



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diecinueve (19) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Acción: TUTELA

Radicación: 73001-33-33-011-2024-00017-00

Accionante: NILSA HERRERA

Accionada: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA; FIDUPREVISORA

Asunto: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

I. LA ACCIÓN

Procede el despacho a emitir sentencia en primera instancia frente a la acción de la tutela, presentada por la ciudadana NILSA HERRERA, identificada con cédula de ciudadanía N° 28.627.027 de Carmen de Apicalá - Tolima, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA y FIDUPREVISORA en procura de obtener la defensa y de sus derechos fundamentales al debido proceso, vida digna, mínimo vital, salud, estabilidad laboral reforzada.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Pretende la señora NILSA HERRERA se ordene a las entidades accionadas se le garantice el derecho a la estabilidad laboral reforzada y procedan a reubicarla en un área afín como lo prevé la norma, debido a sus problemas de salud y su calidad de pre pensionada.

Solicita además se ordene la cancelación de los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho durante el tiempo que tarda en materializarse su reubicación o en su defenso el reintegro a su actividad laboral como docente.

2. Fundamentos fácticos

Los hechos que se relatan como fundamento de las pretensiones son los que a continuación se resumen:

Indica que es docente de aula, adscrita a la planta global de cargos de la Secretaría

de Educación y Cultura del Tolima, e inició sus labores el 3 de agosto de 1992, en provisionalidad, según Decreto 1019 del 30 de diciembre de 2003, actualmente asignada a la Institución Educativa Técnica Sumapaz, Sede 17 de Enero, de Melgar (Tolima), grado de escalafón 2 A.

Que padece de artrosis de rodilla sintomática y deformidad progresiva en la rodilla en varo, con diagnóstico de “gonartrosis primaria bilateral”.

Que su vinculación por haber sido antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003 quedó excluida del régimen general, y su régimen pensional es el contemplado en la Ley 33 de 1985, lo que le habilita el requisito de prepensión con dicho régimen, además por contar con 1066.96 semanas cotizadas.

Señala que nació el 5 de noviembre de 1955 y tiene 68 años, superando la edad requerida para acceder a la pensión bajo el régimen de la Ley 33 de 1985.

Informa que adelanta un proceso judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, del cual conoce el Juzgado 10° Administrativo de Ibagué, radicado 73001333301020220026000 en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya pretensión consiste en obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a que tiene derecho conforme la Ley 33 de 1985.

Añade que fue notificada de la Resolución No. 5567 del 13 de diciembre de 2023, por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se declara insubsistente su nombramiento provisional dentro de la planta global de cargos del personal docente y directivo docente de la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La solicitud de amparo constitucional fue presentada en la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué el 6 de febrero de 2024 y repartida a este Juzgado (*Folio 1, anexo 01, expediente digital*).

El mismo día se avocó conocimiento de la demanda, se ordenaron las notificaciones de rigor y se concedió a la entidad accionada el término de dos (2) días para presentar informe y ejercer su derecho de defensa y contradicción (*anexo 02, expediente digital*).

3.1 Razones de la defensa de las accionadas

3.1.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica presentó escrito¹ a través del cual manifestó que esa entidad no puede pronunciarse respecto de los hechos por tratarse de actuaciones en las que no tiene competencia.

Informó que la Comisión Nacional del Servicio Civil en el marco de sus competencias dio apertura a las Convocatorias Nos. 2150 a 2237 de 2021 – directivos

¹ Anexo 04, expediente digital.

docentes y docentes, estableciendo las condiciones específicas de las diferentes etapas del proceso de selección, así las cosas, mediante acuerdo convocó y estableció las reglas del proceso de selección para proveer los empleos en vacancia definitiva de Directivos Docentes y Docentes pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Docente, que prestan su servicio en instituciones educativas oficiales que atienden población mayoritaria de la entidad territorial certificada en educación – Procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 - Directivos Docentes y Docentes.

Señaló que de conformidad con la Ley 715 de 2001, la prestación del servicio educativo se encuentra descentralizada, por lo que lo relacionado con dirigir, planificar y prestar el servicio educativo, se encuentra a cargo de las entidades territoriales certificadas en educación.

Respecto de la desvinculación de provisionales en situaciones especiales, indicó que el 29 de agosto de 2018, el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, expidió el Concepto Marco No. 09 de 2018, mediante el cual se desarrolla el tema atinente a la “DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS”, la cual indica que independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente; es decir que, independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente.

