

ACCIÓN DE TUTELA - Procedencia excepcional / CONCURSO DE MÉRITOS EN LA RAMA JUDICIAL – Para proveer cargos de auxiliar administrativo grado 3 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá / PUBLICACIÓN EN LISTA DE ELEGIBLES Y PROVISIÓN DE CARGO OCUPADO POR UN EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD / CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA SOLICITAR PENSIÓN DE VEJEZ – No genera fuero de estabilidad laboral por prepensionado / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Por ser padre cabeza de familia / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Hijo con discapacidad mental / PROTECCIÓN DE INTEGRANTE DE LA LISTA DE ELEGIBLES

Alega que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, al retirarlo del cargo que ocupaba en provisionalidad como auxiliar administrativo grado 3 (conductor), desconoció que se encuentra próximo a pensionarse y que tiene a cargo a su esposa que es una persona de la tercera edad y a su hijo que se encuentra en condición de discapacidad, razón por la cual, considera que debe mantenerse en su cargo hasta cuando ocurra su reconocimiento pensional y su inclusión en nómina de pensionados. (...) En este punto, es necesario recordar los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que establecen si existe o no calidad de prepensionable cuando una persona ya cumplió sus semanas de cotización y le hace falta la edad de pensión para hacerse beneficiaria de la pensión de jubilación. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU003 de 2018, estableció que cuando el único requisito restante para ser beneficiario de la pensión de jubilación es el de edad ya que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no se puede establecer que una persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, teniendo en cuenta que el requisito de la edad se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente y en consecuencia no se frustra el acceso a la pensión de vejez. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que el señor [J.C.] cuenta con 1783.86 semanas cotizadas, es decir únicamente le hace falta cumplir el requisito de la edad para obtener la pensión de jubilación, no es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada por prepensionado. (...) [R]esulta más que claro que el aquí accionante tiene el cuidado y manutención de su familia y teniendo en cuenta su avanzada edad y su retiro del servicio sin que haya sido reconocida la pensión de jubilación, evidencian la dificultad que puede surgir para conseguir un nuevo empleo y asegurar los recursos económicos suficientes para garantizar sus necesidades básicas y la de su familia a cargo. En consecuencia, el juez constitucional no puede perder de vista la vulneración al mínimo vital de un sujeto de especial protección como lo es el hijo del aquí accionante, pues sin tener los ingresos para su manutención y darle el especial cuidado que su condición amerita, también podrían verse afectada su integridad física y vida digna. (...) No obstante, la orden de amparo no puede afectar los derechos del señor [C. A. T.C.] quien fue nombrado en el cargo que ostentaba [J. C.], ya que los concursantes no pueden sufrir las consecuencias de las omisiones de la entidad nominadora. Por lo anterior, la Sala amparará los derechos al mínimo vital del señor [J. C.] (...) y en consecuencia se ordenará la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, proceder a efectuar el reintegro del señor [J. C.] a un cargo de los niveles de Auxiliar Administrativo Grado 3 dentro de la planta administrativa de la entidad, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo su especialidad funcional y la labor que realizaba. Dicho reintegro será hasta tanto COLPENSIONES reconozca la pensión de jubilación del accionante y lo incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente hasta que el

señor [J. C.] cumpla con la edad de pensión, siempre y cuando el cargo al que sea reintegrado no sea provisto por concurso de méritos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C. ocho (08) de octubre dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03829-00 (AC)

Actor: JAVIER CÁRDENAS

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Tema: Acción de tutela / Derechos fundamentales a la estabilidad laboral, debido proceso, igualdad, seguridad social y mínimo vital / Concurso de méritos destinado a la conformación del registro seccional de elegibles para los cargos de carrera del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, Cundinamarca y Amazonas / Estabilidad laboral reforzada

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Subsección decide la acción de tutela presentada el señor Javier Cárdenas en contra del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral, debido proceso, igualdad, seguridad social y mínimo vital, ocurrida con ocasión de la expedición del Oficio DESAJBOO20-114 del 22 de julio de 2020, por medio del cual se le dio a conocer la lista de elegibles para proveer el cargo de auxiliar administrativo grado 3 (conductor) de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá, Cundinamarca y Amazonas, convocado mediante Acuerdo CSJBTA20-9.

I. ANTECEDENTES

La solicitud de protección de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral, debido proceso, igualdad, seguridad social y mínimo vital se fundamenta en los siguientes:

1. HECHOS

El accionante se desempeñaba como Auxiliar Administrativo Grado 3 social en provisionalidad, en la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, desde el 17 de enero de 2007, conforme con la Resolución 4525 de 16 de enero de 2007. La provisión de este empleo de forma definitiva quedó sujeta a la realización del concurso de méritos destinado a la conformación del registro seccional de elegibles para los cargos de carrera del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, Cundinamarca y Amazonas.

El señor Javier Cárdenas actualmente tiene 60 años de edad y su núcleo familiar se compone por su esposa, quien tiene 64 años y es ama de casa, y su hijo quién se encuentra en condición de discapacidad y cuya curaduría se encuentra a cargo de él y su cónyuge, según lo ordenado por el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá, en el auto de 16 de agosto de 2013. Residen en un apartamento que se encuentra hipotecado al Fondo Nacional de Ahorro.

El señor Cárdenas, se encuentra afiliado al Sistema General de Pensiones dentro del Régimen de Prima Media – COLPENSIONES- y para obtener su derecho al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, al momento de radicación de la presente acción de tutela, le hacían falta 16 meses y 17 días.

En el transcurso de su vida laboral, tuvo una afectación en su oído izquierdo, razón por la cual debe utilizar un audífono para poder

desempeñar a cabalidad sus funciones y debe realizarse controles periódicos.

La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá del Consejo Superior de la Judicatura, con ocasión de la provisión de cargos mediante el Acuerdo SACUNA 10-15-2020 y la expedición el Oficio DESAJBOO20-114 del 22 de julio de 2020, por medio del cual se le dio a conocer la lista de elegibles para proveer el cargo de auxiliar administrativo grado 3 (conductor), a través de correo electrónico de 22 de julio de 2020, informó al señor Javier Cárdenas que se había efectuado un nombramiento en propiedad en el cargo que ostentaba y en consecuencia su vinculación con la entidad culminaba el 24 de julio de 2020.

Por lo anterior, el 24 de julio de 2020, el señor Javier Cárdenas interpuso derecho de petición ante la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, a través del cual, solicitó una explicación sobre las razones por las cuales efectuaron su desvinculación sin tener en cuenta su condición de trabajador próximo a pensionarse; no obstante, a la fecha de radicación de la presente acción de tutela, no había obtenido respuesta.

2. PRETENSIONES

Solicita la parte accionante lo siguiente:

«**PRIMERA:** Que se me tutele los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, a la estabilidad laboral reforzada/relativa, a la igualdad, a la salud como parte de la seguridad social, al mínimo vital y móvil tanto para mí como para mi conyugue.

SEGUNDA: Que se revoque el contenido en el oficio de 22 de julio del presente año, para que en su motivación se pronuncien respecto a mi situación y en su defecto se me vincule a un cargo de igual o superior categoría hasta tanto no me sea reconocida la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES».

3. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Sostiene la parte accionante que con la expedición del Oficio DESAJBOO20-114 del 22 de julio de 2020 y el correo electrónico de 22 de julio de 2020, a través del cual fue informado de su desvinculación a partir el 24 de julio de 2020, se generó una vulneración a la garantía constitucional de la seguridad social, estabilidad laboral, su mínimo vital y el de su familia (esposa que es adulto mayor e hijo en condición de discapacidad).

Asimismo, manifestó que se desconoció su derecho a la estabilidad laboral reforzada como sujeto de especial protección constitucional al ser cabeza de familia y velar por su esposa y su hijo en condición de discapacidad, estar próximo a pensionarse y padecer una condición médica como la afectación en su oído izquierdo.

4. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 31 de agosto de 2020, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó notificar al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como accionado; a todas las personas que tuviesen interés en el concurso de méritos¹ destinados a la conformación del registro seccional de elegibles para los cargos de carrera del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, Cundinamarca y Amazonas, como terceros interesados en las resultas de este proceso, para que ejercieran su derecho de defensa.

5. INTERVENCIONES

¹ Acuerdo SACUNA 10-15 de 2010.

5.1. La Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura – Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, manifestó que las situaciones particulares que deban realizarse frente a la desvinculación ocasionada por un concurso de méritos corresponde definir las a cada nominador, en consecuencia, dicha decisión concierne a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, razón por la cual solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional.

5.2. La Unidad de Administración de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, señaló que en el presente asunto tiene una ausencia de legitimación en la causa por pasiva, dado que la actuación que reprocha el accionante, de la cual presuntamente se ha dado origen a la vulneración de derechos alegada, fue adelantada por la Dirección Ejecutiva Seccional de la Judicatura de Bogotá, en su condición de nominador.

Asimismo, manifestó que existe otro mecanismo de defensa judicial eficaz y expedito, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho e indicó que el accionante no cumple con los requisitos para ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por prepensionado.

5.3. La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, solicitó negar las pretensiones de la presente tutela. Al respecto, señaló que el accionante ha cotizado más de 1300 semanas y por lo tanto acredita el mínimo que se requiere para acceder a la pensión de vejez, razón por la cual no se encuentra en riesgo la consolidación de su expectativa pensional, ya que la única exigencia restante es el cumplimiento de la edad, condición que puede acreditar con o sin vinculación laboral vigente.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala de Subsección conocer la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Constitución Política:

«Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto».²

Este mecanismo fue concebido por el constituyente para la protección inmediata, oportuna y adecuada, ante situaciones de amenaza o vulneración, de los derechos fundamentales, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo expuesto, entiende la Sala de Subsección que el problema jurídico se circunscribe a responder si:

¿La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, vulneró los derechos fundamentales del accionante invocados en protección, al retirarlo del cargo que ocupaba en provisionalidad como auxiliar administrativo grado 3 (conductor), sin tener en cuenta su condición de estabilidad laboral reforzada?

Para resolver los problemas jurídicos planteados se abordarán las siguientes temáticas: (i) estabilidad laboral relativa de los servidores

² Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, (ii) sujetos de especial protección y (iii) caso concreto.

3. La procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política dispone toda persona tendrá derecho a ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. No obstante, solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece, que la acción de tutela no procederá entre otros casos, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Conforme a las normas anteriores, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela obedece al principio de subsidiariedad, cuya condición no implica que pueda reemplazar los medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho, ni que pueda revivir oportunidades procesales vencidas como consecuencia de la inactividad injustificada del interesado, ni tampoco constituye un último medio judicial para alegar la vulneración o afectación de un derecho.

3.1 Procedencia de la acción de tutela frente a sujetos de especial protección.

Debe señalarse que la acción de tutela no procede para atacar actos administrativos de carácter laboral, pues para tal fin el ordenamiento jurídico ha creado acciones ordinarias, que son consideradas como medios idóneos para la protección de los derechos. Es decir, que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial diferentes a la tutela, esta acción constitucional se torna improcedente, salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se trate de un sujeto de especial protección o la acción ordinaria no sea idónea y eficaz para el amparo de los derechos.

Ahora bien, el *status* de prepensionado ha sido protegido en varias ocasiones por esta Corporación y por la Corte Constitucional, en ejercicio de la acción de tutela, dada la especial condición de quienes tienen una expectativa legítima de que se les reconozca la pensión de vejez³.

En efecto, ha señalado la Corte Constitucional, que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o *prepensionados*, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que conforman la carrera administrativa.

En este sentido, es menester destacar que en la sentencia T- 186 de 2013 la Corte diferenció el retén social de la protección de origen constitucional que se predica de los prepensionados. En efecto, señaló esa Corporación:

³ Sobre el tema ver entre otras sentencias: C-331/00, C-789/02, C-754/04, T-169/03, T-798/06 y T-128/09 de la Corte Constitucional.

«(...) el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los *prepensionados* no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. 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, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los *prepensionados* con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad sólo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública.

En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los *prepensionados* tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, como se explica enseguida.»

De igual manera, a través de diversos pronunciamientos ésta Corporación ha accedido a la protección constitucional cuando se encuentran en juego los derechos de prepensionados⁴, al señalar que dicha situación especial, sumada a la avanzada edad y al retiro del servicio sin que haya sido reconocida la pensión de jubilación, evidencian la dificultad que puede surgir para que los accionantes

⁴ En efecto en sentencia de 5 de febrero de 2015, la Sección Cuarta de esta Corporación, dentro del proceso radicado con el No. 25000-23-42-000-2013-03899-01 amparó los derechos de la accionante quien ostentaba la calidad de prepensionada y pese a tal condición el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, profirió lista de elegibles para proveer por concurso público el cargo que ostentaba, pese a que no le había sido reconocida la pensión de jubilación ni incluida en nómina de pensionados. Pueden consultarse además, la sentencias de la Sección Segunda, Subsección A, de 14 de julio de 2016, dentro del proceso radicado con el No. 25307-33-33-001-2016-00028-01, Accionante: Manuel Santana García Yepes, con ponencia de quien se ocupa de esta providencia. De la Sección Cuarta pueden consultarse las sentencias de 30 de septiembre de 2010, Rad. AC-2010-00553, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; de 7 de octubre de 2010, Rad. AC-2010-00745, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; de 11 de noviembre de 2010, Rad. AC-2010-01786, M.P. Dr. William Giraldo Giraldo; de 20 de enero de 2011, Rad. AC-2010-02985, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia y de 10 de febrero de 2011, Rad. AC-2010-03439, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

puedan conseguir un nuevo empleo y asegurar los recursos económicos suficientes para garantizar sus necesidades básicas y con ello el derecho a una vida en condiciones dignas y al mínimo vital.

Además, según lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T - 357 de 2016, la falta de los salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital. De acuerdo con la argumentación de la Corte, si quien recibe una suma de dinero mensual depende de ella para subsistir, exigirle que pruebe la existencia de un perjuicio irremediable implica someterlo a una prueba excesiva, por lo que resulta legítimo presumir la inminencia del perjuicio irremediable del individuo que pierde su única fuente de subsistencia. En efecto, en la mencionada sentencia se sostuvo lo siguiente:

«(...) esta Corporación ha considerado en diferentes ocasiones y contextos que la ausencia de recursos económicos, con las consecuencias que tal circunstancia acarrea en la decisión del asunto, no debe ser probada por el peticionario sino que le corresponde a la parte accionada controvertir tal aseveración. Así, en el contexto de la protección del derecho a la salud la Corte ha indicado que las partes no están obligadas a probar negaciones indefinidas:

«La jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en la legislación procesal civil colombiana referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba.

En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que la manifestación de no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar en contrario.

Así mismo, en materia de incapacidad económica la Corte Constitucional ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción judicial de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política.⁵»

⁵ Sentencia T-662 de 2008.

Ya en el marco de los derechos pensionales, este Tribunal se ha pronunciado sobre la prueba del riesgo de sufrir un perjuicio irremediable para efectos de la procedencia de la acción de tutela, en los siguientes términos:

*"En otros casos, la Corte Constitucional ha sostenido que **la falta de pago de los salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital.** De acuerdo con la argumentación de la Corte, si quien recibe una suma de dinero mensual depende de ella para subsistir, exigirle que pruebe la existencia de un perjuicio irremediable implica someterlo a una prueba excesiva. Así, la Corte ha dicho que es legítimo presumir la inminencia del perjuicio irremediable del individuo que pierde súbitamente su única fuente de subsistencia".* (Negrillas fuera del texto).

En este orden de ideas, y de acuerdo a la jurisprudencia citada, se tiene que no hace falta que el peticionario aporte prueba de la precariedad de su capacidad económica para probar una afirmación en tal sentido y en consecuencia le corresponde a la entidad accionada el desvirtuar tal aseveración.»

Todo lo anterior confirmando lo que esta Subsección en providencias con ponencia del suscrito magistrado ponente, ya ha planteado en los casos con los radicados: 05001-23-23-000-2016-01944-01 y 11001-03-15-000-2019-01744-00.

3.3.- Del caso concreto

El presente caso, el señor Javier Cárdenas solicita la protección de sus derechos fundamentales al a la estabilidad laboral, debido proceso, igualdad, seguridad social y mínimo vital, que considera vulnerados con la expedición el Oficio DESAJBOO20-114 del 22 de julio de 2020, por medio del cual se le dio a conocer la lista de elegibles para proveer el cargo de auxiliar administrativo grado 3 (conductor) y su desvinculación de la entidad a partir del 24 de julio de 2020, pese a su condición de sujeto de especial protección.

Alega que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, al retirarlo del cargo que ocupaba en provisionalidad como auxiliar administrativo grado 3 (conductor), desconoció que se encuentra próximo a pensionarse y que tiene a cargo a su esposa que es una persona de la tercera edad y a su hijo que se encuentra en condición de discapacidad, razón por la cual, considera que debe mantenerse en su cargo hasta cuando ocurra su reconocimiento pensional y su inclusión en nómina de pensionados.

Una vez revisadas las piezas procesales se encuentra lo siguiente:

- A través del Acuerdo CSJBTA20-9 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, fue expedida la lista de elegibles para proveer el cargo de Auxiliar Administrativo grado 3.
- La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, nombró en propiedad al señor Carlos Alberto Tunjano Cruz, en remplazo del señor Javier Cárdenas, a partir del 24 de julio de 2020.
- Mediante correo de 22 de julio de 2020, fue notificado de la terminación de su nombramiento en provisionalidad.
- El accionante nació el 10 de enero de 1960, es decir en la actualidad cuenta con 60 años de edad y con 1783.86, semanas cotizadas. Se posesionó a través de Acta No. 0006 de 17 de enero de 2007 en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 3.
- Según registro civil de matrimonio, el señor Javier Cárdenas se encuentra casado con María Stella Corredor Aguilar.
- En el mismo registro se evidencia que la fecha de nacimiento de la Señora Corredor es del 1 de febrero de 1956, es decir que cuenta con 64 años de edad.
- Mediante sentencia de 16 de agosto de 2013, proferida por el Juzgado 18 de familia de Bogotá, se decretó la interdicción definitiva por discapacidad mental absoluta del señor Edwin Javier Cárdenas Corredor y se designó como curador a la señora María

Stella Corredor Aguilar y como curador suplente al señor Javier Cárdenas.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 en su artículo 33, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, estableció lo siguiente:

«Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

Haber cumplido (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.»⁶

En este sentido el señor Javier Cárdenas, cuenta con las semanas cotizadas para obtener la pensión de vejez y le falta aproximadamente 1 año y tres meses para cumplir la edad y hacerse beneficiario de la pensión de jubilación.

En este punto, es necesario recordar los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que establecen si existe o no calidad de prepensionable cuando una persona ya cumplió sus semanas de cotización y le hace falta la edad de pensión para hacerse beneficiaria de la pensión de jubilación.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU003 de 2018, estableció que cuando el único requisito restante para ser beneficiario de la pensión de jubilación es el de edad ya que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no se puede establecer que una persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, teniendo en cuenta que el requisito de la edad se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente y en consecuencia no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

⁶ Ley 100 de 1993, artículo 33

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que el señor Javier Cárdenas cuenta con 1783.86 semanas cotizadas, es decir únicamente le hace falta cumplir el requisito de la edad para obtener la pensión de jubilación, no es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada por prepensionado.

Por otro lado, el señor Cárdenas afirma tener a su cargo a su esposa de 64 años quien además es curadora principal de su hijo declarado interdicto por discapacidad mental absoluta y del cual es curador suplente, ya que es su esposa quien cuida de su hijo mientras él trabaja para sostener a su familia.

Así las cosas, es necesario establecer si, según los lineamientos de la Corte Constitucional, el señor Javier Cárdenas, quien además tiene una afectación médica en su oído derecho, puede gozar de estabilidad laboral reforzada por ser padre cabeza de familia y tener a su cargo a su esposa que es un adulto mayor y a su hijo en condición de discapacidad.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia SU389/05 dispuso:

« Las medidas que adopten las autoridades en virtud del apoyo constitucional especial de que es titular la madre cabeza de familia, pueden extenderse también al hombre cabeza de familia, pero no por existir una presunta discriminación de sexo entre uno y otro, sino como consecuencia de hacer realidad el principio de protección del menor, cuando éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre y en aquellos casos en que sus derechos podrían verse efectiva y realmente afectados. Vale decir, el fundamento de la protección debe ser el artículo 44 de la Constitución, o sea, el interés superior del niño, pues es en esa medida que no puede protegerse únicamente a la mujer cabeza de familia sino que debe extenderse el beneficio al padre que demuestre estar en el mismo predicamento ». Negrilla fuera de texto

En esa misma sentencia señaló que:

« No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio. (i) **Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento;** que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) **Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.** (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: "esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo." En aplicación de tal doctrina, cabe concluir que por la necesidad de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de edad el retén social puede resultar aplicable a los padres cabeza de familia, que demuestren hallarse en algunas de las hipótesis mencionadas ».

Conforme a lo anterior, en el caso objeto de estudio se observa que el señor Javier Cárdenas tiene a su cargo a su esposa de 64 años, quien además es su beneficiaria en el sistema de salud, según certificado de afiliación a EPS, expedido el 24 de agosto de 2020.

También se tiene que en constancia notarial, el Notario Tercero del Circuito Judicial de Bogotá, señaló que mediante sentencia de 16 de agosto de 2013, proferida por el Juzgado 18 de familia de Bogotá se decretó la interdicción definitiva de su hijo por discapacidad mental absoluta y se designó como curadora a la señora María Stella Corredor y como curador suplente al accionante.

Circunstancias que para esta Sala de Subsección, demuestran que el señor Cárdenas es el sustento de su familia, ya que su esposa y su hijo dependen económicamente de él. Además, quedó probado que, pese a convivir con su cónyuge quien puede ser su apoyo económico, por disposición judicial, su presencia en casa resulta totalmente indispensable para la atención de su hijo en condición de discapacidad.

Por lo anterior, resulta más que claro que el aquí accionante tiene el cuidado y manutención de su familia y teniendo en cuenta su avanzada edad y su retiro del servicio sin que haya sido reconocida la pensión de jubilación, evidencian la dificultad que puede surgir para conseguir un nuevo empleo y asegurar los recursos económicos suficientes para garantizar sus necesidades básicas y la de su familia a cargo.

En consecuencia, el juez constitucional no puede perder de vista la vulneración al mínimo vital de un sujeto de especial protección como lo es el hijo del aquí accionante, pues sin tener los ingresos para su manutención y darle el especial cuidado que su condición amerita, también podrían verse afectada su integridad física y vida digna.

Ahora bien, no desconoce la Sala que si ya se proveyó el cargo con quien legítimamente superó todas las etapas del proceso de selección,

esta circunstancia no obsta para que se acceda al amparo invocado, pues no puede desatenderse la especialísima condición de padre cabeza de familia que gobierna la situación del accionante y su hijo, sujeto de especial protección, por discapacidad mental absoluta, a su cargo.

No obstante, la orden de amparo no puede afectar los derechos del señor Carlos Alberto Tunjano Cruz quien fue nombrado en el cargo que ostentaba Javier Cárdenas, ya que los concursantes no pueden sufrir las consecuencias de las omisiones de la entidad nominadora.

Por lo anterior, la Sala amparará los derechos al mínimo vital del señor Javier Cárdenas, en su condición de padre cabeza de familia al ser su hijo un sujeto de especial protección y en consecuencia se ordenará la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, proceder a efectuar el reintegro del señor Javier Cárdenas a un cargo de los niveles de Auxiliar Administrativo Grado 3 dentro de la planta administrativa de la entidad⁷, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo su especialidad funcional y la labor que realizaba.

Dicho reintegro será hasta tanto COLPENSIONES reconozca la pensión de jubilación del accionante y lo incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente hasta que el señor Javier Cárdenas cumpla con la edad de pensión, siempre y cuando el cargo al que sea reintegrado no sea provisto por concurso de méritos.

Lo anterior con el fin de proteger tanto los derechos de la accionante, su familia a cargo y el de las personas que superaron el concurso y conforman la lista de elegibles.

⁷ Que se encuentre vacante o en la primera vacancia que ocurra.

Igualmente, esta orden de protección cesará si el accionante no presenta ante COLPENSIONES su solicitud de reconocimiento pensional al siguiente día hábil del cumplimiento de la edad de pensión.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO.- AMPÁRESE el derecho fundamental al mínimo vital, del señor Javier Cárdenas y el de su familia de conformidad con lo señalado en precedencia.

SEGUNDO.- Ordenar a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, que en el término máximo de diez (10) días, reintegre al accionante a un cargo de los niveles de Auxiliar Administrativo Grado 3 dentro de la planta administrativa de la entidad que se encuentre vacante en la ciudad de origen o en la primera vacancia que ocurra, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo su especialidad y, la labor que realizaba.

Dicho reintegro será hasta tanto COLPENSIONES reconozca la pensión de jubilación de la accionante y le incluya en nómina de pensionados.

La orden de protección permanecerá vigente hasta que el señor Javier Cárdenas cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión, siempre y cuando el cargo al que sea reintegrado, no sea provisto por concurso de méritos.

Cesará la orden si el accionante no presenta ante COLPENSIONES su solicitud de reconocimiento pensional, al siguiente día hábil del cumplimiento de la edad de pensión.

TERCERO.- De no ser impugnada esta sentencia, **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO.- Registrar la presente providencia en la plataforma "SAMAI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLAS

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

NOTA: La anterior providencia fue firmada electrónicamente por la Sala a través de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes del Código General del Proceso.