



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Arauca, diecisiete (17) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Magistrada Ponente: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Radicado : 81001-33-33-002-2018-00462-01
Medio de control : Tutela
Accionante : Luis Alfredo Gómez Hernández
Accionados : Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
- Fiduciaria la Previsora y otros
Tema: : Derechos de Petición e Igualdad.

I. Asunto

Decide la Sala, la impugnación presentada por el señor Luis Alfredo Gómez Hernández, contra el fallo del 29 de noviembre de 2018, mediante el cual el Juzgado Segundo Administrativo de Arauca tuteló el derecho fundamental de petición.

II. Demanda

Luis Alfredo Gómez Hernández, a través de apoderada judicial, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, solicitó la protección de los derechos fundamentales de petición e igualdad presuntamente vulnerados por la Secretaría de Educación Departamental de Arauca y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.1. Resumen de los hechos¹ relevantes:

2.1.1. Señaló que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, representada por el Ministerio de Educación Nacional y en el parágrafo 2° del artículo 15 ibídem, se asignó la competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desconcentrado la función del reconocimiento de las cesantías a las Secretarías de Educación y el pago de la sanción moratoria de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2.1.2. Manifestó que ante las múltiples demandas presentadas por los docentes ante los Juzgados Administrativos, el Consejo de Estado en sentencia de Unificación expedida el mes de julio de 2018, ordenó al Ministerio de Educación Nacional como a la Fiduciaria la Previsora el reconocimiento inmediato y de carácter obligatorio de conformidad con el artículo 102 del CPACA.

¹ Fls 1 a 3 del expediente.

2.1.3. Aseguró que la Fiduciaria la Previsora expidió la circular N° 10 con fundamento en el Decreto Nacional N° 1272 de 2018, mediante el cual en el artículo 2.4.4.2.3.2.28 ordenó de manera inmediata el reconocimiento a la sanción moratoria a varios docentes; sin embargo, aseguró que elevó una petición el 29 de abril de 2018, solicitando a la Secretaría de Educación Departamental de Arauca el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de sus cesantías, asignándole el radicado N° 201806000779-1, sin haber obtenido respuesta de fondo.

2.1.4. Es insistente en alegar la vulneración del derecho a la igualdad, asegurando que a varios docentes que presentaron la misma petición en fecha posterior, les resolvieron de fondo y les reconocieron la sanción moratoria, entre ellos a los señores Iván Omar Téllez Ramírez y Adela Gaona Moscoso, sin tener en cuenta el orden de radicación de esas peticiones.

3. Pretensiones

Solicita el accionante que se ordene a las entidades demandadas que den respuesta de fondo a la petición presentada el 29 de abril de 2018 y en igualdad de condiciones que a los demás docentes, de conformidad a los términos establecidos en la Circular N° 10 de 2017, expedida por Fiduciaria la Previsora, el Decreto N° 1272 de 2018, la sentencia de unificación SUJ-012-S2 y el Decreto Nacional 1272 de 2018.

4. Derechos aducidos como vulnerados

- Derecho a la Igualdad. Artículo 13
- Derecho de Petición, artículo 23 de la Constitución Política

III. Actuación Procesal

La demanda fue radicada el 15 de noviembre de 2018 y admitida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca por auto de la misma fecha.

3.1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, a través de providencia de fecha 29 de noviembre de 2018² accedió a la protección del derecho fundamental de petición, al considerar que como la Secretaría de Educación Departamental de Arauca al momento de notificarle la acción de tutela guardó silencio, no era posible acreditarse el cumplimiento del trámite ordenado por el Decreto N° 1075 de 2015 ni tampoco con las obligaciones allí señaladas, concluyendo que dicha entidad había inobservado el procedimiento establecido en el artículo 2.4.4.2.3.2.2. del decreto citado.

² Folios 139 a 145 del expediente

Con respecto al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio este aseguró, a través de la Fiduprevisora no haber recibido petición de Luis Alfredo Gómez Hernández.

En síntesis, adujo que se había vulnerado el derecho fundamental de petición, dado que el accionante radicó la solicitud ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales FOMAG, a través de la Secretaría de Educación Departamental de Arauca el día 29 de mayo de 2018 sin haberse demostrado durante el trámite tutelar respuesta alguna, habiendo transcurrido al momento de la presentación de la acción más de cinco meses.

