

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO - Adecuada valoración probatoria / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE NIEGA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE SANCIÓN MORATORIA / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Entidad encargada del reconocimiento y pago de sanción moratoria / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA FIDUPREVISORA - Para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria

¿[L]a autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de la parte actora, por haber proferido la providencia de 17 octubre de 2017, en donde incurrió, presuntamente, en defecto sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente, al declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A., respecto a la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, lo que conllevó a que los actos administrativos proferidos por esta, no fueran tenidos en cuenta al momento de estudiar la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto? (...) [S]e observa que la corporación judicial acusada no incurrió en la vía de hecho alegada respecto al defecto fáctico señalado (...) pues al verificar el análisis efectuado por la Sala transitoria de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se evidencia que una vez realizado el estudio normativo en cuanto a la determinación de la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías parciales en el caso de los docentes, resultaba innecesario la valoración del acto administrativo expedido por la Fiduprevisora S.A., puesto que este actúa por simple mandato legal, sin llegar a reemplazar la responsabilidad que le asiste al FOMAG (...) De esta manera, no resulta de recibo el reclamo de la accionante, máxime si se tiene en cuenta que al expediente fue aportado material probatorio que daba cuenta que mediante acto administrativo de 3 de noviembre de 2009, se le negó el pago de la sanción moratoria por la asignación tardía de las cesantías parciales, por lo que la parte actora contó con 4 meses a partir del día siguiente en que le fue comunicado el mismo, del cual se observa que tuvo conocimiento el día 6 del mismo mes y año, interrumpiéndose el término con la presentación de la solicitud de conciliación (5 de marzo de 2010), la cual fue declarada fallida el 26 de mayo de 2010, es decir, el lapso concedido feneció el 29 de mayo de la misma anualidad, mientras que la demanda fue radicada el día 31 mayo de 2010, época en que ya se encontraba extemporánea, de acuerdo al plazo establecido legalmente para ejercer el derecho de acción en este tipo de asuntos; tal como lo consideró la autoridad judicial accionada. En vista de lo anterior, se observa que en el presente asunto no se presentó una indebida valoración probatoria o falta de apreciación de alguna de las pruebas aportadas, sino una inconformidad con el criterio de análisis empleado por la corporación judicial accionada, frente a la que el juez constitucional no puede inmiscuirse, so pena de invadir su competencia como juez natural del proceso y romper con los principios de independencia y autonomía de las autoridades judiciales.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 161 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 164 - NUMERAL 2 - LITERAL D

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01719-01(AC)

Actor: FANNY HERNANDEZ DE GUERRERO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

La Sala decide la impugnación¹ presentada por la señora Fanny Hernández de Guerrero, contra la sentencia del 19 de julio del 2018, proferida por la sección primera del Consejo de Estado, que negó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

EL ESCRITO DE TUTELA.

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala se permite resumir de la siguiente forma los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte demandante:²

Manifestó la actora que su esposo el señor José del Carmen Guerrero Rivera (Q.E.P.D), en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra el Municipio de Villavicencio - Secretaría de Educación – Fiduprevisora S.A y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de obtener la anulación de los actos administrativos que le negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías parciales.

Señaló que el asunto le correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo de Villavicencio, quien mediante providencia de 20 de abril de 2012, negó las pretensiones de la demanda al declarar probada las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora y la caducidad de la acción.

¹ El expediente ingresó al Despacho el 27 de agosto de 2018, según informe de la secretaría general de la Corporación.

² Folios 1 a 5 del expediente.

Indicó que el apoderado judicial de su esposo (Q.E.P.D) inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación, al considerar que la sanción moratoria no es una prestación social, por lo tanto no hace parte de las prestaciones a cargo del Fondo Nacional del Magisterio, puesto que surge como consecuencia de un hecho anormal e irregular que es la mora, por ello si es posible que la Fiduprevisora S.A., como entidad responsable del pago de las cesantías se encuentre legitimada en la causa por pasiva para pagar de sus propios recursos la indemnización moratoria.

Mencionó que, la Sala transitoria de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia de 17 de octubre de 2017, confirmó la decisión de primera instancia al determinar que no hay duda alguna de la falta de legitimación en la causa de la Fiduprevisora S.A., y del Municipio de Villavicencio – Secretaría de Educación, pues estos obran en el trámite de las prestaciones de los docentes por simple mandato legal, sin llegar a reemplazar la responsabilidad que le asiste al FOMAG.

Alegó que las autoridades judiciales, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad al omitir:

“[...]Que el municipio de Villavicencio, de forma expresa en su respuesta indicó que ni dentro de las funciones encomendadas a la Secretaría de Educación Municipal, ni a las del Comité Regional Municipal están asignadas el que directamente tenga injerencia en la toma de decisiones de reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Agregando que sus funciones son de gestión y que, si bien estima que, en todo caso, a los docentes oficiales no les son aplicables las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, la solicitud de pago de intereses moratorios la debe hacer a la entidad que realizó el pago y reconocimiento de cesantías definitivas y que haya incurrido en la mora. (...)

Que materialmente la Secretaría de Educación del Municipio de Villavicencio no resolvió de fondo la reclamación de mi esposo, sino que la remitió a la Fiduprevisora S.A., para que ésta lo hiciera, con el argumento de que la respectiva solicitud de pago de intereses moratorios la debe hacer a la entidad que realizó el pago y reconocimiento de cesantías definitivas y que haya incurrido en la mora.

