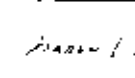


Secretaría: Notificadas las entidades accionadas y la vinculada el 22 de marzo de 2019, vencido el término de un (1) para rendir el informe, el Ministerio de Educación Nacional se pronunció de manera extemporánea y las demás entidades guardaron silencio. Para proveer.

Hoy 27 de marzo de 2019

KARENTH ADRIANA DAZA GÓMEZ
SECRETARIA



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

Bogotá D. C., 03 de abril de 2019

Sentencia T. No. 36

Accionada: Ministerio de Educación-Fondo Nacional del Magisterio,
Fiduprevisora S.A. y Secretaría de Educación de Arauca
Tema: Sanción Moratoria
Derechos presuntamente vulnerados: Petición.
Radicado: 110013335-017-2019-00013-00
Demandante: Rosa Emelina Acosta Garrido 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 Rosa Emelina Acosta Garrido, Aleida del Pilar González Madero, José Fernández Espinel, Josué Buitrago Mora y José Agustín Romero Martínez, por intermedio de apoderado.

ANTECEDENTES

Solicitud

El 18 de enero de 2019, los señores Rosa Emelina Acosta Garrido, Aleida del Pilar González Madero, José Fernández Espinel, Josué Buitrago Mora y José Agustín Romero 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 vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales de petición y debido proceso.

Pretenden los tutelantes que por intermedio de la presente acción, se ordene a las entidades accionadas, resolver de fondo la petición radicada el 16 de octubre de 2014, en la cual solicitaron el equivalente a un día de salario por el número total de días en mora por el pago tardío de las cesantías

Argumentos de las Autoridades Accionadas

En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 21 de marzo de 2019 se profirió providencia en la que se admitió nuevamente la presente acción de tutela y se ordenó la vinculación de la Secretaría de Educación de Arauca, entidad que fue debidamente notificada el 22 de marzo de 2019 (folios 111 y 116)

Vencido el término establecido en dicho auto, el Ministerio de Educación Nacional rindió informe extemporáneo y las demás entidades no se pronunciaron; sin embargo, el despacho tendrá en cuenta los escritos que obran en el expediente, así:

La FIDUPREVISORA S.A. señaló mediante escrito de fecha 29 de enero de 2018, que respecto a la obligación que le compete a la FIDUPREVISORA, brindó una respuesta de fondo a la solicitud de pago de la indemnización por mora, expresando las razones por las cuales no procedía dicho pago. Por lo cual solicita se declare improcedente la acción respecto de la FIDUPREVISORA S.A, quien actúa como vocera

y administradora de Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, en tanto se ha dado respuesta a las solicitudes planteadas. (Fl. 68 a 71)

El Ministerio de Educación Nacional a través de correo electrónico de fecha 30 de enero de 2019 y 28 de marzo de 2019, allegó respuesta, informando 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 reclamen los docentes afiliados al FOMAG. Razón por la cual solicita se desvincule al Ministerio de Educación de la acción de tutela (folios 75 a 79 y 117 a 119).

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 varias 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 Rosa Emelina Acosta Garrido, Aleida Pilar González Madero, José Fernández Espinel, Josué Buitrago Mora y José Agustín Romero Martínez, 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.

Para el caso, el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público de orden nacional, entidad ante la cual se radicó la petición objeto de la tutela, razón por la cual goza de legitimación en la causa por pasiva dentro del presente proceso de tutela.

Respecto de la **Fiduprevisora S.A.**, es pertinente citar el concepto No. 1614 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil según el cual:

¹ En su segundo del Artículo 11 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 procesal cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa o circunstancia que deba interceder para ello. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los concejales municipales.

"La fiduciaria, en este caso, actúa como mandataria que paga conforme a lo ordenado en el acto administrativo y por consiguiente al efectuar el pago, no está reemplazando al ordenador del gasto, pues esta facultad la ejerce el Ministerio con la entrega de los recursos al patrimonio autónomo y la expedición del correspondiente acto administrativo".

