



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales

Manizales, cinco (05) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Fallo de Tutela Núm.020	
RADICACIÓN No:	170014088006-2024-00015-00
ACCIONANTE:	ODELINDA CARDONA QUICENO
ACCIONADA:	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALDAS
VINCULADAS:	INSTITUCIÓN EDUCATIVA ENCIMADAS DE SAMANÁ GOBERNACIÓN DE CALDAS MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARTICIPANTES OPEC 183076 CONCURSO DOCENTE DE PRIMARIA COLPENSIONES FOMAG COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

1. ASUNTO

Es la ocasión para que este Despacho se pronuncie con respecto a la acción de tutela impulsada por parte de la señora **ODELINDA CARDONA QUICENO**, identificada con cédula de ciudadanía Núm. _____ misma que se adelantare en contra de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALDAS**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al **trabajo, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada**. Trámite tutelar al cual se vinculó a la **INSTITUCIÓN EDUCATIVA ENCIMADAS DE SAMANÁ, CALDAS**, a la **GOBERNACIÓN DE CALDAS**, al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** administrado por la **SOCIEDAD FIDUCIARIA FIDIPREVISORA**, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN**, a todos los participantes en el proceso de selección del “**CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS DOCENTE DEL EMPLEO DENOMINADO DOCENTE DE PRIMARIA, IDENTIFICADO CON EL CÓDIGO OPEC 183076**, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria, ubicados en la entidad territorial certificada en educación **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE**

CALDAS. Proceso de Selección Núm. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022”, y a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-.

2. HECHOS

Manifestó la señora **Odelinda Cardona Quiceno** que es docente estatal al servicio de la educación del departamento de Caldas y ha ejecutado su labor en el sector público y privado desde el 01 de febrero de 1992, siendo su último lugar de trabajo la Institución Educativa Encimadas del municipio de Samaná, Caldas, en la cual estuvo nombrada en provisionalidad definitiva, como docente oficial, nivel primaria, desde el 20 de febrero de 2018, hasta el 24 de diciembre de 2023.

Refirió que en la actualidad cuenta con 60 años de edad y ha cotizado 843 semanas en el Régimen Pensional del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y 148,29 semanas en la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, razón por la cual estima que ha completado los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas de cotización, para obtener pensión de jubilación o pensión de vejez, por lo que, considera además, que al faltarle menos de tres (3) años para consolidar el derecho pensional, se ubica en calidad de prepensionada, cobijada por la estabilidad laboral reforzada.

En ese sentido, solicitó que se tutelen los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a la Secretaría de Educación de Caldas que le permita continuar desempeñando su labor como docente de básica primaria en la Institución Educativa Encimadas, en calidad de docente prepensionada.

3. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 y los Decretos 306/92 e Inciso 3 del Numeral 1 del Art.1 del Dcto. 1382 de 2.000, por estar el domicilio de la accionante en esta capital y ser aquí donde se producen los efectos de la presunta vulneración, consideraciones por las cuales se concluye que este Despacho es competente para conocer y fallar en primera instancia la presente acción de Tutela.

4. LEGITIMACIÓN E INTERÉS DEL ACCIONANTE PARA INTERPONER LA TUTELA

Frente a la legitimación e interés para actuar, considera el Despacho que la accionante se encuentra legitimada para invocar la protección de los derechos fundamentales que estima conculcados, teniendo en cuenta que es la titular de los mismos y quien al parecer viene sufriendo los efectos de la presunta vulneración de sus garantías fundamentales por parte de la entidad accionada.

5. TRÁMITE ADELANTADO

Como la solicitud de tutela reunió los requisitos previstos en el Art. 14 del Decreto 2591 de 1.991, fue admitida por **Auto del 24 de enero de 2024**, imprimiéndose a la misma el trámite previsto en el Art. 86 de la Carta política y el citado Decreto, en cuyo cumplimiento se ordenó correr traslado de rigor a la entidad accionada, a fin que ejerciera su derecho de contradicción y defensa de tenerlo a bien.

6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1. La **FIDUPREVISORA en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-**, en respuesta a la acción de tutela, manifestó que el accionante no aportó ninguna prueba de la que se desprenda que esa entidad le está vulnerando derechos fundamentales, razón por la cual, alegó una falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto no tiene la facultad legal, administrativa ni judicial para ordenar, modificar, corregir, anular o expedir actos administrativos que reconozcan o nieguen derechos, pues, dicha facultad recae exclusivamente en los entes nominadores, en este caso, las secretarías de educación.

6.2. La **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALDAS**, emitió respuesta en la cual expuso que la señora Odelina Cardona Quiceno, laboraba como docente de básica primaria en la Institución Educativa Encimadas de Samaná, Caldas, cargo que ocupaba de manera provisional en vacante definitiva.

Manifestó que la vacante definitiva que ocupaba en provisionalidad la accionante se sometió a concurso docente, por tanto, su nombramiento se dio por terminado de

conformidad al literal b del artículo 13 del Decreto 1278 de 2002, teniendo en cuenta la lista de elegibles conformada bajo la OPEC 183076.

Indicó que pretender la permanencia en un cargo para el cual se ocupó una persona con mejor derecho (mérito), puede traer implicaciones para las finanzas de las entidades territoriales y del Ministerio de Educación, razón por la cual, es improcedente que se pretenda que el Departamento de Caldas asuma responsabilidad por aportes de los docentes afiliados al FOMAG cuando éstos pertenecen a la nación, lo que traduce que es la nación la llamada a responder en caso de que llegue a prosperar las pretensiones de la acción de tutela.

También arguyó que no se cumple con el principio de inmediatez, en tanto, la accionante conocía desde la convocatoria del proceso de selección para proveer de manera definitiva las vacantes de los empleos de Directivos Docentes y Docentes oficiales, es decir, sabía del reporte de la vacante que ocupaba en provisionalidad, desde la publicación de los acuerdos del proceso de selección en el año 2021.

Adujo que los servidores que se encuentran en provisionalidad cuentan con estabilidad relativa que cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron el concurso público de méritos. Por ello, las personas que se encuentran en provisionalidad en los cargos ofertados, no tienen derechos de carrera y sus vacantes se deben provisionar por concurso público, como sucedió en el presente caso acorde al artículo 2.4.6.3.12 del Decreto 1075 de 2015.

Dio a conocer la Circular 24 del 21 de julio de 2023 sobre la vinculación de los docentes provisionales y explicó que el mérito opera como una justificación objetiva para la remoción del cargo en provisionalidad.

Explicó que, conforme a certificación expedida por la Jefatura de Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el proceso de posesión de docente no ha culminado y hasta tanto éste no llegue a buen término, no se puede determinar cuántas plazas quedarían vacantes y así proveer las mismas.

Solicitó la vinculación del Ministerio de Educación, en tanto consideró que al salir favorable las pretensiones de la accionante, es la encargada de disponer de partidas presupuestales adicionales. Asimismo, solicitó negar la acción de tutela en su contra, al considerar que no está vulnerando ningún derecho fundamental.

6.3. EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, allegó contestación en la cual indicó que el servicio público educativo se encuentra organizado, administrado y dirigido por las Entidades Territoriales certificadas en educación, conforme los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 715 de 2001.

Indicó normatividad y jurisprudencia frente a la estabilidad laboral reforzada, a la estabilidad relativa de los empleados en provisionalidad y al ingreso al sistema por mérito, y expuso que lo solicitado no estaba dentro de las competencias del Ministerio de Educación Nacional, razón por la cual, solicitó ser desvinculado del trámite tutelar.

6.4. EL rector de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA ENCIMADAS DEL MUNICIPIO DE SAMANÁ, CALDAS, refirió que el concurso docente de méritos, fue llevado a acabo desde el año 2022 por el orden nacional, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en donde la institución no adelanta ninguna actuación y no tiene facultad de nominador o pagador, por ello, deprecó la desvinculación del trámite constitucional.

6.5. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, certificó que, una vez verificada la base de datos de la afiliada Odelina Cardona Quiceno, se tiene que cuenta con 60 años de edad, se encuentra afiliada desde el 26 de abril de 1996 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y tiene 144,57 semanas cotizadas, estableciéndose un total de 1.155,43 semanas faltantes para alcanzar el número de semanas mínimo requerido (1.300 semanas) para el reconocimiento de una pensión de vejez. Resaltó que el número de semanas objeto de análisis es la que contempla el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Señaló que la accionante, en la actualidad se encuentra inactiva en el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.

Manifestó que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas, o tratar temas que son competencia exclusiva del Juez ordinario, pues por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva en tanto lo solicitado no va dirigido a un asunto de su competencia y en ese sentido, solicitó la desvinculación del trámite tutelar.

6.6. La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-** en respuesta a la acción de tutela, expuso de entrada que existía una falta de legitimación en la causa por pasiva. Indicó que los cargos en nombramiento provisional son transitorios y la prioridad del nombramiento se encuentra en la lista de elegibles vigente.

Comunicó que el Proceso de Selección Núm. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 - Directivos Docentes y Docentes contó con la participación de 401.245 inscritos, de los cuales 70.330 aspirantes harán parte de las 2.428 listas de elegibles, para la provisión de 37.480 vacantes para todo el territorio nacional; y en este sentido, merecen sea respetada su posición en dicha lista y ocupar una vacante.

Expuso que la señora **ODELINA CARDONA QUICENO** se presentó en igual de condiciones, que el resto de los aspirantes, al Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 al empleo identificado con el código de OPEC 183076, denominado DOCENTE DE PRIMARIA, sin embargo, no superó las Pruebas de Conocimientos Específicos y pedagógicos.

Informó que el Departamento de Caldas, mediante Acuerdo 229 del 05 de mayo de 2022, reportó las vacantes definitivas a ofertar, no obstante, consideró que la señora Odelina Cardona por su propia incuria permitió el paso del tiempo, aun cuando contaba con todas las posibilidades para interponer un medio de control en el que pudiera debatir y trabar una litis ante lo contencioso.

Solicitó declarar improcedente la tutela, en tanto la listas de elegibles fueron debidamente expedidas y publicadas por parte de la CNSC y dicho acto debe ser discutido ante la Jurisdicción contencioso administrativa, debido que ya se encuentran configurados derechos adquiridos de ser nombrados en las vacantes ofertadas en el proceso de selección docente y las peticiones van encaminadas a mantenerse en su puesto de trabajo.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Adviértase en primer término, que la Constitución Nacional introdujo benéficamente la acción tutelar como mecanismo judicial, de evidente carácter residual, a fin de asegurar la efectiva y sustancial observancia de los derechos que ostentan el rasgo de fundamentalidad, tras ponderarse y tamizarse bajo diversos requisitos que permiten concebirlos de tal modo; procediendo dicha acción constitucional

exclusivamente, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa, o se utilice como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable.

7.2. Problema jurídico.

Conforme a la situación fáctica planteada, corresponde a este Juzgado establecer si, en el presente caso, la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la señora **Odelinda Cardona Quiceno**, quien solicita que se le permita continuar en su labor de docente de primaria al contar con estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionada.

7.3. De la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, la acción constitucional de tutela se perfila como una institución jurídica que permite a toda persona acudir al escenario judicial, a efectos de que, a través de un procedimiento preferente y sumario, se conjure la amenaza o agravio que la acción u omisión de autoridades públicas o particulares ha hecho cernir sobre sus derechos fundamentales; por tal razón, el mecanismo del que se habla, ha sido revestido de una naturaleza especial, en la medida en que su interposición debe verificarse oportuna y residual, esto es, cumplir con determinados requerimientos de inmediatez y subsidiariedad.

En tal virtud, no puede concebirse la tutela como una herramienta alternativa, adicional o complementaria de las establecidas por la ley para la defensa de los derechos, en tanto con ella no se pretende sustituir los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de los mismos para controvertir las decisiones que se profieran¹.

Justamente, esa condición supletiva que el ordenamiento superior le ha atribuido al recurso de amparo constitucional ha llevado a entender que tal herramienta de defensa judicial solo es procedente de manera excepcional y restrictiva, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable². Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que:

"En tanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales que, desde luego, incluyen aquellos que tienen la connotación de fundamentales,

¹ Sentencias SU-037 de 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-280 de 20 de abril de 2009; T-565 de 6 de agosto de 2009 y; T-136 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Sentencia T-608 del 27 de octubre de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

*la procedencia excepcional de la tutela se explica, en razón a la necesidad de salvaguardar el orden regular de las competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica*³.

De acuerdo con el anterior panorama, se tiene que los conflictos jurídicos relativos a derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias - jurisdiccionales y administrativas- y solo, ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es admisible acudir a la acción de amparo constitucional⁴.

Ello, por cuanto la mencionada subsidiariedad, como nota característica de la acción de tutela, no apunta a otra finalidad que la de imponer al interesado, la obligación de desplegar todo su actuar empleando los medios ordinarios de defensa dispuestos en el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Sobre esa base, se pone de relieve, entonces que, para impetrar el amparo de un derecho de rango fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios; entendiéndose, por demás, que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo constitucional.

De hecho, sobre el particular, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que este caduque, no podrá ulteriormente incoar la acción de tutela en procura de obtener la justiciabilidad de una garantía fundamental. De suerte que la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra sujeta a que se haya puesto en marcha un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración *iusfundamental* y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo⁵.

Desde esta perspectiva, tanto la Constitución Política de 1991, como el Decreto 2591 de ese mismo año, que reglamenta la acción de tutela, han determinado como su finalidad la protección inmediata de prerrogativas esenciales, premura que, en los términos en que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional, no sólo se relaciona con las medidas tuitivas que atañe adoptar al Juez de Tutela, sino también con la diligencia con que debe pretenderse el amparo, pues si transcurrido un largo período

³ Sentencia T-120 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Sentencia SU-037 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵ Sentencia SU-037 de 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

desde la ocurrencia del hecho que incide sobre las garantías del accionante, no se evidencia la existencia de algún tipo de actividad para lograr su salvaguarda, sin perjuicio de la ocurrencia de eventos que obstaculizaran dicha acción o la extensión de los efectos adversos al tiempo de su formulación, la acción no podrá prosperar.

De otra parte, el medio constitucional ostenta un carácter subsidiario o residual que lo hace improcedente en cuanto se evidencie que el petente cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para propender por la defensa de sus derechos, siempre y cuando ellos resulten idóneos y eficaces a esa tarea, lo que deberá valorarse por el Fallador atendiendo las circunstancias de cada caso; a este tenor, el artículo 6 del Decreto Reglamentario al que se ha hecho alusión, dispuso:

“Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”

En este entendido, la sola existencia de otros medios de resguardo no son suficientes para despachar desfavorablemente la solicitud de protección, pues ella puede impetrarse como medida transitoria con el objeto de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; la jurisprudencia constitucional ha decantado las características de esta figura, para dejar sentado que el perjuicio: *“(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables”*⁶.

En cuanto respecta a la inminencia, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional ha indicado que ella se refiere a la proximidad del suceso trasgresor de garantías fundamentales, no en un ámbito hipotético, sino debidamente acreditado, por el que deberán tomarse en consideraciones circunstancias como *“(i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo. En estos eventos⁷, debe mencionarse que la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado.”*⁸ Mientras tanto, la urgencia y gravedad, tienen que ver con la determinación de las medidas a adoptar conforme a la intensidad del menoscabo respecto de bienes jurídicos relevantes, circunstancias que llevan a colegir que el amparo no puede

⁶ Sentencia T-956 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ La Corte se refiere a los casos en que la acción de tutela ha sido interpuesta respecto de un acto administrativo.

⁸ Sentencia T-161 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amaris.

retardarse o postergarse, no dando así espera a lo que pudiera establecerse a partir de otros mecanismos jurisdiccionales.

Por virtud de lo anterior, debe el Juzgador Constitucional estar presto a atender las circunstancias particulares que se presentan a su conocimiento, con el fin de esclarecer si ellas satisfacen los condicionamientos a que se ven avocadas, según los criterios abordados con anterioridad.

7.4. La Estabilidad Laboral Reforzada del trabajador prepensionado, en el marco del concurso público de méritos

En primera medida cabe señalar que, la condición de trabajador o trabajadora prepensionado se predica sobre los trabajadores del sector público o privado que están próximos a pensionarse al faltarles 3 años o menos para cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez, esto es, contar con 57 años para el caso de las mujeres o 62 años para el caso de los hombres y haber cotizado al menos 1.300 semanas al Sistema General de Seguridad Social, la jurisprudencia constitucional en su sentencia T-385 de 2020, determinó los pormenores de esta figura, veamos:

“7. La Corte Constitucional ha estudiado previamente casos en los que se acude a la acción tutela para reclamar los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social, y al mínimo vital y móvil, concretamente en relación con el despido unilateral y sin justa causa de un empleado de una institución privada, que acredita la condición de pre pensionable. La Constitución consagra una protección amplia al derecho al trabajo (Arts. 25 y 53 de la CP), y dispone los principios fundamentales, entre los que se encuentra la estabilidad del empleo. En consecuencia, el derecho al trabajo es un derecho fundamental que goza de la especial salvaguarda del Estado, por lo que debe ampararse en los eventos en que se vulnere o amenace por una Entidad pública o particular.

8. La jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que se debe garantizar la estabilidad laboral de quienes acreditan la condición de pre pensionables para protegerlos frente a una posible desvinculación de sus cargos sin justa causa, por cuanto son personas vinculadas al sector público o privado que están próximas a pensionarse, al faltarles tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez: contar con 57 años de edad en el caso de las mujeres y haber cotizado al menos 1.300 semanas al Sistema General de Seguridad Social. Esto, cuando ello suponga una (i) afectación de su derecho al mínimo vital, dado que su salario y eventual pensión son la única fuente de sustento económico; y (ii) dificultad para integrarse de nuevo al mercado laboral, en razón de la edad del individuo.

9. Los pre pensionados gozan de expectativas legítimas y previsibles de adquirir la prerrogativa pensional, por lo que disfrutan de un privilegio y una protección constitucional especial frente a las demás personas. Realizar una distinción, como es proteger el derecho a la estabilidad laboral de los pre pensionados frente a los individuos que no lo son es razonable, toda vez que, a pesar de que en ambos casos se conservan expectativas y no el derecho adquirido como tal, los primeros han prestado muchos años de servicio y han dedicado gran parte de su vida al trabajo y cotizado al Sistema de Seguridad Social, por lo que tienen expectativas próximas y no lejanas frente al retiro. Así, *“la pre pensión protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez”*. Si bien para los trabajadores del sector privado no existe norma legal que establezca una protección para los pre pensionados, se deben aplicar los principios y valores constitucionales en caso de evidenciarse una vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, el

trabajo y la igualdad. De lo contrario, se presentaría un desequilibrio entre los empleados públicos y del sector privado, que, si bien pertenecen a sectores diferentes, constitucionalmente se encuentran en la misma situación y, por consiguiente, deben recibir el mismo trato.

10. Es importante aclarar que la estabilidad laboral reforzada por fuero de pre pensión solo aplica en los casos en que sea necesario mantener el vínculo laboral del trabajador, para que este pueda completar las semanas de cotización requeridas en el Régimen de Prima Media, como quiera que cuando le falten tres o menos años de cotización se vea amenazada o frustrada la expectativa legítima de acceder a la pensión de jubilación. Así cualquier aplicación de la figura por fuera del escenario fáctico referido desborda y desnaturaliza la garantía constitucional de la misma. Por ejemplo, la Sentencia SU-003 estableció que *“cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente”*. Asimismo, cuando el actor no cuenta con la edad y le faltan más de tres años de cotización para completar las 1.300 semanas que exige el Régimen de Prima Media no procede la aplicación de la protección a la estabilidad en el empleo. Por otro lado, cabe resaltar que el alcance de la protección difiere para los trabajadores afiliados en el RAIS, puesto que el reconocimiento de la prestación no está sujeta a cumplir una edad determinada ni a completar un número de semanas, sino al ahorro de un capital determinado para financiar la satisfacción, según los términos suscritos entre el trabajador y la Administradora de Fondo de Pensiones.” (Subrayado fuera de texto)

En igual sentido, el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”*, refiere que:

“Artículo 2.2.12.1.2.1 Destinatarios. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años...”

En el caso puntual de quienes se verían afectados por el concurso público de méritos para proveer las vacantes de docentes y directivos de las entidades territoriales certificadas en educación, según las convocatorias 2150 a 2237 de 2021 y 2316 a 2406 de 2022 direccionadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la circular Núm. 24 del 21 de julio de 2023 con la que se emitieron *“Orientaciones generales sobre la vinculación de los docentes provisionales”*, el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN** referenció *“los elementos a tener en cuenta para priorizar la vinculación de los docentes provisionales sin solución de continuidad, ante la terminación del nombramiento cuando concurren circunstancias de especial protección”* y precisó:

“... es correcto indicar que el artículo 2.4.6.3.10 del Decreto 1075 de 2015, reitera lo ya señalado en el Decreto Ley 1278 de 2002 e indica que el nombramiento provisional aplica para la provisión transitoria de cargos docentes que se hallen en vacancia temporal o definitiva, atendiendo los requisitos del cargo definidos en el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias Resolución 3842 del 18 de marzo de 2022, a través de acto administrativo expedido por el ente nominador.

Así mismo, establece que en los casos de las vacantes temporales, tendrán prioridad de nombramiento provisional, los miembros de la lista de elegibles vigente según su orden, cuya aceptación no los excluye de la misma; ahora si los elegibles no aceptan, la entidad territorial certificada puede nombrar una persona que cumpla los requisitos del cargo definidos en el Manual mencionado...

En concordancia de lo anterior, es correcto indicar que el artículo 2.4.6.3.10 del Decreto 1075 de 2015, reitera lo ya señalado en el Decreto Ley 1278 de 2002 e indica que el nombramiento provisional aplica para la provisión transitoria de cargos docentes que se hallen en vacancia temporal o definitiva, atendiendo los requisitos del cargo definidos en el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias Resolución 3842 del 18 de marzo de 2022, a través de acto administrativo expedido por el ente nominador. **Así mismo, establece que, en los casos de las vacantes temporales, tendrán prioridad de nombramiento provisional, los miembros de la lista de elegibles vigente según su orden, cuya aceptación no los excluye de la misma; ahora si los elegibles no aceptan, la entidad territorial certificada puede nombrar una persona que cumpla los requisitos del cargo definidos en el Manual mencionado.**

...

Considerando que las entidades territoriales certificadas en educación, deben adelantar acciones afirmativas antes de dar por terminados los nombramientos provisionales, con ocasión del nombramiento en periodo de prueba de quienes superan el proceso de selección y se ubican en posición meritatoria, en especial para los casos de especial protección, en que se debe garantizar a los docentes provisionales, en la medida de lo posible, su vinculación sin solución de continuidad, se hace necesario establecer de manera previa, un orden de protección conforme a las líneas jurisprudenciales emitidas por las altas cortes frente al particular.

En consecuencia, para efectos de establecer el orden de garantía de la estabilidad laboral reforzada cuando sea posible el traslado de los educadores, se podrá considerar el orden fijado por el sistema general de carrera administrativa establecido en el Decreto 1083 de 2015, cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, para lo cual se podrá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. (Sentencia SU-087 de 2022)**
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. (Sentencia SU-388 de 2005)**
- 3. Ostentar la condición de pre pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. (Sentencia T-055 de 2020)**
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical. (Artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000)**

...

2. Vacantes temporales Una vez agotadas las correspondientes listas de elegibles por área, de cada entidad territorial, las autoridades nominadoras y jefes de personal docente o quien haga sus veces de las entidades territoriales certificadas podrán cubrir las vacantes temporales que se generen con ocasión de las situaciones administrativas del personal vinculado, con docentes desvinculados en razón al concurso de méritos, los cuales se encuentren en alguno de los órdenes de protección previamente señalados antes de su desvinculación o cuenten con un significativo número de años de experiencia...". Negrita fuera de texto.

7.5. Caso concreto.

Resulta pertinente aterrizar la situación al contexto del caso bajo examen, para ello, es necesario indicar que la señora **Odelinda Cardona Quiceno** quien cuenta con 60 años de edad, mediante Resolución Núm. 1973-6 del 20 de febrero de 2018, fue nombrada en el cargo de docente de primaria, en provisionalidad en una vacante definitiva adscrita a la Secretaría de Educación de Caldas; no obstante, en razón al concurso público de méritos para proveer las vacantes de docentes y directivos de las entidades territoriales certificadas en educación, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se iniciaron las convocatorias 2150 a 2237 de 2021 y 2316 a 2406 de 2022, y una vez cumplidas todas las etapas del concurso de méritos, la CNSC consolidó y

publicó el listado de elegibles para el área de docente de primaria con la OPEC 183076; en ese sentido, en la plaza que había sido nombrado en provisionalidad la accionante y que se encuentra ubicada en la Institución Educativa Encimadas del municipio de Samaná, Caldas, se realizó un nombramiento en periodo de prueba a uno de los concursantes de la lista de elegibles, razón por la cual, mediante la Resolución 6794-6 del 12 de diciembre de 2023, se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad en vacante definitiva de la accionante, a partir del 25 de diciembre de 2023.

Bajo ese entendido, la accionante acudió al trámite de acción de tutela el día 24 de enero de 2024, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales, por parte de las accionadas y vinculadas, en ese sentido, esta Juzgadora procederá al estudio de fondo del caso puntual, en procura de establecer si frente a la señora **Odelinda Cardona Quiceno** se han vulnerado los derechos por ella enunciados, en tanto solicitó que se le permitiera continuar en su labor de docente de primaria al contar con estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionada, para ello, se analizarán las condiciones que deben presentarse para quien asegura ser prepensionado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Jubilación de Docentes.

Frente a la primer pretensión habrá de traerse a colación la sentencia T-055 de 2020, mediante la cual la Corte Constitucional realizó la siguiente precisión:

“4.5. Por esta razón, conforme a la regla prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, esta Corporación concluyó, en sus tempranos pronunciamientos, que para determinar si un trabajador tenía la calidad de prepensionado, había que verificar si en los tres años siguientes a la fecha de su desvinculación, lograría adquirir la edad y el mínimo requerido de semanas para acceder al derecho si estaba afiliado al RPM, u, obtendría el capital necesario para hacerse al beneficio pensional si se encontraba en el RAIS. En caso de que ello se configurara y, por supuesto, luego de valorar las condiciones en que se produce esa desvinculación, el juez constitucional debía ordenar el respectivo reintegro que, en cualquier caso, no podía extenderse más allá de la fecha de inclusión en nómina de la pensión de vejez debidamente reconocida.

4.6. Sin embargo, el alcance de esta regla fue delimitado –para quienes se encuentran afiliados al RPM– por la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia SU-003 de 2018. En esa providencia, este Tribunal se propuso resolver dos problemas jurídicos. En uno de ellos, buscaba definir si: “(...) cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”.

Al abordar de manera directa la cuestión planteada, **la Sala Plena consideró que, en tales eventos, la persona no podrá ser beneficiaria del fuero mencionado dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente y, en consecuencia, (ii) el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez** (párrafo 59). Esta interpretación se fundó en que *“la “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (...)”* (párrafo 62).

Habida cuenta de esta última consideración, estas serían las situaciones que podrían presentarse con quien asegure ser un prepensionado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida:

Contexto de la persona	Condición de prepensionado
a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.	Sí
b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.	No
c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.	Sí
d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.	No

Así se observa que, de conformidad con la postura unificada de la Corte, **solo en los supuestos a y c podrá asumirse que la persona cuenta con la condición de prepensionada**, pues allí el empleador estaría frustrándole, abiertamente, su derecho a acceder a la pensión de vejez al impedir, con el despido, que continúe efectuando las cotizaciones mínimas requeridas para tal fin.”

De esa forma, aterrizado al caso concreto, se informó tanto por la misma accionante como por Colpensiones, que la señora **Odelinda Cardona Quiceno** cotizó un total de 148.29 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- administrado por Colpensiones desde el 26 de abril de 1996, sin embargo, en la actualidad se encuentra inactiva y cuenta con 60 años de edad, veamos:

De lo expuesto se sigue que pese a que la accionante ya superó la edad exigida para obtener la pensión de vejez en las mujeres, que corresponde a 57 años, le faltan más de 3 (tres) años de cotización para completar las 1.300 semanas que exige el Régimen de Prima Media, razón por la cual, no procede la aplicación de la protección a la estabilidad en el empleo de docente, adscrito a la Secretaría de Educación de Caldas que invoca, para más claridad, veamos la situación de la señora **Odelinda Cardona Quiceno** en el siguiente recuadro:

Contexto de la señora Odelinda Cardona Quiceno	Condición de prepensionada de la señora Odelinda Cardona Quiceno
a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.	No
b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.	No

c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.	No
d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.	No

Si bien es cierto la accionante no solicitó que se mantuviera su nombramiento puntualmente en la Institución Educativa Encimadas del municipio de Samaná, Caldas, sí invocó que se mantuviera su nombramiento como docente de primaria adscrita a la Secretaría de Educación de Caldas, ello, aduciendo una estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionada, la cual, conforme a lo reseñado por la Corte Constitucional, no se cumple en el caso concreto, en tanto la demandante cuenta con 148.29 semanas de cotización al Sistema de Seguridad Social, de lo que se sigue que le quedan faltando más de tres (3) años para obtener las 1.300 semanas exigidas para la obtención de la pensión de vejez, es decir, que en este régimen no se halla en un estado de prepensión.

Ahora, en cuanto a la aseveración de la accionante, en la que advierte que en su calidad de docente es beneficiaria de la pensión de jubilación, por lo que sólo debe acreditar tener 55 años de edad y 20 años de servicio, así como también haber laborado antes del 30 de junio de 2003, esto de acuerdo a los Decretos 1278 de 2022 y 2277 de 1979 y a la Sentencia C-197 de 2003, habrá de exponerse que:

El actual Sistema General de Pensiones se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, pero, previamente existían una pluralidad de regímenes pensionales en nuestro sistema normativo y de los cuales la Corte Constitucional en la Sentencia SU-130 de 2013 realizó una breve enunciación de los principales y dentro de los cuales aún se siguen produciendo efectos jurídicos para los beneficiarios de la transición.

Por tal motivo, y respecto al régimen prestacional de los docentes, se profirió la Ley 812 de 2003 que en su artículo 81 dispone que:

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.”

Y en tal virtud se emitió el párrafo transitorio 1 del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el acto legislativo 1/2005, artículo 1, que dice:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.” Subrayado del Juzgado”.

Es decir, que esta normativa limita la aplicación de las normas pensionales respecto de la fecha de vinculación del servicio docente para la fecha de su entrada en vigencia, 27 de junio de 2003, por lo que los funcionarios afiliados con anterioridad les aplica la Ley 91 de 1989 y los con posterioridad les aplican las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Dicho lo anterior, se tiene que la señora Odelinda Cardona Quiceno comenzó su vida laboral en la docencia el 26 de abril de 1996 y de ahí ha venido de manera discontinua desempeñando labores como docente en diversas fechas e instituciones educativas de Caldas, hasta el pasado 25 de diciembre de 2023, data en la que fue desvinculada de su cargo en provisionalidad, vacante definitiva en la que se surtió el nombramiento del aspirante por concurso de méritos.

Así, claramente, aunque la accionante presenta vinculación previa al 27 de junio de 2003 como docente, en el FOMAG registra con aportes desde el 10 de marzo de 2004 tal como se aprecia en los anexos aportados, y tiene a la fecha 60 años de edad. Sin embargo, al revisar las diversas constancias de tiempos y salarios aportados por la gestora al presente trámite se observa que esta entidad dentro de su situación laboral -- y contenida en actos administrativos que se presumen legales y producen plenos efectos--, la tiene reportada con el régimen de pensiones con vigencia de la Ley 812 de 2003, como se muestra a continuación en algunos soportes:

De acuerdo con lo anterior, advierte el Despacho que el presente trámite resulta improcedente puesto que con las pruebas aportadas al interior de la acción constitucional no es posible concluir con certeza cual es el régimen pensional aplicable a la gestora, lo que limita examinar el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la calidad de prepensionada que no sólo se circunscribe a la época de vinculación o a la edad, sino también del tiempo cotizado como factor determinante para establecer la calidad de prepensionada.

Así, las circunstancias expuestas, limitan el estudio de esta juez constitucional frente a la verificación de los requisitos de cada uno de los regímenes pensionales que le puedan aplicar a la actora para determinar si es o no prepensionada, es decir, tanto la pensión de jubilación como el régimen de prima media -RPM- administrado por Colpensiones, puesto que hacerlo implicaría el reconocimiento de derechos pensionales futuros e inciertos, generando en la actora una expectativa pensional que no corresponde al juez constitucional dado que la competencia emanada de las autoridades administrativas y judiciales correspondientes, como lo son la Secretaría de Educación Departamental, el FOMAG y la FIDUPREVISORA o los jueces administrativos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Conforme al análisis realizado se tiene que no resulta posible estudiar la estabilidad laboral alegada bajo la circunstancia de prepensionada, en igual sentido, la Comisión Nacional del Servicio Civil, informó que la señora **Odelinda Cardona Quiceno**, conocía desde el año 2022 que el cargo en provisionalidad que ella ocupaba en vacante definitiva, adscrita a la Secretaría de Educación, se encontraba ofertado en el concurso docente, al punto que la accionante se inscribió en el proceso de selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, al empleo identificado con el código de OPEC 183076, denominado DOCENTE DE PRIMARIA; sin embargo, expuso que no superó las Pruebas de Conocimientos Específicos y pedagógicos.

Teniendo en cuenta que no se probó la circunstancia de estabilidad laboral por ser un sujeto de especial protección constitucional en razón a su condición de prepensión, resulta pertinente traer a colación que la estabilidad laboral del docente en un cargo de provisionalidad no era absoluta, bajo el entendido que el mismo acto administrativo que dio por terminada su relación laboral, argumentó que su nombramiento en provisionalidad estaba supeditado hasta cuando se proviera el cargo en período de prueba o en propiedad, lo cual efectivamente aconteció en razón a que la persona que concursó dentro del proceso de selección 2150 a 2237 de 2021 y 2316 a 2406 de 2022 ofertado a través de la CNSC, en el área de docente de primaria con la OPEC 183076, fue nombrada

en periodo de prueba al haber superado los requisitos de mérito, en igual sentido, mal haría esta judicial en brindar una orden relacionada con un nombramiento en provisionalidad en otra plaza diferente, en tanto, no solo quedó claro que la lista de elegibles continúa vigente y existen más personas a la espera de plaza, que cargos existentes, sino que además las personas que se encuentren en nombramiento en provisionalidad aún, cuentan con derechos iguales a los del ahora accionante.

Este Juzgado no denota ninguna razón para inmiscuirse en un trámite que de igual forma debe ser zanjado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la cual, el accionante podrá alegar medidas cautelares de así requerirlo, lo que adquiere mayor relevancia, como en un inicio se destacó, en tratándose de concursos de méritos, pues, en punto a las garantías fundamentales de la concursante; tampoco se probó ante el Despacho ninguna condición que permitiera concluir que para el demandante se cernía la configuración de un perjuicio irremediable, pues, inclusive, se está discutiendo una decisión de la administración que cuenta con presunción de legalidad y que al no haberse demostrado la causación de un perjuicio irremediable, no puede ampararse por la vía de la acción de tutela.

En conclusión, no se encuentra acreditada la vulneración a derechos fundamentales de la señora **Odelinda Cardona Quiceno**, y en ese sentido, a través de esta acción constitucional no se accederá a la pretensión por ella invocada, todo ello, conforme a los motivos expuestos en este proveído.

En razón y mérito de lo expuesto, el **Juzgado Sexto Penal Municipal de Manizales, Caldas, (Con funciones de control de garantías)**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

7. RESUELVE:

Primero: Negar por improcedente los derechos fundamentales invocados por la señora **Odelinda Cardona Quiceno**, misma que se adelantare en contra de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALDAS**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Segundo: Ordenar a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** en acuerdo con la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALDAS** notificar la presente sentencia de tutela a **todos los participantes** en el proceso de selección del **“CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS DOCENTE DEL EMPLEO DENOMINADO**

DOCENTE DE PRIMARIA, IDENTIFICADO CON EL CÓDIGO OPEC 183076, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria, ubicados en la entidad territorial certificada en educación SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS. Proceso de Selección Núm. 2150 a 2237 de 2021, 2316 a 2406 de 2022, notificación de la cual deberán rendir informe a este Juzgado.

Tercero: Notificar en debida forma esta decisión a las partes intervinientes por el medio más eficaz, advirtiéndole que puede ser **impugnada** dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la decisión.

Tercero: Remitir el proceso ante la **Corte Constitucional**, para su eventual revisión, en caso de no ser objeto de impugnación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA CONSTANZA MENDIETA CAÑAS
Juez