En consecuencia, ordenó a la Secretaría de Educación del Departamento de Arauca y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que en el término de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de la notificación del fallo de tutela y en ejercicio de sus competencias conforme a lo dispuesto por el Decreto N° 1075 de 2015, de respuesta a la petición de fondo y congruente a lo solicitado y la notifique. Además, exhortó a la Secretaría de Educación del Departamento de Arauca para que en las próximas ocasiones realice en debida forma la gestión a los derechos de petición presentados.

3.2. Impugnación

El accionante, a través de apoderada, impugnó parcialmente la decisión contenida en el fallo del 29 de noviembre de 2018, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, argumentando que no se había pronunciado sobre la vulneración del derecho a la igualdad por parte de la Secretaría de Educación Departamental de Arauca y el Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora S.A, a pesar de que se acreditó que otros compañeros docentes, quienes presentaron peticiones en fechas posteriores, se les dio respuesta de fondo y además se les canceló la sanción moratoria.

Aseguró que en varias sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado se ha diseñado el test de la igualdad y los parámetros que definen cuándo se entiende vulnerado el derecho, lo cual se debe aplicar a su caso, puesto que a los docentes Iván Omar Téllez y Adela Gaona Moscoso quienes presentaron igual solicitud, además de obtener respuesta de fondo, se les canceló la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Reiteró la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, por haber dado un trato distinto entre sujetos de la misma naturaleza, asegurando que a muchos docentes de la ciudad de Arauca y otras regiones de Colombia estando en curso el proceso administrativo, las entidades accionadas le dieron cumplimiento a la Circular N° 10 de 2017 del Ministerio de Educación Nacional.

IV. Consideraciones

4.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer de la presente acción, en desarrollo de las facultades conferidas por el artículo 86 de la Constitución Nacional, y de conformidad con los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 01 del Decreto 1382 de 2000.

4.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si existió vulneración del derecho a la igualdad por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Arauca y el Fondo de Prestaciones del Magisterio al señor Luis Alfredo Gómez Hernández, quien aseguró que otros docentes presentaron petición con posterioridad, resolviendo el fondo de sus solicitudes y además, cancelándoles la sanción moratoria.

Para resolver lo anterior, la Corporación se pronunciará sobre la procedencia de la acción de tutela, el derecho fundamental a la Igualdad y finalmente analizará el caso concreto.

4.3. Procedencia de la acción de tutela

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

4.4. El derecho a la igualdad

Sobre el derecho a la igualdad³, la Corte Constitucional⁴ en múltiples sentencias ha indicado cuando se considera vulnerando, en la que se resalta:

³ "ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

⁴ Sentencia T- 030 de 2017 del 24 de enero de 2017. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

“(..) La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía⁵. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos⁶; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

De igual forma, esta Corporación ha expresado que este postulado tiene un contenido que se concreta en el deber público de ejercer acciones concretas, destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones particulares o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)⁷

33. En consecuencia, están prohibidas las distinciones que impliquen un trato distinto no justificado, con la capacidad de generar efectos adversos para los destinatarios de las normas o conductas que las generan, quienes no están obligados a soportar esos déficit de protección.

34. Ahora bien, la Corte ha expresado que el examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (tertium comparationis), consiste en determinar si el criterio de distinción utilizado por la autoridad pública o el particular fue usado con estricta observancia del principio de igualdad (artículo 13 C.P)⁸, a través de un juicio simple⁹ compuesto por distintos niveles de intensidad (débil, intermedio o estricto) que permiten el escrutinio constitucional de la medida. En otras palabras, se trata de una escala de intensidades que permiten la verificación de la aplicación del principio de igualdad, en una determinada actuación pública o privada¹⁰.

El test de igualdad es débil: cuando el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si el trato diferente que se enjuicia, creó una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento¹¹. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo; ii) el trato debe ser potencialmente adecuado; y iii) no debe estar prohibido por la Constitución.

*Se requiere la aplicación de un **test intermedio de igualdad** cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación*

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem*

⁷ Sentencia T-478 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸ Sentencia C-539 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

⁹ La Corte ha establecido la existencia de un test integrado de igualdad, en el que concurren elementos del juicio de proporcionalidad y de igualdad simple. Al respecto ver sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otros pronunciamiento

¹⁰ Sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹¹ *Ibidem.*

grave de la libre competencia¹². En estos eventos, el análisis del acto jurídico es más exigente que el estudio realizado en el nivel leve, puesto que requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea constitucionalmente importante. Además: ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado con la norma u actuación objeto de control constitucional¹³

*Por último, el **test estricto de igualdad**: surge cuando las clasificaciones efectuadas se fundan en criterios “potencialmente discriminatorios”, como son la raza o el origen familiar, entre otros (artículo 13 C.P.), desconocen mandatos específicos de igualdad consagrados por la Carta (artículos 19, 42, 43 y 53 C.P.), restringen derechos a ciertos grupos de la población o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículos 7º y 13 C.P.)¹⁴.*

En este escenario, el análisis del acto jurídico objeto de censura por desconocimiento del principio de igualdad debe abarcar los siguientes elementos: i) la medida utilizada debe perseguir ya no solo un objetivo no prohibido, sino que debe buscar la realización de un fin constitucionalmente imperioso; y ii) el medio utilizado debe ser necesario, es decir no basta con que sea potencialmente adecuado, sino que debe ser idóneo¹⁵

La robustez del control que realiza la Corte al utilizar el test estricto es de aplicación excepcional, pues se limita a aquellas situaciones que están relacionadas con materias como son: i) las prohibiciones no taxativas contenidas en inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; ii) medidas normativas sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares o discretas; iii) medidas diferenciales entre personas o grupos que prima facie, afectan gravemente el goce de un derecho fundamental; o iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio para un grupo social y excluye a otros¹⁶ en términos del ejercicio de derechos fundamentales.

35. En conclusión, la aplicación del test de igualdad para verificar la violación a ese principio, implica un análisis a partir de niveles cada uno con un grado diferente de intensidad, de tal suerte que el juicio será leve, intermedio o estricto, conforme a la norma y a la situación objeto de estudio. (...)”

4.5. De las pruebas recaudadas

De los soportes documentales que obran en el expediente se aportaron los siguientes:

4.5.1. Petición presentada por el accionante a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de

¹² Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Sentencia C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁵ Sentencia C-673 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Sentencias T-1098 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-140 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Arauca, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, así como la indexación hasta la fecha en que se efectúe el pago de esa obligación (folios 12 a 14).

4.5.2. Resolución N° 824 del 28 de marzo de 2017, a través del cual la Secretaría de Educación del Departamento de Arauca reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a Luis Alfredo Gómez Hernández (folios 15 a 18).

4.5.3. Circular N° 010 del 1 de septiembre de 2017, suscrita por la Gerente Operativa Fomag- Vicepresidenta del Fondo de Prestaciones, a través del cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de una sanción moratoria a los docentes (folios 19 y 20).

4.5.4. Petición presentada por Iván Omar Téllez Ramírez de fecha 2 de mayo de 2018, solicitando el pago de la sanción moratoria. (folios 21 y 22).

4.5.5. Copia de la nómina de pago de la sanción moratoria a Iván Omar Téllez Ramírez (folios 23 y 24).

4.5.6. Petición presentada por Adela Gaona Moscoso de fecha 2 de mayo de 2018, solicitando el pago de la sanción moratoria. (Folios 25 a 29)

4.5.8. Copias de la nómina de pago de la sanción moratoria a Adela Gaona Moscoso (folios 30 y 31).

4.5.9. Decreto N° 1272 del 23 de julio de 2018, a través del cual la Ministra de Educación Nacional modificó el Decreto N° 1075 de 2015- Único reglamentario del sector de educación, se reglamenta el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones (folios 32 a 34).

4.5.10. Oficio del 4 de diciembre de 2018, suscrito por la Directora de Gestión Judicial FOMAG, a través del cual manifestó que la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria al accionante fue negada. (folios 176 a 182).

4.5.11. Oficio de fecha 5 de diciembre de 2018, suscrito por la Secretaria de Educación del Departamento de Arauca, a través del cual dio respuesta a la petición presentada por el accionante, indicando que había dado trámite al pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a Luis Alfredo Gómez Hernández. Siendo revisado y remitido al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fiduprevisora) para su aprobación, mediante radicado 20180600003739-2 del 1° de junio de 2018 (folios 164 a 174).

