



Sala Novena de Asuntos Penales
para Adolescentes

Providencia: Sentencia de Tutela – **ST -010 - 2017**

Proceso: Acción de Tutela – Segunda Instancia

Accionante: Mario de Jesús Ramírez Giraldo

Accionada: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación Municipal de Buga,

Radicado: 76-111-31-10-002-2016-00248-02

Procedencia: Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Buga (Valle)

Asunto: ***Estabilidad Laboral reforzada de servidor en condición de prepensionado se trasgrede al retirar del servicio activo a un docente cuando le falta poco más de un año para cumplir los requisitos y acceder a la pensión de jubilación.***

MAGISTRADA PONENTE: Dra. BÁRBARA LILIANA TALERO ORTIZ

Guadalajara de Buga, enero veintisiete (27) de dos mil diecisiete (2.017)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha, acta No. 06)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN:

Procede a decidir ésta Magistratura lo que constitucionalmente corresponde, frente a la impugnación presentada en contra del fallo de tutela emitido el día 16 de noviembre de 2.016, por el **JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO DE FAMILIA DE BUG (VALLE)**, dentro de la acción de tutela adelantada por **MARIO DE JESÚS RAMÍREZ GIRALDO** en contra del **FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO**, la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga, donde se vinculó a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL** del Valle del Cauca, al **MUNICIPIO DE BUGA** y a la señora **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA**.

2. ANTECEDENTES:

2.1. El accionante **MARIO DE JESÚS RAMÍREZ GIRALDO**, instauró acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, salud y al mínimo vital, los que considera vulnerados por la entidades accionadas al disponer su retiro del servicio como docente desde el 19 de junio de 2015, así como la desvinculación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no obstante ostentar la calidad de prepensionable y contar con estabilidad laboral en razón a dicho estatuto.

2.2. Señaló que la entidad accionada dispuso desde el 19 de junio de 2015, su desvinculación del cargo de docente en provisionalidad, adscrito a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga, en razón de haberse aceptado el traslado de licenciada **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA**, nombrada en propiedad en la ciudad de Bogotá.

2.3. Manifestó haber radicado desde el 18 de agosto de 2015 ante la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga, los documentos para el reconocimiento de su pensión de jubilación, habiéndole correspondido la radicación 2015-PENS-039548, la cual hasta la fecha de interponer la acción de tutela se encontraba sin resolver.

2.4. Indicó que ante el no pronunciamiento de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga respecto de su pensión de jubilación, radicada desde 18 de agosto de 2015, presentó un nuevo derecho de petición el 03 de agosto de 2016, en dicha entidad solicitando el reconocimiento de la pensión y el reintegro como docente, la cual seguía sin resolverse al momento de interponerse la solicitud de amparo.

2.5. El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Buga (Valle) admitió la solicitud por auto de agosto 31 de 2.016, ordenó notificar y correr traslado de la solicitud de amparo a las accionadas por el término de tres (3) días, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción, y posteriormente, en razón a la nulidad decretada ordenó la vinculación de la señora **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA**.

2.6. **FIDUPREVISORA** en su condición de vocera del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** informó que desde el día 03 de diciembre de 2015, se expidió acto administrativo por medio del cual **NEGÓ** la pensión solicitada por el accionante, en razón a no reunirse los requisitos, siendo remitida desde el día 09 de diciembre de 2015 a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BUGA**, quien hasta la fecha no había atendido las observaciones por ellos realizadas; por tanto solicita que de concederse el amparo se ordene a la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BUGA** dar respuesta de fondo clara y precisa a la solicitud del señor **RAMÍREZ GIRALDO**.

2.7. La **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL** del Valle del Cauca en su escrito indicó que al ser Buga un municipio certificado, no tiene competencia frente al personal docente y administrativo que labora en las Instituciones Educativas adscritas al mismo y por tanto corresponde a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BUGA** resolver las solicitud del accionante.

2.8. El **MUNICIPIO DE BUGA** informa sobre la respuesta de fondo suministrada por la **SECRETARÍA de EDUCACIÓN MUNICIPAL** al señor **MARIO DE JESUS RAMIREZ GIRALDO**, la cual fue notificada desde el 07 de septiembre de 2016, además resalta que en el presente asunto no se cumple con el requisito de la inmediatez teniendo en cuenta que los hechos que dieron lugar a la presente acción datan del 19 de junio de 2015, por lo que solicita desestimar la solicitud de amparo promovida por el accionante.

2.9. La **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga explicó que el retiro del señor **MARIO DE JESUS RAMIREZ GIRALDO**, como docente activo obedeció a una justa causa, según lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002 que rige el ejercicio de la profesión docente y no como él lo indica en el escrito tutelar, toda vez que ello se debió al traslado solicitado por la licenciada **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA**, quien se desempeñaba como docente en propiedad en la ciudad de Bogotá y, respecto a la petición presentada por el accionante, advierte que mediante oficio 2016RE2234 del 23 de septiembre de 2016, notificado personalmente al actor, se le informa que no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por él presentada desde el 18 de agosto de 2015, toda vez que al momento de ser radicada contaba con 8.680 días, cotizados, haciéndose necesario un total de 9.100 para acceder a la misma, por lo cual debe seguir cotizando hasta completarlos, y así gozar del régimen especial de

docentes¹. Argumentando de esta manera haber dado respuesta de fondo a la petición presentada por el accionante, por lo que solicita no tutelar los derechos invocados por el gestor.

2.10. Finalmente, interviene **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA**, quien solicitó que en caso de prosperar el amparo reclamado por el señor **RAMIREZ GIRALDO** no se afecten sus derechos de carrera y en dicho caso sean tenidas en cuenta las vacantes temporales o definitivas.

2.11. El Juez de primera instancia en sentencia adiada septiembre 16 de 2.016 amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la entidad accionada vincular de manera provisional al señor **MARIO DE JESUS RAMIRE GIRALDO** a un cargo igual o superior al que venía ejerciendo hasta el 19 de junio de 2015, siempre y cuando cumpla con el lleno de los requisitos exigidos para el ejercicio del mismo, hasta que el accionante culmine con los requisitos para disfrutar de su pensión de jubilación o vejez.

3. IMPUGNACIÓN

La **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga, presentó su inconformidad al fallo proferido indicando que al momento de expedirse la resolución **SEM 1900-540** del 19 de junio de 2015, por medio de la cual se da por terminada la vigencia de un nombramiento provisional de docente en el municipio de Guadalajara de Buga, se tuvo en cuenta las normas legales vigentes y acatamiento del ordenamiento legal de la carrera administrativa docente, por lo cual solicitó su revocatoria.

4. CONSIDERACIONES:

4.1. Se radica la competencia en la Sala para decidir en torno a la presente tutela en virtud de lo consagrado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, dado el lugar donde se alega la presunta vulneración y la superioridad funcional de la Sala con relación al despacho que decidió en primera instancia.

4.2 La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de nuestra constitución política es el procedimiento pertinente para invocar la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos resulten violados o amenazados por la

¹ Folio 201 del Cuaderno de Tutela.

acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, cuya conducta afecte grave o directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (art. 42 Decreto 2591 de 1.991).

4.3. Tiene por finalidad este remedio extraordinario, la tutela de los derechos fundamentales de las personas, elevados a la categoría de constitucionales, mediante la intervención del aparato jurisdiccional, y a través de cuyos pronunciamientos, tome todas las medidas necesarias para la efectiva protección, cuando quiera que ellos sean vulnerados o amenazados.

4.4. Como puede verse se trata de una acción especial que tiene claramente definido su ámbito de aplicación en la norma constitucional que la consagra y con mayor detalle en su decreto reglamentario, cuyo empleo esta limitado por aspectos como la legitimidad de las partes, el alcance de su objeto y los derechos que con ella se protegen.

4.5. En cuanto a la legitimidad, preceptúa la Carta Magna, que ésta acción podrá proponerse por cualquier persona, sin distinción alguna, cuando le sean vulnerados o amenazados sus derechos constitucionales fundamentales.

4.6. Empero, no contra toda persona puede ejercitarse, ya que al reglamentarse su campo de aplicación se determinó que ella podrá adelantarse contra cualquier autoridad pública o contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave o directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación (art. 42 in fine).

4.7. En el evento que se estudia existe legitimidad en las partes pues al accionante le asiste la facultad de buscar protección de los derechos fundamentales que se alegan como conculcados y respecto a las entidades accionadas son, para el presente asunto, las llamadas a su satisfacción.

4.8. Luego, el problema jurídico se centra en establecer ¿si la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga vulneró los derechos fundamentales del accionante, al haberlo desvinculado como docente en provisionalidad por aceptar el traslado de una docente en nombrada en propiedad, pese a que al actor le faltaban menos de tres años para acceder a la pensión de vejez?

4.8.1. Para responder, resulta necesario previamente verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad **inmediatez – subsidiariedad** que demanda el estudio y la viabilidad de la acción de tutela. Frente al primero, vale la pena resaltar que si bien es cierto, la desvinculación del actor aconteció el 19 de junio de 2015, también es cierto que éste una vez materializada la misma, radicó solicitud tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación que en su convicción tenía derecho, la cual solo le fue resuelta una vez promovida la solicitud de amparo, situación que se tiene como razonable para haberse promovido la acción tutelar hasta la fecha en que se presentó. Respecto de la subsidiariedad, la Sala advierte que el señor **MARIO DE JESUS RAMIREZ GIRALDO** es sujeto de especial protección constitucional, en razón a su estatus de prepensionado², lo cual hace procedente la acción.

4.8.2. Demuestra el plenario que **MARIO DE JESUS RAMIREZ GIRALDO**, al momento de su desvinculación como docente en provisionalidad adscrito a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga, contaba con sesenta (60) años de edad y un total de 8.680 días de cotización en el régimen especial de docentes³, siendo requerido para acceder a la pensión de jubilación un total de 9.100 días, por lo que se deduce que el quejoso para 19 de junio de 2015, se encontraba a 420 días (1,2 años) de cumplir con los requisitos y acceder a tal beneficio pensional, lo que persé lo convierte en prepensionado, respecto del cual en múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha realizado pronunciamientos como:

...El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que 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 público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública”⁴.

En este orden de ideas, la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos

² Servidores a quienes les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, son beneficiarios de protección especial. Ver sentencias T-186 de 2013, T-326 de 2014, T-824 de 2014, T-693 de 2015 entre otras.

³ Ver folio 201 del cuaderno de Tutela

⁴ Sentencia T-326 de 2014, citada en la T- 357 de 2016, T-183 de 2013, T156 de 2014, T326 de 2014 entre otras.

de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez⁵...

4.8.3. De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNIICIPAL** de Buga, como empleador del docente poseía pleno conocimiento de la condición especialísima del actor, la cual debió tener en consideración al momento de estudiar la solicitud de traslado de la docente **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA**, docente nombrada en propiedad en la ciudad de Bogotá, efectuando la ponderación de derechos fundamentales cuando entran en tensión los mismos, que para el caso en concreto serían, el derecho de acceder al traslado de una docente nombrada en propiedad y el derecho que le asistía al señor **MARIO DE JESÚS RAMIREZ GIRALDO** a completar los requisitos para el goce de su pensión de jubilación, punto sobre el cual se trae a colación Sentencias de la Corte, en casos similares donde ha estimado:

...entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante⁶..."

Entonces, al haberse solicitado el traslado por la docente **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA**, la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga, debió – se reitera- previo a aceptarlo verificar la situación el señor **RAMÍREZ TREJOS**, quien por su condición, es sujeto de protección especial constitucional, escenario que no tuvo lugar en la entidad accionada, toda vez que ello ni se acreditó ni se hizo alusión, en cambio sí se afirma haberse aplicado todas las disposiciones legales para acceder al traslado de la docente en propiedad, resaltándose que los traslados prevalecen sobre listado de elegibles del concurso dentro de la respectiva entidad territorial certificada, tal como lo indica el parágrafo

⁵ Sentencia T- 357 de 2016

⁶ Sentencia T- 186 de 2013

del artículo 53 del Decreto 1278 de 2002⁷. No obstante lo anterior, y a pesar de encontrarse el referido traslado ajustado a las disposiciones legales, no puede la entidad accionada hacer caso omiso a los pronunciamientos del máximo órgano constitucional del país.

De manera alguna puede interpretarse que lo consignado en precedencia va en contra de los derechos a la estabilidad laboral y prevalencia que suponen acceder a un cargo una vez superada las etapas propias de concurso de méritos, puesto que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** de Buga, como ha reiterado la Corte Constitucional⁸, luego de ponderar los derechos fundamentales de los implicados debía adoptar las medidas tendientes a proteger tanto los derechos de carrera derivados del concurso de la docente **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA** como el derecho a la estabilidad laboral del pre-pensionado, docente **MARIO DE JESÚS RAMIREZ GIRALDO**, procurando una solución que beneficiara a ambas partes, bien fuera ofreciendo otra plaza vacante para el traslado, resaltando sobre las especiales condiciones de quien ocupaba tal cargo en provisionalidad, o bien designando al pre-pensionado en otro cargo que garantizara su continuidad hasta acceder al goce de su pensión una vez se concretara el traslado solicitado.

4.8.4. Y si bien la desvinculación de un servidor en provisionalidad por ocuparse el cargo con uno en propiedad constituye una medida legal, ella no es absoluta, y por tanto, no puede adoptarse de manera automática como en efecto lo realizó la entidad acusada, dado que en todo caso conforme lo ha determinado la Corte Constitucional debe garantizarse el respeto por los derechos fundamentales de los implicados, por tanto la desvinculación del actor en la forma dada, legitima la intervención del juez constitucional, toda vez que de no ser así éste vería frustrada la posibilidad de acceder a su pensión de vejez, máxime teniendo en cuenta hace parte de un régimen especial, al cual solo es posible cotizar si se encuentra vinculado en calidad de docente.

⁷ Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente que en su artículo 53 indica: Modalidades de traslado. Los traslados proceden: **a.** Discrecionalmente por la autoridad competente, cuando para la debida prestación del servicio se requiera el traslado de un docente o directivo docente dentro del mismo distrito o municipio, o dentro del mismo departamento cuando se trate de municipios no certificados, con el fin de garantizar un servicio continuo, eficaz y eficiente. **b.** Por razones de seguridad debidamente comprobadas. **c.** Por solicitud propia. **Parágrafo.** El Gobierno nacional reglamentará las modalidades de traslado y las condiciones para hacerlas efectivas, teniendo en cuenta que los traslados prevalecerán sobre los listados de elegibles del concurso dentro de la respectiva entidad territorial certificada; que deben responder a criterios de igualdad, transparencia, objetividad y méritos, tanto en relación con sus condiciones de ingreso al servicio y a la carrera docente, como en el desempeño de sus funciones y en las evaluaciones de competencias; y que el traslado por razones de seguridad debe prevalecer sobre cualquier otra modalidad de provisión de los empleos de carrera docente.

⁸ Sentencias T-183 de 2013, T156 de 2014, T326 de 2014, T-357 de 2016 entre otras.

4.9. Sean entonces las anteriores razones suficientes para confirmar en su integridad la decisión de primera instancia proferida el día 16 de noviembre de 2.016 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Buga (Valle), aclarando que la vinculación del señor **MARIO DE JESUS RAMIREZ GIRALDO**, en absoluto podrá menoscabar los la actual situación de la docente **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA**.

4.10. Finalmente y advirtiéndolo que el presente asunto fue repartido por la Sala Civil-Familia, cuando corresponde a la Sala de Asuntos Penales para la adolescencia y, comoquiera que la primera instancia fue conocida por el Juzgado Promiscuo de Familia, de quien funge la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes como superior funcional, comuníquese a la Oficina de reparto a fin de que procedan con la respectiva compensación.

4. RESOLUCIÓN:

Consecuente con lo expuesto, el Tribunal Superior de Guadalajara de Buga, Sala Novena de Asuntos Penales para Adolescentes, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato constitucional, adopta la siguiente.

DECISIÓN:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad el fallo de tutela proferido el 16 de noviembre de 2.016 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Buga (Valle), de conformidad con lo analizado en la parte motiva de ésta determinación.

SEGUNDO: ACLARAR que la vinculación del señor **MARIO DE JESUS RAMIREZ GIRALDO**, en absoluto podrá menoscabar los la actual situación de la docente **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA ANACONA**.

TERCERO: NOTIFICAR a quienes concierne la presente decisión en forma personal o por el medio más expedito pero idóneo posible.

CUARTO: REMITIR dentro de los diez (10) días siguientes a Corte Constitucional para lo de su competencia (art. 33 del Decreto 2591 de 1991).

QUINTO: Por Secretaría remítase copia de esta providencia a la Oficina de reparto para que sea abonado este asunto en los correspondientes a la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BÁRBARA LILIANA TALERO ORTIZ
Magistrada Ponente



ORLANDO QUINTERO GARCÍA
Magistrado



JOSE JAIME VALENCIA CASTRO
Magistrado

con salvamento de voto