Atendiendo a lo conceptuado por el Consejo de Estado y por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-14 de 2002, la Fiduciaria la Previsora S. A. tan solo es el organismo encargado del manejo de los recursos económicos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea su responsabilidad emitir actos administrativos, dado que conforme a los artículos 123, 210 y 365 de la Constitución Política, el ejercicio de las funciones públicas está limitado por la misma Constitución y la Ley, razón por la cual, se estima que la Fiduprevisora S.A no está legitimada para atender la presente tutela.

Igual ocurre con la Secretaría de Educación de Bogotá, de acuerdo con lo normado en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 (vigente para la fecha de radicación de la petición) que establece que "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial" (Subrayas del Despacho)

Por lo anterior y dado que los petentes son docentes que prestan sus servicios a través de la Secretaría de Educación de Arauca, sería esta la entidad territorial la legitimada en la causa y en cumplimiento de lo ordenado por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 21 de marzo de 2019, se ordenó su vinculación.

Procedibilidad de la acción de tutela

Dado su carácter subsidiario y residual la acción de tutela no procede "cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" (art. 6-1 D. 2591/91). Así mismo, no procede "cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto" (art. 6-5 D. 2591/91)

Por otra parte, dadas la naturaleza especial de la acción y su finalidad constitucional de amparar en forma inmediata y urgente el derecho constitucional fundamental, el tutelante debe acudir en forma inmediata o al menos en un plazo razonable ante los jueces de la República, en búsqueda del amparo de sus derechos fundamentales.

En el asunto sub examine para efectos de determinar la procedibilidad de la presente acción, los accionantes no cuentan con otro mecanismo para el amparo de los derechos invocados y, en cuanto a la inmediatez, se estima que aunque entre la actuación desplegada y la interposición del amparo constitucional han transcurrido **cuatro (4) años, tres (3) meses y dos (2) días**, conforme con lo normado en el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015², el Ministerio de Educación Nacional, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la solicitud debió remitirla al competente y enviar copia del oficio remititorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así comunicarlo, considerando entonces el despacho que la afectación ha permanecido en el tiempo³.

Problemas jurídicos y temas jurídicos a tratar

² Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 21. Funcionario sin competencia. Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al día de la recepción, si es por escrito. Dentro de término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remititorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente.

³ Sentencia T-172/13

Los tutelantes manifiestan que las entidades accionadas han vulnerado sus derechos fundamentales de petición y debido proceso, al no contestar de manera oportuna la petición elevada.

De acuerdo con la presentación de la tesis de la parte demandante, en este caso resulta imperioso revisar y atender el precedente jurisprudencial en relación con i) el derecho fundamental de petición y ii) analizar el caso concreto para determinar si de las probanzas se puede colegir que existe, por parte de la entidad accionada la vulneración de dicho derecho fundamental.

i) Derecho fundamental de petición.

En Colombia la consagración del Derecho de Petición es muy antiguo⁴. Actualmente es un derecho de carácter fundamental, de aplicación inmediata, preferente, y forma parte de las garantías inherentes de toda persona en el Estado Social de Derecho (artículo 23 de la C.P.)⁵.

Por una parte, el Derecho de Petición representa una manifestación de la democracia participativa pues permite la intervención de las personas en el estudio y la resolución de cuanto atañe a los asuntos públicos; y por otra, es un derecho público subjetivo instituido para la defensa y protección de los derechos en sede administrativa, en la medida en que permite que las personas puedan reclamar y solicitar el reconocimiento de sus derechos, informarse adecuadamente acerca estos y de sus deberes, exigir el cumplimiento de las funciones de las autoridades, manifestarse en relación con una actuación suya en particular, denunciar sus omisiones, examinar documentos públicos, obtener copias de éstos, formular consultas y pedir que se le preste un servicio, entre otros aspectos.

En consecuencia, este derecho permite el acceso a las autoridades, y a la información que ellas producen; posibilita la defensa de los derechos, consiente la participación en la función pública, y facilita el control y fiscalización por las personas de la actividad y de los actos de las autoridades.

Estas características del derecho de petición hacen que la posición de la Administración y de las demás autoridades públicas frente a su ejercicio no sea pasiva, sino que tiene implícitos deberes de facilitación y está orientada por un mandato de colaboración con el peticionario, tanto en la recepción y trámite de las peticiones, como al momento de responder oportuna, de fondo y eficazmente en orden a que éste pueda concretar los derechos que le concede el ordenamiento jurídico.

Al respecto la Corte Constitucional fijó como parámetro que busca garantizar la plena protección del derecho de petición la necesidad de que: " **c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad; 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado; 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición**"⁶. (Resalta el Despacho).

Así las cosas, el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política no solo hace referencia al derecho de presentar peticiones respetuosas ante la autoridad, ya sea en interés general o particular, sino también a obtener pronta respuesta de fondo, que resuelva la respectiva solicitud dentro de los términos establecidos en la ley, la cual debe ser clara, precisa y unívoca.

⁴ La consagración de este derecho data de hace dos siglos. En efecto, en la Constitución de Tunja sancionada en 1611, dentro de la declaración de los derechos del hombre en sociedad, se incluyó el siguiente texto: "¡Jamás se puede prohibir, suspender o limitar el derecho que tiene todo pueblo, y cada uno de sus ciudadanos de dirigir a los depositarios de la autoridad pública, representaciones o memoriales para solicitar legal y pacíficamente la reparación de los agravos que se le han hecho, y de las molestias que sufra". Similares previsiones se establecieron en la Constitución de Cundinamarca de 1812, y en la de Cúcuta en 1821. Dichos textos pueden considerarse antecedentes del derecho establecido en el artículo 45 de la Constitución de 1886 según el cual: "¡toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución". Sin embargo fue en el Decreto Ley 2733 de 1959, que se reglamentó el Derecho de Petición y luego en el Decreto Ley 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo se hizo un mayor desarrollo, en tanto recogió varias de las disposiciones de la primera normativa, modificó algunas e introdujo otras nuevas.

⁵ El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de 1991 con la finalidad brindar a los ciudadanos la oportunidad de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades y a obtener una pronta respuesta.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-377 de 2000. Véase las sentencias T-12 de 1992, T-419 de 1992, T-172 de 1993, T-306 de 1993, T-335 de 1993, T-577 de 1993, T-219 de 1994, T-414 de 1995, T-529 de 1995, T-604 de 1995, T-614 de 1995, SU-153 de 1996, T-337 de 1999, entre muchas otras.

En cuanto al término que tienen las entidades para dar respuesta a las peticiones, el legislador en el artículo 1° de la Ley 1755 de 30 de junio de 2015 que sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, señaló que los organismos estatales y los particulares que presten un servicio público, han de observar el término de quince (15) días. Este término, pese a ser de obligatorio cumplimiento, puede ser ampliado de forma excepcional cuando la administración en razón de la naturaleza misma del asunto planteado no pueda dar respuesta en ese lapso, evento en el cual, así habrá de informárselo al peticionario, indicándole además las razones que la llevan a no responder en tiempo, y la fecha en que se estará dando una respuesta de fondo. Este término excepcional ha de ser igualmente razonable.

Complementario de lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que la falta de competencia de la entidad ante quien se presenta una petición no la exonera de contestar⁷, considerando que "si al recibir un derecho de petición, la entidad se percató de su falta de competencia, es deber comunicárselo al peticionario dentro del término legal previsto y remitir la solicitud al funcionario competente. De esa manera se da una respuesta válida al derecho de petición. Sin embargo, la responsabilidad de dar una respuesta de fondo no desaparece. Es la entidad a la cual se le remitió la petición la que, en virtud de su competencia, debe dar una contestación satisfactoria dentro de los quince días posteriores al recibo de la remisión de la solicitud⁸."

(ii) Caso Concreto

En el presente caso el apoderado de los señores Rosa Emelina Acosta Garrido, Aleida Pilar González Madero, José Fernández Espinel, Josué Buitrago Mora y José Agustín Romero Martínez manifiestan que las entidades accionadas han vulnerado sus derechos fundamentales de petición y debido proceso, al no contestar de manera oportuna la solicitud elevada, mediante la cual reclamaron el pago de un día de salario por el número de días en mora para el pago tardío de las cesantías y a la fecha la accionada contestó de manera simple y no de fondo.

Revisada la documental aportada por los accionantes se evidencia que se interpuso derecho de petición ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el **16 de octubre de 2014** (folios. 33-34) y conforme el oficio 20150170016251 del 13 de enero de 2015, la citada entidad remitió la solicitud por competencia a la Fiduprevisora S.A., entidad que como se dijo en precedencia es el organismo encargado del manejo de los recursos económicos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea su responsabilidad emitir actos administrativos.

Por su parte, el Ministerio de Educación manifestó no estar legitimado en la causa para resolver la solicitud de los tutelantes, sin demostrar que hubiera remitido la petición a la Secretaría de Educación de Arauca entidad territorial a la cual se encuentran vinculados los docentes y la competente para dar respuesta.

La Secretaría de Educación de Arauca fue notificada de la providencia mediante la cual se admitió la acción de tutela el 22 de marzo de 2019 y dentro del término otorgado por el despacho no dio respuesta al requerimiento de informe solicitado, razón por la cual se presumen como ciertos los hechos narrados por el accionante, acatando lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que prescribe:

"Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria averiguación previa."

En consecuencia, se concluye que la conducta asumida por el Ministerio de Educación Nacional al no remitir por competencia a la Secretaría de Educación de Arauca la petición calendada 16 de octubre de 2014, vulneró el derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, y resulta sin duda contraria a los principios de eficiencia y celeridad que orientan la actuación administrativa, razón por la cual este despacho lo instará para que se abstenga en futuras oportunidades de incurrir en conductas como la aquí presentada.

⁷ S. T-219/01, T-1014/01, T-1089/01, T-566/02, T-628/02, T-1058/04, T-1399/04, T-1107/04, T-1241/04, T-737/05, C-432/06, T-872/07, T-879/09, T-867/11, T-173/13, T-231/13, T-211/14, T-489/14.

⁸ T-219/01.

Por otra parte y dado que se encontraron vulnerados los derechos de petición y debido proceso invocados, se tutelaré y se dará la orden necesaria para su restablecimiento, ordenando a la Secretaría de Educación de Arauca dar respuesta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado a la petición elevada por los accionante el 16 de octubre de 2014, de la cual tuvo conocimiento a través de la acción en estudio, en el término de 15 días conforme con el artículo 1° de la Ley 1755 de 30 de junio de 2015, tal y como quedará plasmado en la parte resolutive de la presente providencia.

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.- DESVINCULAR de la presente acción a la Fiduciaria la Previsora S.A. y a la Secretaría de Educación de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- INSTAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL que en futuras oportunidades se abstenga de incurrir en conductas como la aquí presentada.

TERCERO.- TUTELAR los derechos fundamentales de petición y debido proceso invocados por los señores Rosa Emelina Acosta Garrido, Aleida del Pilar González Madero, José Fernández Espinel, Josué Buitrago Mora y José Agustín Romero, a través de su apoderado.

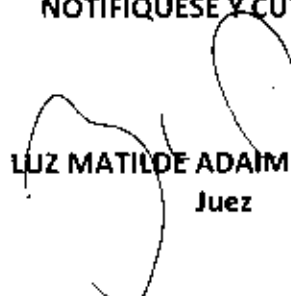
CUARTO.- ORDENAR a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA, que dentro del término de QUINCE (15) DÍAS siguientes a la fecha en que se le notifique este fallo, proceda a proferir y notificar el acto administrativo que en derecho corresponda, resolviendo de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado, la petición radicada el 16 de octubre de 2014 por los tutelantes.

Acatada la anterior actuación la demandada deberá aportar al Despacho los soportes del cumplimiento de lo aquí dispuesto.

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

SEXTO.- 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

Lga