



Radicación relacionada: 2021-ER-281737

Bogotá, D.C., 24 de agosto de 2021

Señores  
CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C  
cegral@notificacionesrj.gov.co,secgeneral@consejodeestado.gov.co

**ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA 2021-05366**  
**ACCIONANTE: ZULMA ROCÍO ÁLAVA GONZÁLEZ, GIOVANNI MAURICIO GONZÁLEZ PINILLA, EDGAR LEONARDO ÁLAVA GONZÁLEZ Y EDGAR JACINTO ÁLAVA PEÑA**  
**ACCIONADOS: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN F**  
**VINCULADOS: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y A LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A**

Cordial saludo,

En atención al oficio proveniente de su Despacho, mediante el cual se notifica el auto que admite la acción de tutela de la referencia y da traslado del escrito de la demanda para que se dé respuesta, LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.953.861 de Bogotá, portador de la tarjeta profesional No. 145.177 del Consejo Superior de la Judicatura, representante judicial de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional**, en mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, según Resolución No. 014710 del 21 de agosto de 2018, y en ejercicio de la delegación efectuada a través de la Resolución No. 015068 del 28 de agosto de 2018 expedida por la Ministra de Educación Nacional, Representante Legal de esta entidad y como tal Representante Judicial, en virtud del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 dentro de la oportunidad legal damos contestación, en los siguientes términos:

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en este caso se circunscribe a establecer si la accionada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, seguridad social, confianza legítima y buena fe, dentro del proceso adelantado por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA – SALA DE DESCONGESTION que profirió sentencia el 19 de noviembre del 20215 dentro del proceso bajo radicado N°2011-00392, y en caso tal, se ordene “(...) *Variar la decisión de segunda instancia, ordenando el estudio y la resolución de fondo del recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia.*”.



## **IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA, AUSENCIA DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INEXISTENCIA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE**

Esta herramienta constitucional es improcedente como mecanismo principal y definitivo; toda vez, que este es un medio excepcional para la protección de los derechos fundamentales única y exclusivamente para cuando no haya otro medio procesal más idóneo o existiendo se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Así pues, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de conformidad con lo expresado en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, en el cual se enumeran las causales de improcedencia entre ellas la existencia de otros medios idóneos para la protección del derecho, ello en concordancia con el inciso 3° del artículo 86 de la Carta Política, acerca de su procedencia excepcional aun cuando existan otros medios judiciales, siempre y cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

Frente al particular, se tiene en la sentencia T225 de 1993 de la Corte Constitucional ha definido el perjuicio irremediable como el *“detrimento grave de un derecho fundamental que, en virtud de su seriedad, exige de medidas de neutralización urgentes e impostergables”* y *concretó como requisitos para su existencia los siguientes i) el carácter inminente del perjuicio ii) la urgencia de adopción de las medidas para su corrección y la iii) gravedad del daño.* ”

En respuesta a las características de subsidiariedad y residualidad de la acción de tutela, ella sólo es procedente cuando no existen medios ordinarios de defensa judicial; o cuando aun existiendo, los mismos resultan ineficaces para proteger los derechos en conflicto o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Este último evento se presenta cuando la amenaza de vulneración de un derecho fundamental es inminente y, de consolidarse, afectaría de manera grave los bienes jurídicos que se pretenden amparar, por lo que se requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su materialización. Estas condiciones –al igual que la idoneidad de los medios judiciales existentes– deben analizarse en cada caso concreto y, de no acreditarse, la acción constitucional se torna procesalmente inviable. (*Ver Corte Constitucional Sentencia T-016 de 2015*).

## **NATURALEZA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL E INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DE QUIENES LA CUMPLEN**

La actividad judicial o la administración de justicia, cuyo principal objetivo es la pacífica resolución de los conflictos generados dentro de la vida en sociedad, es una de las tareas básicas del Estado, según lo advirtieron desde tiempos remotos los pensadores de las distintas civilizaciones, y se acepta sin discusión en las sociedades contemporáneas, o al menos en todas aquellas que pudieran considerarse democráticas. La sin igual importancia de esta función es tal que las personas o funcionarios a cuyo cargo se encuentra constituyen una de las tres ramas del poder público que históricamente, pero sobre todo en las épocas más recientes, conforman los Estados. Según se ha reconocido también, la autonomía e independencia de la Rama Judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión.



Estas elementales consideraciones se encuentran presentes en la Constitución de 1991, desde su preámbulo y sus primeros artículos, en los que repetidamente se invoca la justicia como una de las finalidades del Estado y se alude a la intención de alcanzar y asegurar la vigencia de un orden social justo. Para ello, más adelante, el Título VIII de la carta política determina entonces el diseño institucional de la Rama Judicial y establece las funciones de los distintos órganos que la integran. Sobre estas bases, en años recientes esta función ha sido definida por el legislador en los siguientes términos:

**“ARTICULO 1° de la Ley 270 de 1996: ADMINISTRACION DE JUSTICIA.** *La administración de Justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”.*

A su turno, al examinar la constitucionalidad de ese precepto, la Corte ha vertido al respecto las siguientes reflexiones:

*“Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad.”* (Sentencia C-037 de 1996 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

La Corte Constitucional ha construido desde sus inicios una sólida y trascendental línea jurisprudencial en torno al concepto de la función judicial, sus características e implicaciones. A partir de su reconocida importancia para el correcto funcionamiento de la vida en sociedad, y del principio consagrado en el artículo 229 superior conforme al cual se garantiza a toda persona el derecho de acceder a la administración de justicia, como vehículo que es de la efectividad de los otros derechos, esta corporación le ha reconocido a esa prerrogativa el carácter de derecho fundamental, protegible entonces a través de la acción de tutela. (Ver a este respecto, entre muchos otros, los fallos T-006 de 1992, C-1195 de 2001, C-1027 de 2002, T-224 de 2003, T-114 de 2007 y T-117 de 2009)

De otro lado, la importancia de la función judicial y su condición de mecanismo indispensable para la vigencia de los derechos ciudadanos es también aliviada por los principales tratados internacionales de derechos humanos, que por la vía del artículo 93 superior hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Así por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene importantes disposiciones que resaltan la trascendencia de la función judicial y su necesidad dentro de



los Estados de derecho, pudiendo entre ellas citarse especialmente los artículos 9°, 10°, 14 y 15 que desarrollan las garantías relativas a la libertad y seguridad personales y a los derechos que no pueden ser restringidos frente a personas acusadas o sospechosas de la comisión de un delito. El mismo tratado atribuye a los jueces la responsabilidad de garantizar la efectividad de esos derechos y garantías.

En la misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 7°, 8° y 9° contiene también cláusulas relativas a esos mismos temas y a la labor que en relación con ellos compete a los jueces. Además, su artículo 25 establece el derecho de toda persona a contar con un recurso sencillo y rápido *ante los jueces o tribunales competentes*, que le permita defenderse de situaciones que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

Ahora bien, la gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, reconocidas y aliviadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia. Entre los primeros deben destacarse particularmente el artículo 228, según el cual las decisiones de la administración de justicia son independientes y el 230, que señala que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Y dentro de los segundos, la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8° establece que *“toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”*. (...)

La trascendencia de este mandato fue también reconocida por el legislador estatutario, que en el artículo 5° de la Ley 270 de 1996 incluyó como uno de los principios de la administración de justicia *la autonomía e independencia de la Rama Judicial*, precisando además que en desarrollo del mismo *“Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”*.

Por su parte esta corporación en la ya referida sentencia C-037 de 1996, además de resaltar que este artículo es una directa proyección de precisos mandatos constitucionales, por lo que resulta plenamente exequible, tuvo en cuenta ese principio (independencia judicial) como parámetro de constitucionalidad de las distintas instituciones desarrolladas en esta misma ley, y realizó frecuentes alusiones a él, lo que incluso condujo a la declaratoria de inexecutable o de exequibilidad condicionada de algunas de las disposiciones analizadas.

En suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia.

**EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NO ES COMPETENTE PARA ATENDER SOLICITUDES DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES A CARGO DE LAS SECRETARIAS DE EDUCACIÓN Y DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG**



El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como su nombre lo indica es un fondo que por virtud de la ley es administrado bajo la figura de patrimonio autónomo por FIDUPREVISORA S.A. y dicha fiduciaria tiene la vocería y la representación judicial y extrajudicial del fondo. FIDUPREVISORA S.A. es una empresa de economía mixta adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y supervisada por la Superfinanciera.

Por su parte, las secretarías de educación hacen parte de las administraciones territoriales y **su superior jerárquico, por mandato constitucional es el respectivo gobernador departamental o alcalde municipal.**

**EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL no es, ni representa al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-, así como tampoco tiene injerencia en las prestaciones sociales responsabilidad de dicho Patrimonio Autónomo.**

### **ENTIDADES COMPETENTES PARA RESOLVER LOS TEMAS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Es pertinente informar al Despacho Judicial, que dentro del procedimiento definido para el reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas no interviene en ningún momento ni tiene ninguna competencia o paso en alguno de los trámites para el reconocimiento y pago de las prestaciones el Ministerio de Educación, razón clara por la que cualquier DEMORA o IRREGULARIDAD en el trámite no le es imputable.

### **EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DE LA ENTIDAD TERRITORIAL (SECRETARIA DE EDUCACION) CERTIFICADA CORRESPONDIENTE, A LA QUE SE ENCUENTRE VINCULADO EL DOCENTE:**

El Decreto 1075 de 2015 modificadorio del Decreto 2831 de 2005, estableció el siguiente procedimiento:

*Artículo 2.4.4.2.3.2.2. 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:*

*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.*

*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.*

*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.*

*Prevía 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.*

*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 1o.** *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 2o.** *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.*

#### **GESTIÓN A CARGO DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA QUE ADMINISTRA EL FONDO:**

**Artículo 2.4.4.2.3.2.3. 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 2.4.4.2.3.2.4. 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.*

De la misma manera, la Ley 962 del 8 de julio del 2.005, sobre el trámite a seguir frente a la presentación de reconocimiento de prestaciones sociales ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reguló:

*"Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."*

**FIDUPREVISORA S.A. es la administradora, vocera y representante judicial y extrajudicial del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.** Dicha fiduciaria es una empresa de Economía Mixta del Orden Nacional vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y su actividad está vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Dicha entidad fiduciaria reciben **notificaciones en la calle 72 N° 10- 03 de Bogotá y [notjudicial@fiduprevisora.com.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co).**

Las disposiciones anteriormente transcritas, refuerzan aún más que no existe relación, de causalidad o vínculo entre la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, y el derecho solicitado por el accionante. El hecho de que en tratándose de prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el procedimiento de reconocimiento y pago de esta obligación, por ley se encuentra en cabeza de la Entidad Territorial certificada y de la sociedad Fiduciaria administradora del Fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de Fiducia Mercantil No. 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del Fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG bien sea por vía administrativa o vía contenciosa, incluso las condenas que se deriven de las demandas impetradas por los docentes afiliados al FOMAG.

### **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**

Teniendo en cuenta que la legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige, este Ministerio no es el responsable de la conducta cuya omisión genera la vulneración alegada, en consecuencia no tiene competencia para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela, pues los conflictos allegados a esta acción, se circunscriben a las actuaciones del Despacho Judicial, alegaciones que deben ser dirimidas de acuerdo a lo establecido en la normativa que rodea el asunto, y una vez



revisada la misma, es claro que este Ministerio de Educación no tiene injerencia en la decisión que se tome al respecto.

En consecuencia, y con lo hasta ahora señalado no es el Ministerio de Educación Nacional el llamado a responder la pretensión de la parte accionante, con ocasión a resolver el asunto objeto de la acción tutelar.

### **PETICIÓN**

Por lo anteriormente expuesto, se solicita respetuosamente, DESVINCULAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL; toda vez que lo pretendido por la accionante a través de su apoderado, en la garantía de los derechos fundamentales reclamados y demás derechos que encuentre su despacho amenazados o vulnerados, no han sido transgredidos por esta entidad.

Con el debido respeto,



**LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA**  
Jefe  
Oficina Asesora Jurídica

Folios: 8

Anexos:

Nombre anexos: Acreditaciones - MEN - Luis Gustavo Fierro Maya.pdf

Elaboró: DANIEL JOSÉ CLAVIJO CARRERA