunto que nos ocupa, alega la Parte demandada que en el sub examine debe integrarse obligatoriamente como miembros de la parte demandada al operador que se encarga de la contratación con los hogares sustitutos, a la madre sustituta y a la aseguradora, sin identificar a dichos sujetos; lo que de contera imposibilita a prima facie el análisis del Juez sobre la petición que se le hace en la Audiencia Inicial, pues dicho sea de paso, la entidad demandada no contestó la demanda; oportunidad en la que bien pudo solicitar con mayor detalle lo peticionado.*

*Amén de lo anterior, lo acreditado en el expediente es que fue el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Sucre- Centro Zonal Norte el que en Audiencia de Fallo H.A No. 1231839290-2018 SIM: 30006100, decidió como medida de restablecimiento del derecho a favor del niño EARP, ubicarlo en un hogar sustituto, donde “presuntamente” falleció.*

***Consecuente con lo dicho, es el demandado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- quien, en inicio, está llamado a responder ante una eventual declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial por el daño antijurídico invocado en la demanda, habida consideración “que es ese instituto el que ejerce la dirección, el control y la vigilancia del servicio público de protección de los niños”; además, le corresponde controlar y supervisar el funcionamiento del programa de Hogares Comunitarios.***

*Atendiendo lo expuesto, considera el Despacho que en el presente no se estructura un litisconsorcio necesario entre el ICBF y los sujetos que alega el extremo recurrente, de forma tal que la falta de la vinculación alegada, en este punto del debate, no afecta o vicia de nulidad el proceso ni imposibilita que se profiera la Sentencia que ponga fin al trámite procesal.*

*Corolario de lo anterior, le asiste razón al Juez cuando negó la vinculación de los terceros indicados por el extremo demandado y declaró saneado el proceso de la referencia hasta la etapa procesal en desarrollo, en razón a que, se insiste, no se configuraba en el mismo la existencia de un litisconsorcio necesario.*

*En consecuencia, se confirmará la decisión proferida el 23 de febrero de 2021 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo.*

***Lo anterior, no es óbice para que, en la medida que exista el material probatorio para ello, el Juez de Primera Instancia pueda proceder a la vinculación de terceros en el asunto bajo su conocimiento, bien a solicitud de partes, bien de oficio, bajo la modalidad de litisconsorcio necesario prevista en el Código General del Proceso, siempre que no se haya proferido Sentencia de Primera Instancia.*** *[…]”* (Resaltado por la Sala).

**La solicitud de tutela**

**Pretensiones**

1. La **parte actora** solicitó en su escrito de tutela:

*“[…] 2.1. Tutelar el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, vulnerado por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN al momento de decidir el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte demandada, que confirmó la decisión del JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO, SUCRE, dentro del medio de control de REPARACIÓN DIRECTA, radicado 70001333300520190032000, promovido por YUDIS MARÍA RAMOS PÉREZ Y OTROS contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR, con ocasión de la muerte del menor […] (Q.E.P.D.), quien al momento de su deceso se encontraba en custodia de la madre sustituta CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, con CC. 64.586.312, quien laboraba para la entidad administradora del servicio público de bienestar familiar denominada “ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES EN PROGRAMAS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN PARA LA SALUD, LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD – APSEFACOM”, con sede administrativa ubicada en la calle 25 No. 36 A – 56, en Sincelejo, Sucre. Teléfono: 2763484, correo electrónico: apsefacom.sec.sin@hotmail.com, persona jurídica de derecho privado que para la fecha de los hechos fungía como operador del ICBF.*

*2.2. Tutelar el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, vulnerado por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO, SUCRE, al NEGAR la integración del contradictorio solicitado por el apoderado de la parte demandada en AUDIENCIA INICIAL celebrada el 23 de febrero de 2021, dentro del medio de control de REPARACIÓN DIRECTA, radicado 70001333300520190032000, promovido por YUDIS MARÍA RAMOS PÉREZ Y OTROS contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR, con ocasión de la muerte del menor […] (Q.E.P.D.), quien al momento de su deceso se encontraba en custodia de la madre sustituta CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, con CC. 64.586.312, quien laboraba para la entidad administradora del servicio público de bienestar familiar denominada “ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES EN PROGRAMAS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN PARA LA SALUD, LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD – APSEFACOM”, con sede administrativa ubicada en la calle 25 No. 36 A – 56, en Sincelejo, Sucre. Teléfono: 2763484, correo electrónico: apsefacom.sec.sin@hotmail.com, persona jurídica de derecho privado que para la fecha de los hechos fungía como operador del ICBF.*

*2.3. Tutelar el derecho fundamental de ACCESO a la ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA a mi representada, vulnerado por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN Y EL JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO, SUCRE, con las decisiones adoptadas en RECURSO DE ALZADA presentado por el suscrito apoderado de la entidad demandada en AUDIENCIA INICIAL de fecha 23 de febrero de 2021 ante el a quo.*

*2.4. Como consecuencia de las anteriores peticiones, solicito al H. CONSEJO DE ESTADO* ***decretar la NULIDAD de lo actuado desde el AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA,*** *con el fin de que se integre el contradictorio de conformidad con el artículo 61 del CGP, vinculando a la entidad administradora del servicio público de bienestar familiar denominada “ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES EN PROGRAMAS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN PARA LA SALUD, LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD – APSEFACOM”, con sede administrativa ubicada en la calle 25 No. 36 A – 56, en Sincelejo, Sucre. Teléfono: 2763484, correo electrónico: apsefacom.sec.sin@hotmail.com, como operador del ICBF para el momento de la ocurrencia de los hechos, y a la madre sustituta CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, identificada con CC. 64.586.312, quién, a su vez, laboraba para dicho operador. […]”.* (Resaltado por la Sala).

1. Adujo que las autoridades judiciales demandadas vulneraron su derecho fundamental al debido proceso comoquiera que, a su juicio:

*“[…] el Juzgado y el Tribunal decidieron no oír los argumentos esbozados por el apoderado de la demandada frente a la vinculación de unos terceros que, en una eventual condena, estarían llamados también a responder de forma solidaria por el vínculo jurídico que los une, de conformidad con el contrato de aporte No. 70-0283-2019 suscrito entre el ICBF y la entidad administradora del servicio público de bienestar familiar denominada “ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES EN PROGRAMAS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN PARA LA SALUD, LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD – APSEFACOM” […]*

*[…]*

*CPACA establece dentro del trámite de la audiencia inicial, una etapa denominada de saneamiento. Los H. Magistrados del máximo tribunal de lo contencioso administrativo conocen perfectamente los fines de dicha etapa, razón por la cual, no ahondaré en máximas ni explicaciones frente al tema.*

*Sin embargo, durante dicha etapa, de forma diligente y prudente, le informé al Juez de primera instancia la existencia de otras personas interesadas en las resultas del proceso, las cuales, obligatoriamente, debían ser llamadas con el fin de cumplir a cabalidad con lo señalado en el artículo 61 del CGP, en lo que respecta al litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.*

*El juez, alegando razones puramente procedimentales, desconociendo la primacía del derecho sustancial sobre el procedimiento del artículo 11 del CGP, negó la integración del contradictorio, tal como se vislumbra en su infortunada decisión. De igual forma, con su negativa soslayó el artículo 4 del CGP que le ordena hacer uso de los poderes que ese código le otorga, en aras de una igualdad real de las partes.*

*Si bien, el ICBF no contestó la demanda, no es menos cierto que aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento, el apoderado del ICBF le hizo ver al fallador el respectivo vicio con el fin de que, con base en los poderes que le otorga el numeral 5 del artículo 42 del CGP, integrara el contradictorio a fin de precaver una flagrante vulneración del debido proceso constitucional en perjuicio de la entidad demandada.*

 *Es más, el suscrito apoderado le solicitó que, con base en los poderes del juez, integrara el contradictorio con el fin de decidir de fondo. Por otro lado, las razones esgrimidas por el ad quem no dejan de ser, igualmente, contrarias a derecho. Desconocer el extremo de la litis, máxime cuando están plenamente determinados en el expediente judicial es un absurdo de dimensiones inconcebibles.*

*[…]*

*Así las cosas, en el expediente judicial reposa la información necesaria para corroborar lo que he venido manifestando, razón por la cual, no resulta lógico, ni razonable que el juez y el Tribunal hayan soslayado dicha información; es más, a juicio del suscrito ni siquiera se tomaron el trabajo de leer el expediente para darse cuenta que, efectivamente, están plenamente identificados los otros extremos de la litis, como lo son el operador y la madre sustituta, esta última vinculada contractualmente al primero, los cuales, en una eventual condena, estarán llamados a responder de manera solidaria con el ICBF por el vinculo (sic) anteriormente señalado.[…]”.*

1. Sostuvo que las autoridades judiciales demandadas vulneraron su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia comoquiera que, a su juicio:

*“[…] denegar la posibilidad de vincular a terceros que entrarían a responder de forma solidaria con el ICBF, y que, a la vez, servirían para probar los hechos objeto de la demanda, le estaría negando un acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones a la demandante, lo que además sería, igualmente, violatorio del debido proceso. […]”.*

1. Afirmó que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en un **defecto procedimental absoluto** toda vez que:

*“[…] resulta diáfano que el Juzgado 5 y el Tribunal incurrieron en un defecto procedimental que, de manera burda, tradujo en una pretermisión de toda la instancia con nefastas consecuencias para el ICBF.*

*En efecto, el Juzgado y el Tribunal al desconocer los extremos de la litis se llevó por delante el ordenamiento jurídico, especialmente, la prevalencia de lo sustancial sobre el procedimiento […]”.*

1. Indicó que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en un **defecto sustantivo** toda vez que:

*“[…] Las decisiones del Juzgado 5 y el Tribunal, incurrieron en la causal específica de defecto material o sustantivo, porque Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustenta o justifica de manera insuficiente su actuación […]”.*

**Actuación**

1. La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante auto de 7 de octubre de 2021; i) admitió la acción de tutela; ii) negó la medida provisional solicitada por la parte actora; iii) ordenó notificar a los magistrados de la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre y al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo; y iii) vinculó en calidad de terceros con interés legítimo a Yudis María Ramos Pérez, José Daniel Ramos Pérez, Ubaldo Antonio Ramos Martínez, María José Ramos Cordero, Maderlena Ramos Cordero, Dina Luz Ramos Cordero y Karen Liliana Ramos Cordero*,* a la Asociación de Profesionales en Programas de Promoción y Prevención para la Salud, la Educación, la Familia y la Comunidad - APSEFACOM y a Claudia Milena Morales Serna.

**Intervenciones de la parte demandada y los terceros con interés legítimo**

1. La **Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre** afirmó que la solicitud de amparo era improcedente, toda vez que, a su juicio:

*“[…] las nulidades procesales en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se encuentran reguladas en el Art. 284 del CPACA en concordancia con el Art. 207 ibídem, que a su vez, remite a lo normado al respecto en el Código General del Proceso, el cual, entre otros, en el Art. 134 al señalar la oportunidad y trámite de la institución en cita, establece “Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posteridad a esta, si ocurrieren en ella (…)”.*

*De forma tal, que las solicitudes de Nulidad Procesal pueden elevarse dentro del trámite del proceso ordinario, hasta antes que se profiera la Sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella; trámite que no fue agotado por el Tutelante, lo que torna a la presente Acción de Amparo en improcedente.*

*En segundo lugar, debe resaltarse que el Art. 135 del Código General del Proceso, al indicar los requisitos para alegar la nulidad, señala “La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer. No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla. (…)”*

*En los hechos de la Acción de Amparo la entidad Actora acepta que no ejerció su derecho de defensa dentro del expediente Radicado 70001333300520190032000*

*[…]*

*Situación que lo deslegitima para solicitar la nulidad procesal que pretende se declare a través de la Acción Constitucional, toda vez, que fue su omisión la que determinó que no se accediera a la vinculación solicitada en la Audiencia Inicial, pues ya había fenecido el término legal para elevar petición en tal sentido como, en efecto, lo indican los Arts. 223 y 224 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que sirvieron como fundamento de la decisión de primera instancia. Lo que refuerza, más aún, la improcedencia de la Acción Constitucional, en la medida en que no puede el ICBF pretender subsanar a través de este mecanismo especial, la omisión al deber que le asistía como parte dentro del trámite del proceso de Reparación Directa a que se viene haciendo referencia; en el cual se le ha garantizado el debido proceso y el derecho a la defensa y contradicción […]”.*

1. **Yudis María Ramos Pérez, José Daniel Ramos Pérez, Ubaldo Antonio Ramos Martínez, María José Ramos Cordero, Maderlena Ramos Cordero, Dina Luz Ramos Cordero y Karen Liliana Ramos Cordero***,* señalaron que:

*“[…] al revisar las actuaciones del proceso de reparación directa, tanto el juzgado Quinto Administrativo como el H. Tribunal de Sucre han sido garantistas en el trámite judicial, y paralelamente se vislumbra omisión por parte de los apoderados del ICBF en presentar recursos contra el auto admisorio, si no estaban de acuerdo con el mismo, contestar la demanda y cumplir con las cargas procesales que le imponen la ley 1437 de 2011 y 1564 de 2012, pues deben estar al pendiente de los trámites del proceso, desconociendo que las etapas del proceso son preclusivas. […]”.*

1. Asimismo, solicitaron que se condenara en costas a la parte demandante.
2. La **Asociación de Profesionales en Programas de Promoción y Prevención para la Salud, la Educación, la Familia y la Comunidad - APSEFACOM** señaló que no es pertinente vincularlo al medio de reparación directa estudiado en el caso *sub examine* comoquiera que, a su juicio:

*“[…] Como lo advierte el mencionado manual, se puede colegir que no existió ningún vínculo o contrato laboral entre la madre sustituta CLAUDIA MILENA MORALES SERNA y APSEFACOM, como asevera el apoderado del accionante.*

*En segundo lugar, es necesario precisar que la apertura y cierre de los hogares sustitutos la hace directamente el Centro Zonal del Instituto Colombiano Bienestar Familiar, 4 dependiendo de la ubicación geográfica del hogar sustituto. Los operadores, como es el caso de APSEFACOM, hacen un proceso de acompañamiento, poniendo a disposición del ICBF su equipo interdisciplinario.*

*Por tal razón, en el caso que nos ocupa, la Coordinadora del Centro Zonal Sincelejo de la Regional Sucre, expidió la Resolución N° 004 de 25 de agosto de 2017, a través de la cual aprobó la calidad de familia para la prestación del servicio en la modalidad hogar sustituto del ICBF y reconoció dicha calidad a la señora CLAUDIA MILENA MORALES SERNA y mediante AUTO DE APERTURA PARD No.001 del 21 de febrero de 2018, el Defensor de Familia del Centro Zonal Norte de Sincelejo, como medida provisional de restablecimiento de derechos, ubica al niño EDUARDO ANTONIO RAMOS PÉREZ, en el Hogar Sustituto de la señora CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, con la que se suscribe ACTA DE COLOCACIÓN FAMILIAR PARD N°02, en donde se deja constancia de los compromisos de la madre sustituta durante la tenencia del niño. Se adjuntan copias de los referidos actos administrativos.*

*Luego del suceso ocurrido con el menor, la Coordinadora del Centro Zonal Sincelejo de la Regional Sucre, mediante Resolución 001 del 23 de enero de 2019, decretó la pérdida de calidad de hogar sustituto a la señora CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, como se advierte en la copia de dicha resolución, que se anexa.*

*Con base en lo anteriormente expuesto, se puede deducir que nunca existió un vínculo o contrato laboral entre el operador APSEFACOM, ONG sin ánimo de lucro, y la madre sustituta, CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, como lo manifiesta insistentemente el apoderado del accionante, y que la labor de APSEFACOM, en este caso, fue de acompañamiento al ICBF, quien por ley, ejerce la dirección, el control y vigilancia del servicio público de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y además le corresponde controlar y supervisar el funcionamiento del programa de Hogares Sustitutos […]”.*

1. El **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo** y **Claudia Milena Morales Serna** guardaron silencio en esta etapa procesal.

**La sentencia impugnada**

1. La **Sección Quinta del Consejo de Estado** mediante sentencia de 27 de octubre de 2021, resolvió lo siguiente:

*“[…] PRIMERO: NEGAR la solicitud de condena en costas elevada por el apoderado de los señores Yudis María Ramos Pérez, José Daniel Ramos Pérez, Ubaldo Antonio Ramos Martínez, María José Ramos Cordero, Maderlena Ramos Cordero, Dina Luz Ramos Cordero y Karen Liliana Ramos Cordero, atendiendo a las consideraciones de esta providencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela presentada por el ICBF, de conformidad con la parte motiva de este proveído. […]”.*

1. Como fundamento de su decisión, consideró que:

*“[…] En efecto, esta Colegiatura considera que la acción constitucional es improcedente en cuanto a la pretensión que se refiere a que se declare de nulidad de todo lo actuado, ya que tal petición no se ha presentado al interior del proceso de reparación directa, razón por la cual, esta Sección, investida como juez de tutela, no puede desplazar la competencia del juez natural de la causa.*

*Ahora, con el fin de referirse al cargo que se sustenta en la vulneración de sus garantías constitucionales por la no vinculación de la asociación ya mencionada y la señora Claudia Milena Morales a la litis, porque existe un vínculo contractual, resulta pertinente hacer alusión a la siguiente normatividad (negrita de la sala).*

*En primer lugar, se tiene que los artículos 172, 225 y 227 del CPACA establece:*

*[…]*

*Ahora bien, como* ***el fundamento de la vinculación de la Asociación de Profesionales en Programas de Promoción y Prevención para la Salud, la Educación, la Familia y la Comunidad “APSEFACOM” y la señora Claudia Milena Morales, en palabras del accionante, se debe a una relación contractual, se concluye que la figura procesal para la integración del contradictorio es la del llamamiento en garantía, dentro del término para contestar la demanda, sin embargo, se constató que el ICBF guardó silencio, sin aludir justificación alguna****, donde a la postre, la misma entidad, en su escrito de tutela advierte:*

*“Por razones que desconozco, el apoderado judicial de la entidad pública que represento, en su momento SE ABSTUVO DE CONTESTAR LA DEMANDA, dejando al ICBF inerme frente a los hechos y pretensiones de la misma, sin la posibilidad de CONTROVERTIR y APORTAR las pruebas necesarias que permitieran realizar una defensa técnica idónea en pro de los intereses económicos del ICBF”*

*Ahora, si en gracia de discusión se contempla la figura del litisconsorte, ya que la intervención del ICBF ante el juez contencioso en la audiencia inicial no es clara, se podría concluir que estamos ante la presencia de un litisconsorte facultativo y no necesario, ello, porque según el artículo 61 del CGP, para que se sea necesario se debe cumplir con la condición de que “no sea posible decidir de mérito sin -su- comparecencia”, aspecto que no se presenta en los procesos de responsabilidad extracontractual, como el de reparación directa, donde la demanda puede dirigirse contra uno o varios de los sujetos causantes del daño, a elección del demandante, ya que la “solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario” .* ***En este punto, es relevante aclarar que el funcionario judicial, en su autonomía e independencia, y de cara a un proceso contencioso, esta facultado para, de oficio, integrar o no el contradictorio.***

*No obstante lo anterior, se advierte que, para alegar la figura del litisconsorte facultativo, esto se debe hacer hasta antes de que se fije fecha para audiencia inicial y sólo por la “persona que tenga interés directo” en la participación en el proceso, es decir, no por solicitud de las partes, circunstancia que implica que, además de que no se alegó en término, tampoco lo podría hacer el ICBF, ya que esta figura limita su solicitud a la de quien tenga interés directo y no con el fin de responder a favor de un tercero. Luego, esta Colegiatura considera que no se puede mutar el objeto de la acción constitucional que se enmarca en su carácter residual, al convertirla en una instancia adicional para suplir omisiones al interior del proceso ordinario.*

***En efecto la Sala considera que no se cumple con el requisito del agotamiento de todos los medios de defensa judicial, ya que la no vinculación correspondió a la omisión del apoderado de la entidad demandada al interior del proceso contencioso, en cuanto a formular la solicitud de integración en el término que contempla la norma, sin que el funcionario constitucional pueda abordar la competencia del juez ordinario que ya definió la controversia, porque se atentaría contra los principios de seguridad jurídica y la cosa juzgada.***

*[…]*

*Al respecto se tiene que dicho perjuicio no se evidencia en este asunto porque del análisis del acervo probatorio, no es posible establecer que el actor se encuentre en una situación de debilidad manifiesta que implique adoptar medidas urgentes, impostergables e inmediatas para la protección de sus derechos fundamentales, ni el demandante lo advierte.[…]”.* (Resaltado por la Sala)

**La impugnación**

1. El actor impugnó la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, para lo cual, indicó lo siguiente:

*“[…] Precisamente, la entidad accionada a través de apoderado, en la etapa de saneamiento durante la audiencia inicial planteó al Juzgado 5º Administrativo de Sincelejo, Sucre, la existencia de un vicio o nulidad en el entendido que, si bien el ICBF no contestó la demanda en el término de traslado de la misma, no es menos cierto que la falta de comparecencia de quienes en realidad y verdad están llamados a responder por los posibles daños causados por la muerte de un menor, afectarían de manera grave la buena marcha del proceso.*

*Como lo manifesté en la audiencia, si bien la entidad demandada no contestó la demanda, la etapa del saneamiento es el momento para corregir la marcha del proceso judicial cuando se presentan vicios al interior del mismo.*

*El Juez, en uso de sus atribuciones, facultades y deberes que le otorga la Ley, debe integrar el contradictorio, teniendo en cuenta que, no hacerlo vulneraría de forma ostensible el debido proceso de una entidad pública, como en el caso sub examine. Desde ningún punto de vista podría justificarse la no contestación de la demanda por parte de la entidad demandada en el proceso judicial, pero tampoco, no veo motivos para que el juez en uso de sus facultades y deberes legales integre el contradictorio con el fin de precaver un eventual perjuicio a la entidad que represento, máxime cuando el apoderado judicial de la demandada lo está dando a conocer.*

*Ahora bien, en la audiencia inicial en la etapa de saneamiento sí se le planteó al despacho judicial un posible vicio de nulidad por la no conformación del contradictorio, tanto que la negativa del juzgado argumentando que eso se debió plantear en la contestación de la demanda fue lo que originó el recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo de Sucre.*

*[…]*

*Entiendo que no es potestativo del Juez integrar el contradictorio, es un deber legal, el cual se le planteó en la etapa de saneamiento, no lo hizo, por lo que su omisión no solo vulnera el ordenamiento jurídico, sino que de paso pone en riesgo el debido proceso de una entidad del Estado.*

*Así las cosas, no es de recibo para la entidad que represento que so pretexto de un exagerado ritualismo, se desconozca el debido proceso y el acceso a la administración de justicia de la entidad que represento al no hacer uso por parte del Juez de unos poderes que le otorga la Ley para la integración del contradictorio. […]”.*

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**Competencia de la Sala**

1. Esta Sección es competente para conocer de este proceso, de conformidad con los artículos 1.º y 32 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991[[1]](#footnote-1), por el cual se reglamenta la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política; en concordancia con el artículo 1.º del Decreto 333 de 6 de abril de 2021[[2]](#footnote-2) y en armonía con el Acuerdo 377 del 11 de diciembre de 2018[[3]](#footnote-3) y con el artículo 13 Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019[[4]](#footnote-4), que asigna a esta sección el conocimiento de las acciones de tutela.

**Generalidades de la acción de tutela**

1. La acción de tutela ha sido instituida como instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente indicados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

**Problema Jurídico**

1. En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si, en efecto, es procedente la acción de tutela, acreditándose el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, concretamente, si se cumplió con el requisito de la subsidiariedad.
2. Para resolver el anterior interrogante esta Sala analizará los siguientes temas: i) el requisito de subsidiariedad de la solicitud de tutela; ii) marco normativo y jurisprudencial del derecho fundamental al debido proceso; iii) marco normativo y jurisprudencial del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia; iv) análisis del caso concreto y finalmente las v) conclusiones de la Sala.

**Requisito de subsidiariedad de la solicitud de tutela**

1. La jurisprudencia constitucional, en armonía con lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6.º del Decreto núm. 2591 de 19 de noviembre de 1991[[5]](#footnote-5), indica que la solicitud de tutela es un medio de defensa de carácter subsidiario para obtener la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, lo que impone su procedencia siempre y cuando en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para el amparo judicial de estos derechos.
2. Asimismo, esta Sección[[6]](#footnote-6) respecto de este requisito de subsidiariedad ha señalado:

*“[…] la Corte Constitucional, en la sentencia T-113 de 2013[[7]](#footnote-7), advirtió que al analizar el requisito de subsidiariedad es necesario considerar si el proceso ha culminado o está en curso, pues en el último evento “la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo, pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales”.*

*La misma Corte Constitucional, de manera reiterada, ha señalado que la acción de tutela contra una providencia judicial* ***es improcedente por no cumplir con el requisito de subsidiariedad cuando****: “(i)* ***el asunto está en trámite****[[8]](#footnote-8); (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios[[9]](#footnote-9); y (iii) se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico”[[10]](#footnote-10)”.[[11]](#footnote-11)*

*Lo anterior atiende a que, en primer lugar, es el juez ordinario quien debe corregir las irregularidades que llegaren a presentarse en el curso del proceso, de manera oficiosa o a solicitud de parte, a efecto de dictar una sentencia que materialice el derecho a la tutela judicial efectiva y sea el resultado de una actuación conforme a las garantías procesales […]”.*

1. De lo anterior se colige la competencia subsidiaria y residual del juez de tutela para la protección de los derechos constitucionales, salvo que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia para lograr que cese inmediatamente la vulneración. Al respecto la Corte Constitucional ha considerado[[12]](#footnote-12):

*“[…] La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Sala insiste en que esta regla general conduce a que en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable […]”.*

1. Así las cosas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo que desplaza los medios ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, tal regla general encuentra la excepción si el juez constitucional logra determinar que los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; y se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.
2. Para que el perjuicio tenga categoría de irremediable ha de ser actual y las medidas que se requieran para conjurarlo han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, debido a que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

**Marco normativo y jurisprudencial del derecho fundamental al debido proceso**

1. Visto el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que establece que:

*“[…] ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. […]”.*

1. Atendiendo a que, la Corte Constitucional[[13]](#footnote-13) 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. […]”*, y ha recordado que *“[…] 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[…]”* de manera que ha resaltado que el derecho al debido proceso tiene como propósito *“[…] 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) […]”.*

**Marco normativo y jurisprudencial del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia**

1. Visto el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que establece que:

*“[…]* *ARTICULO 229.**Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. […]”.*

1. Atendiendo a que, la Corte Constitucional[[14]](#footnote-14) ha entendido el derecho de acceso a la administración de justicia,  *“[…] como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley […]”.*

**Análisis del caso concreto**

1. La parte actora, presentó solicitud de tutela contra la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre y el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Sincelejo, porque, a su juicio, el Juzgado al negar la solicitud de *“[…] intervención de terceros […]”* formulada en la audiencia de 23 de febrero de 2021, y el Tribunal, al confirmar dicha decisión mediante auto de 16 de julio de 2021, dentro del medio de control de reparación directa identificado con el número único de radicación 700013333005201900320-01, vulneraron sus derechos fundamentales invocados *supra.*

1. Visto el marco normativo y los precedentes jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio, para posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.
2. s La Sala procederá a apreciar y valorar todas las pruebas decretadas y aportadas en el proceso, de conformidad con las reglas de la sana crítica y en los términos del artículo 176 del Código General del Proceso, aplicando para ello las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, en relación con el problema jurídico planteado en la acción de tutela y en la impugnación.

**Acervo y análisis probatorios**

1. Dentro del expediente que contiene la acción de tutela se encuentra:

42.1. Copia digital del expediente del medio de control de reparación directa identificado con el número único de radicación 700013333005201900320-01.

42.2. Los informes rendidos por la parte demandada y los terceros con interés, con sus debidos anexos.

**Solución del caso concreto**

1. Al revisar el escrito de tutela, la Sala advierte que el actor propuso expresamente las siguientes pretensiones:

*“[…] 2.1. Tutelar el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, vulnerado por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN al momento de decidir el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte demandada, que confirmó la decisión del JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO, SUCRE, dentro del medio de control de REPARACIÓN DIRECTA, radicado 70001333300520190032000, promovido por YUDIS MARÍA RAMOS PÉREZ Y OTROS contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR, con ocasión de la muerte del menor […] (Q.E.P.D.), quien al momento de su deceso se encontraba en custodia de la madre sustituta CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, con CC. 64.586.312, quien laboraba para la entidad administradora del servicio público de bienestar familiar denominada “ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES EN PROGRAMAS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN PARA LA SALUD, LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD – APSEFACOM”, con sede administrativa ubicada en la calle 25 No. 36 A – 56, en Sincelejo, Sucre. Teléfono: 2763484, correo electrónico: apsefacom.sec.sin@hotmail.com, persona jurídica de derecho privado que para la fecha de los hechos fungía como operador del ICBF.*

*2.2. Tutelar el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, vulnerado por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO, SUCRE, al NEGAR la integración del contradictorio solicitado por el apoderado de la parte demandada en AUDIENCIA INICIAL celebrada el 23 de febrero de 2021, dentro del medio de control de REPARACIÓN DIRECTA, radicado 70001333300520190032000, promovido por YUDIS MARÍA RAMOS PÉREZ Y OTROS contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR, con ocasión de la muerte del menor […] (Q.E.P.D.), quien al momento de su deceso se encontraba en custodia de la madre sustituta CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, con CC. 64.586.312, quien laboraba para la entidad administradora del servicio público de bienestar familiar denominada “ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES EN PROGRAMAS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN PARA LA SALUD, LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD – APSEFACOM”, con sede administrativa ubicada en la calle 25 No. 36 A – 56, en Sincelejo, Sucre. Teléfono: 2763484, correo electrónico: apsefacom.sec.sin@hotmail.com, persona jurídica de derecho privado que para la fecha de los hechos fungía como operador del ICBF.*

*2.3. Tutelar el derecho fundamental de ACCESO a la ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA a mi representada, vulnerado por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN Y EL JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO, SUCRE, con las decisiones adoptadas en RECURSO DE ALZADA presentado por el suscrito apoderado de la entidad demandada en AUDIENCIA INICIAL de fecha 23 de febrero de 2021 ante el a quo.*

*2.4. Como consecuencia de las anteriores peticiones, solicito al H. CONSEJO DE ESTADO* ***decretar la NULIDAD de lo actuado desde el AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA, con el fin de que se integre el contradictorio de conformidad con el artículo 61 del CGP, vinculando a la entidad administradora del servicio público de bienestar familiar denominada “ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES EN PROGRAMAS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN PARA LA SALUD, LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD – APSEFACOM”,*** *con sede administrativa ubicada en la calle 25 No. 36 A – 56, en Sincelejo, Sucre. Teléfono: 2763484, correo electrónico: apsefacom.sec.sin@hotmail.com, como operador del ICBF para el momento de la ocurrencia de los hechos, y a la madre sustituta CLAUDIA MILENA MORALES SERNA, identificada con CC. 64.586.312, quién, a su vez, laboraba para dicho operador. […]”.* (Resaltado por la Sala).

1. En relación con la pretensión relacionada con dejar sin efecto todo lo actuado desde el auto admisorio, la Sala considera que la solicitud de amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, en la medida en que, de conformidad con las piezas procesales obrantes en el expediente, se observa que **se encuentra en trámite el medio de control de reparación directa** identificado con el número único de radicación 700013333005201900320-01, promovido contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.
2. En ese sentido, obra en el expediente, como última actuación procesal realizada, acta de continuación de audiencia inicial realizada el 12 de octubre de 2021 por el Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la cual se fijó fecha para la realización de la audiencia de pruebas el 30 de noviembre de 2021.
3. En consecuencia, teniendo en cuenta que el medio de control de reparación directa mencionado *supra* se encuentra en trámite, es al juez ordinario a quien le corresponde hacer la interpretación normativa pertinente, determinar cuáles son los preceptos que resultan aplicables en el caso particular y valorar en conjunto los medios de prueba obrantes en el expediente, sin que en la etapa procesal en la que se encuentra el proceso se tenga certeza de los efectos de la presunta irregularidad en la decisión que pone fin al proceso.
4. Lo anterior máxime si se tiene en cuenta que es el juez ordinario quien, en la sentencia que decida el fondo del litigio, y habiendo valorado de forma integral el acervo probatorio, establece si existe o no responsabilidad de la parte demandada. De manera que no corresponde al juez de tutela realizar un juicio de valor sobre la posible responsabilidad en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF en esta instancia, y de contera, de quien éste aduce es quien debe responder de forma solidaria.
5. En ese sentido, la Sala resalta que, mediante auto de 16 de julio de 2021 proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre dentro del medio de control de reparación directa identificado con el número único de radicación 700013333005201900320-01, este indicó:

*“[…] le asiste razón al Juez cuando negó la vinculación de los terceros indicados por el extremo demandado y declaró saneado el proceso de la referencia hasta la etapa procesal en desarrollo, en razón a que, se insiste, no se configuraba en el mismo la existencia de un litisconsorcio necesario.*

*En consecuencia, se confirmará la decisión proferida el 23 de febrero de 2021 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo.*

***Lo anterior, no es óbice para que, en la medida que exista el material probatorio para ello, el Juez de Primera Instancia pueda proceder a la vinculación de terceros en el asunto bajo su conocimiento, bien a solicitud de partes, bien de oficio, bajo la modalidad de litisconsorcio necesario prevista en el Código General del Proceso, siempre que no se haya proferido Sentencia de Primera Instancia.*** *[…]”* (Resaltado por la Sala).

1. Ahora bien, el artículo 61 del Código General del proceso dispone que:

*“[…]ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos,* ***la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.***

***En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia****, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.*

*Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.*

*Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.*

*Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio. […]”* (Resaltado por la Sala).

1. De lo anterior se colige que, dentro del proceso ordinario estudiado en la presente solicitud de tutela, podrá el juez ordinario, de oficio o a solicitud de parte, integrar el contradictorio si a bien lo tiene, a modo de litisconsorcio necesario, de acuerdo con lo que encuentre acreditado en el proceso, y hasta antes de dictar sentencia de primera instancia.
2. Por consiguiente, como lo ha señalado esta Sección[[15]](#footnote-15) no se cumple el requisito de subsidiariedad, en la medida que el proceso se encuentra en trámite:

*“[…]* ***Es necesario reiterar que, por regla general, cuando el proceso se encuentra en curso la acción de tutela no es procedente para cuestionar cualquier decisión adversa las partes, aún luego de agotados los recursos que contra ellas proceden dentro del proceso, si el desarrollo del medio de control no ha finalizado y, por tanto, no se puede tener certeza de la trascendencia de esa presunta irregularidad procesal en la decisión que pone fin al proceso****.*

*Lo anterior atiende, además, a la imposibilidad de acudir a la acción de tutela como una tercera instancia ante decisiones que no convienen a las partes en el trámite de los procesos, cuyos efectos en la decisión definitiva son inciertos, y que, además, no generan ningún perjuicio ius fundamental irremediable.*

*En este sentido, solo en el evento en que las presuntas irregularidades en el curso del proceso impidan el acceso a la administración de justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte accionante, y ésta carezca de medios judiciales de defensa al interior del proceso, resultaría procedente asumir su estudio en sede de tutela, situación que no se presenta en el caso sub judice por cuanto, el medio de control aún está en trámite. […]”.*

1. En ese orden de ideas, la Sala considera que los argumentos jurídicos que aquí expone el actor deben ser analizados al interior del medio de control de reparación directa, por lo que en el presente caso no se logró acreditar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad dentro del marco de la acción de tutela.
2. Ahora bien, adicional a lo anterior, la Sala advierte que el ordenamiento jurídico colombiano estableció los mecanismos procesales para solicitar la vinculación de terceros a un proceso ordinario, y a través de ellos se puede proteger de forma oportuna e inmediata el derecho fundamental que estima el actor le ha sido vulnerado.
3. En efecto, los artículos 172, 224, 225 y 227 de la Ley 1437 de 2011, se estableció el procedimiento para realizar el llamamiento en garantía y se dispuso sobre las intervenciones de terceros. En ese sentido dichas normas disponen:

*“[…] ARTÍCULO 172. TRASLADO DE LA DEMANDA. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código* ***y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía****, y en su caso, presentar demanda de reconvención. […]”.*

*“[…] ARTÍCULO 224. COADYUVANCIA, LITISCONSORTE FACULTATIVO E INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM EN LOS PROCESOS QUE SE TRAMITAN CON OCASIÓN DE PRETENSIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONTRACTUALES Y DE REPARACIÓN DIRECTA. Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvancia o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum.*

*El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.*

*En los litisconsorcios facultativos y en las intervenciones ad excludendum es requisito que no hubiere operado la caducidad. Igualmente, se requiere que la formulación de las pretensiones en demanda independiente hubiera dado lugar a la acumulación de procesos.*

*De la demanda del litisconsorte facultativo y el interviniente ad excludendum, se dará traslado al demandado por el término establecido en el artículo 172 de este Código. […]”.*

*“[…]* ***ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.***

*El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.*

*El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:*

*1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*

*2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*

*3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*

*4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.*

*El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen. […]”.*

*“[…]Artículo 227. Trámite y alcances de la intervención de terceros. En lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil. Artículo […]”.*

1. Al respecto, la Sala resalta que, de acuerdo con el expediente digital del proceso ordinario estudiado en el caso *sub examine,* se encuentra acreditado que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF no contestó la demanda ni realizó un llamamiento en garantía en la oportunidad procesal correspondiente, de acuerdo con la normativacitada *supra*. En ese sentido, se evidenció en el escrito de demanda de la tutela de la referencia que el actor afirmó que:

*“[…] Por razones que desconozco, el apoderado judicial de la entidad pública que represento, en su momento SE ABSTUVO DE CONTESTAR LA DEMANDA, dejando al ICBF inerme frente a los hechos y pretensiones de la misma, sin la posibilidad de CONTROVERTIR y APORTAR las pruebas necesarias que permitieran realizar una defensa técnica idónea en pro de los intereses económicos del ICBF.[…]”.*

1. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que la pretensión del actor de *“[…] que se integre el contradictorio de conformidad con el artículo 61 del CGP, vinculando a la entidad administradora del servicio público de bienestar familiar denominada “ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES EN PROGRAMAS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN PARA LA SALUD, LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD – APSEFACOM […]”*, debió haber sido solicitada dentro del proceso ordinario a través de la figura del llamamiento en garantía, durante el traslado de auto admisorio de la demanda y en ese sentido, dentro de la oportunidad procesal para contestar la demanda. De allí que la acción de tutela no puede considerarse como un mecanismo para subsanar las omisiones de carácter procesal en las cuales haya incurrido la parte dentro del proceso ordinario.

**Análisis del perjuicio irremediable**

1. Finalmente, la Sala deberá analizar si en el presente caso se configura la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.
2. Frente a la configuración del perjuicio irremediable dentro del marco de la acción de tutela ha dicho la Corte Constitucional[[16]](#footnote-16):

*“[…] A propósito del perjuicio irremediable, esta Corporación ha precisado que éste debe reunir las siguientes características: “debe ser* ***inminente*** *o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. (…) el perjuicio ha de ser* ***grave****, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. (…) deben requerirse* ***medidas urgentes*** *para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las* ***medidas de protección deben ser impostergables****, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”[[17]](#footnote-17)[…]”.*

1. En el presente caso no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio. En efecto, del análisis del acervo probatorio no es posible establecer que el actor se encuentre en una situación donde se le impida continuar con el trámite del medio de control de reparación directa identificado con el número único de radicación 700013333005201900320-0, que implique adoptar medidas urgentes, impostergables e inmediatas para la protección de sus derechos fundamentales.
2. La Sala considera que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo para lograr la protección de los derechos alegados, en atención a que se trata de un mecanismo residual y subsidiario, es decir que solo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial que permitan proteger los intereses de los afectados, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que en el presente caso no se configuró.
3. Por último, esta Sala, al igual que el *Ad-quo,* considera que *“[…] toda vez que no se cumple el presupuesto que establece el inciso final del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, esto es que se advierta una actuación temeraria por parte del accionante […]”,* resulta oportuno negar la solicitud de condena en costas elevada por el apoderado de los terceros con interés, Yudis María Ramos Pérez, José Daniel Ramos Pérez, Ubaldo Antonio Ramos Martínez, María José Ramos Cordero, Maderlena Ramos Cordero, Dina Luz Ramos Cordero y Karen Liliana Ramos Cordero.

**Conclusiones de la Sala**

1. Con fundamento en las consideraciones jurídicas establecidas en la parte motiva de esta sentencia, la Sala confirmará la sentencia de 27 de octubre de 2021 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por medio de la cual declaró improcedente la solicitud de tutela presentada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF contra la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre y el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**III. RESUELVE:**

**PRIMERO**: **CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida el de 27 de octubre de 2021 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO**: **NOTIFICAR** esta providencia por el medio más expedito, en los términos de los artículos 16 y 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**TERCERO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley núm. 2591 de 1991, dentro de los diez (10) siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

 *(firmado electrónicamente) (firmado electrónicamente)*

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**

 **Presidente Consejera de Estado**

 **Consejero de Estado**

 *(firmado electrónicamente) (firmado electrónicamente)*

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

 **Consejero de Estado Consejero de Estado**

1. “***Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política''*** [↑](#footnote-ref-1)
2. “*Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1,2.2.3.1.2.4 Y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela"* [↑](#footnote-ref-2)
3. “*por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”* [↑](#footnote-ref-3)
4. Reglamento Interno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-4)
5. "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política" [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de diciembre de 2017, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, número único de radicación 11001031500020170300600 [↑](#footnote-ref-6)
7. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-7)
8. La subregla mencionada ha sido aplicada en las sentencias SU-1299 de 2001, T-886 de 2001, T-212 de 2006, T-113 de 2013, T-103 de 2014, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. Al respecto, la sentencia C-590 de 2005 afirmó que es “un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. La subregla jurisprudencial expuesta previamente fue aplicada en la sentencia SU-858 de 2001, SU-1299 de 2001, entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2017. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia T-030 26 de enero de 2015. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Constitucional, Sentencia C 980 de 1º. de diciembre de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional, Sentencia T 799 de 21 de octubre de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de diciembre de 2017, C.P. doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, número único de radicación 11001031500020170300600. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional, Sentencia SU-439 de 13 de julio de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 7 de diciembre de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. [↑](#footnote-ref-17)