

Cartagena de Indias D.T. y C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	Acción de tutela. – impugnación -
Radicado	13001-33-33-007-2021-00248-01
Accionante	María de Las Mercedes Barrios Barrios, Ramiro José Herrera Ardila
Accionados	Fiduciaria la Previsora S.A- secretaria de Educación Departamental de Bolívar- Fondo de Pensiones de los Educadores FOMAG
Magistrada Ponente	Marcela de Jesús López Álvarez
Asunto	Derecho de petición, seguridad social, pensión de vejez

II.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede la Sala de Decisión N° 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de segunda instancia en el marco de la acción de tutela impetrada por los señores **María de las Mercedes Barrios y Ramiro José Herrera Ardila**, quienes actúan a través de apoderado judicial contra el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG - FIDUPREVISORA S.A y la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de petición y la seguridad social de la parte accionante.

III.- ANTECEDENTES

Pretensiones.

Solicita se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio FOMAG, Fiduprevisora S.A y la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, reconozcan y cancelen las cesantías parciales a los docentes Ramiro José Herrera Ardila y María de las Mercedes Barrios Barrios

Hechos.

Que los señores accionantes son docentes adscritos al Departamento de Bolívar y que radicaron el 24 de mayo de 2021, solicitud de retiro de cesantías parciales a las cuales tienen derecho los docentes de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar. **Se destaca que los accionantes presentaron la solicitud de forma individual, no conjunta.**

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



Considera el accionante que la secretaria de Educación Departamental de Bolívar cuenta con 71 días hábiles desde el momento de la radicación de la solicitud para dar contestación de fondo a lo solicitado.}

Manifiesta que han pasado 100 días hábiles, y la entidad accionada no ha dado contestación de fondo a lo solicitado.

Expone que, de la misma forma, Fiduprevisora S.A, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio-FOMAG y la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, están vulnerando los derechos fundamentales de sus poderdantes a la seguridad social, al debido proceso, a la vida digna y el derecho a los niños.

Consideran que la negativa de las accionadas a reconocer las cesantías, esta impidiendo actualmente que ellos como accionantes accedan a una vivienda digna, incluso para sus hijos.

Trámite Procesal.

Mediante auto interlocutorio No -373 de fecha 20 de octubre de 2021 el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena admitió la presente acción de tutela, disponiendo notificar a las entidades accionadas.

El día de 3 de noviembre de la presente anualidad, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena profiere sentencia de primera instancia, siendo notificado el fallo a las partes el ddía 4 de noviembre de 2021, y la impugnación al fallo seria presentada el día 8 de noviembre de 2021, estando dentro del término de 3 días dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 y correspondiéndole por reparto al Despacho 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar.

Informe de las Autoridades Accionadas.

Manifiesta la accionada **FIDUPREVISORA S.A**, que en el presente caso no ostenta la legitimación en la causa por pasiva ya que la petición no fue radicada en sus sistemas sino directamente en los de la Gobernación de Bolívar, por lo cual considera que no es posible endilgarle responsabilidad frente a la presunta vulneración del derecho fundamental de petición de los accionantes, por lo cual solicita se declare la inexistencia de la vulneración del derecho alegado y solicita se declare que la entidad accionada no ostenta la legitimación en la causa por pasiva.

La Secretaría de Educación Departamental no rindió el informe solicitado.

Sentencia de Primera Instancia.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena decidió declarar improcedente la presente acción de tutela, argumentando que los accionantes cuentan con otros medios de defensa ordinarios para debatir la legalidad del acto que negó el reconocimiento y pago de cesantías, al configurarse según su criterio un acto ficto o presunto por silencio administrativo presunto, teniendo en concreto la posibilidad de utilizar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011.

Por lo anterior profirió sentencia en los siguientes términos:

“RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo de los derechos fundamentales a la a la seguridad social, al mínimo vital, niñez de la presente acción constitucional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. DESVINCULAR de esta tutela a la FIDUPREVISORA S.A.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes intervinientes en el presente trámite

CUARTO. En caso de no ser impugnada la presente decisión, remitir el expediente para su eventual revisión a la H. Corte Constitucional.

La impugnación.

La parte actora insiste nuevamente en sede de impugnación que las entidades accionadas no cumplieron con lo dispuesto en el Decreto 1075 de 2015 sobre el procedimiento para el reconocimiento de prestaciones económicas, en este caso de las cesantías.

Manifiestan los accionantes que la entidad accionada nunca ha dado contestación de fondo a la solicitud y que específicamente la Secretaria de Educación de Bolívar nunca radicó la solicitud de reconocimiento de cesantías ante Fiduprevisora S.A.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 132 de la ley 1564 de 2012, se hace control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

V.- CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMA JURÍDICO.

Le Compete a esta Sala determinar si en el presente caso, se cumplen los presupuestos de la acción, en lo que atañe a la legitimación en la causa por activa y la subsidiariedad de la acción de tutela.

Superado el examen anterior, le corresponderá a esta Sala determinar si en el presente caso efectivamente existe vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y el de petición de los accionantes.

TESIS.

La Sala considera que en el presente asunto si bien no se cumple el criterio de subsidiariedad de la acción de tutela, para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de carácter económico, es posible constatar la vulneración al derecho fundamental de petición por parte de la accionada Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar ante la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías formulada por los accionantes.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De La Tutela.

Carácter residual y subsidiario:

Frente al carácter subsidiario de la acción de tutela como requisito indispensable para la procedencia de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en que solo será procedente la mentada acción cuando se logre constatar que no existe otro medio de defensa judicial; que es posible que exista otro mecanismo pero este no tenga la eficacia deseada para la protección de los derechos fundamentales, o cuando se plantea como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable¹.

Este criterio fue esbozado por el artículo 6 numeral 1 del decreto 2591² encargado de regular las causales de procedencia de la acción de tutela,

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-464 del 8 de octubre 2019, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo

² Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamente la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política

específicamente cuando dice *“La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*, lo que indica que será labor del juez constitucional verificar si en dicho caso específico, no existía otro medio más eficaz para el amparo deprecado por el accionante.

Bajo esa lógica y según sentencia T-003 de 1992 para que el otro medio de defensa sea idóneo para la protección de derechos fundamentales este debe ser *“ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”*. En esa medida, si el otro medio de defensa judicial no cuenta con esas características, es posible que la acción de tutela desplace al otro medio ordinario.

Derecho de Petición.

El derecho de petición regulado por el artículo 23 de la constitución política dispone que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*.

El núcleo esencial del citado derecho radica en que la autoridad ante la cual se realiza la petición, atendiendo los principios de eficiencia y celeridad en el obrar administrativo, responda de la manera más expedita posible y en los términos que fija la ley, la petición que el particular le presente.

Aunado a lo anterior, también hace parte de ese núcleo esencial, la obligación que tiene la autoridad pública o privada de emitir una respuesta clara y de fondo a las peticiones presentadas por el peticionario, sin que implique necesariamente que se está resolviendo a su favor la petición.

A propósito de los dos criterios explicados anteriormente, la jurisprudencia de la Corte constitucional, ya en sentencia de vieja data se encargaría de explicarlos, por ejemplo, en el año 1996 expondría lo siguiente:

“En todo caso, la respuesta debe ser oportuna porque las decisiones tardías vulneran el derecho de petición y, fuera de oportuna, la contestación que en realidad satisface plenamente el derecho de petición tiene que abordar el fondo de lo pedido, desatando la inquietud que el particular pone en conocimiento de la administración.

No es otro el significado de la “resolución” que el artículo 23 de la Constitución exige. La Corte ha hecho énfasis en la necesaria relación entre lo decidido y lo planteado a la administración y ha puesto de presente que “el derecho de petición no tendría sentido si se entendiera que la autoridad ante quien se presenta una solicitud respetuosa cumple

su obligación notificando o comunicando una respuesta apenas formal en la que no se resuelva sobre el asunto planteado". De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación "El derecho de petición lleva implícito un concepto de decisión material, real y verdadero, no apenas aparente, por tanto, se viola cuando, a pesar de la oportunidad de la respuesta, en ésta se alude a temas diferentes a los planteados o se evade la determinación que el funcionario deba adoptar".

Lo anterior no conduce a que en todas las ocasiones la autoridad competente emita un pronunciamiento favorable a las pretensiones del peticionario. Es cierto que la respuesta debe ser seria y fundada, pero ello no impide que, cuando corresponda, la decisión pueda ser tomada en sentido negativo, esto es, no accediendo a lo pedido.

Lo que el derecho de petición protege es la respuesta oportuna y de fondo, en esas condiciones, es pertinente distinguir entre el derecho en sí mismo y el contenido de lo que se demanda a la administración, contenido o materia que, normalmente, tiene que ver con derechos litigiosos o de naturaleza legal cuya definición escapa al juez de tutela, a quien atañe, ante la falta de respuesta, ordenar que ésta se produzca mas no imponer el sentido en que deba ser proferida por la autoridad.³

Luego entonces, cualquier omisión o retardo de las autoridades que sobrepasare los términos previamente dispuestos por la mentada norma, constituiría una violación a los principios de celeridad y eficiencia que debe envolver todo ejercicio de funciones públicas.

Trámite para reconocimiento y pago de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Decreto 1272 de 2018, específicamente el artículo 2.4.4.2.3.2.1 instituyó como procedimiento en primera medida la radicación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas ante la última entidad territorial certificada en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

Específicamente para las secretarías de Educación de los entes territoriales, señala mediante el artículo 2.4.4.2.3.2.2 las funciones que deben cumplir en el trámite para reconocimiento y pago de prestaciones económicas como se aprecia a continuación:

"la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones económicas que reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuada a través de la entidad territorial certificada en educación o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la entidad territorial certificada en educación 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 económicas, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-291 de julio 2 de 1996. MP: Antonio Barrera Carbonell



2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente petitionerio o causahabiente, de acuerdo con la normativa vigente.

3. Subir a la plataforma que se disponga para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la sociedad fiduciaria.

4. Suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas, de acuerdo con lo dispuesto en 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 y en esta Subsección.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos del pago.

PARÁGRAFO. Todos los actos administrativos que sean expedidos por la entidad territorial certificada en educación, a través de los cuales se reconozcan prestaciones económicas a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberán contar con la aprobación previa por parte de la sociedad fiduciaria, so pena de incurrir en las responsabilidades de carácter disciplinario, fiscal y penal correspondientes.

Aunado a lo anterior, el referido decreto, dispuso un término de 4 meses para resolver la petición, contados a partir de la fecha en la que radica la solicitud completa por el petitionerio⁴.

Procedimiento para el reconocimiento y pago de cesantías:

El procedimiento es el previsto en el Decreto 1075 de 2015 que fuera modificado por el Decreto 1272 de 2018:

Artículo 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del petitionerio.

Artículo 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.

Artículo 2.4.4.2.3.2.24. Gestión a cargo de la sociedad fiduciaria en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La sociedad fiduciaria, dentro de los 5 días hábiles

⁴ ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.4. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento pensional que amparan el riesgo de vejez. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos pensionales que cubran el riesgo de vejez o las indemnizaciones sustitutivas y las demás solicitudes que se deriven de ajustes o reliquidaciones de estas prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de la radicación completa de la solicitud por parte del petitionerio.

siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, deberá impartir su aprobación o desaprobación argumentando de manera precisa el sentido de su decisión.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la sociedad fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin.

Artículo 2.4.4.2.3.2.25. Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que contiene la aprobación o desaprobación del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contará con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación, contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

Parágrafo. En ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser entendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario.

Artículo 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

Artículo 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes.

DEL CASO EN CONCRETO

Previo al estudio de fondo del caso planteado en el escrito de amparo, deberá verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela que, al tenor del artículo 86 de la Carta Política y del Decreto 2591 de 1991, se sintetizan en: (i) la existencia de legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la instauración del recurso de protección de manera oportuna (inmediatez); y (ii) el agotamiento de los mecanismos judiciales existentes, salvo que tales vías no

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SCS780-1-9



sean eficaces o idóneas, o en su defecto se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad).

Legitimación en la causa.

Este Tribunal considera que la legitimación en la causa por activa se encuentra acreditada en esta oportunidad, conforme a los artículos 86 de la Constitución y artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que la acción de tutela puede ser ejercida por toda persona (natural o jurídica; nacional o extranjera) que considere sus derechos fundamentales vulnerados, y podrá ser ejercida directamente o por alguien que actué en su nombre, bien sea por medio de representante legal en el caso de los menores de edad, personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos, 2) mediante apoderado judicial, 3) por agencia oficiosa. En los tres casos anteriores deberá probarse la legitimación en la causa por activa⁵.

En esos términos considera esta judicatura que en el presente caso se encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa, ya que fue ejercida por los directamente interesados en el reconocimiento pretendido, a través de abogado habilitado, conforme los parámetros del Decreto 2591 de 1991, frente a lo cual, la Corte Constitucional⁶ ha dicho que el apoderamiento judicial en procesos de tutela consiste en un acto jurídico formal, que debe realizarse por un escrito llamado poder que se presume auténtico, de carácter especial y que esencialmente se confiere para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso y su destinatario solo podrá ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.

Se considera que, a pesar de no aportar la tarjeta profesional, al verificar en el sistema (sirna.ramajudicial.gov.co) el apoderado cuenta con tarjeta profesional vigente, expedida desde el 10 de diciembre del año 2012.

Lo anterior obedece a que la posibilidad de utilización de mecanismo electrónico por parte de la rama judicial, responde a la finalidad de hacer más eficiente el cumplimiento de sus funciones, posibilitando la racionalización del tiempo por parte de los empleados y funcionarios judiciales, ya que con la ayuda de dichas herramientas se espera materializar de forma más efectiva el acceso a la administración de justicia, aun mas

⁵ Sentencia, T-493 de 2007.

⁶ Sentencia T-024 de 2019

cuando se trata de una acción de tutela en que se demanda la protección de los derechos fundamentales⁷.

Por su parte, frente la **Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar**, se considera que ésta tiene legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto al tratarse de una autoridad pública ante la cual se radica la petición de reconocimiento que se afirma no haber sido resuelta hasta la fecha, respecto de la que, conforme con la ley, le corresponde participar en el trámite para la expedición de la respectiva decisión de fondo.

Por último, frente a **Fiduprevisora, como administradora del FOMAG**, igualmente en principio le asiste legitimación por pasiva para reclamar en relación con ésta el amparo del derecho fundamental de petición, habida cuenta que, también tiene participación relevante en el trámite para decidir la solicitud de reconocimiento y pago de la prestación pretendida, respecto de la cual se echa de menos su resolución.

Inmediatez

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta que el amparo de tutela está previsto para la “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados, con lo cual el Constituyente buscó asegurar que dicha acción sea utilizada para atender afectaciones que de manera urgente requieran de la intervención del juez constitucional.

Ahora, si bien la Constitución y la ley no establecen un término expreso de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha señalado que le corresponde al juez constitucional verificar en cada caso concreto si el plazo fue razonable y proporcionado, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, la acción tutela se interpuso oportunamente.

Este despacho considera que el requisito de inmediatez efectivamente se encuentra acreditado en el presente asunto, al verificarse que no han pasado más de 4 meses desde el momento que surge la presunta vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se deprecia, hasta el momento en que se presenta la acción de tutela.

Subsidiariedad

⁷ Sentencia T-664 de 2011.

La Corte Constitucional, ha sostenido que es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela tener en cuenta que esta es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por ser residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen prerrogativas de naturaleza constitucional. En consecuencia, el recurso de amparo no puede convertirse en un instrumento alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de las diversas vías existentes en el ordenamiento jurídico, salvo que las mismas sean ineficaces, no idóneas o se configure un perjuicio irremediable.

En lo que atañe a la protección del derecho fundamental de petición, se tiene que este es un derecho fundamental de aplicación directa y para el cual no se tienen previstos en el ordenamiento jurídico medios para lograr su protección, diferentes a la acción de tutela.

Además, en el presente caso es necesario tener en cuenta que la petición se interpone como un mecanismo para acceder a otros derechos fundamentales como lo es el derecho a las cesantías, que es una prestación de carácter laboral que según la Corte Constitucional en sentencia T-053 de 2014 es:

"La jurisprudencia constitucional considera que el auxilio de cesantía es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores y también parte integrante de la remuneración. El cual, en primer lugar, el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral y que al empleado le sirve para atender sus necesidades mientras permanece cesante y en segundo lugar para satisfacer otros requerimientos importantes en materia de vivienda y educación, por lo cual el trabajador puede realizar retiros parciales antes de culminar su relación laboral. Sin embargo, no se puede entender el auxilio de cesantía como un seguro de desempleo, pues su monto es independiente de si el trabajador queda o no desempleado".

Frente a lo anterior, si bien se considera que la acción de tutela que pretenda el reconocimiento y pago de carácter económico por regla general es improcedente, como se aprecia en el presente caso para el pago de cesantías de forma parcial, el demandante debería acreditar que los otros mecanismos que establece la Ley no son ni idóneos ni eficaces para evitar la configuración del daño frente al derecho reclamado.

En esa medida, las condiciones del accionante deberán entrar en consideración del juez constitucional para poder concluir que el mecanismo ordinario no tiene la entidad suficiente para proteger el derecho del que se solicita el amparo.

En esos términos, realizando un estudio de fondo sobre tales circunstancias bien se podría apreciar la condición económica del accionante, su estado actual de salud, su edad, entre otras, siendo que para el caso en concreto, los accionantes no demuestran en el plenario condición económica que al momento se encuentra afectando su mínimo vital, o alguna condición de salud que afecte su calidad de vida al momento de la interposición de la acción de tutela, por lo cual no se considera procedente amparar este derecho fundamental.

En el presente caso, si bien el propósito final es obtener el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a los accionantes, lo cierto es que, con el ejercicio de este medio de control excepcional, primigeniamente se persigue obtener una respuesta de fondo, congruente y completa respecto de la solicitud de reconocimiento formulada ante la autoridad accionada, por lo cual se considera procedente realizar un estudio de fondo de la presente acción de tutela.

En esa línea de pensamiento, si bien es cierto, la figura del silencio administrativo negativo es una ficción legal que permite al interesado acceder a la administración de justicia para obtener el reconocimiento forzoso de sus derechos, lo cierto es que la configuración de un acto ficto no releva del deber de resolver de fondo y por el contrario, hace más patente la vulneración del derecho fundamental de petición.

En ese sentido, ha dicho la Corte⁸:

“Considera esta Sala, que el silencio administrativo negativo no agota el derecho de petición, el cual constitucionalmente se ha entendido como la posibilidad que tienen los administrados de recibir una respuesta eficaz y oportuna a las pretensiones contenidas en una petición. En otras palabras, el silencio administrativo, se presenta como una garantía en favor del administrado, quien ve agotado el trámite de la vía gubernativa con la ocurrencia de éste, pudiéndose en consecuencia iniciar las acciones judiciales del caso. Pero ello, no puede entenderse como una manera de “resolver” el derecho fundamental de petición.”

Decisión de Fondo.

Así las cosas, corresponde determinar si en el presente caso, se ha vulnerado el derecho fundamental de los accionantes ante la omisión o tardanza en resolver, en un término razonable, la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales en favor de los accionantes.

⁸ T-1076/2001

Se tiene entonces que la postura de los accionantes consiste en que la entidad accionada vulnera sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vivienda digna ante el retardo de la accionada en dar contestación de fondo a la petición de reconocimiento y pago de cesantías, siendo latente esta inconformidad en la impugnación frente al fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

De conformidad con lo anterior, se resalta en este punto y en la forma expuesta en el acápite de subsidiariedad, que si bien el presente mecanismo no es el idóneo para solicitar el pago de una acreencia de carácter laboral y que conlleva una obligación de dar una cantidad de dinero específica en favor de los accionantes, tal y como lo concluye el fallo de primera instancia, esta Judicatura considera pertinente realizar un análisis de fondo sobre la posibilidad de la vulneración al derecho fundamental de petición de los accionantes, ante la omisión o retardo de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar en emitir una respuesta de fondo frente a la petición de reconocimiento y pago de sus cesantías parciales.

Conforme con lo dicho, se tienen como hechos probados en el presente que el accionante Ramiro Jose Ardila Herrera y la señora María de Las Mercedes Barrios Barrios radicaron solicitud ante la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar para la expedición de certificado laboral bajo consecutivos Nos. 3465 y 3466.

De allí en adelante no es posible apreciar expresamente el contenido de la petición de reconocimiento y pago de cesantías parciales en favor de los accionantes, pero ante la falta de rendición del informe por parte de la accionada, Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, se aplicará lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 sobre la presunción de veracidad de los hechos.

Sobre la presunción de veracidad, la Corte Constitucional en sentencia T-260 de 2019 ha señalado lo siguiente:

En conclusión, (i) la presunción de veracidad es una figura jurídica que se encuentra regulada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 que implica presumir como “ciertos los hechos” cuando el juez requiera informes al sujeto o a los sujetos demandados y estos omitan responder o lo hacen pero de manera extemporáneamente o meramente formal; (ii) tiene dos finalidades, sancionar la negligencia del sujeto pasivo demandado ante el descuido frente al ejercicio de la acción de tutela y el llamado del juez constitucional y proteger de manera eficiente los derechos comprometidos, en concordancia con la naturaleza subsidiaria y sumaria de la tutela; y (iii) la aplicación de la presunción de veracidad es más rigurosa cuando el demandante es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en condición de vulnerabilidad teniendo en consideración que, en

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



muchas oportunidades, se dificulta la carga probatoria para el actor y, en contraste, el sujeto accionado tiene facilidad de aportar el material correspondiente, en estas oportunidades la Sala Plena de esta Corporación ha señalado que resulta “de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal”

En cualquier caso, el informe rendido por la Fiduprevisora también permite evidenciar que los accionantes radicaron la solicitud ante el correo contactenos@bolivar.gov.co correo al cual se le notificó del auto admisorio de la demanda a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar.

En este orden de ideas, lo primero que se descarta en el caso concreto, es la responsabilidad de Fiduprevisora S.A., al no existir probanzas que demuestren que la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, en cumplimiento del trámite legal, le remitió para su aprobación, el acto administrativo que define lo concerniente a la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales presentadas por los accionantes.

Por otra parte, como quiera que quedó suficientemente acreditado en el proceso que en efecto, los actores radicaron ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, sendas solicitudes de reconocimiento y pago de cesantías parciales, conforme se explicó en párrafos precedentes, y ante la ausencia de pronunciamiento de dicha autoridad pública respecto de los hechos que se sustentan en este trámite constitucional, en la que trajera elementos de juicio que permitieran conocer el estado de la solicitud, no hay otro camino distinto que tener por demostrada la falta de contestación oportuna, de fondo y congruente con lo solicitado, respecto del reconocimiento de las cesantías parciales de los accionantes, haciendo procedente impartir el amparo, de manera oficiosa, de su derecho fundamental de petición.

Así las cosas, la Sala revocará el numeral primero del fallo de primera instancia, para, en su lugar, otorgar el amparo del derecho fundamental de petición de los accionantes, por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, siendo procedente ordenarle, como medida de protección, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, de contestación de fondo, completa y congruente, a la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales formuladas por los accionantes, conforme el trámite legal.

La decisión de primera instancia de desvincular a Fiduprevisora S.A como administradora del FOMAG se mantendrá incólume, ante la falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto.

Decisión.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV- FALLA

PRIMERO. REVOCAR, el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que resolvió declarar improcedente el amparo de los derechos fundamentales de los accionantes, y en su lugar, **AMPARAR** su derecho fundamental de petición, por las razones expuestas en este provisto.

SEGUNDO. Como medida de protección se **ORDENA** a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar que, en el término de 48 horas, a partir de la notificación de la presente providencia, dé contestación de fondo, completa y congruente, a la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales formuladas por los accionantes, conforme el trámite legal.

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás fallo proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

CUARTO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de esta al Juzgado de origen.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El anterior proyecto fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
Ponente.

Código:



Fecha: 03



SC5780-1-9



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL.

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

Firmado Por:

**Marcela De Jesus Lopez Alvarez
Magistrada
Oral
Tribunal Administrativo De Cartagena - Bolivar**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7d1a6b56748b23f755e669df8dafed49688615e3933be31ef74f221180517d2b**

Documento generado en 15/12/2021 04:01:57 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>