4.6. Caso Concreto

La inconformidad planteada por el accionante radica en que el Juez de Primera Instancia no se pronunció sobre el derecho fundamental a la igualdad, presuntamente vulnerado por las entidades accionadas.

Atendiendo la cita jurisprudencial observa la Sala que al aplicar el test de igualdad, en el caso sub-examine, no existen elementos de juicio que permitan establecer si las entidades accionadas han dado un trato discriminatorio al accionante con respecto a los docentes Iván Omar Téllez Ramírez y Adela Gaona Moscoso.

Lo que se encontró demostrado es que efectivamente sí se vulneró el derecho de petición al acreditarse que no había obtenido respuesta de fondo lo cual no significa por sí misma, que se dé la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, máxime cuando en las peticiones presentadas por los docentes relacionados por Luis Alfredo Gómez Hernández no se indica si este se encuentra en la misma situación fáctica, para concluir que se vulneró dicho derecho. En otras palabras, no se aportaron al expediente elementos probatorios que permitan realizar comparación alguna para poder determinar si se encuentran o no en igual condición.

Igualmente, si lo pretendido por el accionante es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que aseguró se canceló a los demás docentes, resulta improcedente, pues a través de la acción de tutela no es posible obtener el pago de acreencias laborales como lo ha señalado el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional¹⁷ así:

“(...) Esta Corporación ha sostenido que por regla general la liquidación y pago de acreencias laborales escapa del ámbito propio de la acción de tutela, y solo de manera excepcional, se ha admitido su procedencia ante la falta de idoneidad del medio de defensa ordinario. No obstante, en cualquier caso resulta indispensable el carácter cierto e indiscutible de las acreencias laborales que se reclaman, pues de ahí surge precisamente la transgresión de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.”¹⁸

*“El juez de tutela no puede ordenar el pago de un derecho incierto y discutible, pues aquello escapa de la órbita constitucional para radicarse en una discusión de rango legal que debe resolverse en la jurisdicción competente. **En este orden de ideas, la acción de tutela sólo procede para el pago de derechos económicos, cuyo carácter cierto e indiscutible evidencia la transgresión de derechos fundamentales.**”¹⁹*

Lo anterior encuentra su fundamento en que en el ámbito de las relaciones laborales, la procedencia excepcional de la acción de tutela surge del desconocimiento de los principios que desde el punto de vista

¹⁷ Sentencia T-040 del 16 de febrero de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delegado.

¹⁸ Sentencia T-001 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Reiterada en las sentencias SU-995 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-1983 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ Sentencia T-1983 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

constitucional rodean la actividad laboral, esto es, aquellos consagrados en el artículo 53 Superior²⁰, como la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la garantía del derecho la seguridad social, entre otros²¹.

14. Teniendo en cuenta que la acción de tutela se invoca con el objetivo de superar en forma pronta y eficaz la vulneración incoada, para que el juez constitucional pueda impartir órdenes de protección dirigidas a materializar las garantías fundamentales involucradas, resulta primordial la certeza y carácter indiscutible de las acreencias laborales con las que se lograría la realización efectiva de dichos derechos. De manera más concreta, la jurisprudencia ha establecido que la protección de derechos fundamentales que dependen del cumplimiento de obligaciones laborales, requiere que se trate de derechos indiscutibles reconocidos por el empleador y que sean ordenados por las normas laborales o declarados por medio de providencias judiciales en firme²².

Ahora bien, lo anterior de ninguna manera significa que quien reclame la existencia de acreencias laborales inciertas y discutibles no pueda acudir a las vías ordinarias para obtener su declaración, pues lo que se busca es precisamente que todas aquellas controversias carentes de incidencia constitucional, debido a su ausencia de definición plena, quedan sometidas al escrutinio del juez laboral²³. En **sentencia T-1496 de 2000**²⁴ la Corte sintetizó las reglas que la jurisprudencia había decantado para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela para la reclamación de acreencias laborales. (...)"

