

Secretaría: Dentro del término las accionadas allegaron respuesta al requerimiento realizado por el Despacho. Para proveer.

Treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)


JULIO ANDRÉS GÓMEZ DURÁN
SECRETARIO



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

Bogotá D. C., 04 de febrero de 2019

Sentencia T. No. 17

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

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 instauró 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 16 de octubre 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 el número total de días en mora por el pago tardío de las cesantías.

Argumentos de las Autoridades Accionadas

Vencido el término establecido en el auto de fecha 21 de enero y 29 de enero de la presente anualidad, las entidades accionadas rindieron el informe, así:

La Secretaría de Educación el 24 de enero de 2019 manifestó que los accionantes no registran en la base de datos como docentes del Distrito de Bogotá, por lo cual 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 es posible ha vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes. Razón por la cual solicita se desvincule a la Secretaría de Educación de Bogotá, en el evento de haber sido vinculada por cuanto no ha vulnerado derechos fundamentales configurándose la falta de legitimación por pasiva y con el fin de que se integre en debida forma el contradictorio solicita se vincule al Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora S.A

administradora de los recursos del Fomag, quien debe pronunciarse sobre las pretensiones de la acción al ser la entidad competente. (FL. 63 a 67)

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 Mediante correo electrónico de fecha 30 de enero de 2019, la accionada 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 reclaman los docentes afiliados al FOMAG. Razón por la cual solicita se desvincule al Ministerio de Educación de la acción de tutela. (FL.75 a 79)

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 GONZALEZ MADERO, JOSÉ FERNANDEZ ESPINEL, JOSUE 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

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.

acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del mencionado Decreto.

En el caso, el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes 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, razón por la que 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 ésta entidad, por lo cual el Ministerio de Educación y la Secretaría de Educación no tuvo la oportunidad de dar trámite a la solicitud del apoderado judicial de los accionantes, estimando procedente su desvinculación.

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.

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)

² Sentencia T-332/15

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

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 profiera 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.

⁴ T.- 094/2013

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 **ROSA EMELINA ACOSTA GARRIDO, ALEIDA PILAR GONZALEZ MADERO, JOSÉ FERNANDEZ ESPINEL, JOSUE BUITRAGO MORA Y JOSÉ AGUSTÍN ROMERO MARTÍNEZ** 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 solicitó 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.

Al respecto se requirió a la Secretaría de Educación y el Ministerio de Educación quienes manifestaron no ser la entidad competente para resolver la solicitud de los accionantes, por cuanto la responsable es la Fiduprevisora S.A quien administra el patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por su parte La Fiduprevisora S.A señaló que dio respuesta a cada uno de los accionantes, como se evidencia en los anexos de la acción de tutela, por tal razón solicita se configure carencia actual de objeto al no haber vulnerado derecho fundamental alguno.

De lo anterior, el Despacho entra a analizar lo siguiente:

Que revisada la documental aportada por los accionantes se evidencia que se interpuso derecho de petición ante la accionada el **16 de octubre de 2014** (Fl. 33-34) y conforme a los anexos de la acción se encontró que a los señores **ROSA EMELINA ACOSTA GARRIDO, (Fl.39), ALEIDA DEL PILAR GONZÁLEZ MADERO (Fl.43) y JOSUE BUITRAGO MORA (Fl. 51)**, la Fiduprevisora S.A dio respuesta de la siguiente manera;

Radicado de Respuesta	Nombre	Cesantías Reconocida	Disposición del dinero	Observación	En común
No. 2015017001625 1 de 13 de enero de 2015. (Fl.39)	Rosa Emelina Acosta Garrido	Resolución N. 650	31 de mayo de 2013	En el cual no se evidenció actos aclaratorios o reintegro	Que siendo la Fiduprevisora S.A la entidad financiera vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

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.

JUZGADO 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ROSA EMELINA ACOSTA GARRIDO Y OTROS
RADICADO: 2019-00013

No. 2015017001626 1 de 13 de enero de 2015. (Fl. 43)	Aleida del Pilar González Madero	Resolución N. 242	31 de mayo de 2013	En el cual no se evidenció actos aclaratorios o reintegro	Magisterio, procede con los pagos de prestaciones económicas siempre y cuando cuente con los recursos que traslada el Ministerio de Hacienda y Ministerio de Educación, tomando en consideración la liquidación de los aportes patronales para la atención de cesantías. Así mismo mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación, cuando la suma reconocida es aquel producto del turno de atención y de asignación presupuestal legalmente destinada, así que los intereses por mora deben ser liquidados y decretados por un Juez de la República. Con ello atendiendo de fondo la solicitud realizada.
No. 2015017001269 1 de 09 de enero de 2015 (Fl. 51)	Josué Buitrago Mora	Resolución N. 2399, que fue notificada el 28 de septiembre de 2012	16 de noviembre de 2012	Venciendo el término para el pago el 17 de noviembre de 2012, por lo cual el pago no fue de manera extemporánea, pues la Ley 1071 de 31 de julio de 2006 habla de mora cuando transcurridos 45 días hábiles después del acto que reconoce la prestación no procede al pago correspondiente.	

Que posterior a la petición del 16 de octubre de 2014, no hubo nueva solicitud ante la accionada y no da justificación para la demora en la presentación de la acción de tutela, en tanto solo hace mención a la vulneración del derecho de petición al no considerar de fondo la respuesta emitida por la Fiduprevisora S.A el 09 y 13 de enero de 2015. (Fl. 2-20)

En este orden de probanzas, se tiene entonces que desde la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se deprecia, es decir, desde el momento que vencieron los términos para contestar la petición del 16 de octubre de 2014 y no presentando la acción el 18 de enero de 2019 transcurriendo **cuatro (4) años, tres (3) meses y dos (2) días**, no siendo razonable ni justificable para el Despacho todo el tiempo que los accionantes por intermedio de su apoderado tardaron en solicitar el amparo constitucional de su derecho de petición.

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 pasar 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 señalar el Despacho 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 16 de octubre de 2014, haciendo cada vez más extraordinaria la vía de tutela frente a este tipo de actuaciones, ya que el ordenamiento jurídico tiene dispuestos medios de defensa ordinarios para revisar la existencia de los actos.

En tanto, como ya se señaló, la acción de tutela es de carácter subsidiaria y residual, resultando 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 6º del Decreto 2591 de 1991.

De acuerdo al estudio de la documental obrante en el proceso, no se observa que los accionantes se encuentren en perjuicio irremediable que deba evitarse mediante esta acción de tutela que habilite un pronunciamiento de fondo en sede constitucional, al menos como mecanismo transitorio.

En conclusión, es claro que la presente acción de tutela no se interpuso dentro de un término razonable, además, de resultar improcedente ya que el ordenamiento jurídico tiene dispuestos medios de defensa ordinarios para revisar la existencia de los actos fictos presuntos negativos, sin que se hubiese justificado la demora o la existencia de un perjuicio irremediable que habilite a este Juez constitucional para revisar el fondo del asunto.

De esta manera, se debe negar la presente acción, en cuanto se torna improcedente 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 señores Rosa Emelina Acosta Garrido, Aleida del Pilar González Madero, José Fernández Espinel, Josué Buitrago Mora y José Agustín Romero, 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

Ad

R