A partir de lo explicado, invocó a su favor la falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que corresponde a la entidad territorial en el momento en que se provean las listas de elegibles, vincular al elegible titular de los derechos de carrera y realizar las acciones afirmativas que den lugar sobre el provisional.

3.1.2. Fiduprevisora S.A.

La jefe de la Gerencia Jurídica de Negocios Especiales (FOMAG) presentó escrito² a través del cual solicitó la desvinculación de esa entidad por falta de legitimación en la cusa por pasiva por considerar que se trata de una administradora de recursos públicos, que se encarga de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias, pero que en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, se suscribieron contratos para la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes, sin que ello implique que la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas sean responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A, pues para ello existe la unión temporal designada para cada región.

Informó que la accionante se encuentra en estado activo en el aplicativo interinstitucional “HOSVITAL” dispuesto por el Fomag.

² Anexo 05, expediente digital.

3.1.3. Departamento del Tolima- Secretaría de Educación

La Secretaría de Educación del Tolima presentó escrito³ a través del cual manifestó que la Ley 715 de 2001, dispone como competencia de los Departamentos frente a los municipios no certificados, en su numeral 6.2.3.: *“Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley.”*

De igual forma indicó que la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de convocatorias 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2023, convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de Directivos Docentes y Docentes pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Docente, que prestan su servicio en instituciones educativas oficiales que atienden población mayoritaria de la entidad territorial certificada en educación del Departamento del Tolima.

Frente a la terminación de los nombramientos provisionales aseveró que el artículo 2.4.6.3.12 del Decreto 2105 de 2017, establece:

a. 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.

Informó que la señora NILSA HERRERA, fue declarada insubsistente mediante resolución No. 5567 del 13 de diciembre de 2023, por el nombramiento en periodo de prueba de PAOLA ANDREA RIOBO LÓPEZ, para desempeñar el cargo de docente de aula en el área de PRIMARIA, ZONA NO RURAL, Institución Educativa Técnica SUMAPAZ, Sede 17 DE ENERO, del Municipio de MELGAR.

Planteó que aunque efectivamente a la señora NILSA HERRERA, no se le reconoció la condición de estabilidad laboral reforzada por DEBILIDAD MANIFIESTA POR PROBLEMAS DE SALUD Y CALIDAD DE PRE PENSIONADA, conforme a las circulares 024 de 2023 y 018 de 2023, y resolución 3635 del 03 de octubre de 2023, no obstante, dicho reconocimiento en el caso particular para continuar con su vinculación con la Secretaria de Educación del Tolima, estaba supeditado siempre y cuando la lista de elegibles como resultado del proceso de selección fuera menor al número de plazas ofertadas y/o empleos a proveer.

Respecto al caso señaló que el Ministerio de Educación Nacional, con el propósito de dar orientaciones generales sobre los elementos a tener en cuenta para garantizar la vinculación de los docentes provisionales cuando sea aplicable expidió la circular 024 de 2023, donde se relacionan los eventos en los cuales puede entrar a operar la estabilidad laboral reforzada por enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad de acuerdo a la sentencia SU-087 de 2022.

Informó que el hecho de que se llegare a encontrar en estabilidad laboral reforzada, esto no quiere decir que se le pueda garantizar el empleo y no se pueda nombrar a quien superó el concurso de méritos, teniendo en cuenta, que la Secretaria de Educación del Tolima, dio estricto cumplimiento a la **circular 039 de 2023**, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, a través del viceministro de educación, donde insta a gobernadores, alcaldes, secretarios de educación

³ Anexo 06, expediente digital.

territoriales, y jefes de personal de las entidades territoriales, a cumplir a cabalidad dicha circular donde establece lo siguiente:

CUANDO LA LISTA DE ELEGIBLES ELABORADA COMO RESULTADO DE UN PROCESO DE SELECCION ESTE CONFORMADO POR UN NUMERO MENOR DE ASPIRANTES AL DE EMPLEOS OFERTADOS A PROVEER , LA ADMINISTRACION , ANTES DE EFECTUAR LOS RESPECTIVOS NOMBRAMIENTOS EN PERIODO DE PRUEBA, Y RETIRAR DEL SERVICIO A LOS PROVISIONALES DEBEN TENER EN CUENTA, EL SIGUIENTE ORDEN DE PROTECCION GENERADO:

- 1. EMFERMEDAD CATASTROFICA O DISPACACIDAD*
- 2. ACREDITAR CONDICION DE PADRE O MADRE CABEZA DE FAMILIA SEGUN LA JURISPRUDENCIA*
- 3. OSTENTAR LA CALIDAD DE PREPENSIONADO DE ACUERDO A LA S NORMAS VIGENTES Y LA JURISPRUDENCIA*
- 4. TENER LA CONDICION DE EMPLEADO AMPARADO CON FUERO SINDICAL*

En cuanto a otra plaza vacante en la planta global de cargos de la Secretaría de Educación del Tolima, donde se pueda ubicar la docente NILSA HERRERA, manifestó que como resultado del concurso de méritos proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022, según acuerdo No 233 del 05 de mayo de 2022, adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Secretaría de Educación del Tolima, remitió la información de las vacantes definitivas caracterizadas como rurales y no rurales a la Comisión, por tanto, no es posible ubicar a la accionante en un cargo de carrera de la planta global de docentes del Departamento del Tolima, que se encuentre disponible para traslado, dado que, las plazas vacantes de carrera en el Departamento del Tolima, actualmente están siendo suplidas a través del concurso de méritos proceso de selección No 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022 directivos docentes y docentes.

Señaló que el acto de insubsistencia se encuentra suficientemente motivado, máxime que la Secretaria de Educación del Tolima, mediante circular 218 del 14 de agosto de 2023, solicitó a los docentes quienes creyeran las condiciones establecidas en la precitada circular, “*Estabilidad Laboral por debilidad manifiesta salud, pre pensionados, mujeres gestantes, padre- madre cabeza de familia y/o fuero sindical*”, la inscripción al link <https://bit.ly/ELR2023> y el aportar la documentación que demostrara la condición por el término del 14 al 24 de agosto de 2023, en virtud de ello, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, verificó y estudio los documentos aportados por los docentes a través del link, y emitió Resolución No. 3635 de 2023, dentro de la cual no se encontraba la docente NILSA HERRERA, como aprobada para Estabilidad Laboral Reforzada por debilidad manifiesta salud y calidad de pre pensionada.

Expresó que la docente no reunió los requisitos de la circular 218 del 14 de agosto de 2023, por no aportar concepto médico con máximo tres meses de antigüedad que certificara la enfermedad catastrófica y el tratamiento a seguir.

Por otra parte, que la HISTORIA CLÍNICA aportada por la docente, data del 15 de JUNIO de 2023, es decir, que este documento de acuerdo a las orientaciones del Viceministerio de Educación Nacional no es válido para demostrar la condición de

enfermedad catastrófica y/o discapacidad. Además, no se evidencia un tratamiento médico establecido por la E.P.S. que permita evidenciar el estado de salud real de la docente y su debilidad manifiesta.

Señaló que para el caso concreto no existe un perjuicio irremediable ya que la docente cuenta con otros mecanismos para ejercer la acción, sin que sea la tutela el mecanismo idóneo para proteger sus derechos.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema asociado deberá determinarse si i) la señora NILSA HERRERA tiene derecho al reintegro a su cargo de docente con la Secretaría de Educación del Tolima por ostentar la calidad de prepensionada, ii) la acción de tutela es procedente para atacar el acto administrativo que declaró la insubsistencia de su cargo, y en caso de que la respuesta sea positiva si debe dejarse sin efectos el acto administrativo y en consecuencia si debe accederse al reintegro solicitado.

4.2. LA ACCIÓN DE TUTELA

Dispone el artículo 86 de la Constitución Política que la acción de tutela es un instrumento procesal específico, preferente y sumario, cuyo objeto es la protección eficaz, concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos consagrados por la ley, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Dicha acción judicial ostenta las siguientes características: es Subsidiaria, porque sólo procede si no existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo. Es Inmediata, debido a que su propósito es otorgar sin dilaciones la protección a la que haya lugar. Es Sencilla, porque no exige conocimientos jurídicos para su ejercicio. Es Específica, por cuanto se creó como mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales. Y es Eficaz, debido a que siempre exige del juez un pronunciamiento de fondo. Estas condiciones se concretan en la definición de un trámite preferente y sumario⁴.

4.3. DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Definición

En la sentencia T-010 de 2017, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS, la Corte Constitucional estableció lo siguiente, respecto de dicho derecho fundamental:

“La jurisprudencia de esta Corte ha definido el debido proceso administrativo como: (i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por

⁴ Corte Constitucional - Auto 053 del 30 de mayo de 2002 – M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

4.4 PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO

En primer lugar, tenemos que la Corte Constitucional mediante sentencia T- 360 del 2017, en la que analizó un caso similar, estudio la procedencia de la acción de tutela en contra, de actos administrativos de contenido particular, determinando:

“ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Improcedencia general

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional para obtener reintegro laboral

La Corte ha sostenido que excepcionalmente la acción de tutela procede contra actos administrativos cuya finalidad sea solicitar el reintegro del cargo (i) como mecanismo directo cuando el mecanismo alternativo se torna ineficaz o inidóneo para proteger los derechos del accionante, máxime si el retiro del trabajo tiene como consecuencia directa generar una afectación al mínimo vital que exija un amparo preferente y definitivo o (ii) como mecanismo transitorio cuando exista la amenaza de la existencia de un perjuicio irremediable que sea inminente, grave y que exija medidas urgentes e impostergables .”

Según los lineamientos jurisprudenciales, prima facie podemos determinar que la regla general es la improcedencia de la acción de tutela, en contra de los actos administrativos de carácter particular y abstracto. Estableciendo excepciones a dicha regla, que estudiaremos dentro del caso concreto para determinar la ocurrencia de los requisitos establecidos jurisprudencialmente, para la procedencia de la tutela.

La primera excepción a la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, va relacionada directamente con la subsidiariedad de la acción de tutela , va dirigida a determinar si se torna idónea directamente o no la tutela, ante la existencia de otro mecanismo idóneo, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, empero del extenso caudal probatorio allegado con la acción de tutela, no le fue posible determinar a este Despacho judicial, si el accionante hizo uso del mecanismo idóneo, contemplado en la Ley 1437 de 2011 , por lo que no le es posible predicar a este Despacho la ocurrencia de la primera regla a la excepción.

La segunda excepción a la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, va dirigida a determinar con pruebas indubitables la amenaza de la existencia de un perjuicio irremediable que sea inminente, grave y que exija medidas urgentes e impostergables, pudiendo el Despacho vislumbrar que el presente asunto, al tratarse del retiro del trabajo del accionante, el cual tiene

como consecuencia directa generar una afectación al mínimo vital, pudiere ser objeto de la amparo Constitucional.

4.5. La estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ostentan la condición de prepensionados.

Respecto del tema estableció la Corte constitucional en la sentencia T-052 del 8 de marzo de 2023⁵:

38. De los servidores públicos nombrados en provisionalidad. Los servidores públicos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa. Lo anterior, implica que solo pueden ser desvinculados por causales debidamente motivadas en el acto de desvinculación. Tales como, la comisión de faltas disciplinarios o la provisión definitiva del cargo por concurso de méritos, entre otras (T-443 de 2022⁶).

39. De los prepensionados. La Corte, definió que los prepensionados “(...) serán (...) aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez” (SU-897 de 2012⁷)⁸.

40. Asimismo, fijó que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados tiene raigambre constitucional y que no depende de un mandato legislativo particular. En ese sentido, “(...) dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo(...)” (T-186 de 2013⁹). Por lo tanto, su finalidad constitucional es amparar la estabilidad del trabajador que tiene una exceptiva de obtener su pensión ante la repentina pérdida del empleo (SU-003 de 2018¹⁰).

41. Posteriormente, esta Corporación estableció que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión es la edad, en caso de desvinculación, no se frustra su derecho al acceso a la pensión. Lo expuesto, porque dicho requisito puede acreditarse de manera posterior, con o sin vinculación laboral (SU-003 de 2018¹¹).

42. Con fundamento en lo anterior, la Corte consolidó la regla jurisprudencial sobre la materia. En tal sentido, señaló que son beneficiarios del fuero de

⁵ Acción de tutela instaurada por Blanca Bellanid Galíndez Joven contra la Secretaría de Educación Departamental de Putumayo, Procedencia: Juzgado Segundo Civil Municipal de Mocoa, Asunto: Afectación de los derechos fundamentales al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de una persona prepensionada en el marco de concurso de méritos. Inconsistencias en la historia laboral. Deber de las administradoras de pensiones y de los empleadores de mantener actualizada la información de los afiliados. Magistrado Sustanciador: Juan Carlos Cortés González.

⁶M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁷M.P. Alexei Julio Estrada.

⁸El artículo 34 de la Ley 100 de 1993 estableció los requisitos que deben cumplir las mujeres en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. En ese sentido, deben contar con 57 años y 1300 semanas cotizadas al sistema pensional.

⁹M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰M.P. Carlos Bernal Pulido.

¹¹M.P. Carlos Bernal Pulido.

estabilidad laboral reforzada de prepensionable las personas vinculadas laboralmente al sector público y/o privado a los que les falten lo equivalente a tres años o menos para acreditar el requisito de semanas en el régimen de prima media o el capital necesario en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para acceder a la pensión de vejez (SU-003 de 2018¹²).

43. De los servidores públicos nombrados en provisionalidad que tienen la calidad de prepensionados. La jurisprudencia indicó que con el fin de garantizar la protección especial que ofrece ser servidor público en provisionalidad y tener la calidad de prepensionado, ante la provisión definitiva de su empleo por concurso de mérito, las entidades públicas tienen los siguientes deberes: (i) motivar debidamente el acto de desvinculación; (ii) establecer los mecanismos necesarios para garantizar que dicho grupo de personas sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos (SU-446 de 2011¹³); y, (iii) mantener su permanencia en el empleo, siempre que los criterios de razonabilidad y proporcionalidad lo permitan, es decir, cuando se cuenten con vacantes para reubicarlos (T-186 de 2013¹⁴).

44. Remedios constitucionales. Ante la omisión de los anteriores deberes, la Corte, ha ordenado a las entidades públicas reubicar al prepensionado en una vacante equivalente al cargo del que fue desvinculado, que se encuentre disponible, mientras completa los requisitos para acceder a la pensión. Cuando ello no sea posible, la jurisprudencia ha dispuesto incluir al trabajador en la lista de personas con derecho a la estabilidad laboral para ser nombrado en provisionalidad en un cargo similar, hasta que obtenga su derecho pensional (T-443 de 2022¹⁵).

45. Protección legal. Según la Ley 2040 del 2020¹⁶ y el Decreto Reglamentario 1415 de 2021¹⁷ los prepensionados que estén nombrados en entidades públicas en cargos provisionales y deban ser desvinculados por la provisión definitiva del mismo o por procesos de reestructuración administrativa cuentan con una protección especial. En esos casos, las entidades deben reubicar a dichos funcionarios hasta que completen los requisitos mínimos para acceder a su pensión¹⁸.

¹²M.P. Carlos Bernal Pulido.

¹³M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁶Ley 2040 de 2020. “Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones”. “Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto impulsar el empleo de las personas adultas mayores que no gozan de pensión, promoviendo la autonomía y autosuficiencia económica del adulto mayor, garantizando así el envejecimiento activo, satisfactorio y saludable de la población colombiana”.

¹⁷ Decreto 1415 de 2021. “Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la (sic) Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostente la condición de prepensionados”. “Artículo 2°. Adicionar el artículo 2.2.12.1.2.4 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así: 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”.

¹⁸ Ley 2040 de 2020. “Artículo 8°. 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

4.5 DEL CASO CONCRETO

El accionante interpuso el presente mecanismo de defensa judicial por la presunta amenaza y/o vulneración de sus derechos fundamentales, ocasionada al ser removida de su cargo, mediante acto administrativo, pese a su edad y lo que según define el accionante, su condición de prepensionado otorgándole la protección denominada reten social.

En este orden de ideas dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas aportadas por la accionante:

- Documento de identidad de la señora Nilsa Herrera, en el que consta que nació el 5 de noviembre de 1955 en Girardot (Cund.) es decir que a la fecha cuenta con 68 años de edad (*fl. 11, anexo 01, expediente digital*).
- Historia clínica expedida por Clínica Ibagué, a nombre de Nilsa Herrera para la atención del 15 de junio de 2023, dentro de la cual se consignó como impresión diagnóstica: M170 GONARTROSIS PRIMARIA, BILATERAL, además se recomienda tratamiento médico sin especificar el mismo (*fl. 12-13, anexo 01, expediente digital*).
- Historia clínica expedida por Clínica Ibagué, a nombre de Nilsa Herrera para la atención del 4 de noviembre de 2022, dentro de la cual se consignó como impresión diagnóstica: M170 GONARTROSIS PRIMARIA, BILATERAL (*fl. 14-16, anexo 01, expediente digital*).
- Formato Solicitud de Exámenes/Procedimientos de Egreso, expedido por Clínica Ibagué, a nombre de Nilsa Herrera el 30 de mayo de 2023, para CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTAS EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA (*fl. 17, anexo 01, expediente digital*).
- Historia clínica expedida por Clínica Ibagué, a nombre de Nilsa Herrera para la atención del 15 de junio de 2023, dentro de la cual se consignó como impresión diagnóstica: M170 GONARTROSIS PRIMARIA, BILATERAL además se recomienda tratamiento médico sin especificar el mismo (*fl. 18-19, anexo 01, expediente digital*).
- Certificación expedida por la Oficina de Talento Humano de la Secretaría General y de Gobierno de Melgar (Tolima) el 12 de enero de 2021, en la que consta que prestó los servicios a ese municipio en el cargo de docente en los periodos del 3 de agosto de 1992 al 30 de noviembre de 2002, con interrupciones (*fl. 20-22, anexo 01, expediente digital*).
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedida por Colpensiones a

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.”.

nombre de Nilsa Herrera, actualizado a 10 de diciembre de 2018, en el que le figuran 38.14 semanas cotizadas (*fl. 23-24, anexo 01, expediente digital*)

- Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido el 04/02/2024 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a nombre de Nilsa Herrera, en el que consta que pertenece al régimen pensional en vigencia de la ley 812 de 2003 como docente, con fecha de ingreso **19 de enero de 2004 y fecha de retiro el 4 de mayo de 2010** por insubsistencia (Resolución 902 del 04/05/2010) (*fl. 25-27, anexo 01, expediente digital*).
- Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido el 04/02/2024 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a nombre de Nilsa Herrera, en el que consta que pertenece al régimen pensional en vigencia de la ley 812 de 2003 como docente, con fecha de ingreso **21 de julio de 2010 y fecha de retiro el 3 de marzo de 2011** por insubsistencia (Resolución 902 del 04/05/2010) (*fl. 28-30, anexo 01, expediente digital*).
- Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido el 04/02/2024 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a nombre de Nilsa Herrera, en el que consta que pertenece al régimen pensional en vigencia de la ley 812 de 2003 como docente, con fecha de ingreso **23 de mayo de 2011 y fecha de retiro el 31 de enero de 2024** por insubsistencia (Resolución 902 del 04/05/2010) (*fl. 31-34, anexo 01, expediente digital*).
- Resolución 5567 del 13 de diciembre de 2023 “*Por medio del cual se efectúa un nombramiento en Periodo de Prueba y se declara insubsistente un nombramiento provisional vacante definitiva dentro de la Planta Global de Cargos del Personal Docente y Directivo Docente de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima*” expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Tolima dentro de la cual se nombra en periodo de prueba a Paula Andrea Riobo López y se declara insubsistente el nombramiento provisional de la señora Nilsa Herrera (*fl. 35-38, anexo 01, expediente digital*).

Aportadas por la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima.

- Circular No. 218 del 14 de agosto de 2023, expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Tolima, dando cumplimiento a la circular 024 del 21 de julio de 2023 del MEN, informa a los docentes que crean cumplir las condiciones allí establecidas (estado de debilidad manifiesta por estados de salud, madre o padre cabeza de familia, prepensionado y fuero sindical) que deben remitir una documentación antes del 22 de agosto de 2023 (*fl. 10-12, anexo 06, expediente digital*).
- Manual de usuario para cargue de documentos para estabilidad laboral reforzada, expedido por la Gobernación del Tolima – Sistema Integrado de Gestión (*fl. 13-18, anexo 06, expediente digital*).
- Circular No. 024 del 21 de julio de 2023, expedida por el Viceministro de Educación Preescolar, Básica y Media con orientaciones dirigidas a los

Gobernadores, Alcaldes, Secretarios de Educación, Jefes de Personal Docente de las secretarías de educación o quien haga sus veces de las entidades territoriales certificadas, sobre 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 (fl. 19-31, anexo 06, expediente digital).

- Resolución 5567 del 13 de diciembre de 2023 “*Por medio del cual se efectúa un nombramiento en Periodo de Prueba y se declara insubsistente un nombramiento provisional vacante definitiva dentro de la Planta Global de Cargos del Personal Docente y Directivo Docente de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima*” expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Tolima dentro de la cual se nombra en periodo de prueba a Paula Andrea Riobo López y se declara insubsistente el nombramiento provisional de la señora Nilsa Herrera (fl. 32-35, anexo 06, expediente digital).
- Resolución 3635 del 3 de octubre de 2023 “*Por medio de la cual expide el listado de docentes en provisionalidad vacante definitiva que cumplen con los requisitos para Estabilidad Laboral Reforzada vinculados a la Planta Global de Cargos de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, financiada con Recursos del Sistema General de Participaciones*” expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Tolima, dentro de la cual figura Nilsa Herrera como RECHAZADO y contra la cual procedía el recurso de reposición (fl. 62) (fl. 36-35, anexo 06, expediente digital).

Como se observa en el proceso bajo estudio, lo primero es entrar a determinar si la solicitud de amparo Constitucional es procedente para atacar actos administrativos de carácter particular.

Para el caso que nos ocupa tenemos que la declaratoria de insubsistencia de la accionante NILSA HERRERA, se dio mediante Resolución 5567 del 13 de diciembre de 2023.

La accionante es una persona de 68 años, quien manifiesta que padece de artrosis de rodilla sintomática y deformidad progresiva en la rodilla, con diagnóstico de “gonartrosis primaria bilateral” por lo que con su desvinculación se pudiere afectar su derecho a la seguridad social.

Así mismo se observa que la acción de tutela fue impetrada dos meses después de la notificación de la Resolución 5567 del 13 de diciembre de 2023, por lo que se podría decir que cumple el **requisito de la inmediatez** como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, frente a actos administrativos.

Debe tenerse en cuenta que la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima expidió la Resolución 3635 del 3 de octubre de 2023 “*Por medio de la cual expide el listado de docentes en provisionalidad vacante definitiva que cumplen con los requisitos para Estabilidad Laboral Reforzada vinculados a la Planta Global de Cargos de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, financiada con Recursos del Sistema General de Participaciones*”, dentro de la cual figura Nilsa Herrera como RECHAZADO y contra la cual procedía el recurso de reposición (fl. 62) (fl. 36-35, anexo 06, expediente digital).

Afirma la Secretaría de Educación del Tolima que la docente no reunió los requisitos de la circular 218 del 14 de agosto de 2023, por no aportar concepto médico con máximo tres meses de antigüedad que certificara la enfermedad catastrófica y el tratamiento a seguir.

En cuanto a los requisitos necesarios para que sea reconocida su calidad de prepensionada ha dicho la Corte Constitucional que¹⁹:

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:

<i>Contexto de la persona</i> ²⁰	<i>Condición de prepensionado</i>
<i>a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.</i>	<i>Sí</i>
<i>b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.</i>	<i>No</i>
<i>c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.</i>	<i>Sí</i>
<i>d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.</i>	<i>No</i>

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.

Para el caso concreto la señora Nilsa Herrera cuenta con 68 años y como acreditó que ha laborado como docente durante los periodos: **19 de enero de 2004 al 4 de mayo de 2010, 21 de julio de 2010 al 3 de marzo de 2011 y 23 de mayo de 2011 al 31 de enero de 2024**, periodos que en total suma 19,6 años, por lo que le faltarían 6 meses para cumplir el requisito del tiempo.

Entonces, el despacho entrará a analizar la estabilidad denominada reten social, pretendida por la actora, frente al hecho de su desvinculación mediante acto administrativo para dar paso a una persona que superó el concurso de méritos.

En primer lugar, entraremos a recordar el concepto de reten social, La Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009, lo definió en los siguientes términos:

“[mecanismo] por medio de la cual se buscó que en los procesos de reforma institucional, se otorgara una protección más intensa que a los demás servidores públicos, en materia permanencia y estabilidad en el empleo a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental,

¹⁹ Sentencia T-055 del 17 de febrero de 2020, Referencia: Expedientes T-7.068.958 y T-7.077.228 (Acumulados), Asunto: Acciones de tutela interpuestas por Luis Eduardo Simbaqueba Ventura y Francisco Orlando Rojas Contreras contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., y otros. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

²⁰ Contando a partir del momento en que se produce la desvinculación.

visual o auditiva, y a los servidores que al momento de la liquidación estuviesen próximos a obtener su pensión de jubilación o de vejez. De no contarse con tal protección, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente, al igual que sus hijos menores o aquellas personas que dependieren económica o afectivamente de ellas.”²¹.

Como podemos observar el caso bajo estudio, tenemos es que la decisión de desvinculación no obedece a la reestructuración de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, sino a la necesaria decisión de la entidad de desvincular del servicio a la hoy accionante NILSA HERRERA por tratarse de un cargo vacante definitivo el cual cuenta con lista de elegibles posterior a concurso de méritos.

Con base en lo anterior se tiene que la accionante se encuentra en la situación contenida en el ítem d) establecido por la Corte Constitucional, es decir “*Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas*”, aunque ya tiene cumplido el requisito de la edad, no está a tres años o menos de completar las semanas.

Por otra parte, la actora afirma que debe reconocerse su vinculación de forma anterior a la Ley 812 de 2003, los certificados aportados como Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral expedidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ellos se consigna que pertenece al régimen pensional en vigencia de la ley 812 de 2003.

De acuerdo con lo anterior el estudio del caso se debe efectuar por parte de la jurisdicción contencioso administrativa dentro de un proceso ordinario que con la prueba conducente y pertinente estudie su reconocimiento pensional, aspecto que escapa a la acción de tutela cuyo estudio es eminentemente sumario.

Además, debe tenerse en cuenta que la Secretaría de Educación mediante la Circular No. 218 del 14 de agosto de 2023, dando cumplimiento a la circular 024 del 21 de julio de 2023 del MEN, informó a los docentes que creyeran cumplir las condiciones allí establecidas (estado de debilidad manifiesta por estados de salud, madre o padre cabeza de familia, prepensionado y fuero sindical) que debían remitir una documentación antes del 22 de agosto de 2023 (*fl. 10-12, anexo 06, expediente digital*), ante lo cual la actora remitió la historia clínica a fin de demostrar su estado de salud, ante lo cual la entidad consideró que el documento no cumplía con el requisito de haber sido expedido con máximo tres meses de antigüedad que certificara la enfermedad catastrófica y el tratamiento a seguir.

Por otra parte, contra el mencionado acto administrativo procedía el recurso de reposición, sin que la accionante hubiera hecho uso del mismo para corregir la falencia documental que presentaba y lograr que se estudiara nuevamente su caso.

Adicionalmente, informó la misma accionante que adelanta un proceso judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, del cual conoce el Juzgado 10º Administrativo de Ibagué, radicado 73001333301020220026000 en contra del Fondo

²¹ Corte Constitucional de Colombia, Referencia: expediente D-7725. Magistrado Ponente: Dr. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya pretensión consiste en obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a que tiene derecho conforme la Ley 33 de 1985, lo que permite inferir por parte del Despacho que el caso está siendo estudiado por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, escenario natural ante el cual debe plantearse la pretensión.

Por lo que el Despacho, pudiese predicar que la adopción de un fallo definitivo, e incluso la adopción de medidas cautelares, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento de derecho, contemplado en la Ley 1437 de 2011, está en curso, y, la actora no ha demostrado ante este juez constitucional la posible configuración de un perjuicio irremediable, debido a su particular situación, no se supera el **requisito de subsidiariedad**.

Con base en lo analizado la situación de la actora se resume en que i) alega que padece de artrosis de rodilla sintomática y deformidad progresiva en la rodilla, con diagnóstico de “gonartrosis primaria bilateral”, sin embargo no aportó documento que estableciera que se trata de enfermedad degenerativa, ruinosa o catastrófica que le impida laborar, y su tratamiento a seguir, emitido por su médico tratante, ii) La interesada no aportó la documentación exigida por la administración para demostrar su condición, así como tampoco ejerció el derecho a recurrir el acto que rechazó su condición de prepensionada, iii) el acto administrativo de desvinculación por insubsistencia goza de legalidad ya que se trata de un cargo en provisionalidad con lista de elegibles, cuyo nombramiento en periodo de prueba de quien superó el concurso, es obligación de la administración, iii) la actora, aunque ya superó el requisito de la edad para acceder a la pensión y aunque le faltan menos de tres años para completar las semanas cotizadas, según la normatividad vigente, no podría ser reintegrada en provisionalidad teniendo en cuenta que se ha realizado concurso por parte de la comisión del servicio civil donde existen listas de elegibles, estando pendiente únicamente los nombramientos y adicionalmente el número de elegibles supera la cantidad de vacantes, finalmente, iv) su caso ya está siendo estudiado por parte de la jurisdicción contencioso administrativa dentro de un proceso ordinario que con la prueba conducente y pertinente estudie su reconocimiento pensional, aspecto que escapa a la acción de tutela cuyo estudio es eminentemente sumario, a lo cual se agrega que si considera que dentro de tal caso, se están vulnerando derechos fundamentales puede usar la figura de la medida cautelar con que cuenta dicho medio de control.

Todo lo anterior obliga al Despacho a negar la solicitud de amparo impetrada.

En mérito de lo expuesto, el **Juez Once Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley**

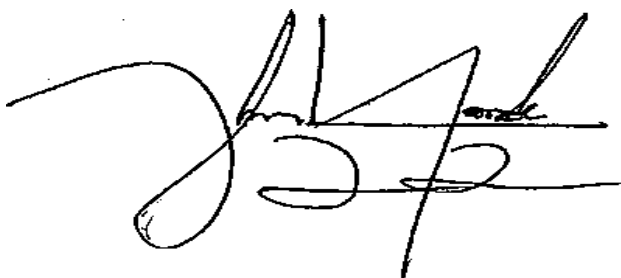
RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales de la actora NILSA HERRERA, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Si este fallo no es objeto de impugnación, envíese el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese a los interesados conforme al procedimiento previsto

en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y Cúmplase.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'J' followed by 'L', 'A', 'F', and 'LÓR'.

JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez