



PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2021-00014-00

ACCIONANTE: UNIÓN TEMPORAL UT LIDERANDO LA INFANCIA.

ACCIONADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)- CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS E ICBF REGIONAL ATLÁNTICO.

DERECHO: DEBIDO PROCESO E IGUALDAD

Barranquilla, ocho (08) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por la señora ANA JUDITH AYOLA ARISMENDI, en calidad de representante legal, de la Unión Temporal U.T LIDERANDO LA INFANCIA conformada por la ASOCIACIÓN DE AMIGOS TRABAJADORES POR EL BIENESTAR DEL NIÑO PORTEÑO-ASOAMIT, identificada con NIT. 802.004.252-7 y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ JESÚS DE LA BUENA ESPERANZA - FUNDIJEBE NIT 900.655.545-8, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)- CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS E ICBF REGIONAL ATLÁNTICO, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO E IGUALDAD.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. Aseveró que la UT LIDERANDO LA INFANCIA, conformada por la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ JESÚS DE LA BUENA ESPERANZA-FUNDIJEBE, identificada con NIT 900.655.545-8, y por la ASOCIACIÓN DE AMIGOS TRABAJADORES POR EL BIENESTAR DEL NIÑO PORTEÑO-ASOAMIT, identificada con NIT. 802.004.252-7, según consta en documento de creación de fecha 27 de diciembre de 2020, se conformó con la intención de presentar ofertas, firmar contratos y ejecutar los mismos, en los distintos procesos de selección de contratistas que, a través de convocatorias públicas, adelanta el Instituto Colombiano de Bienestar familiar en los programas para “Prestar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en Hogares Infantiles -HI-, Centros de Desarrollo Infantil -CDI-, y Desarrollo Infantil en Medio Familiar -DIMF-, de conformidad con el Manual Operativo de la Modalidad Institucional, el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y las directrices establecidas por el ICBF, en armonía con la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre”.
2. La UT LIDERANDO LA INFANCIA presentó oferta en el proceso de selección No. 2021-8-08002172020, para el Centro Zonal Norte Centro Historio de la Regional Atlántico del ICBF, resultando clasificada de manera irregular por la plataforma “BETTO”, la cual aunque trabaja con la (Inteligencia artificial), no clasificó de manera correcta de acuerdo a los lineamientos del numeral 3 del TÍTULO III de la Invitación Pública que conformó el Banco de Oferentes IP-003-2019, el rango de la UT LIDERANDO LA INFANCIA. Esta debe quedar en RANGO 3, sin embargo, la clasificó erróneamente en el RANGO 5. Situación que dio lugar a que en la lista de elegibles apareciera en primer lugar la entidad sin ánimo de lucro MUJERES GESTORAS COMUNITARIAS DE LOS MONTES DE MARIA “MUGESCO”, catalogada en rango 4, la cual, además, carecía de idoneidad ya que los documentos que aportó para demostrar su experiencia contiene información que no corresponde a la realidad.

3. Aduce que, el ICBF evaluó de manera errada y caprichosa, saltándose la ritualidad del procedimiento administrativo, en las ofertas presentadas por los oferentes en el proceso de selección No.2021-8-08002172020, al poner de primero en la lista de elegibles y adjudicar dicho proceso de selección a la entidad sin ánimo de lucro MUJERES GESTORAS COMUNITARIAS DE LOS MONTES DE MARÍA “MUGESCO”, con NIT. 900422366, cuando su oferta no era la mejor, sino la de la, UT LIDERANDO LA INFANCIA, conforme los lineamientos dados en el proceso de selección a través de las Resoluciones 5743 de 2020, modificada por las Resoluciones 6028 y 6694 de 2020 y las Resoluciones 320 y 371 de 2021, todas proferidas por el ICBF.
4. Afirma que está equivocada evaluación se dio porque el ICBF, a través de la plataforma BETTO, la cual funciona con Inteligencia Artificial, lo que indica que requiere del concurso humano para alimentar su fuente, por tanto, no es infalible, arrojó una información equivocada al darle un rango numérico que no corresponde a la UT LIDERANDO LA INFANCIA, fue catalogada como RANGO 5, cuando la realidad es que debe ser clasificada en el RANGO 3, “...Para el caso que nos ocupa el contrato relacionado con la invitación 2021-8-08002172020 para la Regional Atlántico, se encuentra en el Rango 3 es decir, límite inferior de 1640 SMMLV - límite superior menor o igual a 4.935 SMMLV, circunscripción territorial Puerto Colombia y Barranquilla (municipal)...”, conforme con los lineamientos de los indicadores económicos dados por el ICBF.
5. Aduce que estas actuaciones desconcertantes de la entidad accionada (ICBF) son elucubraciones que tratan de justificar al sistema BETTO, como si sus cálculos fuesen irrefutables, cuando arroja resultados imprecisos, que vulneran el debido proceso administrativo, ponen en riesgo inminente la transparencia y la selección objetiva en el proceso de selección mencionado, ya que está ad portas de ser firmado el contrato con un oferente cuya oferta no fue la mejor y quien además aportó documentación con serios indicios de falsedad, tal como fue expuesto en las observaciones iniciales y la respuesta por el ICBF consistió en la siguiente: “... es el Director Regional quien deberá solicitar al interesado ubicado en primer orden de elegibilidad o subsiguientes en caso de ser necesario el agotamiento de dicho orden de elegibilidad, allegar la documentación que soporte el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución No. 5743 de 2020 y sus modificaciones, para el caso que nos ocupa la Dirección Regional Atlántico realizará la verificación y en ese orden de ideas se procederá a remitir la información al Regional para que tome las acciones pertinentes”. En otras palabras, los derechos fundamentales a un trato igual y el debido proceso administrativo están siendo vulnerados de manera flagrante y ostensible con la conducta del ICBF en el proceso de selección de contratista No.2021-8-08002172020, Regional Atlántico.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se le amparen sus derechos y como consecuencia de ello:

“1. Suspender el proceso de selección No.2021-8-08002172020, Regional Atlántico del ICBF, y ordenar una nueva evaluación teniendo en cuenta los lineamientos del numeral 3 del TÍTULO III de la Invitación Pública que conformó el Banco de Oferentes IP-003-2019, a efecto, que le sea asignado el RANGO No. 3, que le corresponde al oferente UT LIDERANDO LA INFANCIA, conformado por la

FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ JESÚS DE LA BUENA ESPERANZA FUNDIJEBE, identificada con NIT 900.655.545-8, y por la ASOCIACIÓN DE AMIGOS TRABAJADORES POR EL BIENESTAR DEL NIÑO PORTEÑO-ASOAMIT, identificada con NIT. 802.004.252-7, quienes a su vez están clasificadas por el ICBF en los Rangos 4 y 2, respectivamente.

2. Adicionalmente, ordenar al ICBF para que el funcionario de la Dirección Regional Atlántico, efectúe la verificación y comprobación de la documentación de las experiencias aportadas por el oferente adjudicatario MUJERES GESTORAS COMUNITARIAS DE LOS MONTES DE MARIA "MUGESCO", para determinar su autenticidad.

3. Como quiera que existe menores de edad, solicito comedidamente al Juez constitucional, se sirva comunicar a la Procuraduría General de la Nación para que, a través de las delegadas para la Contratación Estatal y Vigilancia para la Función Pública, en ejercicio de sus funciones de Intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, de conformidad al artículo 23 del Decreto 262 de 2000, ejerzan una estricta vigilancia en la presente Tutela."

IV. PRUEBAS

La parte actora en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

1. Copia del documento de creación de la UT LIDERANDO LA INFANCIA del 27 de diciembre de 2020.
2. Copia de los certificados de existencia y representación legal de la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ JESÚS DE LA BUENA ESPERANZA- FUNDIJEBE, identificada con NIT 900.655.545-8, y de la ASOCIACIÓN DE AMIGOS TRABAJADORES POR EL BIENESTAR DEL NIÑO PORTEÑO-ASOAMIT, identificada con NIT. 802.004.252-7
3. Copia de la invitación pública adelantada por el ICBF No. 2021-8- 08002172020, Centro Zonal Norte Centro Historio de la Regional Atlántico del ICBF.
4. Respuesta a la escogencia de los oferentes de la plataforma BETTO.
5. Observación presentada por la UT LIDERANDO FUTURO del 28 de enero de 2021,
6. Copia de la respuesta dada por el ICBF a las observaciones formuladas por la UT LIDERANDO FUTURO.
7. Copia del escrito denominado "oficio Aclaratorio de respuesta" del 15 de febrero de 2021, presentado por la UT LIDERANDO LA INFANCIA ante el ICBF.
8. Copia de algunos apartes de la Invitación Pública que conformó el Banco de Oferentes IP-003-2019 ICBF, que establece en el numeral 3 del TÍTULO III los lineamientos para determinar la Capacidad Operativa. El Título II, literal C, Numeral (12) donde expresa la prohibición de subcontratar el objeto total de los contratos suscritos por el ICBF, tal como aportar experiencias de subcontrataciones.
9. Experiencia aportada por la fundación sin ánimo de lucro MUGESCO designada en el primer orden de elegibilidad.
10. Modelo de contratos donde en las Cláusulas 17 y 18 de la contratación del ICBF (Prohibición de subcontratación y cesión de contratos).
11. Imagen donde se muestra cómo el mismo ICBF en su plataforma BETTO cataloga en una y otras ofertas en Rango 4 y 5 en otras aleatoriamente, sin tener en cuenta la Ip-003-2019 para la selección de los rangos de los proponentes plurales.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el día 22 de febrero de 2021, ordenándose notificar a la accionada y la vinculación de la ASOCIACIÓN DE AMIGOS TRABAJADORES POR EL BIENESTAR DEL NIÑO PORTEÑO-ASOAMIT, identificada con NIT. 802.004.252-7 y LA

FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ JESÚS DE LA BUENA ESPERANZA – FUNDIJEBE NIT 900.655.545-8, MUJERES GESTORAS COMUNITARIAS DE LOS MONTES DE MARÍA “MUGESCO”, con NIT. 90042236, CONTRALORÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, PROCURADURÍA REGIONAL ATLÁNTICO, a todos los integrantes del banco de oferentes dentro del proceso de para que rindan un informe sobre los hechos depuestos de selección No. 2021-8-08002172020, cuyo objeto es “Prestar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en Hogares Infantiles -HI-, Centros de Desarrollo Infantil -CDI-, y Desarrollo Infantil en Medio Familiar –DIMF, para que rindieran un informe sobre los hechos depuestos, por cuanto la decisión adoptada dentro del presente tramite podía repercutirlos o afectarlos.

Asimismo, esta agencia judicial decidió acceder parcialmente a la medida provisional solicitada por la parte accionante, ordenando la suspensión de la contratación, del (os) seleccionados para ejecutar los servicios de educación, hasta tanto no se resolviera de fondo la presente acción constitucional (esto es 10 días hábiles), por cuanto lo dispuesto podía repercutir o afectar dicha contratación.

Por lo anterior, la parte accionada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, solicitó dejar sin efecto ni valor el numeral 3° del auto de 22 de febrero de 2021, por medio del cual se ordenó acceder parcialmente a la medida provisional solicitada y, por consiguiente, suspender el proceso de contratación que conlleva la invitación del ICBF Regional Atlántico manifestación de interés No. 2021-8-08002172020, hasta tanto no se decida la presente acción constitucional, por:

“...ser una decisión abiertamente inconstitucional porque desconoce el artículo 4° de la CPo y la línea jurisprudencial en vigor que, determina la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, sobre otros derechos fundamentales con los que puedan colisionar... La Corte Constitucional ha establecido una línea jurisprudencial consistente y reiterada, mediante las Sentencias T-475 de 2016, T-201 de 2017, T-667 de 2017 y T-397 de 2018, en la cual, se señala la improcedencia de suspender la contratación en los programas de primera infancia ante la colisión de los derechos de los niños con otros derechos fundamentales, pues los primeros tienen especial relevancia constitucional y priman sobre los restantes... De esta manera, la medida provisional afecta la atención de MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO (1.244) niños y niñas.”

Razón por la cual, esta agencia en primer momento los requirió para que remitiera el calendario de contratación No. 2021-8-08002172020, y posteriormente accedió al levantamiento de dicha medida, en virtud a que *“...con la aplicación de la medida provisional decretada, se contraponen dos derechos fundamentales importantes, como lo son, el derecho a la alimentación de los MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO (1.244) NIÑOS Y NIÑAS y, por otro lado, los derechos al debido proceso e igualdad del accionante UNIÓN TEMPORAL UT LIDERANDO LA INFANCIA... el interés superior del niño es recogido como una obligación interpretativa en las actuaciones legales y administrativas que se susciten en el caso de encontrarse en conflicto, bien sea entre los niños y niñas y sus padres, entre los niños y niñas y otros particulares, entre los niños y niñas y el Estado y en algunos casos, en la colisión de derechos entre los mismos...”*

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, informó al despacho que: *“...el ICBF expidió la Resolución No. 5743 del 30 de octubre de 2020 “Por la cual se modifica el procedimiento administrativo para la selección de contratistas habilitados en el Banco Nacional de Oferentes y las reglas para seleccionar a las contratistas establecidas en el capítulo IV “CONTRATACIÓN DE INTERESADOS HABILITADOS, en el marco de la IP-003 de 2019, cuyo objeto fue: CONFORMAR*

EL BANCO NACIONAL DE OFERENTES 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 FAMILIAR”, que entre otros aspectos relevantes, estableció topes para la celebración de contratos con el fin de prevenir la concentración y garantizar la pluralidad de oferentes y contratistas en los servicios de primera infancia y con ello la garantía de derechos a niños y niñas beneficiarios. Es importante mencionar que BETTO, (Bienestar, Eficiencia, Transparencia, Tecnología y Oportunidad), es una herramienta tecnológica de inteligencia artificial creada por el ICBF para organizar los procesos de invitación, evaluación y selección de los operadores habilitados en el Banco Nacional de Oferentes para los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral a cargo de la Dirección de Primera Infancia. Esta herramienta es una solución tecnológica, de analítica avanzada y características de algoritmos de inteligencia artificial y aprendizaje automático, que permiten realizar acciones basados en una serie de factores determinados por el ICBF, que para este caso son los criterios de verificación, selección y desempate en caso de requerirse... la accionante cuestiona unos actos pre-contractuales, ya que se refieren a las actas del comité de contratación, sin que demuestren que los medios ordinarios de control resulten ineficaces frente a estos actos administrativos... y, en todo caso, los actores cuentan con medidas cautelares (como la suspensión provisional del acto demandado) que le garantizan la protección de los derechos presuntamente vulnerados... siendo esta la vía natural establecida por la Ley, que no puede ser suplantada por la acción de tutela cuando no se demuestra de manera palmaria la afectación del derecho fundamental de la accionante. Así las cosas, no se advierte que los mecanismos ordinarios de defensa judicial carezcan de eficacia o idoneidad ni que tampoco la actora se encuentre ante un perjuicio irremediable que justifique la interposición de la acción de tutela como mecanismo transitorio, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales citados. Este último punto resulta determinante en tanto le corresponde la accionante acreditar tal perjuicio, lo cual se echa de menos, aunado al hecho de que en el escrito de tutela no se manifiesta ni se prueba la vulneración de ningún derecho fundamental... que la orden de suspensión afecta la atención de MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO (1244) niños y niñas...”

CONTRALORÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, señaló “...Frente al asunto de la referencia, se ha notificado a la Contraloría Distrital de Barranquilla, sin que en los hechos del escrito de tutela se hubiere presentado contra esta entidad. Así como también que de los hechos se desprenda que la misma tenga interés directo en esta para ser vinculada. Por ello, teniendo en cuenta que esta entidad es ajena a los hechos del escrito de tutela y que estos no tienen relación, directa o indirecta, con la función misional de esta entidad, o con alguna acción u omisión de esta, solicito que la misma sea desvinculada de esta acción por falta de legitimación en la causa por pasiva...”

LA ORGANIZACIÓN MUJERES GESTORAS COMUNITARIAS DE LOS MONTES DE MARÍA – MUGESCO, informó: “...En el caso de esta tutela nos encontramos frente a una situación en la cual la parte accionante no ha demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, sino que además no ha agotado los recursos ordinarios (reposición, apelación y queja) ni extraordinarios (revocatoria directa) que aún puede interponer en sede administrativa, ante la autoridad que lleva a cabo el procedimiento administrativo de selección de contratista, en este caso el ICBF. De la misma manera tampoco acudió a los medios de control establecidos en el Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, valga decir nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Es necesario destacar que dentro de los referidos procesos contencioso administrativos puede la autoridad solicitar medidas cautelares si en criterio del accionante se le ocasionaría un perjuicio irremediable a su patrimonio por la no adjudicación de un contrato. Dichas medidas cobijarían hipotéticamente incluso la suspensión de la actuación administrativa de carácter contractual... No puede pretender el accionante que la tutela sea tomada como un mecanismo sustitutivo de los recursos y medios de defensa tanto administrativos como contencioso administrativo para amparar sus intereses económicos particulares. Declarar la procedencia de esta tutela sería tanto como deslegitimar la existencia de las autoridades tanto administrativas como

Página 5 de 13

judiciales que han sido instituidas por la constitución y la ley para resolver pretensiones dinerarias como lo son las perseguidas por el accionante. Finalmente, pero definitivamente no menos importante, el verdadero derecho fundamental que se ve en riesgo en este proceso es el superior de los niños y niñas a ser atendidos de manera integral y a la educación inicial, máxime cuando la solicitud del accionante se basa en un interés económico individual, menoscabando el bienestar de niños y niñas vulnerables del municipio de Puerto Colombia y el Distrito de Barranquilla...”

PROCURADURÍA REGIONAL DEL ATLÁNTICO, sostuvo: “...respecto de las pretensiones del accionante y la vinculación de la entidad que represento en la presente acción de tutela, me permito realizar las siguientes precisiones: El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, señala: “(...) La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. (...)”. En ese sentido, para establecer las actuaciones que se deben surtir con el fin de subsanar o cesar los comportamientos atentatorios de los derechos de quien concurre ante el Juez de Tutela, debe identificarse correctamente a la persona o autoridad que ha vulnerado o amenaza esas garantías fundamentales. La Corte Constitucional, mediante auto del 8 de marzo de 2001, estableció: “(...) Acorde con los principios básicos del derecho procesal, especialmente con el denominado “legitimidad en la causa por pasiva”, las obligaciones jurídicas son exigibles respecto de quien se encuentra expresamente llamado por la ley o el contrato a responder por ellas. Así las cosas, para que la acción judicial se encamine en términos de favorabilidad, es necesario que -además de que se cumplan otros requisitos- exista una coincidencia de derecho entre el titular de la obligación pretendida y el sujeto frente a quien dicha conducta se reclama. La incongruencia o falta de identidad entre dichos sujetos, conduce usualmente al dictamen de sentencias desestimatorias. Teniendo en cuenta lo anterior, dadas las pretensiones esbozadas en la acción de tutela y el marco de competencia de esta entidad, debe declararse la falta de legitimación en la causa de la Procuraduría General de la Nación, entidad que, valga aclarar, no ha adelantado actuación alguna en detrimento de los intereses del accionante.”

VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Es procedente la acción de tutela impetrada contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad de la Unión Temporal U.T. LIDERANDO LA INFANCIA, por presuntas irregularidades en el proceso de selección No. 2021-8-08002172020, para el Centro Zonal Norte Centro Historio de la Regional Atlántico del ICBF, en la plataforma “BETTO”?

¿La accionada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad de la Unión Temporal U.T LIDERANDO LA INFANCIA, por presuntamente no clasificar de manera correcta su oferta en el proceso de selección No. 2021-8-08002172020, para el Centro Zonal Norte Centro Historio de la Regional Atlántico del ICBF, en la plataforma “BETTO” y en defecto elegir a LA ORGANIZACIÓN MUJERES GESTORAS COMUNITARIAS DE LOS MONTES DE MARÍA - MUGESCO, por una asignación errónea en el puntaje?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 29 y 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, Ley 1437 de 2011; sentencias T-753 de 2006, T-406 de 2005, T405-2018, T-747 de 2008, entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

DEL PRESUPUESTO DE SUBSIDIARIEDAD.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

En reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha manifestado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 la Corte precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999¹ y reiterado en la sentencia T405-2018, al considerar que:

“En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate.”

La primera posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales y la segunda es que, por el contrario, “las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”².

En cuanto al primer supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, se ha sostenido que:

“El requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal.”³

¹ Corte constitucional, Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

² Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995, Corte Constitucional.

³ Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994, Corte Constitucional.

La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado.⁴

En relación con el segundo evento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.⁵

Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos:

“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de la Corte, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento trascendente en el haber jurídico de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.⁶

En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de **“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”**. (Negrita y subrayado por fuera del texto original).

Finalmente, en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial.⁷

Al respecto, la Corte ha señalado que: *“no es propio de la acción de tutela el ser un medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”*.⁸

⁴ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶ Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

⁷ Sentencias T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995.

⁸ Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la Unión Temporal U.T LIDERANDO LA INFANCIA conformada por la ASOCIACIÓN DE AMIGOS TRABAJADORES POR EL BIENESTAR DEL NIÑO PORTEÑO-ASOAMIT, identificada con NIT. 802.004.252-7 y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ JESÚS DE LA BUENA ESPERANZA - FUNDIJEBE NIT 900.655.545-8, hace uso del trámite constitucional de la referencia, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)-REGIONAL ATLÁNTICO, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad.

Lo anterior, en ocasión a que expone que hace parte del Banco de Oferentes para los procesos de selección de contratistas que, a través de convocatorias públicas, adelanta el Instituto Colombiano de Bienestar familiar en los programas para “Prestar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en Hogares Infantiles -HI-, Centros de Desarrollo Infantil -CDI-, y Desarrollo Infantil en Medio Familiar -DIMF.

De conformidad con el Manual Operativo de la Modalidad Institucional, el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y las directrices establecidas por el ICBF, en armonía con la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre”, presentó oferta en el proceso de selección No. 2021-8-08002172020, para el Centro Zonal Norte Centro Historio de la Regional Atlántico del ICBF, en donde aduce que fue clasificada irregularmente por la plataforma “BETTO”, lo que dio lugar a que en la lista de elegibles apareciera en primer lugar la entidad sin ánimo de lucro MUJERES GESTORAS COMUNITARIAS DE LOS MONTES DE MARIA “MUGESCO”, que carecía de idoneidad, debido a que los documentos que presentó el derecho para demostrar su experiencia contenían información que no corresponde a la realidad.

Al respecto el ICBF señaló que no existe una violación al debido proceso en atención que el presente proceso se encuentra en curso y se ha desarrollado con base en reglas previamente establecidas en las Resoluciones 5743 de 2020, y sus modificaciones conocidas por los interesados. Adicionalmente, a la fecha no se ha seleccionado ni suscrito ningún contrato derivado de las invitaciones abiertas, dado que los resultados publicados son preliminares y los definitivos serán publicados, si a ello hay lugar, una vez se procese la información en la herramienta tecnológica de analítica avanzada y de inteligencia artificial y se agote la etapa de observaciones y respuesta a las mismas. La habilitación en el Banco Nacional de Oferentes desarrollado, a través, de la Invitación Pública IP 003 de 2019, al ser un procedimiento previo e independiente del proceso de escogencia, condensado en una lista de caracterización de la Oferta del Servicio de Primera Infancia del ICBF, no tiene la naturaleza de un acto pre- negocial, como sería el caso de los pliegos de condiciones, pues su contenido no invita al ofrecimiento para la satisfacción de necesidades, bienes o servicios, de los cuales los interesados puedan presentar ofertas para su escogencia. El proceso obtuvo firmeza en la vigencia 2020 cuando se resolvieron los recursos interpuestos en contra del acto de constitución materializado por la Resolución 11974 de 30 de noviembre de 2019. Los proveedores que quedaron habilitados en el BNOPI, como los señalados por la accionante, no tienen derecho presente ni futuro a la asignación de contratos, pues para ello se debe adelantar el proceso de selección correspondiente.

No obstante, todos los habilitados en el Banco podían presentarse al presente proceso de selección a competir en igual de condiciones, motivo por el cual, la violación del debido proceso

alegada por el accionante no se ha presentado, por el contrario, se ha garantizado a través de reglas previamente establecidas y aplicadas de manera rigurosa.

Por su parte, la entidad MUJERES GESTORAS COMUNITARIAS DE LOS MONTES DE MARIA "MUGESCO", indicó que la parte accionante no ha demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, sino que además no ha agotado los recursos ordinarios (reposición, apelación y queja) ni extraordinarios (revocatoria directa) que aún puede interponer en sede administrativa, ante la autoridad que lleva a cabo el procedimiento administrativo de selección de contratista, en este caso el ICBF. De la misma manera tampoco acudió a los medios de control establecidos en el Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, valga decir nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Es necesario destacar que dentro de los referidos procesos contencioso administrativos puede la autoridad solicitar medidas cautelares si en criterio del accionante se le ocasionaría un perjuicio irremediable a su patrimonio por la no adjudicación de un contrato.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, este despacho estudiará si el caso en concreto supera el requisito de subsidiariedad.

Visto lo anterior, en el asunto sub-examine, se advierte que la parte accionante pretende que se ordene una nueva evaluación, respecto de la UT LIDERANDO LA INFANCIA, y la entidad seleccionada MUJERES GESTORAS COMUNITARIAS DE LOS MONTES DE MARIA "MUGESCO", en el proceso de selección No. 2021-8-08002172020, ante la asignación una información equivocada al darle un rango numérico que no corresponde al oferente seleccionado.

Como es bien sabido, la Corte Constitucional ha considerado que las acciones contencioso administrativas son idóneas para la protección de los derechos e intereses de las personas directamente interesadas en participar en los diferentes procesos de contratación pública.

En este sentido, se tiene que dichas acciones se encuentran acompañadas de la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los actos impugnados, por lo tanto, desplazan a la acción de tutela en la defensa de los derechos que, como los alegados por la actora, son aquellos eventualmente comprometidos en procesos de selección como el aquí referido.

No obstante, la acción de tutela sería procedente si la parte actora demuestra que el proceso que impugna le causa a ella, de manera individual y concreta, un daño específico y determinado, sobre un derecho fundamental y siempre que quedara claro que tal daño sólo puede ser evitado a través de la tutela. Esto, sin embargo, no resulta demostrado en el expediente.

En efecto, la parte actora se limita a realizar aseveraciones generales sobre los vicios que a su juicio tiene el proceso contractual, referente a la plataforma "BETTO", y sobre como tales vicios pueden afectar los derechos a la igualdad y el debido proceso.

Empero, no demostró específicamente porque tales vicios la afectan concretamente a la entidad, comprometiendo los derechos fundamentales que la tutela resulta verdaderamente urgente, ni las razones por las cuales no puede acudir ante el juez natural, como lo es el contencioso administrativo, escenario idóneo para que documentar que la entidad seleccionada no cumple con los requisitos mínimos impuestos por las Resoluciones 5743 de 2020, modificada por las Resoluciones 6028 y 6694 de 2020 y 320 y 371 de 2021.

Cabe enfatizar en cuanto a que en el trámite de las acciones contenciosas, las partes pueden solicitar la suspensión provisional de los actos y contratos administrativos que se controvierten, medidas que pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas e inclusive de carácter contractual, mediante las cuales puede evitarse o precaverse cualquier perjuicio.

En sede constitucional en sentencia T 442 - 2014, se dilucidó:

“ Los actos precontractuales como los que se derivan de la ejecución del contrato, son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, el análisis que debe efectuarse por parte del juez, consiste en determinar si los actos proferidos por la administración son definitivos o de trámite y evaluar si dichos actos al desaparecer del mundo jurídico generan o no restablecimiento del derecho. Al respecto el Consejo de Estado ha decantado que: “el contencioso objetivo de anulación está concebido para la revisión de legalidad de aquellos actos administrativos -generales o particulares- que al desaparecer del mundo jurídico no generen restablecimiento del derecho, mientras que el contencioso subjetivo de anulación, además de permitir la nulidad del acto administrativo, permite el restablecimiento del derecho que éste ha vulnerado” y que por lo tanto “el legislador no previó que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, fueran, indistintamente idóneas para el enjuiciamiento de la legalidad de los actos que se producen durante la actividad precontractual, sino que al contrario al permitir ambas acciones según el caso, es el contenido de las pretensiones, determinado a la vez por los efectos de la anulación del acto administrativo, lo que impone que la acción a intentar sea el contencioso objetivo o el subjetivo de anulación.”⁹

En este orden de ideas, en el caso de marras no se acreditó por la demandante la existencia de un perjuicio irremediable, de acuerdo con los elementos jurisprudenciales que se han definido para su configuración, a saber: **i)** la gravedad **(ii)** la inminencia del perjuicio, **(iii)** la impostergabilidad de las medidas para la protección del derecho y **(iv)** la urgencia de las mismas.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se declarará la improcedencia, por cuanto no se superó el requisito general de procedibilidad al existir otros medios de defensa ordinarios y no demostrar un perjuicio irremediable.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la presente acción constitucional instaurada por la señora ANA JUDITH AYOLA ARISMENDI, en calidad de representante legal, de la Unión Temporal U.T LIDERANDO LA INFANCIA conformada por la ASOCIACIÓN DE AMIGOS TRABAJADORES POR EL BIENESTAR DEL NIÑO PORTEÑO-ASOAMIT, identificada con NIT. 802.004.252-7 y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ JESÚS DE LA BUENA ESPERANZA - FUNDIJEBE NIT

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, quince (15) de febrero de dos mil doce (2012), Jaime Alberto Santofimio Gamboa.

900.655.545-8, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) y los vinculados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
3. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA