



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA

SIGCMA

San Andrés Isla, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 0042

Medio de Control	Acción de Tutela-Impugnación
Radicado	88-001-33-33-001-2020-00024-01
Demandante	Stelman Puello Hernández y Otros
Demandado	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I.-OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la IMPUGNACIÓN, interpuesta por el la parte accionante, contra el fallo de tutela de fecha 02 de marzo de 2020 proferido por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial, dentro de la acción de tutela de la referencia, mediante la cual decidió:

“PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE, por falta de legitimación en la causa por activa, la acción de tutela impetrada por los señores Stelman Puello Hernández, Lina Marcela Duque Villamil, Belkys Inés Pérez Puello, Renis Sierra de la Rosa, Javier Salgado Quintana y Juan Carlos Restrepo Orejuela, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTÍFIQUESE la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si el fallo no fuere impugnado, ENVIAR a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.”

II.- ANTECEDENTES

STELMAN PUELLO HERNANDEZ, LINA MARCELA DUQUE VILLAMIL, BELKYS INES PEREZ PUELLO, RENIS SIERRA DE LA ROSA, JAVIER SALGUEDO QUINTANA y JUAN CARLOS RESTREPO OREJUELA, en condición de asociados y padres de familia, presentaron acción de tutela contra el señor WILBERT

ENRIQUE PIZARRO BARCASNEGRAS, en su condición de presidente de la Junta Directiva y a su vez representante legal y ZULEIKA WILLIAMS en calidad de directora de la Asociación Nuevos Horizontes del hogar infantil en San Andrés Isla-ASOPADRES Nuevos Horizontes, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la libertad de asociación y de participación y de los menores, con base en los siguientes:

- HECHOS:

Los actores, relatan que la asociación “Nuevos Horizontes” del hogar infantil en San Andrés Isla, se gestó el 3 de mayo del año 2003, como una entidad sin ánimo de lucro, teniendo como objetivos principales: *“apoyar en la educación familiar y escolar que se le brinde a los menores en el Hogar Infantil y participar en la integración de la comunidad educativa, compuesta por educandos, educadores y padres de familia”*.

Que el Art. 4 de los estatutos establece: *“La Asociación “Nuevo Horizonte” está integrada por los padres de familia y acudientes de los niñ@s matriculados en el hogar infantil La Esmeralda..”,* es decir, que son los padres de familia, quienes tienen la dirección y mando de las máximas decisiones que se adopten al interior del ente jurídico.

Informan que “el día 12 de febrero de esta anualidad fueron citados a una reunión, que se llevó a cabo en la sede La Esmeralda, donde escucharon al director del ICBF regional San Andrés Islas, señalar que el trámite contractual estaba listo y que solo hacia falta que la Asamblea reafirmara la Junta Directiva que figura en cámara de comercio o en su defecto se nombrase una nueva con los padres que en la actualidad cumplen con las calidades para ser asociado”.

Que “al final de la reunión se acordó que la Junta Directiva vencida sesionaría el día 13 de febrero de 2020, con la finalidad de fijar la fecha en que se llevaría a cabo la Asamblea General”.

Llegada la fecha, esto es, el día 13 de febrero del año en curso, el representante legal y otras personas que forman parte de la Junta Directiva, emitieron un comunicado en los siguientes términos: *en reunión realizada el día 13 de febrero del año en curso, con la participación del representante legal y dos integrantes mas de la Junta Directiva de la Asociación “Nuevos Horizontes”, acordaron no realizar la reunión que fue programada para el día siguiente y que una vez la Asociación suscribiera el contrato con el ICBF se convocará a los padres de familia para una nueva reunión.*

Afirman que, en vista de lo anterior, el señor Stelman Puello Hernández solicitó al presidente de la Junta Directiva convocar a una sesión extraordinaria a la Asamblea General para poder suscribir el contrato con el ICBF.

Que “el día 14 de febrero de 2020, el accionante recibió respuesta en la que se denota la posición del representante legal, en abstenerse de convocar a la Asamblea General, por las razones que se especifican en el escrito de tutela”.

Señalan que, en su condición de padres de los menores afectados y asociados del ente jurídico privado accionado, acuden a este mecanismo constitucional, para manifestar su clamor y voz de auxilio por el desasosiego que implica pensar, que los niñ@s no tienen definida con certeza, la fecha de inicio de su jornada, olvidando estos sujetos, que los derechos de los menores prevalece inclusive por encima de las situaciones que arguyen, impiden la suscripción del contrato.

- PRETENSIONES

Conforme a lo anotado, la accionante solicita lo siguiente:

Que se amparen los derechos a la educación de los menores y a la libre asociación que les asiste como padres de familia, que se ordena al representante legal de la Junta Directiva convocar a la Asamblea Extraordinaria para efectos de agilizar el trámite de contratación que se requiere.

- **CONTESTACIÓN**

Asociación Nuevos Horizontes

El representante legal de la Asociación Nuevos Horizontes al dar respuesta indicó que, frente a los hechos, unos son ciertos, otros no le constan y otros son parcialmente ciertos.

Manifiesta que, para ser asociado se debe tener la condición de padre de familia o acudiente de niños matriculados de acuerdo a lo establecido en los Arts. 4 y 11 del Estatuto de la Asociación y en este caso ello no ocurre por cuanto no existe contrato con el ICBF y esto impide que se de apertura al periodo de matrículas.

Que, no obstante, la Asociación Nuevos Horizontes adelantó el proceso de selección de infantes para la asignación de cupos, preseleccionando a los beneficiarios de los niveles de salacuna, caminantes, párvulo 1, párvulo 2, jardín 1, jardín 1-1, jardín 2, jardín 2-1, informando a sus respectivos padres de familia para efectos de que estos manifestaran su ánimo de que fueran vinculados inmediatamente se firmara el contrato. Se hizo para esto una campaña médica para la realización de exámenes y diagnósticos necesarios, pero muchos no acudieron por el cambio de establecimiento educativo.

Informa que la Junta Directiva nunca convocó a las supuestas reuniones en fechas 12, 13 y 14 de febrero de 2020, por lo cual la asociación si se vio obligada a comunicar que no había convocatoria toda vez que la inexistencia del contrato afecta también, la conformación de la Asamblea.

Asegura que no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados por los accionantes, pues los padres de familia que conforman la asociación deben ser de aquellos niños ya matriculados o que se encuentren activos.

Refiere que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF-, es quien a su juicio, se encuentra vulnerando los derechos a la educación de la niñez, por cuanto

se niega a contratar, al parecer por no aceptar el precio que propone la Asociación, único oferente en la isla de San Andrés y habilitado en el Banco Nacional de oferentes de primera infancia.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El director de esta entidad al descorrer el traslado, informa que *“se realizó la invitación masiva a 1.441 entidades habilitadas en el Banco Nacional de Oferentes de Primera Infancia en las circunscripciones Municipal, Departamental y de alcance Nacional y la entidad recibió dos propuestas de interés: i) Fundación Multiactiva María Auxiliadora y ii) Asociación Nuevos Horizontes.*

Que respecto, a la Fundación Multiactiva María Auxiliadora no se cumplieron con los requisitos legales y al verificar la capacidad operativa de encontró que la Asociación Nuevos Horizontes se encuentra habilitada en el BNOPI en el rango 1 de la capacidad operativa, es decir, para suscribir contratos por el valor menor o igual a 820 SMMLV, equivalente a \$719.798.460 y en el momento de la invitación, el valor del contrato se había establecido en \$1.342.64.404, casi el doble del valor por el cual está habilitada dicha asociación.

Indica que, además, se encontraron vencidos desde el año 2019, los periodos del representante legal y Junta Directiva de la Asociación Nuevos Horizontes, razón por la cual la Dirección Regional puso de presente tal circunstancia, sin que dicho llamado de atención pudiera considerarse interferencia en la autonomía de la Asociación.

Finalmente, manifiesta que en vista de no poder suscribir contrato con ninguna de las antes mencionadas, el comité de contratación de la regional, en sesión No .08 del 19 de febrero de 2020, emitió concepto favorable para que la Dirección Regional solicitara ante la Dirección de primera infancia concepto técnico y aval para la contratación de Fundarchipiélago para la prestación del servicio requerido, en donde fue autorizada la suscripción del contrato de aporte No. 042 del 24 de febrero para prestar los servicios de educación inicial y dicho contrato se encuentra en

proceso de legalización para posteriormente, suscribir el Acta entre el 24 y 25 de febrero de 2020". (cursivas fuera del texto)

- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Islas, en sentencia del dos (02) de marzo de dos mil veinte 2020)¹, declaró improcedente por falta de legitimación en la causa por activa, la presente acción constitucional, bajo los siguientes argumentos:

En tanto a la legitimación por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela, debe recordarse que el inciso primero del Art. 86 constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante u procedimiento preferente y sumario, igualmente, el Art. 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrán ejercer la acción descrita por si mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

El a-quo cita como referencia algunas sentencias de tutela que hablan sobre el tema y concluye que en el presente caso los accionante impetraron la acción de tutela con el ánimo de que sea protegido el derecho a la asociación, por cuanto de la lectura de los hechos y pretensiones interpreta que el querer de los actores va direccionado a que se suspenda, de manera transitoria el trámite contractual para la prestación de los servicios en Centros de Desarrollo Infantil, hasta tanto no se convoque a la Asamblea General y se nombre a la nueva Junta Directiva.

Indica que no se aportó prueba que, de cuenta de la calidad de asociados, lo cual es un requisito para que el juez constitucional pueda concluir que el derecho fundamental reclamado es propio de los demandantes.

¹ Visible a folios 147 a 154 del Cdno. de impugnación.

Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte accionante la impugnó.

Trámite procesal

La presente tutela, fue admitida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante proveído de fecha 18 de febrero de 2020.

Mediante sentencia No. 012-19 del 02 de marzo de 2020, el *a quo* resolvió declarar la improcedencia de la acción de tutela y de manera oportuna, el accionante impugnó tal decisión.

Mediante auto de fecha 09 de marzo de 2020 el juez de instancia concedió la impugnación interpuesta contra el fallo constitucional. (ver folio 162 del cuaderno de impugnación)

El proceso se recibió mediante oficio y acta de radicación en esta Corporación el día trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020), fecha en la que también, fue repartido e ingresado al Despacho para conocimiento.

III.- CONSIDERACIONES

- Procedencia:

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991, se prevé como el mecanismo garante que tienen todas las personas para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales. Así, y como surge de amplísima fuente jurisprudencial, dicha acción tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos fundamentales que han sido violados mediante mandatos judiciales inmediatos y perentorios, para que el responsable de la agresión o amenaza cese la acción u omisión.

No obstante, para que la solicitud de amparo proceda, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez).

La legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades, a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela. Esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela. (ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo, y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso.

Para establecer si la tutela procede en este caso, se hace necesario, hacer el siguiente planteamiento del problema, pues precisamente la decisión del juez en primera instancia se fundamenta en la falta de legitimación en la causa por pasiva, requisito que deberá verificar este Tribunal.

- **Problema jurídico:**

En atención a lo expuesto, el Tribunal debe establecer si los señores STELMAN PUELLO HERNANDEZ, LINA MARCELA DUQUE VILLAMIL, BELKYS INES PEREZ PUELLO, RENIS SIERRA DE LA ROSA, JAVIER SALGUEDO QUINTANA y JUAN CARLOS RESTREPO OREJUELA, se encuentran debidamente

legitimados en la causa por activa, para presentar acción de tutela en contra del representante legal y directora de la Asociación Nuevos Horizontes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF.

De encontrarse acreditado este requisito para su procedencia, la Sala se pronunciará de fondo sobre las pretensiones de la demanda y en ese sentido modificará o revocará la decisión objeto de impugnación.

Si de lo contrario, le asiste razón jurídica al *a-quo*, se confirmará el fallo constitucional de fecha 02 de marzo de 2020.

Para resolver este interrogante se tendrá en cuenta el siguiente análisis normativo y jurisprudencial.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La legitimación en la causa presenta dos facetas, de un lado se encuentra la “legitimación activa”, desarrollada por el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, según la cual se podrá acudir al mecanismo de tutela, así: (i) por ejercicio directo, es decir, quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo; y (iv) por medio de agente oficioso¹⁶. Del otro lado, se encuentra la “legitimación pasiva”, desarrollada por los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991, la cual exige que la persona natural o jurídica a quien se demanda en vía de tutela, sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar los derechos fundamentales.

De la legitimación en la causa por activa²

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales que considere amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

Desde sus inicios, la Corte ha sido enfática en señalar que, la acción de tutela tiene como una de sus características esenciales la del ejercicio informal, “es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano.”³

Sin embargo, las normas reglamentarias de la tutela exigen como requisito la legitimidad e interés del accionante. Lo anterior, por cuanto este mecanismo de defensa judicial no admite que se pueda asumir de manera indeterminada o ilimitada la representación de otro y demandar protección constitucional a su nombre, ni la informalidad que caracteriza a la acción de tutela se opone a que su ejercicio esté sometido a requisitos mínimos de procedibilidad, entre los cuales está la legitimidad por activa.⁴

En desarrollo de ese precepto constitucional, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “legitimidad e interés” en la acción de tutela, dice que ésta puede ser ejercida (i) directamente por quien considere lesionados o amenazados sus derechos fundamentales; (ii) por su representante legal, en el caso de los menores de edad, de los incapaces absolutos, de los interdictos y de las personas jurídicas; (iii) por apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción debe anexar el poder especial para ejercer

² SU-377 de 2014

³ Sentencia T-459 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Sentencia T-417 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

la acción, o en su defecto el poder general respectivo; (iv) mediante la agencia de derechos ajenos, siempre que el interesado esté imposibilitado para promover su defensa; y, (v) por el Defensor del Pueblo y los Personeros municipales.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

*“Aun cuando una de las características que identifica la acción de tutela es su informalidad, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el ejercicio de la misma está supeditado al cumplimiento de unos requisitos mínimos de procedibilidad, que surgen de su propia naturaleza jurídica y de los elementos especiales que la identifican. Dentro de tales requisitos, se cuentan: (i) **el de la legitimación en la causa por activa**, o titularidad para promover la acción, con el cual se busca garantizar que la persona que acude a la acción de tutela, tenga un interés directo y particular respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que pueda establecerse sin dificultad, que lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro.”⁵*

Así las cosas, queda claro que en principio solo quien se ha visto afectado directamente en sus derechos fundamentales puede acceder directamente a la acción de tutela para solicitar el amparo de los mismos. Desde luego que hay excepciones a esta regla, pero debe resaltarse que de manera directa la única persona que puede acudir a esta herramienta constitucional es la afectada.

Ahora bien, de la informalidad de la acción se ha entendido “que quien la ejerza no requiere ninguna calidad especial ni necesita ser abogado titulado pues se trata de un procedimiento preferente y sumario que puede iniciarse, como lo dice la Constitución, por toda persona que estime pertinente reclamar ante los jueces, “...por sí misma o por quien actúe a su nombre...”, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Estamos ante una acción con características singulares que, en razón de su objeto, han sido trazadas por la misma Carta Política, de lo cual resulta que no podrían el legislador ni el intérprete

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-176 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

supeditar su ejercicio a los requisitos exigidos corrientemente por la ley para otro tipo de acciones. "Por lo tanto, carecería de todo fundamento que en los eventos en que la acción es ejercida por un tercero como agente oficioso⁶, se exigiera el título de abogado, puesto que se desvirtuaría la informalidad que caracteriza la acción, arriesgando la efectividad de la misma. Caso distinto es cuando se ejerce la tutela a nombre de otro, pero a título profesional, en virtud del mandato judicial. (Sentencia T-550 de 1993)

Por otro lado, cuando la acción de tutela se interpone en nombre de un menor, la Corte Constitucional ha considerado que cualquier persona está legitimada *"para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño"*.

Diferencia entre negación e improcedencia

La Corte Constitucional recordó que, por regla general, las acciones de tutela deben ser admitidas y tramitadas hasta lograr una decisión, con la garantía del debido proceso a todas las partes y a terceros con interés.

Sin embargo, se han establecido requisitos para su procedencia como también, excepcionalmente casos en que se debe rechazar⁷.

⁶ La agencia oficiosa en los procesos de tutela, al igual que el apoderamiento judicial, tiene su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Constitución Política, y su fundamento legal en el mismo artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que establece que se podrán reclamar derechos ajenos "cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa."

⁷ Los jueces tienen la posibilidad de rechazar la demanda de tutela en el supuesto previsto en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

No obstante, hizo ver que ello no corresponde a un deber categórico, sino a una opción que exige un juicio crítico.

Así las cosas, exaltó el carácter excepcional y restrictivo del rechazo de la acción de tutela, en tanto solo se habilita esa potestad en caso de que no puedan determinarse los hechos o la razón que fundamenta la solicitud de tutela y luego de que el accionante se hubiera negado a atender el llamado del juez para ampliar la información, en el término legal.

Ahora, denegar la acción implica un análisis de fondo, mientras que la improcedencia supone la ausencia de los requisitos procesales indispensables para que se constituya regularmente la relación procesal o proceso y el juez pueda tomar una decisión de fondo sobre el asunto sometido a su consideración. En este orden de ideas, ante la ausencia de un requisito lógico-jurídico esencial para que la relación procesal pueda constituirse, el juez de instancia debe declarar improcedente la acción y no resolver denegar el amparo solicitado.⁸

Derecho a la libre asociación y participación como derecho fundamental invocado

El derecho consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política, se concibe desde dos puntos de vista; en un sentido positivo, consagra la libertad de los ciudadanos de unirse para la constitución de asociaciones, así como la libertad de vincularse a las que ya existen; y en un sentido negativo, implica la imposibilidad de constreñir u obligar a formar parte de alguna.

Este derecho también es reconocido en el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros tratados internacionales *“Es el derecho de toda persona a formar o unirse libremente a una organización o grupo para actuar, expresar, promover, ejercer, defender de manera colectiva fines de interés común, y la capacidad para llevarlos adelante a través de los medios y las acciones que sus miembros consideren idóneos.*

*La libertad de asociación abarca tanto el **derecho de toda persona a asociarse con otras**, como el **derecho de los grupos, asociaciones y organizaciones a procurar fines de interés común** a nivel local, nacional o internacional, y a **dotarse de la capacidad para llevarlos adelante** de acuerdo con las condiciones, los medios y las actividades que sus miembros consideren más acordes con los mismos”.* (cursiva fuera del texto)

⁸ Sentencia T-883-08 y Sentencia T-038-19

Derecho de los niños y niñas como derecho fundamental prevalente

El artículo 44 de la Constitución señala que Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros. En el mismo orden, declara que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Asimismo, y en virtud de los principios que consagran la Constitución y los tratados y convenios internacionales sobre protección integral, interés superior y prevalencia de los derechos de los niños niñas y adolescentes, el Estado debe garantizarlos, evitar su amenaza, inobservancia o vulneración y restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva. Por su parte el artículo 4 de la Ley 1098 de 2006 establece su ámbito de aplicación disponiendo que la mencionada ley se aplica a todos los niños, niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentran en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana.

El artículo 9 de la misma ley establece:

"PREVALENCIA DE LOS DERECHOS: *En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.*

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescentes".

El artículo 41, numeral 28, ibidem dispone:

"OBLIGACIONES DEL ESTADO. *El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:*

...Protegerlos contra los desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual”.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:⁹

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado claramente los criterios jurídicos generales a los que debe acudir, para determinar el interés superior del menor y para materializar el carácter prevalente de sus derechos fundamentales, con miras a tomar la decisión que corresponda en cada caso. (i) Garantía del desarrollo integral del menor; (ii) Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Los derechos de los menores deben interpretarse siempre aplicando la norma más favorable a sus intereses; (iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar al menor de todo tipo de abusos y arbitrariedades y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas; (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos o de hecho, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Cuando el equilibrio entre los derechos del niño y los de sus parientes (biológicos o de hecho) se quiebre, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En relación con los intereses de los padres, estos pueden ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente y garantice la materialización de su interés superior; (v) Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado. (cursivas fuera del texto)

En consideración de lo anterior, la Sala encuentra que en el caso objeto de revisión, los señores STELMAN PUELLO HERNANDEZ, LINA MARCELA DUQUE VILLAMIL, BELKYS INES PEREZ PUELLO, RENIS SIERRA DE LA ROSA, JAVIER SALGUEDO QUINTANA y JUAN CARLOS RESTREPO OREJUELA pretenden con la acción de tutela, que se amparen los derechos a la educación de los menores y a la libre asociación que les asiste como padres de familia, que presuntamente son

⁹ Sentencia T-580 de 2011, MP. Dr. Mauricio González Cuervo

conculcados por parte del representante legal de la Asociación Nuevos Horizontes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Mal haría este Tribunal confirmar la decisión adoptada por el juez en primera instancia, pues no se vislumbra una falta de legitimación en la causa por activa en el presente caso, toda vez que hay derechos de niños y niñas de por medio y el análisis debió hacerse de fondo para determinar si hay vulneración o amenaza de los mismos. No basta con la interpretación que hizo el *a-quo* respecto de la falta de prueba que acreditara que los accionantes ostentan la calidad de asociados pues es evidente que no lo son formalmente y por ello, acuden a este mecanismo para que se les reconozca el derecho a asociarse, pero más allá de esto, no puede obviarse la intención de que a los niños y niñas que requieren del servicio brindado por los Centros de Desarrollo Infantil-*instituciones dirigidas a atender y promover un desarrollo integral a través de la educación inicial*-, se les garantice dicho servicio a cargo del Estado.

Es menester de esta corporación aclarar que, en este caso no se trata de agencia oficiosa como figura que permite solicitar el amparo de derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, pues no se cumplen con las exigencias para concluir que los demandantes lo hicieron desde dicho concepto, empero, en el escrito de la tutela se dice claramente que actúan en calidad de padres de familia y si bien es cierto, tampoco acreditan que son padres de los niños que se encuentran prematriculados o aspiran a ser vinculados al hogar infantil, esta situación fáctica legalmente permite que el juez estudie de fondo el asunto y no declare improcedente la acción constitucional, toda vez que cualquier persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño.

Ahora bien, este Tribunal observa que al momento de presentada la tutela, existían serios indicios que permitían inferir un daño o perjuicio o amenaza, ocasionado por las accionadas, que afectaban no solo a los niños y niñas que esperaban la suscripción de un contrato para el inicio de sus clases, sino también, la posible

afectación de algunos padres de familia que tienen interés directo en las resultas de un procedimiento que tiene como objeto constituir legalmente la asociación de padres que representen los intereses de los menores ante la Asociación Nuevo Horizonte, quien fue el operador en años anteriores y una de las oferentes a la fecha de presentada la tutela, para continuar con la prestación del servicio de hogar infantil en el Departamento Archipiélago.

Siendo así las cosas, esta Sala procede a realizar el análisis correspondiente.

- Caso concreto

Sea lo primero advertir que, pese a circunscribir el problema jurídico a establecer si se cumple con los requisitos de procedibilidad en este caso, al observarse que los actores si están legitimados en la causa por activa y que, además, este mecanismo es el idóneo para la protección de los derechos invocados, cobra importancia analizar las pruebas que obran en el plenario para luego determinar si se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

Desde ya esta Sala de Decisión, anuncia que revocará el fallo de primera instancia, por cuanto no existen razones jurídicas suficientes para declarar improcedente la tutela en este caso particular y sí encuentra pertinente este Tribunal estudiar de fondo el asunto.

De la interpretación del escrito de tutela

Es de suma importante identificar el móvil y finalidad de la presente acción constitucional, por cuanto el juez de primera instancia entendió de manera distinta a lo que observa esta Sala, el escrito de tutela y al no ser tan claro podría dar lugar a un yerro por no interpretarse razonablemente la misma. Sin embargo, en aras de garantizar una justicia material, la Sala teniendo en cuenta el relato de los hechos y lo que solicitan los accionantes, interpreta que se busca la intervención del juez de tutela para garantizar los derechos e intereses de algunos niños y niñas que presuntamente se han visto afectados por la demora en la suscripción del contrato

que tiene como objeto la prestación del servicio de educación inicial en los Centros de Desarrollo Infantil del Departamento Archipiélago.

Pero, además, interpreta el Tribunal que los actores, demandan las trabas u obstáculos que ha puesto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para contratar con el único oferente que se encontraba habilitado hasta la fecha en que fue presentada la demanda, esto es, la “Asociación Nuevo Horizonte”. (ver folio 113) Y es que precisamente el argumento de defensa del Instituto indica la falta de requisitos por parte de la Asociación especialmente en relación con la elección de nuevos miembros de la Junta Directiva para poder contratar.

Se observa, asimismo, un posible conflicto entre los padres de familia tutelantes y la “Asociación Nuevo Horizonte” ante la negativa del representante legal en convocar a la Asamblea General, quien es la facultada para nombrar los miembros de la Junta.

De las pruebas. (ver folios 10-38 del cdno. ppal)

Junto con el escrito de la tutela fueron allegados los siguientes documentos:

- Copia de los estatutos de la Asociación Nuevo Horizonte
- Copia del certificado de existencia y representación legal de la Asociación
- Copia del escrito dirigido al presidente y representante legal de la Asociación de fecha 13 de febrero de 2020, por parte del señor Stelman Puello Hernández
- Copia de la contestación emitida por el representante legal de la Asociación de fecha 14 del mismo mes y año
- Copia del escrito por medio del cual hace una replica el señor Stelman Puello Hernández
- Copia del comunicado de fecha 13 de febrero del año en curso emitido por la Junta Directiva
- Disco compacto que reposa a folio 71

Mediante auto calendado 20 de febrero de 2020, el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés Islas, en aras de atender la situación planteada en el escrito de la tutela y de resolver la medida cautelar incoada, citó a los accionantes para que rindieran interrogatorio de parte dentro del trámite de la referencia, ordenando notificar por secretaría a cada uno de ellos. (ver providencia a folio 59)
El ICBF por su parte, junto con su contestación aportó las siguientes pruebas documentales:

- Memorando radicado No. 202016000000013633 del 30 de enero de 2020
- Invitación a manifestar interés realizada mediante oficio S-2020.037893-8899
- Acta de comité de contratación regional No. 08 realizada el 19 de febrero de 2020
- Memorando radicado No. 202011000000033623 del 21 de febrero de la presente anualidad a través del cual la Subdirectora General del ICBF informa que fue autorizada la suscripción del contrato de aporte con FUNDARCHIPÍELAGO
- Pantallazos del SECOP II en los que se evidencia la suscripción del contrato de aporte con la fundación FUNDARCHIPÍELAGO
- Copia de recortes de prensa, que sirven para ilustrar que la situación que se presenta por las demoras en la suscripción de los contratos de aporte y consecuente inicio de las clases de los alumnos es una situación de carácter nacional

De las pruebas antes relacionadas se desprende lo siguiente:

Primeramente se observan dos aspectos: i) uno relacionado a una situación meramente administrativa por la cual atravesaba la Asociación Nuevos Horizontes al momento de presentada la tutela que nos ocupa, que dio lugar a inconvenientes en relación con la participación de algunos padres de familia en dicha asociación para la defensa de los intereses de niños y niñas del Departamento ii) y otro, que tiene que ver con la demora en el proceso de contratación que debía adelantar el Instituto de Bienestar Familiar para iniciar a operar los Centros de Desarrollo Infantil, en especial el Hogar infantil La Esmeralda de San Andrés, Isla que atañe el interés

de los padres que aquí demandan. De estos dos aspectos se derivan la posible vulneración de los derechos fundamentales y constitucionales que fueron invocados.

Sin embargo, observa esta Sala que los aspectos antes mencionados, no son consecuencia el uno del otro, por ello, si el juez encontrase vulnerado el derecho de asociación no necesariamente tendría que amparar los derechos relacionados con los menores o viceversa.

Continuando con nuestro análisis, encuentra el Tribunal probado que, la Asociación Nuevos Horizontes del Hogar infantil La Esmeralda fue constituida el día 3 de marzo de 2003, como una entidad jurídica privada, sin ánimo de lucro, de servicio social, cultural y técnico, enmarcada en la misión educativa propuesta en el proyecto educativo institucional, con una Junta Directiva nombrada por la Asamblea General para periodos de un (01) año.

Respecto de su conformación, el capítulo 4 del artículo 4 dispone que: *“estaría integrada por los padres de familia y acudientes autorizados de los niños y niñas matriculados en el “Hogar Infantil La Esmeralda”.* (cursiva fuera del texto)

Los accionantes señalan que en reunión llevada a cabo el pasado 12 de febrero de 2020, el director del ICBF informó que el proceso de contratación estaba listo solo hacia falta que la Asamblea reafirmara la Junta Directiva que ya se encontraba reconocida ante Cámara de Comercio o se nombraran nuevos padres de familias que cuenten con las calidades de asociado para poder finalizar con dicho proceso contractual. Lo anterior, con base en el Art. 10 de los Estatutos, toda vez que el periodo de la Junta ya se encontraba vencido. Este hecho se encuentra debidamente probado en el expediente.

Teniendo en cuenta lo anotado, el señor Stelman Puello Hernández desplegó una serie de solicitudes y actuaciones para que el representante legal de la Asociación y presidente de la Junta Directiva convocara a la Asamblea a reunión extraordinaria, con el objeto de definir la situación de renovar el certificado con los mismos

miembros de la Junta o en su defecto, nombrar a nuevos padres para conformar dicha Junta, esto, respetando las exigencias legales que se requieren. Lo anterior, en razón a que el director del ICBF había comunicado que la demora en la contratación era precisamente este asunto.

Nótese que los actores no solo están interesados en formar parte de la Junta Directiva de la Asociación Nuevo Horizonte si así quisiéramos interpretarlo, sino que la conformación de la Junta según el estatuto tendría que hacerse en reunión convocada por la Asamblea General y una vez concretado este asunto administrativo, podría el ICBF contratar según lo que comunicó el Director, razón por la cual los interesados insistieron tanto en que se llevara a cabo dicha reunión.

Se advierte que, no obra en el expediente prueba de la vulneración al derecho de libre asociación por parte de la Asociación denominada Nuevo Horizontes, toda vez que sus Estatutos señalan los requisitos y cualidades que deben reunir quienes aspiran a formar parte de la representación de los padres de familia y la Junta Directiva y en este caso al parecer los accionantes no reúnen dichas exigencias, partiendo del vencimiento del período legal de constitución.

No obstante, lo anterior y sin detenernos a hacer un análisis profundo sobre las condiciones específicas del proceso contractual, por cuanto no corresponde al juez en sede de tutela hacerlo de manera rigurosa, claramente se observa que la no suscripción o demora en el contrato sí vulnera los derechos de la niñez al no poder acceder a la educación infantil, servicio público liderado por el ICBF¹⁰ y siendo este el principal garante en nombre del Estado.

Sobre el contrato suscrito entre el ICBF y FUNDARCHIPIÉLAGO

Por último y no menos importante, llama fuertemente la atención de la Sala la contestación del ICBF y las pruebas que aporta, demostrando que, encontrándose en curso, el presente trámite constitucional, se suscribió el contrato de aporte No.

¹⁰ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario

042 del 24 de febrero de 2020 con FUNDARCHIPIÉLAGO para prestar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en Centros de Desarrollo Infantil-CDI-, 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. Que dicho contrato se encuentra en proceso de legalización para posteriormente, suscribir el Acta de inicio estimando como fechas el 24 y 25 de febrero de 2020.

Y extraña a la Sala este hecho, por cuanto en el interregno desde la presentación de la tutela y hasta antes de proferido el fallo en primera instancia, el Instituto Colombiano de Bienestar familiar informó que ya se había suscrito contrato con una fundación que nunca antes había sido mencionada, ni siquiera en su contestación hace referencia a esta, pues siempre aludió haberse manifestado el interés de: Fundación Multiactiva María Auxiliadora y Asociación Nuevos Horizontes. Concluir tan rápidamente, que las antes mencionadas no reúnen con los requisitos de ley para contratar, despierta la necesidad de investigar si eventualmente existen irregularidades en este proceso de contratación y en consecuencia, esta Corporación compulsará copias a las autoridades competentes para que establezcan sobre la responsabilidad de la entidad demandada.

No obstante, los accionantes podrán acudir a las vías judiciales y contenciosas respectivas.

Teniendo en cuenta lo dicho en precedencia, respecto de la pretensión de amparar los derechos a la educación de los menores, se declarará la carencia actual de objeto por hecho superado¹¹, precisamente por haberse allegado prueba aportada por la demandada donde se certifica que ya fue celebrado el contrato cuyo objeto es prestar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en Centros de Desarrollo Infantil-CDI-, y se negarán aquellas relacionadas con el derecho a la libre asociación y participación que como ya se explicó, no se evidencia vulneración ni amenaza alguna.

¹¹ El fenómeno de la **carencia actual de objeto** tiene como característica esencial que la orden del juez de **tutela** relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

V.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Circuito Judicial del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el dos (02) de marzo dos mil veinte (2020), y en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR la carencia actual de objeto, dado que a la fecha de proferida esta sentencia, ya fue suscrito el contrato de aporte No. 042 del 24 de febrero de 2020 entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF-, con FUNDARCHIPIÉLAGO.

NEGAR las demás pretensiones constitucionales, por no encontrarse probada la vulneración y/o amenaza de los derechos invocados.

COMPULSAR copias a la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia, respecto del contrato de aporte No. 042 del 24 de febrero de 2020 suscrito con FUNDARCHIPIÉLAGO para prestar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en Centros de Desarrollo Infantil-CDI-.

SEGUNDO: CONFÍRMESE en todo lo demás, la sentencia de fecha dos (02) de marzo de dos mil veinte (2020).

TERCERO: Comuníquese esta decisión a las partes, al *a quo* y a la representante del ministerio Público, por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: Envíese a la Corte Constitucional el expediente para su eventual revisión, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Expediente: 88-001-33-33-001-2020-00024-01
Demandante: Stelman Puello Hernández y Otros
Demandado: ICBF
Acción: Tutela 2da Instancia

SIGCMA

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

(Original firmada)

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

NOEMI CARREÑO CORPUS
Impedida

(Original firmada)
**JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZALEZ**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2020-00024-01)