Que la Fiduprevisora S.A., invocando su condición de entidad administrador de los recursos del FOMAG, le hizo llegar a mi esposo dos decisiones o respuestas idénticas, la primera, el 27 de noviembre de 2009, a su petición directa, y la segunda el 23 de diciembre de 2009, a la remisión que le hizo la Secretaría de Educación del Municipio de Villavicencio; respuestas en la que si hubo decisión de fondo, negando lo pedido por mi esposo, porque argumenta ésta fiduciaria que los pagos se hacen según la disponibilidad de recursos provenientes del ministerio de hacienda y por esa causa existi

mora, además que mal podrían generarse intereses moratorios e ir en contra del ordenamiento jurídico cuando la suma de la asignación presupuestal según el “principio fundamental de igualdad”, además finaliza señalando que no es competente para reconocer prestaciones sociales, razón por la cual su respuesta “no es objeto de recurso alguno”, es decir que no niega que haya habido en efecto mora en el pago de las cesantías de mi esposo pero le endilga la causa de esa mora a un tercero (ministerio de hacienda y crédito público). [...]”

Pretensión

De acuerdo a lo expuesto solicito:

“[...] dejar sin efectos la sentencia de 17 de octubre de 2017, proferida por la Sala transitoria de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar profiera nueva decisión teniendo en cuenta (i) la ratio decidendi de la jurisprudencia contenciosa administrativa actualmente imperante en cuanto a la responsabilidad en la mora o retardo en el reconocimiento y pago de las cesantías de docentes oficiales; (ii) el fallo de primera instancia; (iii) la apelación presentada por el apoderado de mi esposo; (iv) con observancia de la causa pretendi; (v) el objeto del litigio planteado en el proceso por los diferentes sujetos procesales; (vi) absteniéndose de considerar y declarar que existió caducidad y decidiendo el fondo del asunto, para efecto de garantizar los derechos fundamentales de acceder de manera real y efectiva al servicio público de administración de justicia y los demás derechos invocados. [...]”

ACTUACIÓN PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante Auto de 14 de junio de 2018³, la sección primera del Consejo de Estado, admitió la acción de tutela de la referencia, presentada contra el Tribunal Administrativo del Meta, por lo que ordenó su notificación como demandado, y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 y concordantes del Decreto 2591 de 1991.

Igualmente, ordenó vincular y notificar del asunto, a la Alcaldía Municipal de Villavicencio, al Ministerio de Educación Nacional, al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduprevisora S.A., en calidad de terceros interesados.

INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO.

³ Visible de folios 64 vto. del cuaderno principal.

Fiduprevisora S.A.⁴

El Director de Gestión Judicial de la entidad, rindió informe sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela, en el que solicitó la desvinculación del presente asunto por falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que lo pretendido por la accionante es dejar sin efectos la sentencia proferida por la autoridad judicial accionada, pues presuntamente resultó vulneratoria a su derecho fundamental a la administración de justicia.

Alcaldía de Villavicencio.

El jefe de la oficina asesora jurídica del ente Municipal, a través oficio No. 1030-01.02/562 de 20 de junio de 2018, contestó el escrito de tutela en el que manifestó que carece de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no es la responsable de la presunta vulneración alegada por la accionante, al no tener injerencia alguna en la toma de decisiones judiciales, ya que los jueces tienen autonomía propia dentro de los procesos que surtan en sus despachos, por lo tanto son ellos quienes deben de explicar la razón por la cual adoptaron dicha decisión.

Ministerio de Educación Nacional.

La asesora de la oficina jurídica del ente Ministerial, mediante oficio No. 2018-EE-092834, contestó el libelo introductorio, en el que solicitó denegar el amparo invocado, en razón a que no se configuraron los requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra las providencias judiciales.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La sección primera del Consejo de Estado, mediante providencia de 19 de julio de 2018, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Fanny Hernández de Guerrero, dentro de la acción de tutela promovida en contra del Tribunal Administrativo del Meta, con ocasión de la sentencia proferida el día

⁴ Visible a folios 19 y 20 del expediente.

17 de octubre de 2017, por la Sala transitoria de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.⁵ Lo anterior con fundamento en lo siguiente⁶:

"[...] De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra que no se configura el defecto fáctico aducido por la accionante, en razón a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala Transitoria, precisó que la Fiduprevisora S.A., es una entidad diferente del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a partir de ello, estableció que existió falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la fiduciaria, lo cual justifica que en la determinación de la caducidad de la acción no se hubieran tenido en cuenta las respuestas dadas al demandante por la Fiduprevisora S.A.,

Es decir, en orden a definir si se configuraba la caducidad de la acción dirigida en contra del acto del municipio de Villavicencio – Secretaría de Educación, el Tribunal no debía valorar las respuestas dadas por la Fiduprevisora S.A., a las solicitudes del señor José del Carmen Guerrero Rivera, lo cual desvirtúa la configuración del defecto fáctico alegado.

[...]

En este contexto, la Sala considera que el amparo no prospera por las siguientes razones:

1. La parte actora no precisó cuál es el contenido normativo concreto de las leyes 91 de 1989, 244 de 1995, 962 de 2005 y 1071 de 2006, y de los decretos 3752 de 2003 y 2831 de 2005, que fue desconocido por el Tribunal accionado en la sentencia proferida el 17 de octubre de 2017, y porque su aplicación llevaría a adoptar una decisión judicial distinta y acceder a sus pretensiones.

2. Si bien el artículo 3º del Decreto 2831 de 2005, que regula el trámite de las solicitudes relacionadas con prestaciones sociales a cargo del FOMAG, dispone que la sociedad fiduciaria contratada para el manejo de los recursos de dicho fondo debe dar visto bueno previo a la expedición de los actos administrativos, la disposición establece que éstos serán expedidos por las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o por la dependencia que haga sus veces, razón por la cual en la sentencia cuestionada se abordó el análisis de procedibilidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto contenido en el oficio 1510-1878 de 3 de noviembre de 2009, expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Villavicencio, y se declaró la falta de legitimación por pasiva respecto de la fiduciaria Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, para la Sala la sentencia cuestionada no desconoció la regulación del trámite de los actos administrativos que decidan sobre las solicitudes relacionadas con las prestaciones a cargo de FOMAG.

