

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2021-00549**, informando que el Distrito Capital de Bogotá y la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá contestaron el requerimiento efectuado, mientras que la Fiduciaria la Previsora S.A., como vocera del FOMAG, guardó silencio, y a la fecha se encuentra para resolver la presente **ACCIÓN DE TUTELA**. Sírvase proveer.

ANA RUTH MESA HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D. C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

I. ANTECEDENTES

La señora Alba Lucía Guarín de Arenas, identificada con cédula de ciudadanía 24.319.318, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela en contra de la Fiduciaria la Previsora S.A. como vocera del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, el Distrito Capital de Bogotá y la Secretaría Distrital de Bogotá D.C., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, al mínimo vital y a la seguridad social.

Como sustento de sus aspiraciones, señaló que trabajó a servicios de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá del 17 de enero de 2007 al 12 de julio de 2021, fecha de su retiro, y que cotizó al Régimen de Prima Media del año 1982 al 2001.

Que en octubre de 2020 elevó solicitud para el reconocimiento de su pensión de vejez, y 8 meses después la mencionada Secretaría profirió Resolución 4868 del 15 de julio de 2021, reconociendo y ordenando el pago de su pensión de vejez. Sin embargo, interpuso recurso de reposición sin que a la fecha éste se haya resuelto, lo que le ha impedido percibir las mesadas a que tiene derecho, en razón a que el acto administrativo no está en firme.

Como consecuencia, solicita que se le ordene a las accionadas dar respuesta a la petición formulada en el recurso de reposición contra la Resolución 4868 del 15 de julio de 2021.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

En proveído del 16 de noviembre de 2021, se admitió la presente acción de

tutela y se requirió a la Fiduciaria la Previsora S.A. como vocera del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, el Distrito Capital de Bogotá y la Secretaría Distrital de Bogotá D.C., para que dieran contestación a la misma, rindiendo un informe detallado sobre los hechos y pretensiones contenidas en la acción constitucional.

Bogotá Distrito Capital, respondió la acción en correo electrónico del 17 de noviembre de 2021, limitándose a señalar que carece de competencia para resolver el particular y por lo tanto fue trasladada la acción a la Secretaría Distrital de Educación.

La **Secretaría Distrital de Educación** contestó el requerimiento en Oficio radicado S-2021-355537 del 17 de noviembre del 2021, solicitando que se declare la improcedencia de la acción de tutela por el requisito de subsidiariedad, y que se vincule a la Fiduprevisora S.A. para que estudie el proyecto de resolución en el que resuelve el recurso de reposición.

Informó que el procedimiento para el reconocimiento de prestaciones económicas, como el particular, está regulado en el Decreto 1272 de 2018, y ha cumplido cada uno de los trámites a su cargo. Que, desde el 12 de octubre del año en curso, remitió el proyecto de resolución a la Fiduprevisora S.A., estando a la espera de que ésta lo apruebe para proceder a su notificación.

Ello, teniendo en cuenta que el acto administrativo de reconocimiento de una pensión a su cargo es complejo, toda vez que convergen 2 entidades para que nazca a la vida jurídica, y es la Secretaría quien elabora el proyecto y la fiduciaria realiza el estudio para aprobarlo, por ser la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Una vez superado el término de traslado, la Fiduciaria la Previsora S.A. como vocera del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG **guardó silencio**.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si se vulneran los derechos fundamentales de la promotora de la acción por el proceder de la Fiduciaria la Previsora S.A. como vocera del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, el Distrito Capital de Bogotá y la Secretaría Distrital de Bogotá D.C., ante la presunta omisión de atender la petición interpuesta.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1º del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente

acción constitucional.

2. Del derecho de petición.

Frente al Derecho Fundamental de Petición, cabe recordar que éste es de carácter constitucional con sustento en el artículo 23 de la Carta Política, en virtud del cual las personas tienen la facultad de elevar solicitudes respetuosas ante las autoridades y, además, a obtener pronta respuesta a ellas, por cuanto exige un pronunciamiento oportuno.

Dicho derecho, además fue regulado en la Ley 1755 de 2015, la que impone las reglas generales para presentar y contestar el derecho de petición, estableciéndose en su primer artículo *"Sustitúyase el Título II, Derecho de Petición, Capítulo I, Derecho de Petición ante las autoridades-Reglas Generales, Capítulo II Derecho de petición ante autoridades-Reglas Especiales y Capítulo III Derecho de Petición ante organizaciones e instituciones privadas, artículos 13 a 33 de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011"*, refiriendo entonces el artículo 13 de la normativa sustituida que:

"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos de este código, por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma respuesta".

En el mismo compendio normativo, se dispusieron los términos que se deben tener en cuenta para resolver los derechos de petición, de la siguiente manera:

"Art. 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."

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-007 de 2017, memorada en el proveído T-044 de 2019, indicó que la respuesta al derecho de petición debe cumplir con las siguientes características para que se considere que se encuentra satisfecha el derecho fundamental bajo estudio:

"(i) Prontitud. Que se traduce en la obligación de la persona a quien se dirige la comunicación de darle contestación en el menor tiempo posible, sin que exceda los términos fijados por la Ley 1755 de 2014. En aras de fortalecer esta garantía el Legislador previó que la ausencia de respuesta puede dar lugar a "falta para el servidor público y (...) a las sanciones correspondientes de acuerdo con el régimen disciplinario."

(ii) Resolver de fondo la solicitud. Ello implica que es necesario que sea clara, es decir, inteligible y de fácil comprensión ciudadana; precisa de modo que atienda lo solicitado y excluya información impertinente, para evitar respuestas evasivas o elusivas; congruente, o que se encuentre conforme a lo solicitado de modo que lo atienda en su totalidad; y consecuente con el trámite que la origina, cuando es el caso en que se enmarca en un proceso administrativo o una actuación en curso, caso en cual no puede concebirse como una petición aislada.

(iii) Notificación. No basta con la emisión de la respuesta, sino que la misma debe ser puesta en conocimiento del interesado y, ante el juez de tutela. Ello debe ser acreditado."

Sin embargo, es necesario resaltar que la jurisprudencia constitucional es consistente en sostener que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a lo pedido, como se vio en la ya citada sentencia T-044 de 2019, en la que se estudió:

"Esta Corporación ha destacado además que la satisfacción del derecho de petición no depende, en ninguna circunstancia de la respuesta favorable a lo solicitado. De modo tal se considera que hay contestación, incluso si la respuesta es en sentido negativo y se explican los motivos que conducen a ello. Así las cosas, se ha distinguido y diferenciado el derecho de petición del "el derecho a lo pedido", que se emplea con el fin de destacar que "el ámbito de protección

constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una contestación para la misma, y en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal."

Aunado a las anteriores consideraciones, encuentra esta Juzgadora que el derecho de petición, como los demás derechos fundamentales, cuentan con unos componentes que constituyen su núcleo esencial y otros que son denominados elementos estructurales. Los primeros son características ontológicas de las prerrogativas constitucionales, mientras que los segundos se erigen como factores circundantes que permiten la garantía del derecho fundamental y que guardan cercanía con el núcleo esencial. De esta forma se expuso en sentencia C-007 de 2017:

"Este Tribunal ha precisado el entendimiento de los últimos tres requisitos en el sentido de establecer que los elementos estructurales se refieren a aquellos más cercanos a su núcleo esencial, es decir, los aspectos inherentes al ejercicio del derecho que consagren límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten dicho núcleo esencial, delimitado por la Constitución. Adicionalmente, ha definido el núcleo esencial como "como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades. Y, en sentido negativo debe entenderse "el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental".

Entonces, abarcando propiamente el artículo 23 de la Constitución Política, la Corte Constitucional describió dichos aspectos en la sentencia T-058 de 2018, así:

"Siguiendo estas consideraciones, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-951 de 2014, por medio de la cual se estudió el Proyecto de Ley Estatutaria "(p)or medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", precisó que el núcleo esencial del derecho fundamental de petición comprende: i) la formulación de la petición; ii) la pronta resolución, iii) la respuesta de fondo y iv) la notificación al peticionario de la decisión. En concordancia, se ha precisado que sus elementos estructurales son: (i) el derecho de toda persona a presentar peticiones ante las autoridades por motivos de interés general o particular; (ii) la solicitud puede ser presentada de forma verbal o escrita; (iii) la petición debe ser formulada respetuosamente; (iv) la informalidad en la petición; (v) la prontitud en la resolución; y (vi) la competencia del Legislador para reglamentar su ejercicio ante organización privadas".

En este punto, valga hacer énfasis acerca de la preponderancia que detenta la prueba documental que acredita el efectivo enteramiento al peticionario de la respuesta generada por la entidad pública o el particular receptor de la petición, pues sin esta no es posible perfeccionar el núcleo esencial del derecho de petición, como lo ha manifestado la H. Corte Constitucional en sentencia T-149 de 2013:

"La constancia que logre obtener la entidad de la notificación de su respuesta al peticionario, constituye la prueba sobre la comunicación real y efectiva que exige la jurisprudencia para perfeccionar el núcleo esencial del derecho de petición, desde luego, siempre que la respuesta se ajuste a las exigencias que líneas atrás fueron desarrolladas.

A partir de esta reflexión, es claro que, si la entidad está obligada a tener una constancia de la comunicación con el peticionario para probar la notificación efectiva de su respuesta, con mayor razón el juez constitucional, para evaluar el respeto al núcleo esencial de tal garantía debe verificar la existencia de dicha constancia y examinar que de allí se derive el conocimiento real del administrado sobre la respuesta dada".

Concomitante con lo hasta aquí considerado, es preciso acotar que el artículo 5° del Decreto 491 de 2020, declarado exequible de forma condicionada en sentencia C-242 de 2020, aumentó los términos para atender las solicitudes, así:

"Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

(ii) 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 y cinco (35) días siguientes a su recepción.

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 el presente artículo 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 este artículo.

En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

Parágrafo. La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales”.

3. Caso en concreto.

Descendiendo al caso en concreto, por activa se aportó el recurso de reposición del 13 de agosto de 2021, formulado contra la Resolución 4868 del 15 de julio del mismo año, y la constancia de radicado por medio de la página web con consecutivo F-2021-215052.

Si bien en el escrito inicial no obra constancia de la fecha en que dicho recurso se elevó, lo cierto es que en la contestación de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá se mencionó que la data del documento coincide con la de recibido, y que éste fue estudiado, restando la aprobación de la Fiduciaria la Previsora S.A., como vocera del FOMAG, para que ésta la apruebe o formule sus observaciones.

Sin embargo, pese a que la Secretaría desde el 12 de octubre remitió a la Fiduprevisora S.A. el proyecto para lo propio, como consta en la captura de pantalla del aplicativo "OnBase", y el estado actual es "Estudio prestación", sin que exista nota de devolución o aprobación.

Bajo esos términos, resulta claro que existe una omisión de respuesta en cabeza de la Fiduprevisora S.A., puesto que ésta tiene la función de aprobar o improbar el proyecto de resolución que formule la Secretaría de Educación, en el término de un mes, contado desde el momento de la radicación de la solicitud. Ello, se estableció en la subsección 2 del artículo 1° del Decreto 1272 de 2018, que modificó el artículo 2.4.4.2.3.2.6. del Decreto 1075 de 2015 en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.6. Gestión a cargo de la sociedad fiduciaria en las solicitudes de reconocimiento pensional que amparan el riesgo de vejez. La sociedad fiduciaria, dentro del mes siguiente al recibo del proyecto de acto administrativo de reconocimiento pensional que cubra el riesgo de vejez o la indemnización sustitutiva y las demás solicitudes que se deriven de ajustes o reliquidaciones de estas prestaciones a cargo del Fondo, 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."

Como se lee de la citada norma, le asiste razón a la Secretaría Distrital de Educación al argumentar que efectuó las gestiones a su cargo, toda vez que el acervo probatorio demuestra que está pendiente, por parte de la Fiduprevisora S.A., la aprobación del proyecto de acto administrativo que resuelve el recurso de reposición contra la Resolución 4868 de 2021, siendo éste indispensable para que la determinación quede en firme y la actora pueda percibir su pensión.

De otra parte, cabe memorar que la Fiduprevisora S.A. se abstuvo de contestar requerimiento efectuado por el Despacho, pese a que la notificación se surtió en debida forma, y el término de traslado se superó. Por ello, hay lugar a señalar que el Decreto 2591 de 1991 estableció una consecuencia ante el silencio de las partes vinculadas a la acción de tutela, dando lugar a presumir como ciertos los hechos relatados en su contra. El artículo 20 de tal norma dice lo siguiente:

"ARTICULO 20. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa."

Dicha disposición, ha sido estudiada reiteradamente por la H. Corte Constitucional, siendo explicada su aplicación en sentencia T-260 de 2019 al considerar:

"La Corte Constitucional ha señalado que la presunción de veracidad de los hechos constituye un instrumento que tiene dos fines principales, el primero, sancionar el desinterés o la negligencia de las entidades demandadas ante la presentación de una acción de tutela en la que se alega la vulneración de los derechos fundamentales de una persona; y, el segundo, obtener la eficacia de los derechos fundamentales comprometidos, en observancia de los principios de inmediatez, celeridad y buena fe, es decir, "encuentra sustento en la necesidad de resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales".

En consideración a lo anterior, esta Corporación ha determinado que la presunción de veracidad puede aplicarse en dos escenarios: "(i) Cuando la autoridad o particular accionado omite completamente dar respuesta a la solicitud elevada por el juez constitucional; (ii) cuando la autoridad o particular da respuesta a la solicitud, pero esta se hace meramente formal, pues en el fondo no responde al interrogante planteado por el funcionario judicial". La omisión que puede presentarse puede ser total o parcial, por ejemplo, ante la presentación de un informe en el que se dejan de responder y pronunciarse frente a los informes solicitados por el juez."

En el caso particular, hay lugar a aplicar dicha presunción, como quiera que la

Fiduprevisora S.A. guardó silencio ante el requerimiento del Despacho, aunado al acervo probatorio que demuestra la radicación del proyecto de resolución, sin que exista alguna razón para que, una vez superado el término de 1 mes con que cuenta, no haya aprobado o generado observaciones.

Por lo tanto, se amparará el derecho fundamental incoado, y se ordenará a la Fiduprevisora S.A. que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a aprobar o emitir las observaciones al proyecto de resolución radicado desde el 12 de octubre de 2021 en el aplicativo "OnBase", y notificar tal determinación a la Secretaría Distrital de Educación.

Por tratarse de un acto administrativo complejo y ser ésta ante quien se elevó el recurso de reposición, se ordenará igualmente a la Secretaría Distrital de Educación que en el término de 48 horas contadas a partir del momento en que la Fiduprevisora S.A. resuelva de fondo el proyecto, ya sea en forma positiva o negativa, conforme al estudio que se realice, debiéndole notificar en éste mismo término a la tutelante la disposición adoptada.

Frente a los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad que se invocan, es pertinente recalcar que debe haber algún soporte probatorio de cara a su exigibilidad, como quiera que si bien la tutela goza de informalidad para su trámite, no es menos cierto que el Juez Constitucional tiene el deber de soportar su decisión en el acervo probatorio. Tal supuesto impone una carga en cabeza del accionante, como lo ha expuesto la sentencia T-571 de 2015:

"En igual sentido, ha manifestado que: "un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario." Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio "onus probandi incumbit actori" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho".

Como consecuencia, adicional al hecho que no se formuló alguna pretensión específica para lograr el amparo de dichos derechos fundamentales, no existe prueba de su amenaza o vulneración y no se impartirá ninguna en ese sentido.

Finalmente, en vista que el Distrito Capital de Bogotá D.C. no tiene competencia para responder las solicitudes de la accionante, y en atención a la delegación de funciones efectuada, se lo desvinculará del trámite.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

- PRIMERO:** **AMPARAR EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN** de la señora Alba Lucía Guarín de Arenas, identificada con cédula de ciudadanía 24.319.318.
- SEGUNDO:** **ORDENAR** al doctor Ricardo Castiblanco Ramírez en su calidad de Presidente de la Fiduprevisora S.A. y/o al funcionario competente que haga sus veces en la entidad, dar respuesta a la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá en el término de **48 horas**, respecto del acto administrativo que resuelve el recurso de reposición de la accionante. Dicho término será contabilizado a partir de la notificación de la presente sentencia, sin que aquí se imponga algún sentido a la decisión.
- TERCERO:** **ORDENAR** a Edder Harvey Rodríguez Laiton, Director de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá y/o quien haga sus veces, para que, una vez reciba respuesta de la Fiduprevisora S.A., en el término de **48 horas** resuelva de fondo a la accionante el recurso formulado, ya sea en forma positiva o negativa, conforme al estudio que se realice, debiéndole notificar en éste mismo término a la tutelante la disposición adoptada.
- CUARTO:** **ADVERTIR** a las accionadas que el incumplimiento a esta decisión acarreará las sanciones correspondientes y que deberán informar al Despacho sobre el cumplimiento de la orden aquí impartida.
- QUINTO:** **DESVINCULAR** al Distrito Capital de Bogotá del trámite, por lo antes considerado.

SEXTO: **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico, de conformidad con el Acuerdo PCSJA20-11632 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada COVID-19.

ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

ERBC