Ahora bien, con respecto al oficio allegado por la Secretaría de Educación Departamental de Arauca a folios 164 a 175, considera la Sala que esta no satisfizo el derecho fundamental de petición del accionante, pues no se acreditó que la apoderada lo hubiese efectivamente recibido y tampoco se aportó guía que indicara que la enviaron a través de un servicio de mensajería, por lo que se sigue vulnerando el derecho fundamental de petición a la luz de la reiteradas jurisprudencias de la Honorable Corte Constitucional, además de ser evidente que se necesitó la intervención del Juez de primera instancia para que se procediera a redactar una respuesta al derecho de petición del actor²⁵.

²⁰ Ibíd

²¹ Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad."

²² Sentencia SU-995 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²³ Sentencia T-194 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁴ M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

²⁵ Sentencia T 139 del 6 de marzo de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

"(...) Cabe recordar que el derecho de petición, se concreta en dos momentos sucesivos, ambos subordinados a la actividad administrativa del servidor que conozca de aquél. En primer lugar, se encuentra la recepción y trámite de la petición, que supone el contacto del ciudadano con la entidad que, en principio, examinará su solicitud y seguidamente, el momento de la respuesta, cuyo significado supera la simple adopción de una decisión para llevarla a conocimiento directo e informado del solicitante.

De este segundo momento, emerge para la administración un mandato explícito de notificación, que implica el agotamiento de los medios disponibles para informar al particular de su respuesta y lograr constancia de ello."²⁶

*Por lo anterior, es dable afirmar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, **el derecho de petición se concreta con la respuesta clara, congruente, concisa y de fondo a lo solicitado, y cuando además se cumple con la obligación de notificar al peticionario sobre la contestación emitida por la entidad.** (...)" (El Resaltado es de la Sala)*

Frente al memorial de la Fiduprevisora (folios 176 a 181), en el que aseguró que dio respuesta de fondo configurándose el hecho superado, tampoco resulta de recibo para la Sala, pues se redactó el oficio en cumplimiento de la orden de tutela, además de que al analizar el mismo, este no se pronuncia frente a la solicitud del accionante, dado que entre los docentes que relacionó a los que le negó la sanción moratoria no incluyó al señor Luis Alfredo Gómez Hernández; por lo tanto, se sigue vulnerando el derecho fundamental de petición.

En cuanto a la solicitud presentada por el Ministerio de Educación Nacional de ser desvinculado de esta acción constitucional, es necesario precisar las siguientes normas jurídicas, así:

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en su artículo 5 estipuló:

"Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado....

Por su parte la ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, dispuso en su artículo 56, 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.

²⁶ Se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-615 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-178 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T- 249 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-149 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Posteriormente se expidió el Decreto 2831 de 2005, y reglamentó:

Artículo 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

- 1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.*

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme....

....Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

De lo anterior, se establece que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, tienen una función meramente administrativa que no va más allá de actuar como intermediarios entre los docentes y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez se radiquen por parte de ellos las solicitudes relacionadas con sus prestaciones sociales.

En providencia más reciente, y siguiendo con la misma postura, el Honorable Consejo de Estado²⁷, dijo:

“La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar²⁸ una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”. (...)

Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece el peticionario y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador,

²⁷ Sentencia del HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, del 02 de julio de 2015, CONSEJERO PONENTE Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, REF: EXPEDIENTE N° 25000232500020120026201.

²⁸ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”.

en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuyó la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales, ...: "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."

... contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma, dado que es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición del actor tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo..."

Por lo anterior, de la jurisprudencia y normas jurídicas citadas, concluye la Sala que los entes territoriales se encargan del trámite de las prestaciones de los docentes, entre ellas las cesantías y la sanción moratoria más no del pago de las mismas, lo cual recae única y exclusivamente en la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, postura que se ha venido manteniendo, por lo que no se accederá a la solicitud planteada.

4.7. Conclusión

Con fundamento en los presupuestos fácticos y jurisprudenciales citados, se confirmará la decisión del 29 de noviembre de 2018; en cuanto al pronunciamiento sobre el derecho a la igualdad, no se protegerá en razón a que no se vislumbró vulneración del mismo y se negará la solicitud de desvinculación de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, Sala de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,²⁹

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR el amparo al derecho fundamental a la igualdad de Luis Alfredo Gómez Hernández, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NO SE ACCEDE a la solicitud de desvinculación planteada por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

²⁹ Artículo 280 del Código General del Proceso.

Revista R.
17-01-2019
10:48 am

CUARTO: Notifíquese la presente providencia conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada