

Secretaría: Dentro del término el Ministerio de Educación Nacional y la Secretaría de Educación allegaron respuesta al requerimiento realizado por el Despacho. Para proveer.

Seis (6) de febrero de dos mil diecinueve (2019)



KARENTH ADRIANA DAZA GÓMEZ
SECRETARIA



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D. C., 06 de febrero de 2019

Sentencia T. No. 18

Accionada: Ministerio de Educación-Fondo Nacional del Magisterio y Fiduprevisora S.A.

Tema: Sanción Moratoria

Derechos presuntamente vulnerados: Petición.

Radicado: 110013335-017-2019-00017-00

Demandante: Nayibe Nuñez Berrio y otros

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por los señores Nayibe Núñez Berro, Arcadio Sarmiento Ruiz, Susana Angarita Medina, Yolanda Peña Carvajal, Jimena Villarreal Espinosa, Nelson Lasso Serrano, Rosa Adelina Boscan Paul, Carmen Zabala Hoyos, Elcida Barroso Caballero, María Stella Calderón Gómez, Marleny Rodríguez Angarita, Luis Armando Ariza Rojas, Elba Gladis Gordillo Espinosa, Jainer Ríos Flórez, Miguel Ángel Mogollón Cote, Lydda Helia Paul De Sanabria, Luz Estella Olivera Mendoza, María Eugenia Villamizar Flórez, Carmenza Leonilde Ussa Guache, Edilma Madrid Navarro, Sonia Alexandra Salcedo Zuñiga, José Luis Castillo Vásquez, Ruth Esneda Barrios, Viane Ramírez Velásquez, Zonia Roa Pérez, María Eugenia García Sierra, Mery Ariza Guerrero, Domingo Vera Rodríguez, Ana Melba Jaimes Suarez, Evelio Remolina Acevedo Y Ramos Elizabeth Sandol, por intermedio de apoderado.

ANTECEDENTES

Solicitud

El 23 de enero de 2019, los señores Nayibe Núñez Berro, Arcadio Sarmiento Ruiz, Susana Angarita Medina, Yolanda Peña Carvajal, Jimena Villarreal Espinosa, Nelson Lasso Serrano, Rosa Adelina Boscan Paul, Carmen Zabala Hoyos, Elcida Barroso Caballero, María Stella Calderón Gómez, Marleny Rodríguez Angarita, Luis Armando Ariza Rojas, Elba Gladis Gordillo Espinosa, Jainer Ríos Flórez, Miguel Ángel Mogollón Cote, Lydda Helia Paul De Sanabria, Luz Estella Olivera Mendoza, María Eugenia Villamizar Flórez, Carmenza Leonilde Ussa Guache, Edilma Madrid Navarro, Sonia Alexandra Salcedo Zuñiga, José Luis Castillo Vásquez, Ruth Esneda Barrios, Viane Ramírez Velásquez, Zonia Roa Pérez, María Eugenia García Sierra, Mery Ariza Guerrero, Domingo Vera Rodríguez, Ana Melba Jaimes Suarez, Evelio Remolina Acevedo Y Ramos Elizabeth Sando, a través de apoderado judicial, instauraron acción de tutela contra el Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora S.A., por estimar vulnerado su derecho constitucional fundamental de petición.

Pretenden los tutelantes que por intermedio de la presente acción, se ordene a las entidades accionadas, resolver de fondo la petición radicada el 17 de septiembre de 2014 por su apoderado el Dr. Ismael Rodrigo Guevara Barrios, en la cual solicitó pagar a sus representados el equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago tardío de las cesantías.

Argumentos de las Autoridades Accionadas

Dentro del término establecido en el auto de fecha 24 de enero de la presente anualidad, las entidades accionadas rindieron el informe, así:

La Secretaría de Educación en el informe radicado el 28 de enero de 2019 manifestó que los accionantes no registran en la base de datos como docentes del Distrito de Bogotá, por lo cual la petición radicada no es de su competencia y revisada la acción, se encuentra dirigida contra el Ministerio de Educación-Fiduprevisora S.A como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien posiblemente ha vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes. Razón por la cual solicita se desvincule por configurarse la falta de legitimación por pasiva, por cuanto no ha vulnerado derechos fundamentales y solicita vincular al Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora S.A administradora de los recursos del Fomag, con el fin de integrar en debida forma el contradictorio. (fs. 294 a 298).

La Fiduprevisora S.A. guardó silencio.

El Ministerio de Educación Mediante correo electrónico de fecha 29 de enero de 2019, informó que no es la entidad competente para atender solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones a cargo de las Secretarías de Educación y del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag, última que es administrada bajo la figura de patrimonio autónomo de la Fiduprevisora, que tiene la vocería y la representación judicial y extrajudicial del fondo.

En tanto el Ministerio de Educación no interviene en los trámites para el reconocimiento y pago de las prestaciones, por cuanto el procedimiento de reconocimiento y pago de dichas obligaciones, por ley se encuentran en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora, esto es, con fundamento en el contrato de Fiducia Mercantil No. 83 de 1990, que administra y paga con recursos del Fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG. Razón por la cual solicita se desvincule al Ministerio de Educación de la acción de tutela. (fs.289 a 293)

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, procedamos a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Competencia

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra entidades del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

Legitimación Por Activa

La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.¹

En el presente asunto la acción de tutela es presentada por intermedio de apoderado judicial en representación de los señores Nayibe Nuñez Berro, Arcadio Sarmiento Ruiz, Susana Angarita Medina, Yolanda Peña

¹ El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

Carvajal, Jimena Villarreal Espinosa, Nelson Lasso Serrano, Rosa Adelina Boscan Paul, Carmen Zabala Hoyos, Elcida Barroso Caballero, María Stella Calderón Gómez, Marleny Rodríguez Angarita, Luis Armando Ariza Rojas, Elba Gladis Gordillo Espinosa, Jainer Ríos Flórez, Miguel Ángel Mogollón Cote, Lydda Helia Paul De Sanabria, Luz Estella Olivera Mendoza, María Eugenia Villamizar Flórez, Carmenza Leonilde Ussa Guache, Edilma Madrid Navarro, Sonia Alexandra Salcedo Zuñiga, José Luis Castillo Vásquez, Ruth Esneda Barrios, Viane Ramírez Velásquez, Zonia Roa Pérez, María Eugenia García Sierra, Mery Ariza Guerrero, Domingo Vera Rodríguez, Ana Melba Jaimes Suarez, Evelio Remolina Acevedo Y Ramos Elizabeth Sandol, en procura de la defensa del derecho fundamental de petición.

Legitimación por Pasiva.

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del mencionado Decreto.

En el presente caso, el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúan como accionados dentro del trámite de la referencia y la Fiduciaria la Previsora S.A., con naturaleza de sociedad de economía mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Educación Nacional pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público de orden nacional, por lo cual gozan de legitimación en la causa por pasiva dentro del presente proceso de tutela.

No obstante, en atención a la respuesta emitida por el Ministerio de Educación Nacional y la Secretaría de Educación, en la que manifiestan no haber conocido la petición objeto de la presente acción y, solicitan su desvinculación, advierte el Despacho, que el derecho que se pretende tutelar es el fundamental de petición y dicha solicitud no fue elevada ante estas entidades, por lo tanto no tuvieron la oportunidad de dar trámite a la solicitud del apoderado judicial de los accionantes, razón por la cual serán desvinculadas de la presente acción.

Inmediatez:

El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tomaría a la acción de improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional, ha señalado que el principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados. La petición ha de ser presentada en un tiempo cercano a la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Si se limitara la presentación de la demanda de amparo constitucional, se afectaría el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela, y se desvirtuaría su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos.²

Por lo tanto, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que resulte procedente la acción de tutela. Del mismo modo, si se trata de la interposición tardía de la tutela, igualmente es aplicable el principio de inmediatez, según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para el beneficio propio del sujeto de la omisión o la tardanza³.

² Sentencia T-332/15

³ Sentencia T-301 de 2009, T-416 de 2005.

La regla jurisprudencial acerca del principio de la inmediatez, ordena al juez de tutela constatar si existe un motivo válido, entendiéndolo como justa causa, para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna. Es así como en la Sentencia T- 743 de 2008 se establecen las circunstancias que el juez debe verificar cuando esta frente a un caso de inmediatez, así: **i) Si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; ii) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) Si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; y iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición** (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos no es necesario que concurra el requisito de inmediatez. Un ejemplo de ello es la sentencia T-172/13, en la cual determinó los casos en los cuales es posible la ausencia del requisito de inmediatez, al respecto señaló:

"El juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado. Además de lo anterior, la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que "... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros"(Resaltado por el Despacho).

En cuanto a los accionantes, radicaron solicitud por intermedio de apoderado ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el **16 de octubre de 2014**, con el fin de que se proferiera acto administrativo, por medio del cual se pagara a cada uno de los petentes, el equivalente a un día de salario por el número total de días en mora del pago de cesantías. Ante la ausencia de contestación por parte de las entidades accionadas dentro del término legal oportuno, interpuso la presente acción de tutela el **día 18 de enero de 2019**. Es decir que, entre la última actuación desplegada y la interposición del amparo constitucional transcurrieron **cuatro (4) años, tres (3) meses y dos (2) días**. Es por ello que el Despacho al revisar el caso en concreto de los accionantes no se evidencia razón alguna que justifique la demora para presentar la acción y más aún cuando la tutela es presentada por intermedio de apoderado.

Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

El Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, establece en el artículo 6º las causales de improcedencia y en el numeral 1º señala que no procederá "Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"

De otro lado, la Corte ha considerado que el agotamiento de los recursos ordinarios de defensa judicial responde al principio de subsidiariedad, lo cual pretende asegurar que la acción de tutela no se convierta en una instancia más dentro del trámite jurisdiccional.

En tratándose de acción de tutela contra actos administrativos la Honorable Corte Constitucional ha <<predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión >>⁴.

Sobre el perjuicio irremediable, la H. Corte Constitucional ha manifestado que se deben cumplir los elementos de inminencia, gravedad y requerir medidas urgentes e impostergables para la protección de derechos fundamentales: << (...) En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos facticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar 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. En tercer lugar, 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 >>⁵.

En este orden de ideas, la procedencia del mecanismo constitucional contra actos administrativos está supeditada a la existencia de un perjuicio irremediable que debe ser invocada y demostrado ante el Juez Constitucional a fin de que éste pueda tomar las medidas necesarias de protección de los derechos fundamentales vulnerados

Caso Concreto

En el presente caso el apoderado de los señores Nayibe Núñez Berro, Arcadio Sarmiento Ruiz, Susana Angarita Medina, Yolanda Peña Carvajal, Jimena Villarreal Espinosa, Nelson Lasso Serrano, Rosa Adelina Boscan Paul, Carmen Zabala Hoyos, Elcida Barroso Caballero, María Stella Calderón Gómez, Marleny Rodríguez Angarita, Luis Armando Ariza Rojas, Elba Gladis Gordillo Espinosa, Jainer Ríos Flórez, Miguel Ángel Mogollón Cote, Lydda Helia Paul De Sanabria, Luz Estella Olivera Mendoza, María Eugenia Villamizar Flórez, Carmenza Leonilde Ussa Guache, Edilma Madrid Navarro, Sonia Alexandra Salcedo Zuñiga, José Luis Castillo Vásquez, Ruth Esneda Barrios, Viane Ramírez Velásquez, Zonia Roa Pérez, María Eugenia García Sierra, Mery Ariza Guerrero, Domingo Vera Rodríguez, Ana Melba Jaimes Suarez, Evelio Remolina Acevedo y Ramos Elizabeth Sandol manifiestan que las entidades accionadas han vulnerado su derecho fundamental de petición, al no contestar de manera oportuna la petición, elevada ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual solicitaron el pago de un día de salario por cada día de mora por el pago tardío de las cesantías y a la fecha la Fiduciaria la Previsora contestó de manera simple y no de fondo.

En este orden de probanzas, se tiene entonces que desde la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se depreca, es decir, desde el vencimiento de los 15 días⁶ para contestar la petición elevada el 17 de septiembre de 2014, y la presentación de la acción de tutela el 23 de enero de 2019 (Fl. 281), se evidencia que han transcurrido más de **cuatro (4) años**, no siendo razonable ni justificable la solicitud de amparo constitucional de su derecho de petición.

