



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.

Acción: TUTELA
Accionante: RUTH MARÍA LUNA PESTANA
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG-
Radicado: 63001-23-33-000-2017-00047-00.
Instancia: PRIMERA

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Procede el Tribunal a resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por **RUTH MARÍA LUNA PESTANA** contra el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL-DEPARTAMENTO DE SUCRE Y FIDUCIARIA LA PREVOSORA S.A.**

I. ANTECEDENTES.

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA.

La señora **RUTH MARÍA LUNA PESTANA** actuando por conducto de apoderada judicial, formuló acción de tutela en contra del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL-DEPARTAMENTO DE SUCRE Y FIDUCIARIA LA PREVOSORA S.A,** por la presunta vulneración de su derechos fundamentales de petición y al debido proceso.

En amparo de sus derechos, **PRETENDE** se ordene a la accionada responder la petición efectuada el 18 de diciembre de 2015, en la cual solicitó el cumplimiento de una sentencia judicial proferida el 18 de septiembre del año 2014 y la proferida en segunda instancia de fecha 16 de abril de 2015.

Como consecuencia de esto, se ordene al ente accionado para que notifique de manera inmediata el acto administrativo de cumplimiento al fallo

contencioso administrativo donde se ordenó el reconocimiento y pago de una sanción moratoria.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**, la parte actora expresó que:

Laboró al servicio de la docencia oficial en la Institución Educativa "SAN ANTONIO ABAD", en el municipio de los Palmitos-Sucre y mediante Resolución No. 969 de 2008, le fue resuelta una solicitud de cesantías parciales a su favor.

Mediante petición de fecha 24 de enero de 2011, solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre-Fomag-, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios adeudados por la tardanza al pago de sus cesantías.

En sentencia dictada en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se ordenó el reconocimiento y pago de una sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006; señalando asimismo, que radicó el día 18 de diciembre de 2015 a instancia de las entidades accionada, solicitud de cumplimiento de sentencia judicial.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción de tutela fue presentada el 10 de marzo de 2017 (6 y 10), por reparto correspondió al Tribunal Administrativo de Sucre. Conforme nota Secretarial, se le puso en conocimiento de la misma al despacho conductor el 10 de marzo de 2017 (folio 11). Mediante auto del 10 de marzo de 2017 se admitió la acción, ordenándose la notificación a la entidad accionada y concediéndoles el término de (2) días para que se pronunciara frente a lo expuesto (folio 12). La entidad accionada fue notificada el 17 de enero de 2017 (folio 11 a 15).

1.3. CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS:

1.3.1. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL¹.

Mediante escrito de fecha 15 de marzo de 2017, rinde su informe exponiendo que no se aportó copia del derecho de petición de fecha 24 de enero de 2011,

¹ Folios 17-20

al que hace alusión en el hecho No. 2, y del cual la administración desconoce, motivo más que suficiente para que se declare la no existencia de vulneración a este derecho constitucional, por carencia total del objeto.

Informó además, que en lo relacionado con la petición del cumplimiento del fallo, radicado el 18 de diciembre de 2015, con No. 2015 PQR17711, se le dio respuesta efectiva mediante oficio de fecha 14 de marzo de 2017 No. 700.11.03. SE OPSM, dirigido a las señoras DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ y RUTH MARÍA LUNA PESTANA, el cual se remitió al correo electrónico suministrado por la demandante dina.abogada@hotmail.com; demostrándose, afirma, que la entidad dio respuesta efectiva y de fondo a la solicitud presentada por la actora, por lo que se configuró una carencia actual del objeto por hecho superado.

1.3.2. EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL².

A través de memorial presentado el 15 de marzo de 2017, se da respuesta a la acción de tutela, argumentando que el derecho de petición al cual se hace mención no se radicó a instancias de esa entidad sino ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, lo que sugiere que el Ministerio es ajeno a los supuestos de hecho que dieron origen a la acción de tutela.

Afirmó que de conformidad con los Decretos 1075 de 2015 y la Ley 962 de 2005, no existe relación de causalidad entre la Nación-Ministerio de Educación y los derechos pretendidos por la accionante, como quiera que el hecho de se trate de prestaciones sociales, por ley se encuentra en cabeza de la Entidad Territorial certificada, y de la Sociedad Fiduciaria Administradora del Fondo y son estas las llamadas a responder por la obligaciones de los docentes afiliados al FOMAG.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente acción, conforme lo establecido en el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

² Folios 29 y 30 y Fiduprevisora S.A, memorial de fecha 16 de marzo de 2017, oponiéndose a las súplicas de la demanda.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Se contrae a establecer el Tribunal en esta oportunidad sí, *¿las entidades accionadas ha vulnerado el derecho fundamental de petición al no otorgar una respuesta frente a la solicitud elevada el 18 de diciembre de 2015 por la parte actora?*

Como problema jurídico subsidiario, responderá la Sala, *¿Es procedente la acción de tutela, para ordenar el cumplimiento de decisiones judiciales que se encuentran en firme?*

De igual forma y atendiendo el argumento del Ministerio de Educación, se determinará, *si hay lugar a desvincular a la Nación-Ministerio de Educación Nacional de la presente acción de tutela.*

Para absolver lo expuesto, la Sala considera abordar los siguientes temas: **(i)** Generalidades de la acción de tutela. Requisitos para su procedencia; **(ii)** El derecho fundamental de petición **(iii)** Procedencia excepcional de la acción de tutela para el cumplimiento de sentencias judiciales en firme y **(iv)** El caso concreto.

2.2.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA-REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

Este mecanismo constitucional, determina que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá

cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *"en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo"*.

Para que el amparo proceda es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable³. No puede perderse de vista que por su naturaleza residual y subsidiaria⁴ no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos.

En tal sentido, la acción de tutela como dispositivo de protección inmediata de los derechos fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁵, ha señalado que, *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevalece, con la excepción dicha -la acción ordinaria"*⁶

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁶ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

Ahora bien, debe aclararse que la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

2.2.2. DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN.

El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”.

La Corte Constitucional ha afirmado, que este derecho es de estirpe *“fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa y se garantizan otros derechos constitucionales, como el derecho a la información, a la participación política y a la libertad de expresión”*⁷

En reiterada jurisprudencia⁸, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha sostenido, que en la pronta resolución, por parte de la autoridad a quien se dirige la petición, más no en la formulación, que no deja de ser un aspecto formal, es donde este derecho fundamental adquiere toda su dimensión (núcleo esencial) como instrumento eficaz de la participación democrática, ya que así recibe información y hace efectivo el resto de los derechos fundamentales.

En cuanto al núcleo esencial del derecho de petición, la Corte Constitucional⁹ ha señalado que comprende los siguientes elementos¹⁰: *“i) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las*

⁷ Corte Constitucional, sentencia T 630 de 2002.

⁸ Entre ellas, la Sentencia T- 495 de 1992.

⁹ Ver entre otras las sentencias T-220 de 1994; T-515 de 1995; T-309 de 2000; C-504 de 2004; T-892, T-952 y T-957 de 2004. Ver, Corte Constitucional, sentencia T 207 de 2007. Igualmente consultar T-213 de 2005, T-657, T-658 y T-692 de 2004, T-119 de 1993, T-663 de 1997, T-281 de 1998 de la misma Corporación.

¹⁰ Ver sentencias T-944 de 1999 y T-447 de 2003. En la sentencia T-377 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, retomada recientemente por las sentencias T-855 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-734 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-915 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras, se delinearón algunos supuestos fácticos mínimos del derecho de petición, que han sido precisados en la jurisprudencia de esta Corporación, mediante sus diferentes Salas de Revisión.

autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas (núcleo esencial)¹¹; ii.) Una respuesta que debe ser pronta y oportuna, es decir otorgada dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, así como clara, precisa y de fondo o material, que supone que la autoridad competente se pronuncie sobre la materia propia de la solicitud y de manera completa y congruente, es decir sin evasivas, respecto a todos y cada uno de los asuntos planteados y iv.) Una pronta comunicación de lo decidido al peticionario, independientemente de que la respuesta sea positiva o negativa, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido”.

En esa dirección, la respuesta que se entregue, debe resolver de manera precisa y completa el escrito sometido a su consideración¹² y, por ende no se considera satisfecho este derecho, cuando la administración da respuestas evasivas o se limita a la simple afirmación que el asunto se encuentra en revisión, porque “el derecho de petición se materializa cuando la autoridad requerida, o el particular en los eventos en que procede, emite respuesta a lo requerido, respetando el término concedido para tal efecto. Sin embargo, esa garantía no sólo implica que la solución al petitum se emita dentro del plazo oportuno, sino que dicha respuesta debe: i) ser de fondo, esto es, que resuelva la cuestión sometida a estudio, sea favorable o desfavorablemente a los intereses del peticionario; ii) ser congruente frente a la petición elevada; y, iii) ser puesta en conocimiento del solicitante. Entonces, si la respuesta emitida por el ente requerido carece de uno de estos tres presupuestos, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental”¹³

Ahora bien, la norma superior (Art. 23) no estipuló dentro de qué término las autoridades deben resolver prontamente, pero dicho tiempo o período para obtener la respuesta le fue dejado a la ley, que por regla general está dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011¹⁴, que estableció un plazo

¹¹ Es abundante la jurisprudencia existente sobre el núcleo esencial del derecho de petición. Se pueden consultar, entre las más recientes las siguientes: T-091, T-099, T-143, T-144, T-144 y T-1099 de 2004.

¹² Ver sentencia T -166 de 1996, donde se señaló: “...ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de sostener que el derecho de petición no se ve satisfecho simplemente porque la autoridad ante la cual se eleva la solicitud se limite a responder y menos a acusar recibo, sino que debe producirse una respuesta que guarde relación con lo solicitado, sin que ello implique necesariamente, que ella deba ser favorable; es decir, que el funcionario competente está en la obligación de analizar a fondo la petición para emitir una respuesta que guarde relación directa con lo solicitado en la misma”

¹³ Corte Constitucional, sentencia T 490 de 2007.

¹⁴ Disposición que se encuentra sustituida en el Título II, Derecho de Petición, Capítulos 1, 2, y 3, artículos 13 a 33 por la Ley 1755 de 2015; por cuanto había sido declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-818 de 2011.

de quince (15) días para dar respuesta a las solicitudes de contenido particular.

La Ley 1755 del 30 de junio de 2015, "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, al respecto estableció:

"Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, **se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.**

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación a las entidades dedicadas a su protección o formación.

Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto".

En Sentencia C - 818 de 2011, La Corte Constitucional sintetizó las reglas que previamente habían sido desarrolladas por la jurisprudencia en materia de protección del derecho fundamental de petición, señalando que:

"a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. 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. d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita. e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine. f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente. g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición. i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994"

2.3.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES.

El principal mecanismo previsto en el ordenamiento para exigir la ejecución de providencias judiciales ejecutoriadas impuestas a una entidad pública o a un particular en el proceso ejecutivo establecido en los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011 y 305 a 310 del Código General del Proceso respectivamente, razón por la generalidad indica la improcedencia del medio constitucional para exigir el cumplimiento de sentencias judiciales.

No obstante, se ha señalado que ella, es procedente cuando se pretenda el cumplimiento de sentencias judiciales ejecutoriadas que contengan obligaciones de hacer, siempre que no existan otros recursos judiciales

idóneos para lograr dicho cumplimiento, o que en el evento de ser pertinente el proceso ejecutivo para reclamar el cumplimiento de una obligación de hacer con origen en una sentencia, se evidencie la vulneración de derechos fundamentales¹⁵”

Ahora bien, Es preciso señalar que tanto el H. Consejo de Estado como la H. Corte Constitucional han sostenido que *"en todo caso, la acción de tutela procede de manera excepcional para solicitar el cumplimiento de providencias judiciales en firme, siempre que (i) la autoridad encargada de ejecutar el fallo se niega a hacerlo, (ii) la falta de cumplimiento vulnera directamente el derecho fundamental del actor y (iii) se está ante una obligación de hacer, o de dar, siempre que el mecanismo ordinario carezca de idoneidad y no resulte efectivo para la protección del derecho fundamental.*¹⁶”

2.3.4. EL CASO CONCRETO.

Retomando el sub iudice, solicita la accionante se tutele su derecho fundamental de petición, pues, considera que las entidades accionadas (La Nación- Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, La Previsora S.A., Secretaria de Educación Departamental de Sucre y Fiduciaria la Previsora S.A), no han dado respuesta a su solicitud de cumplimiento de la sentencia judicial que ordenó el pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías parciales.

- **ANÁLISIS DE LA SALA.**

De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, se observa que la accionante efectivamente en ejercicio del derecho de petición solicitó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, " *se dé CUMPLIMIENTO AL FALLO DEL HONORABLE JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO EN EL CUAL SE ORDENA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN LA LEY 1071 DE 2006, PROVIDENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE FECHA 18 DE SEPTIEMBRE DE*

¹⁵ Reiteración jurisprudencial. Sentencias T-498 de 2005, T-714 de 2005, T-440 de 2010 y T-073 de 2011 y la Sentencia T-403 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T 631 de 2003, T 084 de 1998 y T 440 de 2010. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 03 de febrero de 2011. Exp. 2010-03639-03 (AC).

2014, PROVIDENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DE FECHA 16 DE ABRIL DE 2015, Y CON LA RESPECTIVA NOTA DE EJECUTORIA DEL 17 DE JUNIO DE 2015 (..)”; escrito que fue radicado en la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, con nota de recibo del 18 de diciembre de 2015¹⁷.

La Secretaría de Educación Departamental de Sucre, manifestó que dicha petición había sido resuelta por la entidad mediante oficio No. 700.11.03 SE OPSM de fecha 14 de marzo de 2017, dirigido a las señoras DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ y RUTH MARÍA LUNA PESTANA, y enviado al correo electrónico aportado dina.abogada@hotmail.com

Revisado el expediente se observa que en efecto a folio 26 y 27 reposa pantallazo del envío de una comunicación de fecha 14 de marzo de 2017 al correo electrónico dina.abogada@hotmail.com; con la cual afirman se dio respuesta al derecho de petición incoado por la demandante. Sin embargo, advierte esta Sala, que dicha respuesta no presenta ningún acuse de recibo, como tampoco denota una resolución de fondo frente al contenido de la petición misma.

Bajo dicho entendido, no hay lugar a declarar la carencia actual de objeto como así lo pretende la entidad accionada pues su respuesta no se acoge a los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional que sobre el particular exige que, **(i)** sea de fondo, esto es, que resuelva la cuestión sometida a estudio, sea favorable o desfavorablemente a los intereses del peticionario; **(ii)** sea congruente frente a la petición elevada; y, **(iii)** sea puesta en conocimiento del solicitante. Entonces, si la respuesta emitida por el ente requerido carece de uno de estos tres presupuestos, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental.

Teniendo en cuenta lo anterior, a la fecha, respecto a la petición presentada el día 18 de diciembre del año 2015, ha transcurrido más de un (1) año desde que hizo la solicitud, término superior al previsto por el ordenamiento jurídico, de quince (15) días, para decidir y publicitar las solicitudes de carácter particular (artículo 14 Ley 1755 de 2015), por lo que el plazo legal se encuentra superado, sin que a la fecha las entidades accionadas NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG y SECRETARÍA DE

¹⁷ Fol 8.

EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, hubiesen resuelto de mérito el requerimiento que impetró la accionante, por lo que se evidencia la flagrante vulneración del Derecho Fundamental de Petición del que es titular.

En este orden y teniendo en cuenta que lo pretendido principalmente es que se proteja el derecho fundamental de petición frente al contenido en la solicitud de fecha 18 de diciembre de 2015, se **TUTELARÁ EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN** del que es titular la señora RUTH MARÍA LUNA PESTANA.

En procura de lo anterior, este Tribunal **ORDENARÁ** a la autoridades accionadas **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE**, procedan a dar respuesta a la petición presentada por la actora, de fecha 18 de diciembre de 2015, relacionada con la solicitud del cumplimiento de las sentencias dictadas por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de fecha 18 de septiembre de 2014 y la proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Sucre el 16 de abril de 2015 que ordenaron el reconocimiento y pago de una sanción moratoria, en el sentido que se le informe cual el estado actual del trámite de su solicitud de cumplimiento de la sentencia judicial y si el mismo se rige por el sistema de turno, el turno en que se encuentra.

La Sala no accederá a la pretensión de ordenar la expedición y notificación del acto administrativo con el cual se da cumplimiento al fallo judicial que ordenó el reconocimiento y pago de una sanción moratoria, por cuanto como se observó en la parte considerativa de esta providencia, la acción de tutela no es una instancia adicional ni reemplaza las vías legales u ordinarias establecidas para la realización y cumplimiento de las órdenes emanadas de una sentencia judicial de condena en contra de una entidad pública, pues para esto el legislador consagró el trámite ordinario del proceso ejecutivo¹⁸, siguiendo los parámetros fijados por el contencioso administrativo a partir del artículo 192 y siguientes de la Ley 137 de 2011, pues se reitera que la acción de tutela resulta improcedente cuando se trata del cumplimiento de obligaciones de dar, teniendo en cuenta que para ello la ley estipula el proceso ya señalado, aduciendo además que la finalidad del recurso de

¹⁸ Luego del plazo de gracia para poder realizar la ejecución, claro está.

amparo se enmarca en su carácter subsidiario y no puede entrar a sustituir los medios ordinarios para lograr la efectiva protección de un derecho fundamental.

A modo de conclusión, se **AMPARARÁ EL DERECHO DE PETICIÓN** del cual es titular la actora, contenido en la solicitud presentada el día 18 de diciembre del año 2015, y se **DENEGARÁ** la pretensión relacionada con la orden de expedición y notificación de acto administrativo que da cumplimiento a la sentencia judicial que ordenó el reconocimiento y pago de una sanción moratoria, por ser **IMPROCEDENTE**, pues la accionante cuenta con otros recursos judiciales, los cuales resultan idóneos para la protección de sus derechos fundamentales que consideraba vulnerados.

Frente al argumento señalado por la accionada Nación-Ministerio de Educación Nacional, respecto a su falta de legitimación en la causa sobre el objeto del litigio de la presente acción constitucional¹⁹ advierte esta Magistratura que, a través del artículo 3º de la ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FPSM-, como una **cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica** cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria. Norma que previó el establecimiento de mecanismos regionales que garantizaran la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad**, para lo cual el artículo 9 *ibídem*, autorizó que se delegara esta función de reconocimiento (mas no de pago), de las prestaciones sociales a cargo del Magisterio (FPSM).

Es así como en cumplimiento del artículo 3º a través del Decreto 1775 de 1990, art. 2²⁰ se crearon tales mecanismos regionales, denominados comités regionales o Fondos Educativos Regionales, para descentralizar los servicios de la entidad pero sin creación de una entidad propiamente dicha, lo que al

¹⁹ Folio 29 a 31.

²⁰ **Artículo 2º.- Comités Regionales.** De conformidad con lo establecido en el Artículo 3 de la Ley 91 de 1989 créase en cada Departamento, Intendencia, Comisaría y en el Distrito Especial de Bogotá, un comité del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio integrado por:

- a)- El delegado permanente del Ministerio (sic) de Educación ante el Fondo Educativo de la respectiva región, quien lo presidirá.
- b)- Delegado del Ministro de Hacienda y Crédito Público.
- c)- Dos representantes de los educadores designados por la organización sindical regional que acredite tener el mayor número de afiliados docentes.
- d)- El Jefe de la División de Trabajo y Seguridad Social de la respectiva región.
- e)- Un representante de la entidad fiduciaria con la cual el Gobierno Nacional haya celebrado el contrato de fiducia con voz pero sin voto.

tenor de la Ley 489 de 1998, hoy día corresponde al mecanismo de la desconcentración administrativa en la cual, además, participaban funcionarios delegados de distintas autoridades y sectores; en ese mismo decreto se estableció que los documentos relativos a solicitudes elevadas ante el FPSM, se radicarían en los Fondos Educativos Regionales y se suscribirían por el delegado permanente del Ministerio en el respectivo fondo regional.

Así las cosas, respecto del Secretario de Educación, no se puede inferir que se trató de una delegación al tenor de la autorización contenida en el artículo 9º de la ley 91 de 1989, puesto que la misma era solo para el delegado del ministro en el respectivo Fondo Educativo Regional - FER -, ya que además, en los actos que se expedían para el reconocimiento de las prestaciones a cargo del FPSM, siempre iba la firma del delegado permanente del Ministerio ante el respectivo FER y la del secretario de educación (la del primero en virtud de delegación y la del segundo por vía de desconcentración de funciones).

En efecto, la atribución o asignación de competencia para esta firma en cabeza del secretario de educación estaba determinada por la misma ley 91 de 1989 en su artículo 9º, lo que finalmente implicaba una desconcentración de funciones o competencia (de suscripción de acto), quien lo realizaba en nombre del FNPSM. Es decir, respecto de la actuación de este funcionario no se compromete por ningún motivo el patrimonio del ente territorial, sino que se afecta el del FNPSM, como una cuenta a cargo de la Nación.

El anterior decreto fue derogado por el Decreto 2831 de agosto de 2005, acorde con la Ley 962 de 2005 y con el proceso de reestructuración de los procedimientos para el reconocimiento de prestaciones sociales del magisterio. En ese sentido, se debe tener en cuenta que el artículo 56 de la citada ley, varió la figura y estableció lo siguiente:

"Ley 962 de 2005. ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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". (Negrilla de la Sala)

Se advierte, que en este caso se radicaron competencias exclusivas de carácter general en cabeza del respectivo secretario de educación a quien le corresponde **i)** recibir las solicitudes, **ii)** sustanciarlas, **iii)** enviarlas a la sociedad fiduciaria para su aprobación y **iv)** suscribir y notificar los respectivos actos administrativos, función que se realiza conforme el mecanismo de la desconcentración de funciones a efectos de poder acercar el servicio al ciudadano beneficiario de la misma (docente), pero sin perder el carácter unitario de la función, a tal punto que la misma se ejerce en nombre del respectivo FNPSM aunque sea suscrita por el secretario de educación.

Por tanto, la competencia en las secretarías de educación solo está dada frente al trámite de la petición y la suscripción del acto, más su aprobación y obligatoriedad de cumplimiento está otorgada directamente al FNPSM, que este caso, por tratarse de una cuenta sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Educación Nacional, el cual también carece de ella, debe ser atribuida a la Nación como persona jurídica. En consecuencia, lo orden que se emita debe recaer en LA NACIÓN, representada por el Ministerio de Educación Nacional, al cual está adscrito el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en tal sentido, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado²¹, le asiste legitimación en la causa por pasiva a La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, ineludiblemente se concluye, que la entidad accionada si es la encargada de dar respuesta a la accionante, además de ser la entidad a la que se dirigió el derecho de petición.

²¹ El Consejo de Estado ha señalado que, aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, "**cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.**"

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013.), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12), Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS, Demandado: FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: TUTÉLESE el Derecho fundamental de Petición de RUTH MARÍA LUNA PESTANA, vulnerado por NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta Sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la autoridades accionadas **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo,** procedan a dar respuesta a la petición presentada por la actora, de fecha 18 de diciembre de 2015, relacionada con la solicitud del cumplimiento de las sentencias dictadas por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de fecha 18 de septiembre de 2014 y la proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Sucre el 16 de abril de 2015 que ordenaron el reconocimiento y pago de una sanción moratoria, en el sentido que se le informe cual el estado actual del trámite de su solicitud de cumplimiento de la sentencia judicial y si el mismo se rige por el sistema de turno, el turno en que se encuentra.

TERCERO: DENIÉGUESE por improcedentes las demás súplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito esta decisión a la accionante RUTH MARÍA LUNA PESTANA a los entes accionados NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y al agente delegado del Ministerio público.

QUINTO: Si el presente fallo no es impugnando, **REMÍTASE** la presente actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión. En firme el fallo **ORDÉNESE** el archivo definitivo, previa las anotaciones en el sistema información judicial Siglo XXI.

Esta Sentencia se discutió y aprobó en sesión de Sala ordinaria conforme consta en el Acta N° 48 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA