

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL MANIZALES CALDAS

Catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Sentencia: No. 079
Proceso: ACCIÓN DE TUTELA
Accionante: MARIA ESTELLA BETANCUR GUEVARA C.C. 25.058.696
Apoderado: IVAN ALEJANDRO MONTES VALENCIA
Accionados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS
Rad: 17001-40-03-012-2024-00181-00

I. OBJETO DE LA DECISIÓN.

Se resuelve en sede de esta instancia la acción de tutela de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1. Solicitud de tutela.

La señora MARIA ESTELLA BETANCUR GUEVARA C.C 25.058.696 a través de apoderado judicial, manifestó que *se desempeña* como docente en el área de primaria de la Institución Educativa Efrén Cardona Chica del municipio de Marulanda, Caldas, nombrada en provisionalidad; que es madre cabeza de hogar, pues siempre ha tenido a su cargo a dos hermanas de 61 y 65 años de edad; que el empleo representa su único ingreso y el del núcleo familiar; que sus hermanas son solteras y su esposo falleció el 23/08/1998; que cuenta con 59 años de edad, gozando de condición de prepensionada; que el 14/12/2023, mediante resolución 6966, la accionada dio por terminado su nombramiento provisional en vacante definitiva; que mediante derecho de petición solicitó su reubicación provisional, informando su condición de prepensionada y *madre cabeza de hogar*, sin embargo la solicitud fue despachada negativamente; que la desvinculación puso en riesgo su mínimo vital, pues se encuentra en una difícil situación pues no tiene otra fuente de ingresos que le permitan satisfacer sus necesidades básicas; que le deben otorgar un tratamiento preferencial antes de efectuar los nombramientos, adoptando medidas afirmativas, debiendo protegerla en virtud de su condición de especial protección constitucional, evitando un perjuicio irremediable.

2. Pretensiones.

Solicitó que se tutelaran sus derechos a la IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, MÍNIMO VITAL y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, y en

consecuencia, se ordene a la Secretaria de Educación de Caldas, su reubicación o en caso de no adoptarse esa medida, que sea vinculada nuevamente en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, al cumplir con las condiciones exigidas por la jurisprudencia para un trato preferencial.

3. Actuación Procesal.

Mediante providencia del 04/03/2024 se **ADMITIÓ** la acción, se realizaron unas vinculaciones y requerimientos de información, se dispuso su notificación y se realizaron los demás ordenamientos legales de rigor (documento 03 expediente digital).

A través de auto del 05/03/2024, se dispuso requerir a la accionante para que aportara poder especial para su representación judicial en el presente asunto o en su defecto procediera a ratificar integralmente la acción de tutela actuando en nombre propio (documento 05 expediente digital).

3.1. RESPUESTAS DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y LAS VINCULADAS

COLPENSIONES mediante memorial allegado al Despacho, inició solicitando declarar la improcedencia de la acción de tutela en su contra, pues lo solicitado no es de su competencia; que en sus bases de datos no se evidencia solicitud alguna de la accionante, por lo que esa administradora no está vulnerando derecho alguno de la accionante; que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, presentando estado actual de *TRASLADADO A OTRO FONDO*; aportó historia laboral de la accionante, aclarando que la misma es de *"carácter temporal debido a que este reporte está sujeto a revisión y verificación por parte de Colpensiones"* (documentos 09 y 10 expediente digital).

FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., informó que la accionante posee 504 semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, con el empleador COOPERATIVA MULTIACTIVA DEL MAGISTERIO y el COLEGIO LA DIVINA ENSEÑANZA; que su estado de afiliación es vigente y su última cotización fue por el periodo 2015-11; que no se evidencia reconocimiento de prestación económica dentro de ese régimen; que existe falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que respecta a esa administradora.

Culminó solicitando denegar o declarar improcedente la acción de tutela respecto a PORVENIR AFP (documento 11 expediente digital).

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** allegó respuesta (Documento 12 del expediente digital), indicando que toda vez que la pretensión de la accionante es el reconocimiento de estabilidad laboral reforzada y su reubicación laboral, sus actuaciones se encuentran ajustadas a derecho, por lo que solicita denegar o declarar improcedente la acción de tutela o en su defecto declarar la falta de legitimación en

contra de esa entidad; que el retén social tuvo origen en un proceso de renovación de la administración pública en el año 2002 y solo aplica cuando la desvinculación ocurre dentro de un proceso de reestructuración, por lo que no debe confundirse reten social con estabilidad laboral de sujetos de especial protección constitucional; que la administración debe evaluar cada caso en concreto, garantizando el acceso al empleo público del elegido; que el párrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 estableció medidas afirmativas de protección cuando la lista de elegibles este conformada con un número menor de aspirantes al número de vacantes a proveer; que es evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad, quien no ha vulnerado derechos de la accionante; que la acción de tutela es improcedente al no ser el mecanismo para debatir el acto administrativo cuyo juez natural es el juez contencioso administrativo, quien adicionalmente podrá decretar medidas cautelares, en el respectivo medio de control que sea instaurado por la interesada.

Que la competencia de esa entidad es administrar y vigilar la carrera docente; que le Ministerio de Educación Nacional en circular 24 del 21/07/2023, estableció las orientaciones generales para garantizar la vinculación sin solución de continuidad a los docentes provisionales cuando sea aplicable; que en consecuencia son las entidades certificadas en educación las competentes para adelantar las acciones afirmativas para los docentes vinculados en provisionalidad *en la medida de lo posible*, tras el nombramiento en periodo de prueba de quienes se encuentren en lista de elegibles, existiendo en todo caso la posibilidad que si agotadas las acciones afirmativas sin que se pudiese mantener la vinculación del docente provisional, se procederá a la terminación de su nombramiento; que adicionalmente la circular 040 del 29/11/2023, impone que el nominador esta obligado a nombrar a quien por merito obtuvo su derecho, adoptando medidas afirmativas a favor de los sujetos de especial protección en caso que existan vacantes que lo permitan, sin embargo en el presente asunto, *la lista de elegibles que compone la oferta pública de empleo de carrera - OPEC- es mayor al número de vacantes.*

Que las listas de elegibles fueron debidamente expedidas y publicadas y dicho acto debe ser discutido ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues ya se encuentran configurados derechos adquiridos a ser nombrados en las vacantes ofertadas a quienes conforman dichas listas.

Que no existe inmediatez en la interposición de la presente acción constitucional, pues la accionante tuvo conocimiento del decreto reglamentario expedido en el 2015 y el acuerdo del proceso de selección expedido en 2021, pues han transcurrido más de 8 años desde que se confirieron facultades de reporte de vacantes definitivas al Gobernador, Alcalde o Secretario de Educación y 23 meses desde que se publicó el acuerdo del proceso de selección donde se encontraba la vacante ocupada en provisionalidad por la accionante; que la accionante por su propia incuria permitió el paso del tiempo, pudiendo haber interpuesto un medio de control y ahora pretende sacar provecho de su actuar negligente.

Que adicionalmente tampoco se acredita el requisito de subsidiariedad, pues la accionante puede acudir a los medios de control ante la jurisdicción contencioso administrativa para solucionar la controversia que plantea.

Que la provisionalidad es un mecanismo de provisión transitoria de empleos, por lo que los cargos que se encontraban ocupados en dicha modalidad debían ser ofertados en el marco de los Procesos de Selección Nos. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, lo que en efecto sucedió y estaban condicionados al proceso de selección que ahora con la emisión de listas de elegibles deben ser provistos.

Que una vez verificado el sistema SIMO, encontró 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 OPEC 183083, denominado DOCENTE DE PRIMARIA, en la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas; sin embargo, no superó las pruebas de conocimiento específicos y pedagógicos debido a que obtuvo un puntaje de 54.91 puntos de 60 aprobatorios, por lo cual fue eliminada del proceso de selección, como a continuación se evidencia:

Nivel	Opec	Carpeta	Inscripción	Estado	Valor aprobatorio	Calificación	Aprobó	Ir a la carpeta
Docente de Aula	183075	550588171	476816054	APROBADO	60	54.91	No	

Que se evidencia mala fe de la accionante quien pese a haber decidido inscribirse en el concurso de méritos, no hizo referencia a esto en el escrito de tutela y ahora que no superó las pruebas, solicita la exclusión de la vacante en la cual se encontraba vinculada; que no solo no existe vulneración al derecho a la igualdad, sino que lo que pretende la accionante es cambiar las reglas del proceso de selección por méritos.

Que el Departamento Administrativo de la Función Pública, el 29/08/2018, expidió el concepto marco 09 de 2018, respecto a la *"DESVINCLACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS"*, en la cual entre otras estableció la obligación del nominador de nombrar y posesionar a quien por mérito obtuvo un derecho prevalente; que aún así la desvinculación debe ser debidamente motivada y de ser posible se deben adoptar medidas afirmativas en favor de los provisionales que se encuentren en situaciones especiales.

Que, si bien la accionante refiere que sus hermanas dependen económicamente de ella, no se evidencian *acciones judiciales contra los progenitores*, ni que no exista en el núcleo familiar más personas que puedan acudir en su ayuda, ni que la accionante no pueda desempeñarse en otro trabajo.

Que así mismo la accionante manifiesta ostentar calidad de prepensionada, pero de las pruebas allegadas se observa que cuenta con 510 semanas, lo que impone que su afirmación no es cierta pues debe seguir cotizando aproximadamente 13 años.

Que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no es la Comisión Nacional del Servicio Civil, la competente para administrar la planta docente, lo que le corresponde exclusivamente a la autoridad nominadora.

Solicita su desvinculación del trámite constitucional al no tener competencia para pronunciarse sobre el asunto, ni tiene que ver con la presunta vulneración de derechos, siendo la entidad territorial la encargada de realizar las acciones afirmativas sobre el provisional.

Paso seguido realizó un amplio recuento jurisprudencial y de decisiones de diferentes despachos judiciales en los cuales se dio prevalencia al mérito sobre situaciones de presunta estabilidad laboral reforzada.

Culminó solicitando declarar improcedente la acción constitucional, desvincular a esa entidad del mismo y negar el amparo constitucional frente a esa entidad.

La **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS**, allegó memorial el 07/03/2024 (documento 13 expediente digital), en pronunciamiento allegado a través del Centro de Servicios Judiciales Civil y Familia de Manizales (Documento 14 expediente digital), manifestó que MARÍA ESTELLA BETANCUR GUEVARA fue nombrada en provisionalidad en vacante definitiva mediante resolución 7025-6 del 07/09/2016 como docente en el municipio de Marulanda, Caldas; que la vacante definitiva fue sometida a concurso, disponiéndose en el Decreto 1278 de 2002 que dicho tipo de nombramiento será hasta cuando se prevea el cargo en periodo de prueba o en propiedad.

Que en cumplimiento de mandatos legales y constitucionales procedió a realizar concurso de docentes para proveer vacantes definitivas, mismo que se realizó a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, concluyendo con la conformación de la lista de elegibles OPEC 183076; que debido al desarrollo del concurso docente se dio por terminado el nombramiento provisional de la accionante en la vacante definitiva.

Que se opone a las pretensiones de la accionante pues esa entidad no ha vulnerado derecho constitucional fundamental alguno de la accionante; que la ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual debe tramitar las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales; que conforme a lo anterior, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas se limita a recibir y radicar solicitudes de prestaciones sociales elevadas por docentes, siendo Fiduprevisora S.A. quien determina si se paga o no la prestación "*como lo es el presente caso*"; que la Secretaria de Educación no tiene poder decisorio sobre las prestaciones de los

docentes o administrativos, *“siendo su competencia solo la de proyectar los actos administrativos”*; que *“no puede entonces esta entidad territorial, tomar decisión alguna frente a cualquier docente sin existir pronunciamiento previo de la entidad fiduciaria quien finalmente es quien determina si se paga o no se paga una prestación lo que nos deja dentro del procedimiento actual como unos meros tramitadores sin autonomía frente a tales decisiones.”*

Que el FOMAG es una cuenta de la Nación, los docentes ostentan la calidad de empleados públicos del orden nacional, y los aportes a seguridad social de los docentes no los hace el Departamento de Caldas, sino el Ministerio de Educación, por lo que realizar cualquier tipo de cambio en estas responsabilidades, implicaría un *“riesgo jurídico brutal”*, derivando en una extralimitación de las competencias del ente territorial, rompiéndose el equilibrio de las cargas públicas, con el agravante que el Departamento de Caldas no tiene docentes a su cargo por mandato de la ley 43 de 1975.

Que la acción constitucional carece del requisito de inmediatez, ya que no se presentó dentro de un plazo razonable, pues la convocatoria del concurso de méritos por parte de la CNSC data del año 2021, misma que fue conocida por la accionante, no configurándose en consecuencia la inmediatez, pues *“es un requisito que el interesado actúe tan pronto tenga ocurrencia el hecho generador de la aparente vulneración de los derechos aducidos.”* Que *“han transcurrido varios años desde la expedición del decreto reglamentario en el cual se confieren las facultades de reporte de vacantes definitivas al Gobernador, alcalde o Secretario de Educación, 22 meses desde que se publicó el Acuerdo del Proceso de selección a partir del cual la accionante conoció el reporte de las vacantes del proceso de selección y en el cual se encuentra la vacante que ocupaba como Provisional.”*; que no se vislumbra la vulneración de derecho fundamental de la actora, pues esta *“conocía del reporte de la vacante (que ocupa en provisionalidad), desde la publicación de los Acuerdos del Proceso de Selección, esto es desde el 2021.”*

Que tampoco se acredita el principio de subsidiariedad pues *“teniendo en cuenta la existencia de un acto administrativo por el cual se da por terminado el nombramiento en vacancia definitiva de la ACCIONANTE, en la planta de personal docente de la Secretaría de Educación Departamento de Caldas, producto de la conformación de la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la accionante puede acudir a un medio de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para solucionar la controversia que plantea en su escrito de tutela.”*.

Que la vinculación mediante nombramiento provisional es una forma prevista por el ordenamiento jurídico para proveer empleos de carrera administrativa de manera transitoria, siempre y cuando el empleado cumpla con los requisitos para el cargo, por lo que implica una estabilidad precaria en el empleo, distinta a la de un educador con derechos de carrera administrativa. La duración de la vinculación provisional en

casos de vacantes temporales es hasta que se provea el empleo a través de un concurso de méritos o en algunas situaciones administrativas particulares como traslados o reintegros; que el nombramiento provisional está condicionado a la provisión definitiva del cargo, o cualquier otro motivo legítimo que cause la remoción. El artículo 13 del Decreto Ley 1278 de 2002 establece los casos en los que se deben realizar nombramientos provisionales para proveer transitoriamente empleos docentes, así como los requisitos para ser vinculado en propiedad y gozar de los derechos de carrera; que el nombramiento provisional es una forma de proveer transitoriamente empleos docentes, y en el caso de vacantes definitivas, se extiende hasta que se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso; que la Corte Constitucional ha establecido que la desvinculación de un docente nombrado en provisionalidad, no vulnera sus derechos, pues la estabilidad relativa de la que goza este, *“cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”*; que la provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pero no genera fuero de estabilidad; que el artículo 125 de la Constitución política establece *“el proceso de selección de personal mediante concurso de méritos es el único mecanismo para acceder con vocación de permanencia y de manera definitiva a un empleo de carrera administrativa”*, por lo que las vacantes ocupadas en provisionalidad, deben ser provistas por concurso, como sucedió en este caso.

Que, *“como se puede observar 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.”*

Que el decreto 1075 de 2015, estableció respecto a la terminación de nombramientos en provisionalidad que:

“Artículo 2.4.6.3.12. Terminación del nombramiento provisional. La terminación del nombramiento provisional en un cargo en vacancia definitiva se hará en los siguientes casos, mediante acto administrativo motivado que deberá ser comunicado al docente:

1. Cuando se provea el cargo por un docente, en aplicación de los criterios definidos en los numerales 1, 2, 3, 4 o 5 del artículo 2.4.6.3.9 del presente decreto.
2. Por calificación insatisfactoria del desempeño, de acuerdo con el protocolo que adopte la autoridad nominadora atendiendo criterios similares a los educadores con derechos de carrera.
3. Por imposición de sanciones disciplinarias, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.
4. Por razones de cambio de perfil del cargo o por efectos de estudios de la planta de personal, siempre y cuando el docente no cumpla con los requisitos de perfil del nuevo cargo.”

En consecuencia, esa autoridad a través de la Comisión Nacional del Estado Civil está cumpliendo con un mandato constitucional para la provisión de empleos, desprendiéndose la desvinculación de la accionante del concurso de méritos celebrados para proveer las vacantes en propiedad.

Que frente a la Circular 024-2023 del Viceministerio de Educación, la terminación del nombramiento de los docentes provisionales nombrados en cargos en vacancia

definitiva esta motivada en las causales contempladas en el Decreto 1075 de 2015, modificado por el Decreto 2105 de 2017; que el mérito opera como una causal objetiva para la remoción del cargo en provisionalidad, desechando así cualquier teoría que el despido haya sido por una causal subjetiva.

Que para este tipo de contingencias existen las cesantías, las cuales sirven para proteger al trabajador cesante; que la posesión de docentes no ha culminado y hasta tanto no sea así, no es posible determinar cuántas plazas quedaran vacantes; que, adicionalmente, debe esperarse según el número de estudiantes matriculados, cuantas plazas serán requeridas, teniendo en cuenta que a menor número de matriculados, menos recursos se asignan por el Ministerio y en consecuencia menos plazas se requieren.

Frente a la estabilidad laboral deprecada, ni de los hechos ni de las pruebas aportadas puede determinarse que la accionante cuenta con los criterios para ser beneficiaria de estabilidad laboral reforzada de madre cabeza de hogar y prepensionada, pues si bien refiere responder por sus hermanas, no prueba su manutención y el apoyo alegado; respecto a la calidad de prepensionada alegada, solo hace alusión a su edad sin exponer el número de semanas faltantes para adquirir la pensión de vejez, no existiendo criterio de especial protección constitucional para este caso.

Respecto a los requerimientos del Despacho, indicó que la accionante días previos al conocimiento de los nombramientos de docentes en concurso, elevó derecho de petición, refiriendo situaciones similares a las narradas en el escrito de tutela, mismo que fue contestado negativamente por no evidenciarse los requisitos para la estabilidad laboral reforzada solicitada; aseveró que todas las plazas docentes fueron ofertadas y aún existe lista de elegibles para la vacante de docente de básica primaria; que a la fecha existen 2 vacantes temporales idénticas o similares a las que ocupaba la accionante, pero sigue vigente la lista de elegibles con la que se están proveyendo las plazas; que las plazas que estén vacantes después de la adjudicación de cargos, se dará prevalencia a los docentes que presenten algún tipo de estabilidad laboral; que esa entidad cuenta con una lista de docentes con estabilidad laboral, pero la secretaria no tenía conocimiento de la situación de la accionante por lo que no se encontraba en dicha lista; que no dio aplicación a lo reglado en el decreto 1075 de 2015, puesto que solo hasta el final del proceso docente, esta manifestó que contaba con una situación especial.

En consecuencia, solicita declarar que esa Secretaría no ha vulnerado derechos fundamentales de la accionante, y en consecuencia se declare la improcedencia de la acción.

FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, allegó pronunciamiento (documento 15 expediente digital), en el que en síntesis refirió que no es el ente nominador y su función se limita a administrar los

recursos referentes a la prestaciones sociales de los docentes adscritos al magisterio, siendo todas sus acciones respaldadas en actos administrativos provenientes de las Secretarías de educación a nivel nacional; que en consecuencia existe falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no posee vínculos laborales con los docentes y no pueden proferir actos administrativos que reconozcan factores económicos, ni cuentan con información de los docente, pues el empleador de los mismos es el ente territorial; que existen mecanismos judiciales ordinarios para cuestionar la legalidad del acto administrativo debatido; que existe falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que a esa entidad respecta, pues no se encuentra vulnerando derechos fundamentales de la actora.

Solicita declarar improcedente la acción de tutela, por falta de legitimación en la causa por pasiva; adicionalmente se declare la inexistencia de derechos fundamentales, pues existen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de los derechos invocados en esta acción.

3.2. RESPUESTA DE LA ACCIONANTE

El apoderado de la **ACCIONANTE**, mediante mensaje electrónico allegado el 05/03/2024, allegó poder especial conferido por la accionante para su representación en el presente trámite constitucional (documento 16 expediente digital).

Adicionalmente, el día 06/03/2024, aportó memorial suscrito directamente por la accionante, en el cual informó que a la fecha cuenta con 874 semanas cotizadas en los diferentes regímenes pensionales; que es madre cabeza de familia, estando conformado su hogar por sus dos hermanas de 62 y 66 años de edad, quienes dependen económicamente de su salario; que vive en casa paterna y todos sus gastos son cubiertos con el salario como docente, no teniendo bienes a su nombre; que sus ingresos como docente equivalen a \$2.900.000, de los cuales \$1.600.000 se van en alimentación, \$500.000 en servicios públicos, \$250.000 en salud, \$650.000 en vestido.

Adicionalmente informó y aportó evidencia respecto a que el derecho de petición mediante el cual solicitó a la accionada su "reubicación nombramiento provisional", fue remitido electrónicamente el día 19/10/2023.

III. CONSIDERACIONES:

1. Competencia.

A la luz de lo contemplado en el inciso 3º numeral 1 del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 en concordancia con los Decretos 2591 de 1991, 1983 de 2017 y 333 de 2021, este Despacho Judicial es el competente para conocer de esta petición, pues si bien la accionante prestaba sus servicios docentes en el municipio de Marulanda, Caldas, la entidad nominadora tiene sede principal es en el municipio de Manizales,

extendiéndose a esta última ciudad la presunta vulneración de derechos fundamentales.

2. Legitimación en la causa y procedencia de la acción de tutela.

En este caso, la señora MARÍA ESTELLA BETANCUR GUEVARA impetró mediante apoderado la acción constitucional; si bien en principio no se aportó el poder que facultaba al profesional del derecho para representarla en este trámite específico, ante el requerimiento del despacho en el auto admisorio de la acción el mismo fue allegado (documento 16 expediente digital); el profesional del derecho sustenta la acción constitucional al considerar vulnerados los derechos fundamentales de su prohijada a la *IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, MÍNIMO VITAL Y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS*, así como *la estabilidad laboral* derivada de su condición de *sujeto de especial protección como prepensionada y madre cabeza de hogar*, por lo que se establece la legitimación en la causa activa. A su vez, la Entidad convocada es la señalada por la aquella de transgredir sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta que es dicha Entidad es la nominadora y fue quien procedió con la desvinculación laboral, hecho en el que se sustenta la tutela; por último, las vinculadas, tuvieron relación o incidencia en la referida situación, y, eventualmente podrían estar involucradas en la decisión o por lo menos pueden aportar información fundamental y necesaria para la adopción de la misma, por lo que se justificó hacerlas parte del trámite constitucional.

Frente a los requisitos de procedibilidad de esta acción, respecto de la inmediatez, se advierte que los hechos en los que se sustenta la acción, por lo menos en lo específico a la terminación del vínculo laboral, acaecieron el 14 de diciembre de 2023, por lo que se considera superado el requisito. En relación a la subsidiariedad, dado que la accionante está alegando su calidad de prepensionada como fundamento para ser sujeto de especial protección constitucional, analizará en el cuerpo de esta sentencia el Despacho si aquella se copia, según lo acreditado en este trámite.

Problema Jurídico.

En aras de resolver la acción de tutela presentada por la señora MARÍA ESTELLA BETANCUR GUEVARA, corresponde al Despacho dilucidar si este mecanismo es procedente para en el caso concreto; y solo si se copia el requisito de subsidiariedad, se establecerá si la accionada o alguna de las vinculadas han vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, trabajo y seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de la accionante, al ser desvinculada del cargo que venía ocupando como docente en provisionalidad pese a presuntamente ostentar presuntamente la calidad de prepensionada y madre cabeza de hogar, para gozar de una estabilidad laboral reforzada.

3. Supuestos Jurídicos.

La H. Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela procede de manera subsidiaria dado que dicho amparo no constituye un medio alternativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos en la ley o reemplazar su competencia con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, indicando en la Sentencia T-55 del año 2020, lo siguiente:

"Así, en principio, la Corporación ha estimado que la acción de tutela no procede cuando con su interposición se pretenda el reintegro laboral del actor pues para ello el legislador previó mecanismos específicos dirigidos a que el juez ordinario laboral o de lo contencioso administrativo conociera de tales asuntos . Sin embargo, para el caso de quien alega tener la calidad de prepensionado, la Corte también ha sostenido que, de forma excepcional, la acción será procedente si logra demostrarse que con la desvinculación se pone en riesgo su mínimo vital por las dificultades que le acarrearía obtener su sustento y el de su familia . Esta circunstancia, acompañada de otras como la edad del tutelante, las condiciones particulares de su núcleo familiar, su salud e, incluso, el tiempo que tardaría el medio de defensa judicial del que dispone en resolver sus pretensiones, permitirán evaluar su eficacia .

La Sala estima que, en principio, correspondería a los accionantes acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que en ese escenario se analice la validez de la terminación de los contratos de obra o labor que habían suscrito con el accionado. Esto por mandato expreso del artículo segundo –numeral primero– del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y porque la vinculación laboral de los trabajadores se dio con una empresa de servicios públicos mixta que, por disposición de los artículos 461 –inciso segundo– del Código de Comercio y 32 de la Ley 142 de 1994 , se encuentra sujeta a un régimen de derecho privado .

Este proceso ordinario, por revestir de un mayor grado de complejidad en el desarrollo de sus etapas, dada la naturaleza de los asuntos que debe resolver, toma un tiempo mayor al que se destina en la resolución de una tutela. No obstante, ello no lo hace ineficaz per se , pues habrá ocasiones en que, para el demandante, por las condiciones en que se encuentra, sea soportable esa espera. Debe tenerse en cuenta que el tiempo de duración de aquellos procesos en todo el territorio nacional, según estudio realizado por el Consejo Superior de la Judicatura , es, en promedio, de 366 días corrientes en la primera instancia y de 168 en la segunda".

De la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos en provisionalidad.

En Sentencia T-063 de 2022, la H. Corte Constitucional respecto a la referida estabilidad laboral relativa de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad manifestó:

"(...) Tratándose de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que **"la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos."**⁴ Sobre este punto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte señaló que:

"la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente."

Sin embargo, teniendo en cuenta que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden haber sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, o personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, la Corte ha reconocido que "antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento."⁵ En esta dirección, en sentencia SU-917 de 2010, esta Corporación precisó que "la vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional."

A modo de conclusión, tal como se reiteró en las Sentencias T-373 de 2017 y T-464 de 2019, **en aquellos casos en los que surge, con fundamento en el principio del mérito, la obligación de nombrar de la lista de elegibles a la persona que superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o**

sensoriales y pre pensionados, las entidades deben proceder con especial cuidado antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, (dispuestas en la constitución art. 13 numeral 3º, y en la materialización del principio de solidaridad social -art. 95 íbidem-),6 relativas a su reubicación, y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento".
(Énfasis propio).

De la normativa dirigida a la protección de quienes se encuentra en condición de prepensionalidad.

Mediante la ley 2040 de 2020, se establecieron medidas para *impulsar el empleo de las personas adultas mayores que no gozan de pensión*, definió la condición de prepensionado y su consecuencia así:

"ARTÍCULO 8o. PROTECCIÓN EN CASO DE REESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA O PROVISIÓN DEFINITIVA DE CARGOS. Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional." (Énfasis propio).

A su vez el artículo 2 del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021 mediante el cual "se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados", establece:

"Artículo 2. Adicionar el artículo 2.2.12.1.2.4 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 2.2.12.1.2.4. Provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito. Para el caso de la provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito de servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional que les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, se deberá tener en cuenta lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

El referido parágrafo del artículo 263 de la ley 1955 de 2019, estableció:

"PARÁGRAFO 2o. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el

derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada. (Énfasis propio).

En línea, el artículo 3 del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021 previamente citado, dispuso:

"Artículo 3. Adicionar el artículo 2.2.12.1.2.5 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

ARTÍCULO 2.2.12.1.2.5. De la reubicación para los servidores públicos prepensionados. En cumplimiento de la protección especial en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, los servidores públicos que les falten (3) tres años o menos para obtener la pensión de jubilación o vejez y no puedan continuar en el ejercicio de su cargo por razones de reestructuración o provisión definitiva, deberán ser reubicados como lo señala el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 hasta tanto cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 2.2.12.1.2.2.

De la regulación de la terminación de los nombramientos de docentes provisionales.

El decreto 1075 de 2015, en su artículo 2.4.6.3.12, especialmente lo dispuesto en el parágrafo segundo del mismo que establece:

"PARÁGRAFO 2. Antes de dar por terminado el nombramiento provisional por alguno de los criterios definidos en el numeral 1 del presente artículo y de existir otra vacante definitiva de docente de aula o docente orientador, la autoridad nominadora hará de inmediato el traslado del docente provisional a una nueva vacante definitiva sin consultar el aplicativo de que trata el artículo 2.4.6.3.11 del presente decreto. Este traslado debe garantizar la vinculación del docente provisional sin solución de continuidad." (Negrilla fuera del texto).

El Ministerio de Educación Nacional expidió la circular número 24 del 21 de julio de 2023, a través de la cual dio pautas sobre la vinculación de docentes provisionales, dentro de la cual entre otras dispuso:

"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)

Es pertinente aclarar que para hacerse efectiva la estabilidad laboral de los órdenes relacionados anteriormente, las entidades territoriales podrán tener en cuenta las reglas señaladas en el artículo 2.2.12.1.2.2. del Decreto 1083 de 2015 que establecen el trámite para la acreditación de las causales de protección.

De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 2.4.6.3.12. del Decreto 1075 de 2015, antes de darse por terminado el nombramiento provisional por alguno de los criterios definidos en el citado artículo, **la autoridad nominadora de la entidad territorial certificada verificará si existe una vacante definitiva de docente de aula o docente orientador y en caso de su disponibilidad, de manera inmediata la ETC hará el traslado del docente provisional a dicha vacante definitiva, para con ello garantizar la vinculación del docente provisional sin solución de continuidad y prestar el servicio educativo de manera oportuna.** En este sentido, se dan las siguientes orientaciones:

- a) Verificar si hay una vacante definitiva del mismo perfil de docente de aula a la cual se pueda trasladar el docente provisional antes de dar por terminado su nombramiento.
- b) Si hay una vacante definitiva en otro cargo de docente de aula y si el docente provisional cumple el perfil de dicho cargo, atendiendo los requisitos de formación exigidos por el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias de que trata la Resolución 3842 de 2022, se trasladará el docente provisional sin solución de continuidad.
- c) Si el docente de carrera que llega a ocupar la vacante del docente provisional, por las causales 1 a 4 señaladas en el artículo 2.4.6.3.9. del Decreto 1075 de 2015, genera la vacante definitiva de su cargo en la institución educativa de origen y se mantiene el perfil del mismo, se debe trasladar el docente provisional sin solución de continuidad, siempre que corresponda a la jurisdicción de la misma entidad territorial.

Para dar aplicación a lo antes referido por parte de los Gobernadores, Alcaldes, Secretarios de Educación de Entidades Territoriales Certificadas en Educación, Jefes de Personal Docente de las Secretarías de Educación o quien haga sus

veces, es pertinente tener en cuenta lo expuesto en la Sentencia SU- 087 de 2022 de la Corte Constitucional, la cual indicó lo siguiente:

"(...) para determinar si una persona es beneficiaria o no de la garantía de estabilidad laboral reforzada no es perentoria la existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral. Esta Corporación ha concluido que la protección depende de tres supuestos: (i) que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades; (ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido; y (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación"

Una vez agotado todo lo anterior, y se identifique que no fue posible mantener la vinculación del docente provisional, mediante acto administrativo motivado se procederá a la terminación del nombramiento provisional. La efectividad de la terminación del nombramiento provisional será la fecha en que el docente con derechos de carrera o el elegible nombrado en periodo de prueba asuma efectivamente las funciones del cargo. (...)

4. CASO CONCRETO:

El apoderado de la accionante dentro del escrito tutelar refirió "mi prohijada tiene 59 años de edad y se encuentra cotizando al Sistema General de Seguridad Social, por lo cual goza de estabilidad laboral reforzada en su condición de prepensionada", aseveración idéntica a la realizada en la petición dirigida a la accionada, en la cual su reubicación laboral ante la eventual desvinculación por el concurso docente de méritos.

Dentro del escrito tutelar no se realizó argumentación o alusión, respecto al número de semanas cotizadas a la fecha por la accionante, con el fin de acreditar su calidad de prepensionada; sin embargo, dentro de los anexos de la acción aportó imágenes de la historia laboral consolidada de la accionante emitida por AFP PORVENIR, así:



Adicionalmente, aportó *FORMATO UNICO PARA LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE HISTORIA CONSECUTIVO NO. 68* del FOMAG, en el que se certifica respecto a los tiempos de cotización prestacional de la accionante:

VI. PREVISIÓN SOCIAL		
FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL AL CUAL PERTENECE	COMIENZA	FINALIZA
Fondo Prestacional del Magisterio	13/09/2016	24/12/2023

Y, en el escrito mediante el cual la accionante dio respuesta a algunos de los requerimientos que le realizó el Despacho en el auto admisorio de la acción tutelar, refirió expresamente (documento 17 expediente digital):

Yo Maria Estella Betancur Guevara identificada con cedula de ciudadanía 25058696 de Riosucio Caldas considero que me encuentro en condición de prepensionada porque cuento con la edad requerida y como docente, en tal sentido, tengo más de veinte años de servicio, ya que me encuentro laborando desde el año de 1.992 en concordancia con lo expuesto, me ampara la ley 812 de 2.003. A la fecha tengo 874 semanas cotizadas en los diferentes regímenes pensionales aplicados al momento de realizar las cotizaciones.

Todo lo anterior, es consecuente con las respuestas allegadas al Despacho por COLPENSIONES, AFP PORVENIR y la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE CALDAS, así:

- **COLPENSIONES** en su respuesta al Despacho informó (documento 07 expediente digital):

RESUMEN DE TIEMPOS PÚBLICOS NO COTIZADOS A COLPENSIONES

El siguiente resumen INFORMATIVO refleja los periodos laborados en el sector público y no cotizados al ISS hoy Colpensiones.

[12]Identificación Empleador	[13]Nombre o Razón Social	[14]Desde	[15]Hasta	[16]Último Salario	[17]Semanas	[18]Lic	[19]Sim	[20]Total
NO REGISTRA INFORMACIÓN								
								[21]TOTAL SEMANAS REPORTADAS:

RESUMEN TIEMPO PÚBLICO SIMULTÁNEO CON TRADICIONAL (67 - 94) Y POST 94

El siguiente resumen refleja los periodos laborados que presentan simultaneidad, es decir aquellos en los que usted prestó servicios para varios empleadores en el mismo periodo de tiempo.

[22]Desde	[23]Hasta	[24]Semanas Simultáneas
NO REGISTRA INFORMACIÓN		
		[25] TOTAL SEMANAS SIMULTÁNEAS:

[26]TOTAL SEMANAS (cotizadas[10] + reportadas tiempos públicos[21] - simultáneos[25])	6,14
---	------

- **AFP PORVENIR**, en su pronunciamiento dijo: (documento 11 expediente digital):

Me permito informar que, de acuerdo con la información obrante en el aplicativo multifondos de PORVENIR S.A la señora MARIA ESTELLA BETANCUR GUEVARA tiene 504 semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, con los empleadores COOPERATIVA MULTIACTIVA DEL MAGISTERIO para los siguientes periodos:

- La **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL** aportó el mismo *FORMATO UNICO PARA LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE HISTORIA*

CONSECUTIVO NO. 68 del FOMAG, allegado por la accionante en el que se certifica que la accionante estuvo afiliada al Fondo Prestacional del Magisterio entre el 13/09/2016 y el 24/12/2023; lo que es consecuente, adicionalmente con la certificación laboral allegada de la accionante, así (documento 14 expediente digital):



CERTIFICACION

El(la) Señor(a) **MARIA ESTELLA BETANCUR GUEVARA**, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 25058696, laboró como **DOCENTE DE AULA Grado 2A**.

MUNICIPIO: **MARULANDA**
DEPENDENCIA: **INSTITUCION EDUCATIVA EFREN CARDONA CHICA**

FECHA INGRESO: **13 de septiembre de 2016**

FECHA DE RETIRO: **24 de diciembre 2023**

SUELDO BASICO: **\$ 2.929.064**

MOTIVO DE RETIRO: **TERMINACION DEL CONTRATO**

SE EXPIDE PARA TRAMITES PERSONALES.

Manizales, 7 de marzo de 2024


CARMENZA QUINTERO TORRES
Profesional Universitario
Nómina

Elaboró: María Susana Ortiz Carvajal
msortiz@seducaldas.edu.co

En este punto y aunque no fue debidamente acreditado por la parte activa, solo en aras de establecer si eventualmente la accionante podría poseer la calidad de prepensionada que alega, se hace necesario por parte del Despacho establecer el número de semanas correspondiente al periodo en el cual la accionante estuvo afiliada al Fondo Prestacional del Magisterio, que según el *FORMATO UNICO PARA LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE HISTORIA CONSECUTIVO NO. 68* del FOMAG, fue entre el 13/09/2016 y el 24/12/2023; el anterior periodo de tiempo equivale a 2658 días, cifra que dividida entre el número de días que posee una semana (7), da como resultado 379, correspondiendo este último número a las semanas que la accionante tiene como afiliada a dicho fondo previsional.

Ahora, procede sumar las semanas certificadas por COLPENSIONES, AFP PORVENIR y las correspondientes al Fondo Prestacional del Magisterio, para establecer el número total de semanas cotizadas que posee actualmente la accionante, así:

FONDO / ENTIDAD	# SEMANAS
COOLPENSIONES	6,14
AFP PORVENIR	504
FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO:	379
TOTAL SEMANAS:	889,14

En conclusión; el Despacho, con los insumos que posee, a lo sumo logra evidenciar que la accionante tendría un número probable de semanas cotizadas equivalente a **889,14**.

Al respecto, la accionante en el memorial que da respuesta parcial a los requerimientos que el Despacho le realizó en el auto admisorio de la demanda, donde refiere 974 semanas cotizadas para pensión (documento 17 expediente digital), escuetamente refiere estar amparada por la ley 812 de 2003, sin explicitar las razones de ello; al parecer, por lo indicado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, Sección Segunda¹, en la cual estableció:

a) En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b) Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

(...)

- En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo...*

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. 66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-014-CE-S2 - 2019. Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-17).

según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

✓ Edad: 55 años Tiempo de servicios: 20 años Tasa de remplazo: 75% Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. [Resalta la Sala]"

Para este Despacho Judicial, si admitimos lo que afirma la accionante que la "ampara la ley 812 de 2003", significaría que le aplicaría el régimen pensional de prima media de la ley 100 de 1993 (inclusive, solo se acreditó que estuvo vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 19 de septiembre de 2016; posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003); sin evidenciarse que previo a ello ejerció como docente del Estado, pues hay cotizaciones para entidades educativas, cooperativas, desconociéndose su naturaleza privada o estatal, y, por ende, las razones por las cuáles afirma que es beneficiaria de algún régimen diverso, ni siquiera es coherente que afirme que tiene más de 20 años de servicio, cuando, las semanas cotizadas no reflejan esa situación.

Inclusive, se pregunta este Despacho si la misma accionante considera que tiene más de 20 años de servicio como docente y, acreditó poseer 59 años de edad; cuál sería entonces la razón para que, si se considera beneficiaria del régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985 (según lo atrás referido), no acude a solicitar en este momento su pensión, lo cual desvirtuaría su calidad de prepensionada, para abrirle paso a la posibilidad de pedir sin esperar su reconocimiento.

Y, por otro lado, si lo que pretende es la pensión de vejez de la ley 100/1993, no se evidencia que la accionante a la fecha cuente con el número de semanas cotizadas que le permitirían adquirir eventualmente la calidad de prepensionada, al poseer ya la edad, y, lograr, conforme el acápite normativo de esta decisión, consolidar dentro de los próximos 3 años, el resto de semanas necesarias para cumplir el segundo requisito (semanas cotizadas); pues como máximo podría cotizar alrededor de 150 semanas adicionales (dentro de los 3 años próximos), con las que no alcanzaría el mínimo.

Lo anterior para evidenciar, que no realizó mayor esfuerzo argumentativo ni mucho menos probatorio la accionante o su mandatario judicial; ni tampoco logró este Despacho constitucional, por lo menos dentro de una acción tan sumaria y expedita como es la tutela, verificar la calidad de prepensionada de la accionante; ni en qué basa concretamente sus argumentos; y, de considerar ser beneficiaria de algún régimen especial, no efectuó toda la argumentación fáctica y probatoria para acreditarlo.

En todo caso, le quedan las acciones legales a la parte activa para que, a través de los mecanismos ordinarios pueda petitionar su pensión, y, de ser negada, debatir ante el juez natural su derecho, pues toda la argumentación anterior no ata al mismo, quien podrá, en el marco del trámite pertinente, establecer si le asiste o no derecho, o con cuál régimen está cobijada.

Ahora, refirió además la accionante su condición de "madre cabeza de hogar", misma que invoca no como madre, si no como hermana, al referir que dos de sus hermanas, de 61 y 65 años de edad, dependen de ella.

Al respecto la H. Corte Constitucional en sentencia SU 388 de 2005 estableció las condiciones que debe acreditar una madre para ostentar la condición de cabeza de familia, indicando:

"La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar".

Visto lo anterior, lo primero es que el despacho reconoce la loable disposición de la accionante de ver por sus hermanas; sin embargo, se impone además referirle que a la luz de lo evidenciado dentro del trámite tutelar, ello por si solo no le concede la calidad de madre cabeza de familia, pues solo habría procedido en caso de haber demostrado que estas se encuentran incapacitadas para trabajar y responder por si mismas, situación que no se mencionó, ni mucho menos se comprobó; adicionalmente, la misma accionante tampoco acreditó presentar imposibilidad alguna para seguir laborando, lo que impone que aún conserva la posibilidad de obtener sus sustento y de quererlo, el de sus hermanas también.

Así las cosas, tampoco acredita las condiciones necesarias para que le fuera reconocida la condición de cabeza de familia que refiere, para invocar una protección constitucional reforzada a través de este medio.

Conforme a todo lo discurrido hasta este momento, la accionante no acreditó las condiciones necesarias para el reconocimiento de las calidades de prepensionable o de cabeza de hogar, sustento esencial para reconocerle, una protección especial y hacer procedente la estabilidad laboral que pretende; no obstante, se le advierte que podrá acudir a las acciones ordinarias que establece el legislador, para acreditarle al juez natural (administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, o el que estime pertinente), los hechos que está ventilando en esta acción; e inclusive, solicitar las medidas cautelares que el CPACA dispone, de cumplirse los requisitos para ello.

Es que frente a la procedencia de la acción de tutela para que un empleado pueda solicitar el reintegro laboral, se debe reiterar lo atrás expuesto por la H. Corte Constitucional frente a que no cualquier controversia que surja en torno al derecho constitucional al trabajo es tutelable, ya que el ordenamiento jurídico Colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate; pues ello implicaría desconocer el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela.

En ese sentido la acción de tutela no es el medio idóneo para buscar el reintegro de una persona que ha sido desvinculada de su trabajo, a menos que confluayan los requisitos específicos que ha establecido la misma Corte Constitucional al respecto; es decir, procede transitoriamente respecto a los sujetos que por alguna circunstancia se encuentren en condición de debilidad manifiesta, lo que como viene de verse, en el presente asunto no se demostró.

Y, con lo reseñado, no es viable afirmar que existan elementos de conocimiento suficientes que le permitan a esta funcionaria judicial considerar que el accionante haya acreditado de manera idónea que con la desvinculación laboral está corriendo riesgo su mínimo vital y el de su familia, o que tenga alguna condición específica de salud que le impida laborar y que haga excepcionalmente procedente este mecanismo constitucional, por lo tanto, deberá acudir al juez natural con sus pretensiones.

A juicio de este Juzgado, tampoco se evidencia en el presente asunto la existencia de un perjuicio irremediable, pues si bien la Corte en sentencia T-225 de 1993 definió que el dicho perjuicio se configura cuando el bien jurídicamente protegido **"se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad"**, pues la desvinculación laboral de la accionante siempre estuvo latente al ocupar un cargo en provisionalidad; e, inclusive, con las prestaciones sociales derivadas de la nueva condición (por ej. Sus cesantías y la respectiva

liquidación laboral que le corresponda), podrá suplir sus necesidades económicas básicas, en conjunto con la colaboración debida de su núcleo familiar en condiciones para laborar, mientras se reubica laboralmente, ya que precisamente esa es su intención según las pretensiones de esta misma acción.

En ese sentido, no resulta procedente esta acción.

Esta sentencia deberá notificarse a las partes por el medio más expedito, advirtiéndoseles que contra la misma es procedente el recurso de impugnación dentro de los tres días siguientes a su notificación y en caso de no ser recurrida, será enviado el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

IV. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES, CALDAS**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución.

V. FALLA

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela promovida por la señora **MARÍA ESTELLA BETANCUR GUEVARA C.C. 25.058.696**, en contra de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes en los términos del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

PARÁGRAFO PRIMERO: ORDENAR a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE CALDAS**, que proceda con la notificación de todas aquellas personas que ocupen en provisionalidad el cargo de "docente de primaria" o su equivalente, correspondientes a la entidad territorial del Departamento de Caldas, correspondientes a esa entidad territorial, publicando, además, esta decisión en su sitio web institucional y remitiendo copia de la misma a cada uno de los correos electrónicos de los vinculados. **Deberá, en el término máximo de 1 día, acreditarle a este Despacho judicial el cumplimiento de dicha notificación.**

PARÁGRAFO SEGUNDO: ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que proceda con la notificación de todos los INTEGRANTES DEL CONCURSO DE MÉRITOS que aprobaron el concurso para el cargo de "docente de primaria" o de su equivalente, dentro de los procesos de selección Nos. 2150 a 2237 de 2021 y 2316 y 2406 de 2022 para el Departamento de Caldas, incluyendo la persona que optó para el cargo de docente en la Institución Educativa Efrén Cardona Chica del municipio de Marulanda – Caldas (LORENA VILLEGAS ÁLZATE); para el efecto publicará además, esta decisión en su sitio web institucional y remitirá copia de la misma a cada uno de los correos electrónicos de los vinculados. **Deberá, en el**

término máximo de 1 día, acreditarle a este Despacho judicial el cumplimiento de dicha notificación.

PARÁGRAFO TERCERO: ORDENAR que por secretaría, se publique la presente decisión por estado al día siguiente de su proferimiento; y, en el micrositio web del Juzgado, para garantizar la notificación a los vinculados de los que no se poseen datos concretos.

TECERO: ADVERTIR que este fallo podrá ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: REMITIR este expediente a la H. Corte Constitucional para una eventual revisión del fallo de manera oportuna por Secretaría, en caso de que éste no fuere impugnado; y una vez retorne se ordena su archivo, si no existen pronunciamientos que acatar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica

**DIANA FERNANDA CANDAMIL ARREDONDO
LA JUEZ**

AHR

Firmado Por:

Diana Fernanda Candamil Arredondo

Juez

Juzgado Municipal

Civil 012

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cc2e994fba8b7d4b755c4a993db9a07bd01484a3f6e2bfcff3aa0adc4144de42**

Documento generado en 14/03/2024 02:21:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>