REPÚBLICA DE COLOMBIA

Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

REF: **ACCIÓN DE TUTELA No. 2024-00040**
Accionante: **AURA NELLY SANDOVAL GÓMEZ**
Accionado: **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTA**
Vinculado: **COLPENSIONES y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACA**

Procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **ACCION DE TUTELA** de la referencia.

I. ACCIONANTE

Se trata de **AURA NELLY SANDOVAL GÓMEZ**, quien actúa en defensa de sus derechos.

II. ACCIONADO

Se dirige la presente **ACCION DE TUTELA** contra **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTA** y como vinculados **COLPENSIONES y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ.**

III. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se trata del derecho al **mínimo vital, vida digna, trabajo, salud e igualdad.**

IV. OMISION ENDILGADA AL ACCIONADO

Relata que cuenta con 66 años y ha laborado al servicio del Magisterio por más de 16 años, cotizando a COLPENSIONES 118.14 semanas.

Señala que según sus cuentas y para acceder a la pensión le faltaría menos de un año, pero la Secretaría de Educación de Bogotá sin tener en cuenta su condición de pre-pensionada termina su nombramiento como provisional en la IED LA BELLEZA LOS LIBERTADORES desde el 10 de diciembre de 2023 y a la fecha no ha sido renovado.

Indica que el 27 de octubre de 2023 radicó ante la SED de Bogotá solicitud de cambio de régimen por cumplir requisitos para acceder a la pensión con 20 años de servicio y 55 de edad.

Dice que carece de recursos y rentas para su sostenimiento y supervivencia y se encuentra en tratamiento para la osteoporosis postmenopáusica.

Pide se tutelen los derechos invocados ordenando a las accionadas la reintegren al cargo que venía desempeñando sin desmejorar su condición

laboral y la mantengan vinculada a su nómina hasta tanto cumpla requisitos para obtener su pensión de jubilación.

V. TRAMITE PROCESAL

Admitida la solicitud, se ordenó notificar a las accionadas solicitándoles rendir informe sobre los hechos aducidos por la peticionaria.

Surtido el trámite de la presente acción se dictó sentencia el 19 de febrero de 2024 denegando por subsidiariedad la protección reclamada, fallo que fue impugnado por la accionante y en segunda instancia se declaró la nulidad de la sentencia a efectos de que se vinculara a la señora DIANA CAROLINA CADENA NIETO.

En obedecimiento a lo dispuesto por el Superior este despacho mediante auto del 12 de marzo de 2024 dispuso la vinculación en debida forma de la citada señora a efectos de que ejerciera su derecho de defensa.

Los intervinientes emitieron respuesta en los siguientes términos:

COLPENSIONES. Solicita su desvinculación por falta de legitimación por pasiva, dado que no es la competente para resolver las peticiones de la accionante.

SECRETARÍA DE EDUCACION DISTRITAL. Informa que la vacante que venía desempeñando la accionante fue ofertada en la Convocatoria Pública de docentes y directivos docentes 2021 y 2022 y con ocasión de ello por superar satisfactoriamente el proceso de selección del concurso de méritos adelantado, fue seleccionada y se nombró a Diana Carolina Cadena Nieto en periodo de prueba el 27 de noviembre de 2023, posesionándose el 15 de enero de 2024.

Manifiesta que la accionante ingresó a la SED en el año 2006 y se encuentra cobijada por el régimen pensional de la Ley 812 de 2003 (1300 semanas y 57 años de edad) y para tener la protección laboral reforzada de pre-pensionada debe probar más de 1150 semanas cotizadas y menos de 1300, correspondiendo a los fondos de pensiones donde cotizó que certifiquen las semanas cotizadas.

Expone que no está vulnerando los derechos de la accionante ya que la finalización de su nombramiento en provisionalidad se dio mediante acto administrativo por una causal objetiva y cuenta ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de medidas cautelares si no está de acuerdo con la decisión, por lo que no se cumple el requisito se subsidiariedad y la tutela resulta improcedente.

FIDUPREVISORA. Como vocera y administradora del FOMAG pide su desvinculación por falta de legitimación por pasiva ya que de acuerdo los soportes alegados, corresponde a la Secretaría de Educación resolver las pretensiones de la actora.

GOBERNACION DE BOYACÁ. Señala que las pretensiones de esta acción no están llamadas a prosperar respecto de la Secretaría Departamental de Educación puesto que los hechos van dirigidos a la SED de Bogotá

DIANA CAROLINA CADENA NIETO indica que trabaja en el Colegio La Belleza Los Libertadores (IED) desde el 15 de enero del año en curso donde fue vinculada en carrera a la vacante 331901 de manera transparente a través de los canales de la CNSC.

VI. PROBLEMA JURIDICO

De conformidad con los hechos expuestos y pretensiones planteadas, el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si la entidad accionada vulnera los derechos fundamentales de la accionante con la desvinculación laboral sin tener en cuenta su condición de pre-pensionada y beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada que dice tener.

VII. CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el Juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El artículo 86 de nuestra Carta magna así lo consagra; También advierte su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

Además, la tutela no procede, cuando existen otros recursos o medios de defensa judicial, así lo establece el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, al disponer que solo es viable cuando se ejercita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose como tal, sólo el que pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

Al respecto, de acuerdo con la configuración constitucional, existen dos modalidades de procedencia de la acción de tutela como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales: de una parte, como mecanismo principal, si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz al cual pueda acudir en busca del amparo requerido y, de otra parte, cuando exista otro medio de defensa judicial, la tutela actuará como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Vale la pena recalcar la naturaleza residual de la acción de tutela, en tanto que, por regla general la jurisprudencia ha dicho que la tutela es el último mecanismo de defensa, después de haber agotado todos los medios ordinarios:

"La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción

de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior" (sentencia T-480 de 2011) -Resaltado del despacho-

2. De la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional ha considerado que dicho instrumento no es, por vía general, procedente para lograr el reconocimiento de derechos laborales, dado que se trata de un derecho de carácter legal en disputa, el cual debe ser conocido por la jurisdicción competente; sin embargo, la excepción a esta regla se presenta en aquellos casos en los que sea necesario proteger los derechos respectivos como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable (Sentencia T-969/2001 MP: Jaime Araujo Rentería). (Resaltado del despacho)

En ese contexto, al estar en presencia de un perjuicio irremediable la acción de tutela opera como una medida precautelar, hasta tanto se inicie y finalice el respectivo proceso ordinario., por lo que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-1070 de 2003 definió los lineamientos jurisprudenciales a seguir, para la configuración de un perjuicio irremediable:

"(...) es importante reiterar que en múltiples oportunidades esta Corporación, ha indicado que el único perjuicio que habilita la procedencia transitoria de la acción de tutela es aquel que cumple las siguientes condiciones: (1) Se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (3) su ocurrencia es inminente; (4) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales".

Es decir, es necesario cumplir con las anteriores circunstancias descritas para que proceda la acción de tutela como un mecanismo transitorio por estar la persona en riesgo de asumir un perjuicio irremediable.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia T-385/20 precisó que se debe acreditar la afectación al mínimo vital: *"En síntesis, la Corte Constitucional ha establecido que procede la protección a la estabilidad laboral reforzada de aquellos empleados públicos y privados, que acreditan la calidad de pre pensionados, por faltarles menos de tres años para contar con 57 años en el caso de las mujeres y 62 años en el caso de los hombres, y cotizar 1.300 semanas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, siempre que su despido afecte su derecho al mínimo vital, porque el salario que devengaban era su único ingreso."*

VIII. CASO CONCRETO

En el *sub lite* lo traído a este escenario atañe al reintegro de la accionante al puesto de trabajo y hasta tanto cumpla requisitos para obtener la pensión de jubilación toda vez que ostenta la calidad de pre-pensionada.

De las pruebas allegadas queda demostrado que la accionante estaba vinculada laboralmente a la SED como docente de la IED La Belleza Los Libertadores mediante nombramiento provisional en vacante definitiva, el cual finalizó mediante acto administrativo dado que la vacante se ofertó en concurso de méritos y fue ocupada por quien alcanzó y superó las etapas del concurso.

En lo atinente a los funcionarios con nombramiento provisional, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que: "*los servidores en provisionalidad no pueden asimilarse a los funcionarios vinculados en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella se derivan, en la medida en que no se han sometido a los lineamientos que impone la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos, superar el período de prueba, entre otros. Tampoco pueden asimilarse a los servidores de libre nombramiento y remoción, ya que su vinculación no se fundamenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sustrato de los cargos de libre nombramiento y remoción, sino en la necesidad de evitar la paralización de la función pública mientras se adelantan los procedimientos ordinarios para proveerla en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, en relación con los funcionarios en provisionalidad no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción."* Sentencia T-656/11. (Resaltado del despacho)

Así mismo la Sentencia SU-556/14 consideró que "*quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por lo que debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos. Esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto por quien haya ganado el concurso o si su desvinculación se produce con anterioridad, que ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación"* (Resaltado del despacho)

De lo anterior se puede extractar que el fin de la designación de cargos con nombramiento provisional es la necesidad del servicio para dar continuidad al ejercicio normal de la administración y evitar la paralización de sus funciones, esto, hasta tanto se surta el trámite legal ordenado para proveer los cargos en carrera (concurso de mérito) o en su defecto cuando se configuren razones objetivas para su desvinculación.

En el caso, la accionante aduce ser pre-pensionada porque cuenta con 63 años y le falta menos de un año para completar 20 años de servicios para obtener la pensión conforme las disposiciones del Decreto 2277, Ley 33/1985 y Ley 71/1988. En efecto, la edad se corrobora con la copia de su documento de identidad aportada al escrito de tutela, así como el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES el cual da cuenta de 118.14 semanas, sin embargo, manifiesta la actora tener 842.2857 semanas cotizadas pero omite aportar certificación en tal sentido, sumado a que existe contradicción entre las partes frente al régimen al cual tiene derecho y/o se encuentra acogida para alcanzar el status de pensionada que aduce tener, es decir, la información aportada no ofrece certeza al despacho de que efectivamente la accionante ostente el status de pre-pensionada que arguye, y si así lo fuera, respecto de los funcionarios que ocupan cargos con nombramiento provisional, como el caso de la señora Aura Nelly, no se puede predicar la estabilidad laboral como lo establece la jurisprudencia citada, pues estos solo gozan de estabilidad

intermedia dado que su vinculación no se dio mediante el concurso de méritos y su estabilidad en el cargo va hasta tanto el mismo sea provisto por quien haya ganado el concurso, situación que fue la aquí presentada y que constituyó la causa objetiva para la finalización del vínculo laboral de la accionante.

Así las cosas, la controversia aquí planteada debe ser resuelta ante el juez natural, escenario propicio para debatir este tipo de asuntos de una manera amplia, pudiendo salir avante en sus pretensiones, y no en esta constitucional que opera de manera subsidiaria, deviniendo entonces la improcedencia de este mecanismo al contarse con otras vías para detener la presunta afectación, ya que la acción de tutela es de carácter subsidiario y no puede usarse como otra instancia más, desconociendo las distintas jurisdicciones, competencias y jueces naturales de cada caso en particular, más aun tratándose de litigios de carácter contractual, económico y legal, donde se encuentra en discusión una relación laboral que debe ser dirimido por el juez competente, por lo que resulta improcedente cuando el que se dice perjudicado tiene a su alcance otros medios de defensa judicial o cuando pretende sustituir mecanismos ordinarios de defensa que no fueron utilizados en su debido tiempo, o de los cuales aún no ha hecho uso. (Sentencia T-715 de 2005).

Por lo antes expuesto, se denegará el amparo de los derechos rogados por improcedente, teniendo en cuenta que es compete al juez natural estudiar el caso, ya que según la jurisprudencia la acción de tutela es subsidiaria en temas de índole laboral, como el que aquí nos ocupa.

IX. DECISION

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE**:

PRIMERO*:* NEGAR el amparo de los derechos deprecados por **AURA NELLY SANDOVALGÓMEZ,** por lo expuesto en precedencia**.**

SEGUNDO: ORDENAR que, por secretaría, se notifique este fallo a las partes, indicándoles que tienen tres (3) días para impugnarlo.

TERCERO: DISPONER la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo. **Ofíciese**.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ

ET

Firmado Por:

Wilson Palomo Enciso

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 012

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **1e5373447310d3ab89598b7371ea5eb777ca507b45ece2edd86d710a3c1cbf46**

Documento generado en 18/03/2024 08:47:33 a. m.

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