

Acción de Tutela: 52-001-40-03-007-2023-00655-00  
Accionante: José Francisco Finlay Ocaña  
Accionado: Secretaría de Educación Municipal de Pasto  
Sentencia: 004



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

## **JUZGADO SÉPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE PASTO**

Pasto, Nariño, diecinueves (19) de enero de dos mil veinticuatro (2.024)

Trascurrido el periodo de vacancia judicial de acuerdo al Decreto 546 de 1971, y dentro del término del Decreto 2591 de 1991, el Despacho procede a dictar sentencia dentro de la acción de tutela promovida por el señor José Francisco Finlay Ocaña contra la Secretaría de Educación Municipal de Pasto.

### **ANTECEDENTES**

Se reclama el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela, y en consecuencia solicitó se ordene a la Secretaría de Educación Municipal de Pasto (i) el reintegro y permanencia en el cargo de auxiliar de servicios generales que desempeñó en la Institución Educativa Heraldo Romero Sánchez hasta el reconocimiento de su pensión y su inclusión en nómina y (ii) se pague a su favor los salarios y demás prestaciones que se dejados de percibir como consecuencia de la terminación de su vinculación.

Como fundamento de las pretensiones la parte accionante narró que,

1. Es una persona de 61 años de edad y que estuvo vinculado a la planta global del Municipio de Pasto en el cargo de auxiliar de servicios generales en la I. E. Heraldo Romero Sánchez.

2. Cuenta con 1.118 semanas cotizadas a pensión dentro del sistema de ahorro individual con solidaridad afiliado a Protección S.A.

3. El 19 de octubre de 2023, se publicó el acto administrativo mediante el cual se decretó su insubsistencia en razón al concurso de méritos de la convocatoria Territorial Nariño 2020, proceso 1523.

4. La accionada a través de diferentes comunicaciones ha reconocido su condición de pre pensionado, como se demuestra en el oficio 1056-5-2023 del 19 de octubre de 2023 de la Subsecretaría Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación Municipal de

Acción de Tutela: 52-001-40-03-007-2023-00655-00  
Accionante: José Francisco Finlay Ocaña  
Accionado: Secretaría de Educación Municipal de Pasto  
Sentencia: 004

Pasto, pues su caso fue de conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, a quien se informó que se encuentra en curso el proceso de reubicación de una vacante que cumpla con los requisitos necesarios.

5. Es padre cabeza de familia a cargo de su hija de 22 años que está estudiando enfermería superior.

6. Respecto a su estado de salud, mencionó que padece de una afectación a su visión que limita la visión por su ojo izquierdo y desviación de su globo ocular derecho, aunado a la pérdida del sentido de audición de su oído izquierdo (archivo 01).

## **TRÁMITE**

1. Admitida como fue la acción de amparo, mediante auto del 19 de diciembre de 2023, se corrió el traslado de rigor a la accionada para que ejerciera su derecho de defensa, allegando de considerarlo necesario las pruebas que pretendiera hacer valer dentro del trámite tutelar.

Así mismo, se ordenó vincular al Ministerio del Trabajo, a la Alcaldía de Pasto, a Protección S.A., a la Comisión Nacional del Servicios Civil, a la Procuraduría Delgada para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social, a la señora Mónica Alexandra Moncayo Riascos y a las personas que conforman la lista de elegibles para proveer una vacante definitiva del empleo denominado auxiliar de servicios generales, código 470, Grado 2, ofertado con la OPEC 163362, a fin de que emitan un pronunciamiento de cara los presupuestos fácticos enunciados por el extremo activo de la demanda (archivo 03).

2. Con escrito del 11 de enero de 2024, Protección S.A. informó que el accionante este afiliado a esta entidad desde el 18 de septiembre de 2001 y que a la fecha tiene 1118 semanas cotizadas (archivo 06).

3. En turno, la CNSC se pronunció sobre el escrito de tutela aludiendo que:

3.1 El señor Finlay Ocaña se inscribió para participar en la convocatoria 1523 de 2020 Territorial Nariño, para el cargo de auxiliar de servicios generales, código 470, grado 2, pero no superó las pruebas escritas de competencias funcionales.

3.2 Que expidió la Resolución 10477 del 17 de agosto de 2023 por la cual se conformó la lista de elegibles para proveer ciento siete (107) vacantes definitivas del empleo con código 470, grado 2.

Acción de Tutela: 52-001-40-03-007-2023-00655-00  
Accionante: José Francisco Finlay Ocaña  
Accionado: Secretaría de Educación Municipal de Pasto  
Sentencia: 004

3.3 Que no le corresponde excluir de la convocatoria vacantes que este ocupadas con sujetos de especial protección constitucional, ni fijar lineamientos para la provisión de cargos, pues es de competencia de la entidad nominadora adoptar medidas para proteger a las que personas que ocupan el cargo en provisionalidad con protección a sus derechos.

3.4 Que no ha vulnerado derechos del accionante, ni tampoco él puede perpetuarse en el empleo que reclama afectando los derechos adquiridos por las personas que conforman la lista de elegibles.

Por lo anterior, solicitó su desvinculación por falta de legitimación por pasiva (archivo 07).

4. Tras vencerse el término concedido tanto a la accionada y a Comisión Nacional del Servicio Civil sin que se allegara lo solicitado, con auto del 15 de enero de 2024, se les ordenó el inmediato cumplimiento de los ordinales cuarto, quinto y sexto del auto admisorio del 19 de diciembre de 2023 (archivo 08).

5. Con escrito del 17 de enero de 2024, y sin referirse a la demanda de tutela, la dependencia municipal accionada informa el cumplimiento de la notificación a la señora Mónica Alexandra Riascos y la publicación en su página web. Señaló que, mediante resolución 10477 del 17 de agosto de 2023, *“la Comisión Nacional del Servicio Civil, conformó la lista de elegibles para proveer 107 vacantes definitivas en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, Código 470, Grado 2, Modalidad Abierto, las cuales fueron provistas en su totalidad mediante lista de elegibles.”* (archivo 10).

6. Por último, la señora Mónica Alexandra Riascos haciendo un recuento del proceso de concurso y su nombramiento en periodo de prueba, solicitó respetar su derecho adquirido a ser nombrada al ocupar el puesto 62 de la lista de elegibles para el cargo que ostentaba el accionante, informando que es madre cabeza de familia, a cargo 2 hijos, y sin vivienda propia dependiendo de su salario para solventar los gastos básicos de su hogar (archivo 11).

7. Los demás vinculados guardaron silencio.

## **CONSIDERACIONES**

**1. Competencia** De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 2591 de 1991, el Juzgado

Acción de Tutela: 52-001-40-03-007-2023-00655-00  
Accionante: José Francisco Finlay Ocaña  
Accionado: Secretaría de Educación Municipal de Pasto  
Sentencia: 004

Séptimo Civil Municipal de Pasto, es competente para conocer en primera instancia la acción de tutela en defensa de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los que es titular José Francisco Finlay Ocaña.

**2. De la legitimación en la causa:** El accionante se encuentra legitimado por activa por tratarse del titular de los derechos cuya protección se demanda. Por su parte, tampoco hay escollo en la legitimación en la causa por pasiva ya que la demanda se dirigió en contra de una entidad pública de quien se reclama la vulneración de derechos, de manera que es destinataria de la acción de tutela.

**3. De la inmediatez:** Sobre este requisito la Corte Constitucional *“ha sostenido que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho que generó la vulneración alegada, con el objetivo de que dicha acción cumpla la finalidad para la cual fue creada”* (T-366 de 2015). En el caso bajo estudio este requisito también se encuentra satisfecho habida cuenta que la resolución mediante la cual le fue terminado su vinculación en provisionalidad data del 19 de octubre de 2023, es decir, transcurrió un término razonable desde la eventual vulneración de derechos

**4. De la subsidiariedad.** Como se sabe, *“de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela sólo procede (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; o (iii) cuando se interpone para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental, evento en el que el amparo procede de manera transitoria, es decir, mientras se produce una decisión definitiva por parte del juez natural”* (sentencia T-137 de 2015).

En el caso bajo estudio, se tiene que, si bien el accionante cuenta con los instrumentos ordinarios frente al juez natural de estas disputas, lo cierto es que, quien ejerce la acción de amparo es un sujeto de especial protección de constitucional, por lo que el juez constitucional no puede pasar por alto el estudio de fondo del caso para evitar posibles perjuicios de acuerdo a la jurisprudencia que se acotara. Además, se puede considerar que en este caso, el mecanismo judicial ordinario que tiene el actor ante el Juez Contencioso Administrativo, no resultaría eficaz para proteger sus derechos fundamentales aparentemente vulnerados por la cesación del vínculo laboral por parte de su empleador.

Acción de Tutela: 52-001-40-03-007-2023-00655-00  
Accionante: José Francisco Finlay Ocaña  
Accionado: Secretaría de Educación Municipal de Pasto  
Sentencia: 004

## 5. Problema jurídico

Atendiendo las posturas de las partes que quedaron resumidas en los antecedentes de esta providencia, el problema jurídico que abordará el Despacho gira en torno a determinar si el actor cumple con los requisitos para ser catalogado como pre pensionable y en este sentido, si la entidad accionada vulneró los derechos que alega el accionante con la terminación del nombramiento en provisionalidad en el cargo de carrera administrativa que ocupaba en provisionalidad.

## 6. Tesis del Despacho

En efecto, se advierte que, teniendo en cuenta la edad y las semanas cotizadas a pensión, de acuerdo a la Ley y la jurisprudencia constitucional, el actor ostenta la condición de pre pensionable, pues a la fecha está a menos de 3 años de cumplir con las semanas de cotización mínimas para acceder a la pensión de vejez. Así las cosas, teniendo en cuenta el silencio de la entidad accionada, y lo previsto por la Alta Corporación Constitucional, es menester proteger los derechos del señor Finlay y ordenar los reparos necesarios para que alcance los requisitos mínimos para su jubilación.

**7. De la estabilidad laboral reforzada del pre pensionado.** En similar situación la Corte Constitucional hizo alusión al caso que hoy ocupa la atención del Despacho, pues consideró que *“acreditan la condición de “prepensionables” las personas **vinculadas laboralmente** al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.”* (Negrilla fuera de texto)

*“La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.”*

En la misma sentencia *“considera la Sala Plena que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del*

Acción de Tutela: 52-001-40-03-007-2023-00655-00  
Accionante: José Francisco Finlay Ocaña  
Accionado: Secretaría de Educación Municipal de Pasto  
Sentencia: 004

*fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, considera la Corte que no se frustra el acceso a la pensión de vejez.” (Sentencia SU 003 - 2018)*

**8. Caso concreto.** De la revisión de las pruebas que obran en el expediente, el Despacho encuentra acreditado:

(i) Que el señor José Francisco Finlay Ocaña tiene 61 años de edad afiliado a Protección S.A. dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS con 1.118 semanas cotizadas a pensión (archivo 01 y fl. 7, archivo 06).

(ii) Que el 2 de noviembre de 2001, fue nombrado en provisionalidad en el empleo de auxiliar de servicios generales de la I.E.M. Inem de Pasto (archivo 01).

(iii) Que mediante concurso de méritos No. 1523 adelantado por la CNSC en el año 2020, se expidió Resolución 10477 del 17 de agosto de 2023 donde conformó la lista de elegibles para proveer 107 vacantes definitivas en la Alcaldía de Pasto en el empleo denominado auxiliar de servicios generales, código 470, grado 2, código OPEC No. 163362, integrada por 156 personas que superaron el concurso de méritos (fls. 20 a 26, archivo 07).

(iv) Que con Resolución 3782 del 19 de octubre de 2023, se nombró en período de prueba a la señora Mónica Alexandra Moncayo Riascos en el empleo que venía desempeñando el accionante y, en consecuencia, se resolvió terminar su nombramiento en provisionalidad (fls. 39 a 50, archivo 01).

(v) Que mediante sendas peticiones se ha demostrado que el señor Finlay ha solicitado el reconocimiento de su estatus de pre pensionable frente a lo cual la dependencia accionada ha reconocido tal derecho sin que esta haya ejecutado las acciones para su vinculación (fls. 12, 14 y 15, archivo 01).

Sentado lo anterior el Despacho entrará a resolver la controversia que se suscitó en torno a la condición del accionante como pre pensionado afrontando así el problema jurídico planteado.

Para identificar las condiciones en las que el accionante se encuentra valga memorar el artículo 59 de la ley 100 de 1993 estableció que *“Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a*

Acción de Tutela: 52-001-40-03-007-2023-00655-00  
Accionante: José Francisco Finlay Ocaña  
Accionado: Secretaría de Educación Municipal de Pasto  
Sentencia: 004

*generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión”.*

Del acervo probatorio allegado en el trámite constitucional, se tiene que el accionante cuenta a la fecha con 1.118 semanas cotizadas a pensión dentro del RAIS y 61 años edad, lo que resulta que, de acuerdo a la normatividad antes señalada, el señor Finlay está a escasas 32 semanas para obtener las mínimas requeridas para cumplir con los requisitos para solicitar su derecho pensional, veamos.

De acuerdo a los precedentes legales y jurisprudenciales citados en líneas precedentes el accionante se encuentra protegido en el campo de especial protección para personas pre pensionables de los cuales reclama su amparo. Para terminar de aclarar la situación en el siguiente cuadro el Tribunal Constitucional en Sentencia T-055 de 2020, hace un resumen de los posibles escenarios a tener en cuenta

<b>Contexto de la persona</b>	<b>Condición de prepensionado</b>
<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 las cosas, el actor se encuentra incluido en uno de los escenarios de protección que fue alegado, como es su condición de pre pensionable, pues como se dijo a la fecha no alcanza a cumplir con el mínimo de tiempo cotizado a pensión para acceder a la jubilación por vejez, faltándole menos de 3 años para cumplir el requisito de semanas cotizadas.

Acción de Tutela: 52-001-40-03-007-2023-00655-00  
Accionante: José Francisco Finlay Ocaña  
Accionado: Secretaría de Educación Municipal de Pasto  
Sentencia: 004

Por tanto, teniendo en cuenta que el señor Finlay es un sujeto de especial protección constitucional, como lo es, ser adulto mayor, no tener vinculación laboral alguna y tener a cargo a su hija quien realiza estudios profesionales menos de 25 años, es menester amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada que ostenta, tomando los reparos necesarios para que pueda alcanzar el cumplimiento de los requisitos mínimos para el derecho pensional, respondiendo así, de manera positiva el problema planteado por este Despacho.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto al pago de los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir desde la fecha de terminación de su vinculación con la entidad accionada, replica el artículo 86 Constitucional que la acción de tutela “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*”, por tanto, se torna improcedente usar la acción de amparo para la cancelación de rubros económicos como son salarios y prestaciones, los cuales salen de la esfera del juez constitucional, por lo que deberán ser definidas por el funcionario natural dentro de un proceso contencioso administrativo.

## **DECISIÓN**

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pasto, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUEVE**

**PRIMERO. CONCEDER** la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de José Francisco Finlay Ocaña, por las consideraciones antes expuestas.

**SEGUNDO. ORDENAR** a la Secretaría de Educación Municipal de Pasto en el evento de que existan vacantes disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial, o en caso tal de que existan vacantes futuras en provisionalidad, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, a vincular a José Francisco Finlay Ocaña a un cargo igual o equivalente al que ocupaba hasta tanto cumpla con los requisitos mínimos para acceder a la pensión por vejez.

Además, se precisa que, de mantenerse, reubicarse o vincularse nuevamente al accionado en las condiciones antes anotadas, su permanencia en provisionalidad, estará supeditada a que los cargos que llegue a ocupar sean posteriormente provistos en propiedad mediante sistema de carrera.

Acción de Tutela: 52-001-40-03-007-2023-00655-00  
Accionante: José Francisco Finlay Ocaña  
Accionado: Secretaría de Educación Municipal de Pasto  
Sentencia: 004

**TERCERO. ORDENAR** a la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, para que, dentro de las 24 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, publique la presente decisión en su página web y en los demás medios de comunicación que disponga la entidad.

**CUARTO. CONMINAR** a la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, a que, en adelante, antes de proceder con el nombramiento de la lista de elegibles, de quienes superan las etapas de los concursos de méritos, identifique los cargos que están siendo ocupados por sujetos de especial protección constitucional y adopte en cabeza de estos empleados, las acciones afirmativas a que haya lugar, de conformidad con las reglas jurisprudenciales reiteradas en esta sentencia.

**QUINTO. COMUNICAR** inmediatamente esta sentencia a los interesados por el medio más expedito. En caso de que el fallo no sea impugnado y con el fin de que se decida sobre su eventual revisión, Secretaría remitirá el expediente a la Corte Constitucional en el término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**SEXTO. ARCHIVAR** el expediente previo desanotación de rigor en el libro radicator, una vez se surta el trámite de revisión ante la Corte Constitucional.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DEISSY DANEYI GUANCHA AZA  
JUEZA**

C.B.B.

Firmado Por:  
Deissy Daneyi Guancha Aza

**Juez**  
**Juzgado Municipal**  
**Civil 007**  
**Pasto - Nariño**

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: **acda2f69e47cc3e4167cf0d126c7e29f5f5509e21d78d5f8600fe5e716c9b48a**

Documento generado en 19/01/2024 03:23:40 PM

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