⁴ T.- 094/2013

⁵ . Sentencia T – 1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia se estudiaba si era procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que el accionante había presentado una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, para solicitar el incremento de su mesada pensional. En este caso, la Corte resolvió confirmar los fallos de instancia, que negaron el amparo del derecho, pues consideró que en el caso en concreto no se configuraba una situación irremediable.

⁶ Artículo 14 Modificado por la Ley 1755/2014 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, siendo la tutela un mecanismo extraordinario y urgente de amparo constitucional, se impone como requisito de procedibilidad que este se interponga dentro de un tiempo prudencial y adecuado, el cual debe ser analizado en cada caso por el Juez de conocimiento y en el sub lite, como se indicó, no resulta razonable todo el tiempo que se dejó transcurrir entre el hecho generador de la afectación y la solicitud de amparo.

De igual forma, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional ya indicada, los accionantes no informan y menos aún acreditan la ocurrencia de circunstancia alguna que justifique el no ejercicio de la acción de tutela de manera oportuna y con la inmediatez que demanda todo ataque a un derecho fundamental, sin que nos encontremos ante una afectación permanente en el tiempo, por cuanto es claro para el Despacho que en el presente caso la presunta vulneración del derecho invocado se consolidó desde el momento que la accionada no dio respuesta a la petición en el término de Ley.

Por otro lado, debe señalarse que los accionados disponen de vías ordinarias idóneas y expeditas, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en búsqueda de atacar el acto ficto presunto negativo generado por la entidad al no contestar la petición del 17 de septiembre de 2014, en la cual se pueden solicitar medidas cautelares que hacen cada vez más extraordinaria la vía de tutela, ya que el ordenamiento jurídico tiene dispuestos medios de defensa ordinarios para revisar la legalidad de los actos.

En tanto, como ya se señaló, la acción de tutela es de carácter subsidiaria y residual, resulta improcedente su ejercicio cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se haga uso de ésta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tal y como expresamente se dispone en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, lo cual, de acuerdo con las pruebas aportadas no se evidencia.

De esta manera, se debe negar la presente acción, al no cumplir con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad y no observarse una especialísima circunstancia que posibilite su ejercicio como mecanismo al menos transitorio de protección del derecho fundamental que se invoca.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

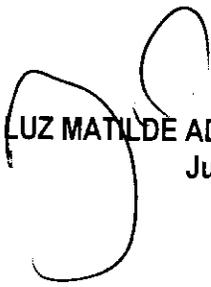
PRIMERO.- NEGAR el amparo al derecho fundamental de petición de los Nayibe Núñez Berro, Arcadio Sarmiento Ruiz, Susana Angarita Medina, Yolanda Peña Carvajal, Jimena Villarreal Espinosa, Nelson Lasso Serrano, Rosa Adelina Boscan Paul, Carmen Zabala Hoyos, Elcida Barroso Caballero, María Stella Calderón Gómez, Marleny Rodríguez Angarita, Luis Armando Ariza Rojas, Elba Gladis Gordillo Espinosa, Jainer Ríos Flórez, Miguel Ángel Mogollón Cote, Lydda Helia Paul De Sanabria, Luz Estella Olivera Mendoza, María Eugenia Villamizar Flórez, Carmenza Leonilde Ussa Guache, Edilma Madrid Navarro, Sonia Alexandra Salcedo Zuñiga, José Luis Castillo Vásquez, Ruth Esneda Barrios, Viane Ramírez Velásquez, Zonia Roa Pérez, María Eugenia García Sierra, Mery Ariza Guerrero, Domingo Vera Rodríguez, Ana Melba Jaimes Suarez, Evelio Remolina Acevedo Y Ramos Elizabeth Sandol, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DESVINCULAR de la presente acción al Ministerio de Educación Nacional y Secretaría de Educación, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- NOTIFICAR esta providencia en la forma ordenada en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiendo que el incumplimiento a este fallo acarrea las sanciones estipuladas en el Artículo 52 del citado Decreto.

CUARTO.- Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, en caso que la acción sea excluida de una eventual revisión por parte de la H. Corte Constitucional, se procederá al archivo inmediato del expediente, con el correspondiente registro en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Ejemplar
de