[...]

⁵ En virtud de las medidas de descongestión adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo No. PCSJA17-10693 de 30 de junio de 2017 y PCSJA17-10787 de 27 de diciembre de 2017.

⁶ Visible a folios 84-92.

De otra parte, la sentencia que, en pie de página, es referida como precedente por la actora, data del 27 de noviembre de 2017, de tal manera que no se trata de una decisión judicial anterior al fallo cuestionado, que es de fecha 17 de octubre de 2017. A ello, cabe añadir que las consideraciones del Tribunal accionado, antes citadas, no contradicen el criterio expresado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la referida sentencia, en el sentido que “[...] es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por la su pago oportuno (sic), sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa a nombre del fondo [...], por lo cual no está demostrado el defecto por desconocimiento de precedente del Consejo de Estado, alegado por la accionante. [...]”

LA IMPUGNACIÓN

La señora Fanny Hernández de Guerrero, a través de su apoderado judicial, impugnó la sentencia de primera instancia, insistiendo en que lo considerado por las autoridades judiciales accionadas carecen de sustento jurídico y fáctico, al excluir a la Fiduprevisora S.A., dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por su esposo (Q.E.P.D) por el retardo en el pago de las cesantías, puesto que omiten que el Municipio de Villavicencio en el acto acusado, expresamente señaló que remite la petición a la fiduciaria para que resuelva lo pertinente como entidad pagadora del reconocimiento de las cesantías parciales.

Igualmente, insistió en un desconocimiento del precedente, puesto que en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado, claramente, ha establecido que en el trámite y decisiones de las solicitudes de reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes oficiales, si bien es cierto intervienen los entes territoriales y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos, quien responde por el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, así como por las indemnizaciones por mora, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado legalmente por el Ministerio de Educación Nacional.

CONSIDERACIONES

Atendiendo a los argumentos expuestos en el escrito de tutela y a las pruebas que obran en el expediente se decidirá el asunto sometido a consideración en el siguiente orden: la competencia para decidir el recurso de amparo; determinación del problema jurídico; procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; las decisiones cuestionadas y el caso concreto.

Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000⁷ y el literal b) del artículo 2° del Acuerdo No. 55 de 2003⁸, esta Sala es competente para conocer la presente impugnación contra el fallo de tutela proferido el 19 de julio de 2018, por la sección primera del Consejo de Estado.

Problema Jurídico.

En el presente asunto el problema jurídico consiste en determinar si ¿la acción de tutela es procedente para cuestionar la providencia proferida por la autoridad judicial accionada?

Solo de superar el anterior derrotero, se procederá a establecer si: ¿la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de la parte actora, por haber proferido la providencia de 17 octubre de 2017, en donde incurrió, presuntamente, en defecto sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente, al declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A., respecto a la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, lo que conllevó a que los actos administrativos proferidos por esta, no fueran tenidos en cuenta al momento de estudiar la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto?

Procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

Sobre el particular, tanto la Corte Constitucional⁹ como esta Corporación¹⁰, inicialmente consideraron que la acción de tutela no procedía contra providencias

⁷ Por medio del cual se establecen competencias para el reparto de la acción de tutela.

⁸ Por medio del cual se modifica el Reglamento del Consejo de Estado.

⁹ En sentencia C-543 de 1992, proferida con ocasión del análisis de constitucionalidad de los artículos 11, 12, 25 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Corte sostuvo, que atendiendo al querer del Constituyente, a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y a la preservación de valores supremos como la seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía judicial, la tutela no era procedente cuando tuviera por objeto cuestionar providencias judiciales.

¹⁰ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante decisión de 29 de enero de 1992 (AC-009) con ponencia de la Consejera Dolly Pedraza de Arenas, consideró que la acción de tutela era improcedente contra providencias judiciales, inaplicando para el efecto lo establecido en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. Esta tesis fue reiterada por la misma

judiciales. Posición que fue variada por la Corte al aceptar la procedencia excepcional y restringida del referido mecanismo constitucional de comprobarse la existencia de una vía de hecho y de un perjuicio irremediable¹¹, y por parte de algunas Secciones del Consejo de Estado, cuando se evidenciara la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia¹². Posteriormente, en la Sentencia C-590 de 2005¹³ la Corte Constitucional¹⁴ reiteró la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, pero supeditada ya no a la existencia de una vía de hecho, sino a la verificación de unos **requisitos de forma**¹⁵ y de **procedencia material**¹⁶ fijados¹⁷ por la misma Corte¹⁸. Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 31 de julio de 2012, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González¹⁹, finalmente aceptó que la acción de tutela es procedente contra una providencia judicial, «cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales.»

De la acción de tutela contra Autos Interlocutorios.²⁰

La locución providencia judicial involucra el conjunto de decisiones que adoptan los despachos judiciales y con las cuales se pretende el impulso de los procesos y la resolución de las contiendas judiciales.²¹

Sala Plena mediante sentencias de 3 de febrero de 1992 con ponencia del Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía (AC-015), 14 de octubre de 1993 con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez (AC-1247) y 29 de junio de 2004 con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda (AC-10203).

¹¹ Ver sobre el particular las sentencias T-483 de 1997, T-204 de 1998, T-766 de 1998 y SU-563 de 1999.

¹² Al respecto ver, entre otras, las siguientes Sentencias: Sección Primera, de 9 de julio de 2004, Exp. No. 2004-00308; y, Sección Segunda – Subsección A, de 27 de mayo de 2010, Exp. No. 2010-00559.

¹³ Sentencia en la que se analizó la legalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 2004.

¹⁴ Al respecto ver, entre otras, las Sentencias T-1009 de 1999, SU-1031 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002, T-774 de 2004.

¹⁵ También denominados requisitos generales de procedencia, y que son: i. Que el asunto tenga relevancia constitucional; ii. Que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa; iii. Que se cumpla con el requisito de inmediatez; iv. Que si se trata de una irregularidad procesal tenga efecto decisivo o determinante en la sentencia y afecte los derechos fundamentales; v. Que el interesado exponga los hechos que generan la vulneración o amenaza de sus derechos y que, además y de haber sido posible, hubiera alegado esta situación en el proceso; y, vi. Que no se trate de sentencias de tutela.

¹⁶ También llamados requisitos generales de procedibilidad y que hacen referencia a la configuración de uno o varios de los siguientes defectos: i. Sustantivo o material; ii. Fáctico; iii. Orgánico; iv. Procedimental; vi. Desconocimiento del precedente; vii. Error inducido; viii. Ausencia de motivación; o, ix. Violación directa de la Constitución.

¹⁷ Sobre la descripción de requisitos de forma y materiales ver la Sentencia T-007 de 2013.

¹⁸ Al respecto ver lo sostenido en las Sentencias C-590 de 2005, T-102 de 2006, T-377 de 2009 y T-178 de 2012. También es importante resaltar que ya en la Sentencia SU-014 de 2001 la Corte consideró la necesidad de superar dicho concepto y dar paso a lo que, posteriormente, se denominó *error inducido* [Sentencia T-462 de 2003].

¹⁹ Emitida en el expediente 110010315000200901328 01.

²⁰ La Corte Constitucional, se ha ocupado del tema, entre otras providencias en la Sentencia de tutela T-599 de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

La doctrina especializada ha designado dos clases de providencias judiciales: i) autos, y ii) sentencias. Con los primeros, se adelanta la instrucción de los procesos y la definición de algunos aspectos materiales de los mismos, sin ofrecer la *solutio* de la controversia; mientras que con los segundos, el sentenciador le asigna el Derecho a alguna de las partes que integran el contradictorio.

Dentro de la categoría de autos, aparecen dos expresiones de la voluntad judicial, a saber: i) los autos de trámite o de sustanciación, y ii) los autos interlocutorios. La distinción entre unos y otros descansa en el aspecto teleológico de la providencia; es decir, si del contenido de la decisión se desprende la definición de un aspecto importante del expediente judicial -resuelve un incidente, decide una solicitud de medida cautelar, se pronuncia frente a una petición de nulidad procesal- la providencia que lo contenga sería un auto interlocutorio, mientras que aquellos que conduzcan el proceso al estado de ser decidido, asumirían el revestimiento de un auto de trámite o de sustanciación, como aquellos que abren a pruebas los expedientes declarativos o corren traslado para alegar de conclusión.²²

A pesar de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional²³ ha sido clara en afirmar que la vulneración del derecho al debido proceso habilita la intervención del juez constitucional para adoptar las medidas que correspondan en busca de la salvaguarda del contenido material de la garantía conculcada, cuando el quebrantamiento del derecho provenga de una providencia judicial, en este caso de un auto interlocutorio, la procedencia del amparo constitucional es excepcional en la medida en que el afectado cuenta con otros recursos que le permiten controvertir lo resuelto en sede judicial.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que los cuestionamientos contra los autos interlocutorios deben expresarse por medio de los recursos ordinarios que ofrece el ordenamiento jurídico, y no a través de la acción de tutela, a menos que: i) la afrenta o la puesta en peligro de los derechos fundamentales no pueda ser enmendada a través de los medios ordinarios de defensa, ii) los recursos judiciales ordinarios no sean idóneos y eficaces en la protección del patrimonio constitucional del accionante, y iii) cuando se pruebe la existencia de un perjuicio

²¹ LÓPEZ BLANCO, H. "*Instituciones de Procedimiento Civil Colombiano*", Tomo I Parte General, Bogotá, Dupré Editores, 2005, pág. 611.

²² *Ibidem*, pág. 649.

²³ Entre otras providencias, Sentencia T-961 de 2004. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

irremediable; en estos tres supuestos habrá lugar a estudiar el fondo de la cuestión constitucional para establecer si el accionante tiene razón al exigir la tutela judicial efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales, al amparo de la acción de tutela.

Requisitos de procedencia general.

En el presente asunto, concretamente de las pruebas allegadas al expediente, se evidencia que: a) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, b) Se agotaron los medios ordinarios de defensa judicial existentes,²⁴ c) La tutela se interpuso dentro de un término razonable,²⁵ y d) Dentro del escrito de tutela se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que llevan a la parte actora a atacar por esta vía la providencia judicial, proferida dentro de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo anterior, **la Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y, en consecuencia, sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto planteado.**

Vicios de fondo.

Adicionalmente si la tutela contra la providencia judicial puesta en conocimiento del Juez Constitucional, supera las causales anteriores, éste, para poder revocarla, deberá establecer la presencia de alguno de los siguientes **defectos o vicios de fondo**²⁶: a) Defecto orgánico, b) Defecto procedimental absoluto, c)

²⁴ Contra la decisión judicial cuestionada no procedía ningún otro recurso ordinario, dado que el de apelación ya había sido agotado, conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011.

²⁵ La acción de tutela se instauró a los 3 meses después de que se notificara la providencia de segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho cuestionado.

²⁶ a) *Defecto orgánico*: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. b) *Defecto procedimental absoluto*: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c) *Defecto fáctico*: Que surge cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d) *Defecto material o sustantivo*: Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. e) *Error inducido*: Se presenta cuando el Juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. f) *Decisión sin motivación*: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. g) *Desconocimiento del precedente*: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. h) *Violación directa de la*

Defecto fáctico, d) Defecto material o sustantivo, e) Error inducido, f) Decisión sin motivación, g) Desconocimiento del precedente, h) Violación directa de la Constitución.

Ahora, si bien es cierto que la parte actora aduce que la providencia de 17 de octubre de 2017, proferida por la autoridad judicial accionada, incurrió en un defecto sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente, la Sala observa que los argumentos que expone hacen referencia a (i) que los actos administrativos que debían ser tenidos en cuenta para contabilizar el término de la caducidad eran los proferidos por la Fiduprevisora S.A., pues a su juicio, fue la entidad que emitió respuesta de fondo a la solicitud de sanción moratoria por el pago tardío en la cesantías parciales y que, (ii) la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el ente encargado de responder por la indemnizaciones moratorias es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado legalmente por el Ministerio de Educación. Razón por la cual, la Sala abordará el análisis del problema jurídico, de cara al defecto fáctico y desconocimiento del precedente alegado.

Caso concreto.

Es preciso indicar que del escrito de tutela se entiende que la parte actora hizo uso de este mecanismo constitucional con el fin de que se le amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad y dejar sin efecto la providencia de 17 de octubre de 2017, proferida por la Sala Transitoria de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁷, pues presuntamente, incurrió en defecto fáctico y desconocimiento del precedente al omitir la valoración de los actos administrativos emitidos por la Fiduprevisora, que dieron, según su dicho, respuesta de fondo a la solicitud de sanción moratoria por el pago tardío de la cesantías parciales, radicada por su esposo (Q.E.P.D) para efectos de contabilizar el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Constitución: Cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

²⁷ En virtud de las medidas de descongestión adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo No. PCSJA17-10693 de 30 de junio de 2017 y PCSJA17-10787 de 27 de diciembre de 2017.

Para mayor claridad del asunto, la Sala se permite realizar un recuento de las actuaciones surtidas al interior del proceso judicial con radicado 2010-00225.

- El señor José del Carmen Guerrero Rivera (Q.E.P.D), en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de apoderado judicial, presentó demanda contra el Municipio de Villavicencio – Secretaría de Educación – Fiduprevisora S.A.,- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de cuestionar la legalidad de los actos administrativos que le negaron el pago de la sanción moratoria y a título de restablecimiento obtener dicho reconocimiento.

- El asunto le correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial Villavicencio, quien mediante auto de 20 de abril de 2018, resolvió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Fiduciaria la Previsora S.A., y la excepción de caducidad de la acción, bajo los siguientes argumentos:

“[...]Conforme la norma, se observa que la Fiduciaria la Previsora S.A., administra los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y sólo procede al pago de las prestaciones sociales previo a la expedición del acto que reconoce el derecho por parte de la entidad territorial a la que pertenezca el docente, es decir, su función se limita a dar visto bueno a la liquidación de las prestaciones sociales presentadas. Por lo que fuerza concluir que ella no actuó para negar la sanción moratoria establecida por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006; por lo que deberá declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que atañe a la Fiduciaria la Previsora S.A.

No obstante lo anterior, observa el Despacho la posible configuración de la excepción de caducidad de la acción, en lo términos del inciso del artículo 164 del C.C.A. que prevé: “(...) En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada...”; por lo que este Juzgador deberá analizar dicha situación, habida cuenta que su prosperidad imposibilitaría el pronunciamiento de una decisión de fondo acerca de la controversia suscitada. Siendo necesario para su estudio tener en cuenta el contenido del artículo 136 del C.C.A.:

“...2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por lo interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

De entrada la regla contenida en la segunda parte del numeral 2º del artículo 136 transcrito, que excluyó del término de caducidad a los actos que reconocen prestaciones periódicas, no se aplica para casos como el sub-

judice, por cuanto no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente; pues determinado está que es una prestación unitaria, que se paga en virtud de solicitud de parte y expedición de acto por parte de la entidad, dando éste fin a la actuación administrativa si queda en firme.

Igual situación acontece para el acto o los actos que niegan la sanción por mora en el pago de las cesantías consagrada en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, pues este tipo de actos de reconocimiento, liquidación y pago de la mencionada sanción es demandable ante lo contencioso administrativo, observando que las normas que en materia de caducidad de la acción señalan un término de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de su publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso.

En estas condiciones, en tratándose del acto que niega la sanción por mora generada en su pago tardío, la acción contenciosa debe presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de su notificación, siendo menester tener en cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009, que hace referencia a la suspensión del término de caducidad, al ser presentada la solicitud de conciliación judicial ante los agentes del Ministerio Público.

El Despacho observa que los actos administrativos que se pretende su declaratoria de nulidad, son los oficios 1510-1878 del 3 de noviembre de 2009, notificado el 6 de noviembre de 2009, y los emanados de la FIDUPREVISORA oficios 404 2009EE8639 01 del 26 de noviembre de 2009 y 404 2009EE90316 01 del 14 de diciembre de 2009, notificados el 27 de noviembre y 23 de diciembre de la misma anualidad respectivamente.

Respecto de los últimos dos actos enunciados, este Juzgador en consideración a la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Fiduciaria Previsora S.A., no se pronunciará, pues se reitera, en ellos no se observa decisión particular y concreta que afecte los derechos patrimoniales del accionante, aunado a que ellos no agotan vía gubernativa alguna.[...]"

- Inconforme con la decisión del *A quo*, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación a través del cual sostuvo que la sanción moratoria no es una prestación social, por lo tanto no hace parte de las prestaciones a cargo del Fondo Nacional del Magisterio, puesto que surge como consecuencia de un hecho anormal e irregular que es la mora, por ello si es posible que la Fiduprevisora S.A., como entidad responsable del pago de las cesantías se encuentre legitimada en la causa por pasiva para pagar de sus propios recursos la indemnización moratoria.

- El anterior recurso fue desatado por la Sala Transitoria de la sección segunda del **Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, quien mediante providencia de 17

de octubre de 2017²⁸ confirmó la providencia de primera instancia en los siguientes términos:

«[...]La Sala desarrollará el problema jurídico expuesto en precedencia teniendo en cuenta inicialmente que si bien según la corrección de la demanda allegada por la parte actora (fls. 39 y 40) las entidades enjuiciadas en el plenario fueron i) Municipio de Villavicencio-Secretaría de Educación Municipal, (ii) Fidurevisora S.A-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y (iii) la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

[...]

Dentro de este contexto, vale decir que las entidades antes reñacionadas son diferentes entre si, por lo que el Juez de primera instancia al haber abordado el estudio de la parte denominada FIDUPREVISORA S.A.-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y hallarla carente de legitimación en la causa, no cumplió a cabalidad con el estudio del caso de autos que le impone la administración de justicia, dado que el Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio no está representada por la mencionad fiducia, sino por la Nación-Ministerio de Educación, tal y como se desarrollo en el capítulo dedicado al marco jurídico de la Litis que nos convoca.

En este orden de ideas, debió el fallador de primer grado otorgar un trato diferenciado entre la FIDUPREVISORA S.A y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues se insite, son entes completamente distintos, siendo la segunda la legitimada en la causa para asistir a la presente controversia por conducto del Ministerio de Educación Nacional, como en efecto lo hizo.

Asi las cosas, y de acuerdo con el estudio de las normas y jurisprudencia que rigen en la materia, no hay duda alguna de la falta de legitimación en la causa de la FIDUPREVISORA S.A y del Municipio de Villavicencio – Secretaría de Educación, pues estos obran en el trámite de la prestaciones de los docentes por simple mandato legal, sin llegar a reemplazar la responsabilidad que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior no es óbice para abordar el estudio del acto administrativo expedido por el Municipio de Villavicencio – Secretaría de Educación, pues se entiende que la respuesta al derecho de petición incoado por el actor se hace por delegación del FOMAG – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de conformidad con la Ley 91 de 1989.

Establecido lo que antecede, se ahondará en el ejercicio oportuno de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que pretende la declaratoria de nulidad del oficio No 1510-1878 del 3 de noviembre de 2009, proferido por e Municipio de Villavicencio – Secretaría de Educación.

En este entendido, se precisa que por virtud del numeral segundo del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo la demanda de interponerse, dentro de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación de respectivo acto

²⁸ Visible de folios 243 a 246 del cuaderno de anexos del expediente.

demandado, ahora bien teniendo en cuenta no reposa en el expediente constancia alguna respecto del Oficio No. 1510-1878 del 3 de noviembre de 2009, pese a la obligación que impone el artículo 139 del C.C.A a la parte actora de acompañar el acto acusado con las constancias de su publicación notificación o ejecución, por tanto se tomara como tal la fecha de su expedición.

De ahí entonces que se iniciara con el computo de la caducidad el día 04 de noviembre de 2009 (día siguiente haberse proferido), por lo que inicialmente tenía como fecha máxima para la presentación de la demanda el 04 de marzo de 2010, y al haber presentado la solicitud de conciliación prejudicial el día 05 de marzo de ese mismo año, se hace evidente que cumplió con el requisito de procedibilidad por fuera del término legal establecido, y en consecuencia se encuentre acreditado el fenómeno de la caducidad de la acción.

Situación que es análoga, incluso si se torna como fecha para efectuar el conteo del término propuesto por el artículo 137 del C.C.A. la que el demandante relaciona haber sido notificado, esto es el 06 de noviembre de 2009, pues en dado caso el lapso se extendería entre el 07 siguiente hasta el 07 de marzo de 2010, esta vez si suspendería el término pero sólo por dos días, puesto que esto era lo que le restaba para la culminación del plazo total, de ahí que al celebrarse la audiencia de conciliación prejudicial el 26 de mayo de 2010 (fl. 12) contaba como fecha máxima para instaurar la acción el día 28, y según el acta individual de reparto lo hizo el día 31 de mayo de 2010 (fl.36). [...]"

De la solución planteada al caso concreto.

Una vez precisadas las actuaciones surtidas al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho cuestionado en sede de tutela por la parte actora, es necesario indicar, de primera mano, que las inconformidades planteadas por la parte actora en el escrito inicial coinciden con los cargos manifestados en el recurso de apelación que el apoderado judicial del señor José del Carmen Guerrero Rivera (Q.E.P.D) interpuso contra la providencia de 20 de abril de 2012, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio, frente a lo cual debe recordarse que el mecanismo de amparo constitucional no puede ser utilizado como una tercera instancia para reabrir discusiones jurídicas ya concluidas y resueltas por el juez natural del asunto.

Sin embargo, lo anterior no es óbice para que esta Sala de decisión no efectúe algunas precisiones tendientes a aclarar las razones por las cuales se considera que en el asunto bajo estudio no se configuró el defecto fáctico y desconocimiento del precedente alegados por la parte accionante.

Así, la Sala considera necesario efectuar unas consideraciones respecto a los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, el fenómeno de la caducidad en materia de nulidad y restablecimiento del derecho, como a continuación se hará.

Del derecho al acceso a la administración de justicia.

En concordancia con el reclamo constitucional formulado por la tutelante y en la medida en que aquel está encaminado a buscar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, debe reseñarse que, de conformidad con lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política, este último es una función pública, relacionada directamente con los fines del Estado consagrados en el artículo 2º ibídem, pues sólo en la medida en que se garantice a los integrantes del país una instancia imparcial, objetiva y efectiva encargada de la resolución pacífica de sus conflictos se puede pretender la consecución de una República Democrática y respetuosa de la dignidad humana.

Atendiendo a dicho enfoque, la administración de justicia no se quedó como un mero servicio a cargo del Estado sino que goza de otra dimensión, de naturaleza subjetiva, es decir, es un derecho fundamental radicado en cabeza de todos los habitantes del país. Al respecto, el artículo 229 de la Carta Fundamental, dispone:

«[...] Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. [...]».

A su turno, debe afirmarse que la protección previamente citada también encuentra sustento en instrumentos internacionales, en los cuales se ha consagrado el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 25 CADH – Pacto de San José). Ahora bien, el derecho al acceso a la administración de justicia no es una mera máxima dentro de nuestra Constitución, sino que encuentra contenido y significado concreto en aspectos tales como la obligación del juez de evitar pronunciamientos inhibitorios y de perseguir, dentro del marco de sus competencias, la justicia material. Al respecto, en la Sentencia C-177 de 17 de noviembre de 2005, M.P. Doctor Jaime Córdoba Triviño, se sostuvo:

«[...] Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a acceder a la justicia tiene una significación múltiple y compleja. De manera

reiterada, ha sostenido esta Corte, que el derecho a acceder a la justicia es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.

(...)

En cuanto a lo segundo, atendiendo a su importancia política, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido al acceso a la administración de justicia el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, integrándolo a su vez con el núcleo esencial del derecho al debido proceso, y relacionándolo con otros valores constitucionales como la dignidad, la igualdad y la libertad. Por virtud de tal vinculación, el acceso a la administración de justicia adquiere un amplio y complejo marco jurídico de aplicación que compromete los siguientes ámbitos: (i) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos; (ii) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (iii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas, y que ella se produzca dentro de un plazo razonable; (iv) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso. [...]».

Por su parte, en tratándose de la jurisdicción contencioso administrativa el derecho fundamental en estudio adquiere connotaciones especiales dada la naturaleza predominantemente rogada de ésta; sin embargo, todos los requisitos *formales* del derecho de acción deben ser entendidos y analizados en la medida en que con ellos se protejan derechos sustanciales de las partes, como el debido proceso. Los principios en virtud de los cuales las formas adquieren relevancia y deben ser protegidas, son los límites que el juez debe tener en cuenta al momento de determinar si es viable efectuar un análisis de fondo a la cuestión debatida, o si, por el contrario, debe declararse inhibido para emitir un pronunciamiento. No de otra manera pueden armonizarse los requisitos formales de la demanda con el derecho al acceso a la administración de justicia, artículo 229 de la C.P., y el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, artículo 228 *ibídem*.

Bajo esta ponderación precisa, entonces, el juez no debe permanecer expectante ante las actuaciones de las partes sino activar sus poderes en aras de garantizar el derecho de defensa de las mismas y proferir decisiones que resuelvan - positiva o negativamente - el asunto de fondo sometido a su consideración, superando los meros formalismos o, incluso, interpretando lo pretendido por los interesados con

el objeto, se reitera, de evitar decisiones inhibitorias cuando los supuestos del caso en concreto permiten proferir una decisión sustancial.

Del fenómeno de la caducidad.

Una de las cargas especiales que asumen quienes pretenden obtener un pronunciamiento de la jurisdicción es, precisamente, la de peticionar en tiempo, so pena, en los medios de control contenciosos, de que opere el fenómeno de la caducidad.

Respecto al fenómeno de caducidad la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante Sentencia de 8 de marzo de 2012, con ponencia del Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado No. 05001-23-31-000-2001-03577-01(1979-11) sostuvo que:

«[...] La caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, y constituye un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial [...]».

La caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual: «[...] el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia. [...]»²⁹.

²⁹ Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Específicamente, en cuanto a la acción contenciosa administrativa de reparación directa, el literal d), numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A., dispone:

«[...] La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;[...].».

Por su parte, el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 incorporó el requisito previo de la conciliación extra judicial para demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la siguiente manera:

«[...] ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

3. Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 80 de la Ley 393 de 1997.

4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.

5. Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago.

6. Cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este Código, es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente. [...].».

Al respecto cabe anotar que la solicitud de conciliación extrajudicial interrumpe el término de caducidad hasta que: i) se llegue a un acuerdo conciliatorio; ii) se expidan las constancias de que trata el artículo 2º de la Ley 640 de 2001; o, iii) transcurran tres (3) meses a partir de la presentación de la solicitud, lo que ocurra primero, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009³⁰.

En este orden de ideas y en atención a las consideraciones efectuadas hasta el momento, entonces, podemos afirmar que los derechos al acceso a la administración de justicia y al debido proceso imponen una serie de obligaciones y cargas a cumplir por parte de los interesados en llevar sus conflictos a la jurisdicción, empero, en todo caso, las formas y todos aquellos tópicos que impidan un pronunciamiento de fondo deben ser analizados de tal forma que se de prevalencia a lo sustancial y a la garantía de la consecución de la justicia real y material, so pena de incurrir, abiertamente, en denegación de justicia.

-En consecuencia, esta Sala de decisión debe limitarse, estrictamente, a revisar si en el caso *sub examine*, la corporación judicial accionada incurrió en los defectos alegados en su dimensión negativa o positiva.

Así pues, se observa que la corporación judicial acusada no incurrió en la vía de hecho alegada respecto al defecto fáctico señalado y, contrario a lo afirmado por la parte accionante, se debe señalar que no se encuentra actuación contraria a derecho en tal sentido, pues al verificar el análisis efectuado por la Sala transitoria de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se evidencia que una vez realizado el estudio normativo en cuanto a la determinación de la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tradío de las cesantías parciales en el caso de los docentes, resultaba innecesario la valoración del acto administrativo expedido por la Fiduprevisora S.A., puesto que este actúa por simple mandato legal, sin llegar a reemplazar la responsabilidad que le asiste al FOMAG.

En efecto, la sección segunda del Consejo de Estado, a través de providencia de 14 de marzo de 2016³¹, señaló que aun cuando la Fiduprevisora S.A., es la

³⁰ “(...) Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001 (...)”.

³¹ Expediente 17001233300020130062400 (1330-2014) Demandante: Daniel Osias Chica Vanegas – Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aprobar o desaprobar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, es al FOMAG a quien le corresponde a través de la Secretaría de Educación, la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone la solicitud deprecada. Sobre el asunto, específicamente, dijo:

“[...]Del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la competencia de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

[...]

No obstante lo anterior, en relación con este mismo punto, el Congreso de la República mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual en todo caso debía ser elaborado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, los cuales a la letra señalan:

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

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

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

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

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con

los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

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

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Artículo 4°.Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de

manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°.Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.”.

Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normativa vigente.

Para el Despacho, la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba.

Sin embargo, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de prestaciones sociales del magisterio, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo Fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías del actor, no surge la necesidad de vincular al ente territorial – Secretaría de Educación municipal a la presente acción, en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que resulta posible tomar una decisión de fondo, como quiera que cualquier orden que se profiera debe ser acatada por el Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sin que para ello se requiera de intervención alguna de la Secretaría de Educación del ente territorial.

[...]"

Línea jurisprudencial que fue ratificada por esta Coporación mediante sentencia de unificación SUJ-SII-012-2018 de fecha 18 de julio de 2018, en la que se estipuló lo siguiente:

"[...]116. Se precisa que en relación con los docentes oficiales, la Ley 962 de 2005 «Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos», previó en su artículo 56 que las prestaciones sociales de los afiliados al FOMAG, serán reconocidas y pagadas por dicho fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre los recursos de este patrimonio autónomo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente. [...]"

En este punto, advierte la Sala que si bien es cierto la sentencia de unificación es de fecha posterior a la providencia cuestionada, la misma deja entrever la línea pacífica que ha mantenido el Consejo de Estado, respecto a las entidades llamadas a responder en materia de reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

De esta manera, no resulta de recibo el reclamo de la accionante, máxime si se tiene en cuenta que al expediente fue aportado material probatorio que daba cuenta que mediante acto administrativo de 3 de noviembre de 2009, se le negó el pago de la sanción moratoria por la asignación tardía de las cesantías parciales, por lo que la parte actora contó con 4 meses a partir del día siguiente en que le fue comunicado el mismo, del cual se observa que tuvo conocimiento el día 6 del mismo mes y año, interrumpiéndose el término con la presentación de la solicitud de conciliación (5 de marzo de 2010), la cual fue declarada fallida el 26 de mayo de 2010, es decir, el lapso concedido feneció el 29 de mayo de la misma anualidad, mientras que la demanda fue radicada el día 31 mayo de 2010, época en que ya se encontraba extemporánea, de acuerdo al plazo establecido legalmente para ejercer el derecho de acción en este tipo de asuntos; tal como lo consideró la autoridad judicial accionada.

En vista de lo anterior, se observa que en el presente asunto no se presentó una indebida valoración probatoria o falta de apreciación de alguna de las pruebas aportadas, sino una inconformidad con el criterio de análisis empleado por la corporación judicial accionada, frente a la que el juez constitucional no puede

inmiscuirse, so pena de invadir su competencia como juez natural del proceso y romper con los principios de independencia y autonomía de las autoridades judiciales.

Así las cosas, los argumentos expuestos por el juez natural del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho resultan razonables sin que se observe la presencia de una vía de hecho, de tal forma la providencia emitida por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto al fondo del asunto está debidamente sustentada, es decir cumple rigurosamente con los estándares de motivación, en tanto se seleccionaron las fuentes normativas que se consideraron aplicables al caso, acompañando el análisis de los hechos y la jurisprudencia emitida por esta Corporación

En suma, las reglas de derecho aplicables al caso fueron razonadamente elegidas, esto es, el Tribunal dio cuenta detallada del porqué de su decisión. No hay, entonces, falta de aplicación de los preceptos llamados a orientar la decisión, ni se incurrió en una interpretación absurda o desmesurada de los criterios que orientan el trámite de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho o la normatividad aplicable en cuanto a la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantías parciales. Ahora, es claro que la simple discrepancia de criterios entre el promotor del amparo constitucional y las razones de la providencia atacada, es insuficiente para quebrar la autonomía de que goza el juez natural para tomar las decisiones de las que este es responsable desde la perspectiva penal, patrimonial y disciplinaria.

Así las cosas, bajo las precisas razones expuestas en esta providencia la Sala confirmará la decisión del *a quo*, de 19 de julio de 2018, mediante la cual negó el amparo invocado dentro de la acción de tutela presentada por la señora Fanny Hernandez de Guerrero, contra el Tribunal Administrativo del Meta, en tanto la providencia acusada no adolece del defecto fáctico y desconocimiento del precedente alegado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 18 de julio de 2018, proferida por la sección primera del Consejo de Estado, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Fanny Hernandez de Guerrero, dentro de la acción de tutela por ella promovida contra el Tribunal Administrativo del Meta, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

TERCERO: En acatamiento a las disposiciones del artículo 32 *ibídem*, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER