

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA
SALA PRIMERA DE DECISION
CIVIL-FAMILIA-LABORAL



Montería, Córdoba, once (11) de junio de dos mil veinte (2020)

Accionante: **SIDAY MADRID VILLALBA**
Accionado: **FIDUPREVISORA S.A Y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MONTERIA**
Asunto: **PETICIÓN**
Radicación: **2020-00076 FOLIO 165/20**
Magistrado Ponente: **PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ**
ACTA: N° 55

TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación formulada por la parte accionada contra la sentencia de tutela proferida el 29 de mayo de 2020, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería, Córdoba, que concedió el amparo invocado.

I ANTECEDENTES

1. La Demanda.

El abogado, GUSTAVO ADOLFO GARNICA ANGARITA, actuando como agente oficioso de la señora Siday Madrid Villalba, impetró acción de tutela contra la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación Municipal de Montería, para que le fuese amparado su derecho fundamental de petición y se les ordenase a los organismos accionados que en la mayor brevedad posible, expidieran el acto administrativo que resolviera de fondo la petición por él elevada en otrora.

Lo anterior, con fundamento en que la Sra. Madrid Villalba, se había desempeñado como docente en el municipio de Montería, adscrita al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- y que a través de la Resolución N° 1243 del 07/06/2016, le fue reconocida pensión de jubilación, sin incluirle todos los factores salariales.

Aduce el litigante que acudió al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo proceso cursó, en el Juzgado Séptimo Administrativo de Montería, el cual a través de la sentencia de fecha 28/05/2019, ordenó la reliquidación de la pensión, de igual forma afirma que esta sentencia quedó ejecutoriada a partir del 11/04/2019.

Esgrime el promotor que el 06/03/2020, elevó petición solicitando el cumplimiento de la sentencia, de la misma forma indica que hasta la fecha han transcurrido más de treinta días hábiles sin que las entidades convocadas hayan emitido respuesta alguna, razones por las cuales invoca el amparo constitucional.

2. Trámite, contestación, sentencia y recurso.

Tras haberse dispuesto la notificación al organismo accionado por el Juzgado de primera instancia, la Secretaría de Educación Municipal de Montería, manifestó que una vez revisado el aplicativo de las oficinas de Servicio de Atención al Usuario – SAC- se pudo constatar que la solicitud elevada por la accionante nunca ingresó a su sistema.

Por lo tanto, telefónicamente se comunicaron con el abogado Garnica Angarita, quien informó, que hubo una equivocación y que la petición objeto de controversia fue presentada ante la Gobernación de Córdoba.

Por último, solicitó exonerar de cualquier responsabilidad a la Secretaría de Educación Municipal de Montería, con relación al cumplimiento del fallo del 06/03/2020, a favor de la accionante.

Por otro lado, la Fiduprevisora S.A., no esgrimió las razones de su defensa.

Fallo de Primera Instancia.

El A-quo, el 29 de mayo de 2020, concedió el amparo del derecho invocado; y solo tuvo como parte accionada a la Fiduprevisora S.A, basando esta decisión en lo manifestado por el Secretario de Educación Municipal de Montería, quien afirmó que la petición rogada se hizo ante la Gobernación de Córdoba y no ante la Secretaría de Educación Municipal de Montería.

Asumido lo anterior, esgrimió el despacho que *“observa que efectivamente la FIDUPREVISORA S.A, no dio respuesta al derecho de petición a la accionante, lo que se demuestra con el escrito de tutela donde el actor asegura que no ha sido*

respondida su petición, por lo tanto, teniendo en cuenta que la entidad accionada guardó silencio al respecto se tienen por cierto los hechos”.

Indicó que, frente a lo anterior es fácil concluir que la FIDUPREVISORA S.A, se encuentra vulnerando el derecho fundamental constitucional de petición del accionante; situación por la que el despacho decide amparar el derecho incoado en la demanda de tutela, pues no se encuentran satisfechos los motivos que dieron origen a la misma.

En consecuencia, *"ordenó que en un término de Cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, la FIDUPREVIOSORA S.A, representada legalmente por GLORIA INES CORTES ARANGO o quien haga sus veces, proceda a contestar de forma clara y de fondo la solicitud formulada por el accionante”.*

Impugnación.

La Fiduprevisora S.A impugnó la decisión del *iudex* de primer nivel, censurando que, una vez revisados los aplicativos de consulta de la entidad, no se evidencia derecho de petición alguno, ni traslado del expediente por parte de la Secretaria de Educación para el estudio de la prestación objeto de litigio.

Afirma que la **FIDUPREVISORA S.A**, en calidad de vocera y administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** en aras de dar cumplimiento a la orden proferida, NO TIENE COMPETENCIA PARA EXPEDIR ACTOS ADMINISTRATIVOS, pues esa facultad se la otorga la ley a las entidades públicas que ejercen función pública. (Art 93 ley 489 de 1998); lo que si le atañe a **FIDUPREVISORA S.A** en calidad de vocera y administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** es dar aprobación previa al proyecto de acto administrativo que suscribe el secretario de educación, conforme a lo establecido en la ley 962 del 2005 en su artículo 56 y en el decreto 2831 de 2005 en su artículo 4.

Que, por lo acotado, carecen de competencia para emitir pronunciamiento en relación con el acto administrativo, para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá: *"(...)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, ya que como se indicó anteriormente, esta entidad Fiduciaria en ningún momento puede proceder a realizar reconocimientos, modificaciones, correcciones, adiciones u otros de actos administrativos, ni proceder a realizar pago alguno mientras no exista el acto administrativo que así lo determine”.*

Por lo anterior, impetra revocar el fallo de primera instancia y que en su lugar se inste para el cumplimiento a la Secretaria de Educación Departamental de Montería.

II. CONSIDERACIONES:

1. Competencia

Se tiene que este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del fallo mencionado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017, entre tanto las reglas de reparto se atendieron y dado que esta Corporación es superior funcional del Juzgado de primer grado.

2. Problema Jurídico

Corresponde a este Colegiado determinar, en principio, si el profesional del derecho está legitimado en la causa para accionar en favor de su presunta agenciada, en esta sede tutelar. De ser ello así, estudiar la procedencia del amparo deprecado.

3. Análisis jurisprudencial

3.1 Improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimación activa. Sobre el particular en sentencia **T 430-2017**, se dijo:

*“Dentro de los elementos del apoderamiento en materia de tutela la Sala señala que el mismo es (i) un acto jurídico formal por lo cual debe realizarse por escrito. (ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico¹. (iii) **El referido poder para promover acciones de tutela debe ser especial.² En este sentido (iv) El poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en***

¹ Esta presunción fue establecida por el legislador delegado en el decreto 2591 de 1991. Sobre la misma se pronunció tangencialmente la Corte en sentencia T-001 de 1997 en la cual la Corte resuelve el caso de abogados que presentaron acción de tutela como agentes oficiosos sin demostrar la indefensión de los agenciados, la Corte niega la tutela por que no se configura la agencia oficiosa y no se reúnen los requisitos para el apoderamiento judicial, afirmó la Corte: “Los poderes se presumen auténticos, según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, pero, obviamente, tal autenticidad no puede predicarse de poderes no presentados, ya que el juez no está autorizado para presumir que alguien apodera los intereses de otro, sin que en el respectivo expediente ello aparezca acreditado”.

² En la sentencia T-001 de 1997 la Corte afirmó que por las características de la acción “todo poder en materia de tutela es especial, vale decir se otorga una vez para el fin específico y determinado de representar los intereses del accionante en punto de los derechos fundamentales que alega, contra cierta autoridad o persona y en relación con unos hechos concretos que dan lugar a su pretensión.”

un determinado proceso no se entiende conferido³ para la promoción⁴ de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen⁵ en el proceso inicial. (iv) El destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho⁶ habilitado con tarjeta profesional⁷. (negritas fuera de texto).

Así mismo la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC, 22 sept. 2015, Rad. 01836-01, reiterada en la **STC3897, 31 marzo. 2016**, Rad. **00017-01**, expresó:

*"(...) la legitimación de los abogados para instaurar la acción de tutela aduciendo representación judicial o contractual, **exige de la presencia de un poder especial para el efecto**. Al respecto señaló en la Sentencia T-001 de 1997, que por las características de la acción 'todo poder en materia de tutela es especial, vale decir, se otorga una sola vez para el fin específico y determinado de representar los intereses del accionante en punto de los derechos fundamentales que alega, contra cierta autoridad o persona y en relación con unos hechos concretos que dan lugar a su pretensión. (...) **De este modo, cuando la acción***

³ En este sentido la Corte ha acogido las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en la materia, así en la sentencia T-530 de 1998 acoge y aplica la disposición del artículo 65 inciso 1º: “En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.”

⁴ En este sentido en la en la sentencia T-695/98 la Corte no concedió la tutela impetrada debido a que el abogado quien presentó la tutela pretendió hacer extensivo el poder recibido para el proceso penal al proceso de tutela. En esta oportunidad la Corte reiteró la doctrina sentada en la sentencia T-550/93 oportunidad en la cual la Corte afirmó: “De otro lado, debe desecharse la hipótesis de que el poder conferido para adelantar un proceso judicial sirve al propósito de intentar la acción de tutela a que pudiese dar lugar ese proceso, por cuanto se trata de actuaciones distintas y, si bien es cierto que la tutela tiene un carácter informal, también lo es que tal informalidad no lleva a presumir la existencia de un poder que no se presentó y que es necesario allegar siempre que se ejerza la acción de tutela a nombre de otro y a título profesional”. En un sentido similar ver sentencia T-002/01, en la cual la Corte afirmó que la condición de apoderado en un proceso penal no habilita para instaurar acción de tutela, así los hechos en que se esta se fundamenta tengan origen en el proceso penal.

⁵ En la sentencia T-530/98, la Corte al revisar la decisión de una tutela promovida por el abogado de la parte civil en un proceso penal quien actuaba sin poder especial para el proceso de tutela, consideró que el *a-quo* no debió darle trámite al respectivo proceso debido a que el abogado no allegó el poder respectivo ni manifestó su calidad de agente oficioso. En este sentido aseveró que “Aunque podría pensarse que su calidad de representante de la parte civil en el proceso penal lo habilitaba para dicho menester, debe desecharse esta idea, en atención a que en el proceso penal el sujeto procesal es la parte civil y no su apoderado; es cierto que éste la representa conforme al poder específico que se le ha conferido; pero éste aun cuando suficiente para la actuación en el proceso penal no lo habilita para ejercitar la acción de tutela”.

⁶ En la sentencia T-207/97 la Corte se extendió en consideraciones acerca de la informalidad, propia de la acción de tutela y de sus implicaciones frente al ejercicio de la misma. Con respecto al apoderamiento judicial como excepción al principio de informalidad de la acción señaló: “Caso distinto es el de quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro a título profesional, en virtud de mandato judicial, pues es evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971). Ello no solamente por razón de la responsabilidad que implica tal ejercicio, que se concreta en el campo disciplinario, sino por la necesaria defensa de los intereses del cliente, a quien conviene establecer con certidumbre que quien lo apodera puede actuar, de acuerdo con la ley, ante las distintas instancias judiciales y que responderá por su gestión.”

⁷ Sobre la obligatoriedad de que la representación judicial en tutela sea asumida por abogados en ejercicio no existe regulación expresa ni en la Constitución ni en los decretos reglamentarios de la acción de tutela, ante este vacío la Corte en sentencia T-550/93 mediante interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, a partir de las disposiciones generales sobre representación judicial y en especial a partir de la disposición del artículo 38 del decreto 2591 de 1991 (que señala las faltas para los abogados que promuevan irregularmente acciones de tutela) concluyó que esta disposición no tendría sentido sino se entendiera que la representación judicial sólo pudiese ser adelantada por abogados titulados y en ejercicio.

de tutela se ejerce a título de otro, es necesario contar con poder especial para legitimar su interposición. La carencia de la citada personería para iniciar la acción de amparo constitucional, no se suple con la presentación del apoderamiento otorgado para un asunto diferente. (...) La falta de poder especial para adelantar el proceso de tutela por parte de un apoderado judicial, aun cuando tenga poder específico o general en otros asuntos, no lo habilita para ejercer la acción de amparo constitucional a nombre de su mandante y, por lo tanto, en estos casos, la tutela debe ser declarada improcedente ante la falta de legitimación por activa". (subrayas nuestras).

4. El Caso Concreto

Como se advirtió *ut-supra*, la presente acción de tutela se instauró por el profesional del derecho Gustavo Adolfo Garnica Angarita, quien manifiesta actuar como agente oficioso de la señora Siday Madrid Villalba, esgrimiendo la vulneración del derecho fundamental de petición, por cuanto aduce que los organismos accionados no han dado respuesta de fondo a la petición presentada el día 06/03/2020.

Descendiendo al *sub-examine*, la Sala considera que antes de emitir cualquier pronunciamiento de fondo, en razón de la excepcional institución jurídica de la tutela, es necesario establecer si existe legitimación en la causa por activa para interponer la acción que nos convoca, toda vez que este es un presupuesto procesal para la prosperidad o no de las pretensiones establecidas por la parte actora, pues, el *iudex*, ante el cual se adelanta la acción, actúa, como ha dicho la Corte, como Juez Constitucional para examinar cada caso en particular de acuerdo con los hechos afirmados y la prueba allegada y/o solicitada dentro del correspondiente trámite, a fin de establecer si los derechos fundamentales de quien acciona, están siendo conculcados o amenazados por la acción o la omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares en los casos previstos por Decreto 2591 de 1991 (Arts. 5 y 42).

El inciso primero del artículo 86 Constitucional, consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita, por sí mismo, por representante o a través de un agente oficioso, cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

En sentencia T-176 de 2011, la Corte expresó que la legitimación en la causa por activa constituye una garantía de que la persona que presenta la acción de tutela

tiene un interés directo y particular respecto del amparo que se solicita al juez constitucional, de tal forma que fácilmente el fallador pueda establecer que el derecho fundamental reclamado es propio del demandante.

En proveído T-442 de 2012, la Alta Corporación señaló que se encuentra legitimado por activa quien promueva una acción de tutela siempre que la persona actúe a nombre propio, a través de representante legal, por medio de apoderado judicial o mediante agente oficioso; y procure la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Y en sentencia SU-454 de 2016, reiteró que el estudio de la legitimación en la causa de las partes es un deber de los jueces y constituye un presupuesto procesal de la demanda.

En el *sub lite*, la señora Siday Madrid Villalba, comparece a este especialísimo trámite, por intermedio del abogado Gustavo Adolfo Garnica Angarita, ahora bien, del estudio realizado al acervo probatorio, se constata que a folio 2, el litigante manifiesta respecto a la figura de la agencia oficiosa: *"En este caso y debido a la situación de emergencia por COVID -19, a mi agenciada no se le ha hecho posible poder desplazarse hasta una notaria a hacer tramite de autenticación o presentación personal de poder para presentar esta acción, y siendo quien he venido adelantando el proceso judicial y el trámite administrativo tendiente al cumplimiento de la sentencia que ordena la reliquidación de su pensión; la agencio en este trámite de tutela a fin de que se ampare el derecho de petición que le viene siendo conculcado"*.

El Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, sobre la Legitimidad e interés para accionar en tutela señala:

*"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. **Los poderes se presumirán auténticos.***

En sentencia T-430/17, se dijo:

Esta presunción fue establecida por el legislador delegado en el decreto 2591 de 1991. Sobre la misma se pronunció tangencialmente la Corte en sentencia T-001 de 1997 en la cual la Corte resuelve el caso de abogados que presentaron acción de tutela como agentes oficiosos sin demostrar la indefensión de los agenciados, la Corte niega la tutela por que no se configura la agencia oficiosa y no se reúnen los requisitos para el apoderamiento judicial, afirmó la Corte: "Los poderes se presumen auténticos, según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, pero, obviamente, tal autenticidad no puede predicarse de poderes no presentados, ya que el juez no está autorizado para presumir que alguien apodera los intereses de otro, sin que en el respectivo expediente ello aparezca acreditado".

Luego, no es de recibo para esta Judicatura lo que esgrime el profesional del derecho Garnica Angarita, de accionar como agente oficioso de la señora MADRID VILLALBA, porque por razones de la emergencia del Covid-19, no podía desplazarse a una notaría a autenticar el respectivo mandato, pues, como se dijo, *Los poderes se presumen auténticos*, y en el sub lite solo bastaba que la señora

MADRID, suscribiese el mandato para tutelar, sin necesidad de concurrir a notaría alguna para refrendar o autenticar el mismo.

Ahora, es factible afirmar que cuando el titular de los derechos fundamentales no esté en condiciones de ejercer su propia defensa, lo pueda hacer un tercero en calidad de agente oficioso, empero, en el presente asunto, si bien, el Dr. Gustavo Adolfo Garnica Angarita, invocó esa condición, no existe en este decurso constitucional, elementos de juicio que permitan evidenciar que la titular del derecho reclamado, no se encuentre en condiciones físicas, psíquicas o mentales para promover su propia defensa, situación que se hace necesaria, tal como lo ha pregonado la jurisprudencia constitucional en sentencias como la T – 483 de 2006, T-33 de 2012 y T-072 de 2019.

Respecto a la agencia oficiosa, la H. Corte Constitucional en sentencia T-072 de 2019 señaló que:

"...Por esta razón, un agente oficioso sólo podrá actuar por otro cuando se pruebe una circunstancia física o mental que le impida al interesado interponer una acción de tutela directamente." (negrillas nuestras).

Ergo se itera, que al ser revisado minuciosamente el presente expediente tutelar, se observa que las circunstancias que rodean el amparo deprecado, no son óbice para que la docente Siday Madrid Villalba, actué a través de agente oficioso, es decir, de los hechos y pretensiones del genitor, se hace evidente que no hay ningún impedimento para que pueda invocar por si misma el amparo del derecho presuntamente vulnerado, máxime cuando no existe en el material probatorio circunstancia que demuestre la imposibilidad de la Sra. Madrid, para procurar la guarda de su derecho, pues no se evidencia ningún tipo de limitación física o mental de la actora, por lo que se infiere razonablemente que la parte convocante, carece de legitimación en la causa por activa para poner en marcha el aparato jurisdiccional, a través de la presente acción tuitiva, siendo que la misma, así, se torna improcedente.

En conclusión, como quiera que la legitimación en la causa por activa, en los procesos de acción de tutela se predica del titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados y que el apoderado que compareció a este juicio no acredita los requisitos para incoar la acción tutelar como agente oficioso, es del caso, revocar la sentencia fustigada y, en su lugar, se declarará la improcedencia de este mecanismo excepcional.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, para en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela, tal como se motivó *ut supra*.

SEGUNDO: Comuníquese, por el medio más expedito, esta decisión a los interesados y al juzgado de primera instancia.

TERCERO: Remítanse oportunamente las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLSE,

Los Magistrados,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ



MARCO TULIO BORJA PARADAS



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado