

Bucaramanga Septiembre 21 de 2016

Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER (REPARTO)
E. S. D.**

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA.

ACCIONANTE: CARLOS ARTURO SERPA URIBE.

ACCIONADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El suscrito **CARLOS ARTURO SERPA URIBE** identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.845.765 de Bucaramanga mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bucaramanga, acudo ante usted respetuosamente, para promover en nombre propio la presente **ACCIÓN DE TUTELA**, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto reglamentario 2591 de 1991, con el fin de que se ampare los derechos constitucionales fundamentales a la Estabilidad Laboral Reforzada de las Personas con Estatus de Prepensionado y en Situación de Debilidad Manifiesta e Indefensión como resultado del Deterioro de salud, fundamentado en los siguientes:

HECHOS

1. El día tres (3) de Agosto del año 2001 fui nombrado en el cargo de Procurador 24 Judicial II Ambiental y Agrario de Santander, código 3PJ-Grado EC de la planta de Personal de la Procuraduría General de la Nación, mediante Decreto No. 923 del 10 de Agosto de 2001.
2. Con anterioridad labore en:
 - **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.** Desde el 01 de Febrero de 1974 hasta el 30 de Noviembre de 1976 para un total de 145.71 semanas cotizadas.
 - **MINISTERIO DE TRABAJO,** desde el 06 de Enero de 1988 hasta el 17 de Julio de 1994 en la ciudad de Bucaramanga, como inspector de trabajo 3185 Grado 08, los aportes se realizaron en LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, con el NIT. 899.999.010-3, como consta en el certificado del 27 de Marzo de 2014 información laboral, firmado por el Funcionario Miguel Alfonso Castiblanco Gordillo, Subdirector de Gestión de Talento Humano, para un total de 333.14 semanas cotizadas.
 - **CAMARA DE REPRESENTANTES,** desde el 27 de Julio de 1994 hasta el 30 de noviembre de 1995 en el cargo de ASESOR 1, en la ciudad de Bogotá, los aportes se realizaron en FONPRECON, mediante el NIT 899999734-7, como consta en el certificado del 01 de Diciembre de 2014 de información laboral, firmado por el Jefe de División de Personal; para un total de 69.14 semanas cotizadas.
 - **INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTÍN CODAZZI** desde Diciembre de 1995 hasta el 30 de Septiembre de 2001, con el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO código 3010 Grado 15, información

suministrada por el Coordinador Gestión Talento Humano, en Certificado de 11 de Febrero de 2014, tiempo que ya está incluido en el historial laboral de COLPENSIONES, pero dentro de su reporte solo tiene cotizadas dentro de mis historial desde el 01 de Marzo de 1996, FALTANDO incluir desde Diciembre de 1995 fecha en el que inicie mi vida laboral en la entidad hasta Febrero de 1996, siendo así 10.57 semanas cotizadas no incluidas dentro del historial laboral de COLPENSIONES.

A la solicitud elevada a COLPENSIONES sobre la inclusión de las semanas cotizadas en las demás entidades en mi historial laboral, la entidad respondió, que estas serán incluidas al momento de la solicitud de pensión.

3. Por Derecho de Petición dirigido a ANDREA DEL PILAR ALVAREZ ACEVEDO, Jefe Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación, en fecha cuatro (4) de Febrero de Dos Mil Quince (2015), referido al tema los derechos constitucionales fundamentales a la Estabilidad Laboral Reforzada de las Personas con Estatus de Prepensionado y en Situación de Debilidad Manifiesta e Indefensión como resultado del Deterioro de mi salud, solicitando que dicha situación debidamente soportada y fundamentada con el objeto de que se adicionara la convocatoria No. 002 – 2015 del concurso de méritos y se previera la situación planteada respecto de los funcionarios próximos a pensionarse y con el deterioro de salud como el caso particular de este funcionario.
4. Con oficio No. 000752 de fecha veinticuatro (24) de Febrero de Dos Mil Quince (2015) se obtuvo respuesta de la Dr. MARIA LORENA CUELLAR CRUZ, Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, en el que se concluye "...En síntesis, el análisis sobre el reconocimiento de la estabilidad reforzada deberá ser realizado en cada caso concreto, según las circunstancias fácticas y jurídicas, al momento de la provisión de los cargos por méritos o al retiro de los servidores, conforme a las causales previstas en la ley, previa verificación de la existencia u ocurrencia de los elementos facticos previstos en la ley.
5. En oficio No. 00292 SIAF – 070124 de fecha veintisiete (27) de febrero del año Dos Mil Quince (2015), suscrito por ANDREA DEL PILAR ALVAREZ ACEVEDO, Jefe Oficina de Selección y Carrera, de la Procuraduría General de la Nación, se dio respuesta a petición impetrada por este ciudadano y varios funcionarios de la misma entidad relacionada con el concurso adelantado, la provisión de los cargos de Procuradores Judiciales y otros aspectos relacionados con la selección de empleados de carrera, comunicación que en el último acápite del literal c. hace saber "...Corresponderá a la Administración, una vez se expidan las listas de elegibles, determinar los funcionarios que pueden tener la especial protección por su condición de prejubilado y analizar los casos concretos. Por tanto, la información que se solicita en relación con este aspecto solo debe ser consolidada en dicho momento y no ahora, pues como se indicó, la orden de la Corte Constitucional es ofertar todos los cargos de procuradores judiciales...."
6. El día 14 de Junio de esta anualidad se comunicó el D.P. N° 00319, dirigido a "... Señores Aspirantes a cargos de Procuradores Judiciales...", suscrito por el Señor Procurador General de la Nación Alejandro Ordoñez Maldonado, en el que se enteró a los interesados en el concurso de

méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales, que en la primera semana del mes de Julio se publicaría la lista de los elegibles, según la forma establecida por el art. 216 del Decreto Ley 262 del año 2000. Dicha publicación se llevó a cabo el día 8 de Julio de 2016.

7. En fecha Veintidós (22) de Junio de 2016 presenté Derechos de Petición al Doctor Carlos William Rodríguez Millán y Jorge Mario Segovia Armenta, respectivos jefe oficina Gestión Humana y jefe oficina Selección y Carrera, de la Procuraduría General de la Nación, solicitando no ser desvinculado del cargo que ejerzo como Procurador 24 Judicial II Ambiental y Agrario de Santander, antes de mi inclusión en la nómina de funcionarios que tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, igualdad de oportunidades, vida digna y al mínimo vital, lo anterior por mi condición de pre pensionado, y por encontrarme en situación de debilidad manifiesta e indefensión como resultado del deterioro de mi salud.
8. El catorce (14) de Octubre de Dos Mil Trece (2013) presenté grave afectación a mi salud por Infarto Cerebral dislipidemia, del que se derivaron más enfermedades que afectaron mi capacidad laboral, tal como consta en el dictamen de calificación de mi capacidad laboral.
9. En la actualidad continuo en constantes controles y procedimientos referente a mi estado de salud, con el fin de mejorar y curar las secuelas dejadas por el incidente anteriormente nombrado, es por lo anterior que se me han programado diferentes citas prioritarias con especialistas en cardiología, ya que como aparecen en las autorizaciones y según el diagnóstico dado por el médico, sufro el síndrome de la arteria carótida (hemisférico), oclusión y estenosis de arteria carótida y aterosclerosis de otras arterias. Así mismo el 05 de mayo de 2016 se emitió orden de la EPS para el procedimiento de especialista para cirugía vascular periférica. De igual manera en la consulta de control por medicina especializada (Neurología) de fecha 04 de Mayo de 2016, en la cual se cita el estado y evolución del paciente, además de las citas prioritarias en diferentes especialidades como en cardiología, oftalmología y vascular periférica.
10. En fecha marzo del 2015, acudí a consulta médica especializada con el Dr. Joaquín Fernando Gonzales, medico radiólogo intervencionista quien me atendió por cerebro vascular isquémico antiguo con oclusión completa de la carótida izquierda, habiéndose realizado panografía cerebral encontrando la arteria carótida derecha, única arteria que está irrigando el parénquima cerebral y que mantiene al paciente con vida, con estenosis del 97 % con un marcado riesgo de muerte si no se logra tratamiento de revascularización más colocación de stent, procedimiento que será programado.

Se realiza procedimiento el día 18 de Marzo de 2015 bajo anestesia general, por neuroradiólogo intervencionista, logrando revascularizar la estenosis del 97 % de la arteria carótida interna derecha con colocación del stent, quedando con arteria carótida única que irriga la totalidad de parénquima cerebral, por lo cual es un paciente de alto riesgo y que tiene que tomar ASA de por vida, lo cual le evita estado de procoagulación de la sangre, evitando eventos embólicos y trombóticos, se sugiere al paciente tener cambios en su estilo de vida y avisar al médico ante cualquier procedimiento quirúrgico a realizar.

11. El cargo de Procurador Judicial II que desempeñe hasta el día dos (2) de Septiembre de esta anualidad fue la única fuente de ingreso que poseí para mi subsistencia y la de mi esposa, ya que en la actualidad no cuento con ningún otro ingreso adicional que permita sufragar los gastos mensuales prioritarios.
12. El 15 de Julio del 2016 presente Acción de Tutela en contra de la Procuraduría General de la Nación, alegando la protección a mis derechos de Estabilidad Laboral Reforzada por Discapacidad y por encontrarme en calidad de Prepensionado.
13. El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante providencia de fecha 11 de agosto de 2016, negó la Acción de Tutela impetrada por este ciudadano, argumentando que es improcedente, ya que no se ha dado el hecho que vulnera el Derecho Fundamental del cual se solicita protección y aún se está en ejercicio del cargo.

Argumentó el respetado tribunal que el derecho de petición pretendido carecía de prosperidad por cuanto el tutelante pretendió pronunciamiento sobre unas peticiones que ya habían ocurrido, pues se le dio respuesta por La Procuraduría General de la Nación en OFICIO 002649 del 21 de julio de 2016.

14. En fecha Dos de Septiembre de Dos Mil Dieciséis fui notificado del oficio SG No. 3885 de fecha Agosto de 2016, suscrito por CIRO EDUARDO LOPEZ MARTINEZ, Secretario General (E) de la Procuraduría General de la Nación en el que se me enteró mi culminación de vinculación laboral con la entidad en provisionalidad

PRETENSIONES

1. Ordenar a la Procuraduría General de la Nación el reintegro del accionante al cargo que desempeñaba o a uno de la misma categoría, con el fin de obtener la pensión de vejez ya que en la actualidad no he cumplido con la edad requerida para obtener dicha prestación completa.
2. Ordenar que se ampare el Derecho fundamental de la estabilidad laboral reforzada por mi condición de discapacitado y que se me brinde las condiciones óptimas para proteger este derecho.

PRUEBAS

Fotocopias de los siguientes documentos relacionados:

1. De la certificación laboral del MINISTERIO DE TRABAJO, de fecha 29 de Julio de 2016
2. De la certificación laboral de la CAMARA DE REPRESENTANTES, de fecha 21 de febrero de 2014 – 13 de Marzo de 2014 y 9 de Diciembre de 2014
3. De la certificación laboral del INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI, de fecha 09 de Agosto de 2016.
4. De la certificación del MINISTERIO DE DEFENSA de fecha 03 de Agosto de 2016
5. De los derechos de petición presentados ante la Procuraduría General de la nación y sus respectivas respuestas y/o comunicados.
6. Del Derecho de Petición presentado ante la procuraduría general de la nación

7. Del Decreto por medio del cual fui nombrado en el cargo de Procurador Judicial II Ambiental y Agrario.
8. Del historial laboral de COLPENSIONES a el 01 de Septiembre de 2016
9. De las autorizaciones médicas y del control de la evolución ambulatoria por neurología.
10. Acto Administrativo que me desvincula del cargo

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE CARACTER CONSTITUCIONAL-

1. - PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE LA TUTELA.

En el presente asunto se acude a la sentencia T- 376 del 2016 emitido por Honorable Corte Constitucional con ponencia del Señor Magistrado Alejandro Linares Cantillo, dado que en el mismo caso se tutelo derecho fundamental a la salud, seguridad social y mínimo vital como es mi caso.

"...Antes de analizar el objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a (i) la alegación de una presunta afectación de un derecho fundamental, (ii) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) la observancia del requisito de inmediatez.

La Corte se ocupará, de manera especial, del presupuesto de subsidiariedad, cuyo incumplimiento fue planteado por los jueces que conocieron en primera y segunda instancia de la acción de tutela interpuesta por el señor Jairo Álvarez Montoya, quienes realizaron en las providencias estudiadas un énfasis especial en la efectividad de las medidas cautelares que con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, fueron reforzadas.

Alegación de afectación de un derecho fundamental

23. El actor aduce la presunta trasgresión por parte de las accionadas de los derechos fundamentales a la salud¹, a la seguridad social² y al mínimo vital³.

¹ La Corte Constitucional mediante Sentencia C-754/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) reiteró el carácter fundamental del derecho a la salud en los siguientes términos: "(...) esta Corporación ha determinado que el derecho a la salud es un derecho fundamental y autónomo esencial para la garantía de la dignidad humana, que comprende el derecho al nivel más alto de salud física, mental y social posible, y que algunas de sus facetas son susceptibles de ser reclamadas mediante la acción de tutela".

² Se estableció en la Sentencia T-414/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) que "(...) el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales. De ahí que las situaciones del orden sustancial deban ser diferentes de las consideraciones de orden procesal que permiten analizar la procedibilidad de la acción y que, para efectos de determinar su prosperidad, no dependen de la verificación de la transmutación del derecho en el caso concreto o de su conexidad con otro derecho fundamental". Esta postura jurisprudencial fue expresamente reiterada en la Sentencia T-164/13 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

³ En la Sentencia T-184/09 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) se hizo referencia al mínimo vital en los siguientes términos: "(...) es un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el

Legitimación por activa

24. Jairo Álvarez Montoya interpone acción de tutela en nombre propio acorde con el artículo 86 de la Carta Política⁴, que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá acudir a la acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

Legitimación por pasiva

25. El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991⁵ establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. En el caso estudiado, al dirigirse la acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación⁶ y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones⁷, que tienen la naturaleza de entidades públicas, se entiende acreditado este requisito de procedencia.

Subsidiariedad

26. El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en los cuales sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental⁸.

En el caso puesto a consideración de esta Corporación, el análisis del requisito de subsidiariedad tiene una importancia significativa. En atención a ello, la Corte (i) caracterizará los cambios introducidos por la Ley 1437 de 2011⁹ que consagró un grupo de

contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”.

⁴ El artículo 86 de la Constitución Política dispone que: “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 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 (...)”.

⁵ De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley”. CP, art 86º; D 2591/91, art 1º.

⁶ El artículo 17 de la Constitución preceptuó que el Ministerio Público es un órgano de control. Por su parte, en el artículo 275 se indicó que el Procurador General de la Nación es el supremo director.

⁷ De conformidad con el artículo 2º del Acuerdo 9 de 2011: “La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política”.

⁸ En la Sentencia T-291/14 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) se afirmó que: “(...) la Corte Constitucional también ha destacado que no basta con la mera existencia de otro mecanismo de defensa judicial para determinar la improcedencia de la tutela, sino que el juez debe valorar la idoneidad y la eficacia del mismo de cara a cada caso en particular, sin que ello implique el desconocimiento de la prevalencia y validez de los medios ordinarios de protección judicial como instrumentos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Es así como, con miras a obtener la protección de sus garantías, los ciudadanos están obligados a acudir de manera preferente a los mecanismos ordinarios y extraordinarios, cuando ellos se presenten como conducentes para conferir una eficaz protección constitucional, y solo en caso de que dichos mecanismos carezcan de idoneidad o eficacia, es que procedería la acción de tutela para su protección”.

⁹ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

medidas cautelares y amplió las causales para la procedencia de la suspensión provisional; (ii) analizará cómo ha sido entendido por la jurisprudencia el nuevo régimen; (iii) precisará las diferencias entre el mecanismo propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la acción de tutela; y (iv) examinará si, en el presente caso, el medio indicado en las decisiones de instancia, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es idónea para examinar la situación del accionante.

27. El Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011 reguló, entre los artículos 229 y 241, las medidas cautelares que podrán ser concedidas en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para su procedencia se estableció que la solicitud debe encontrarse debidamente sustentada y presentada en cualquier estado del proceso. Prescribió además que el juez o magistrado podrá decretarlas si las considera necesarias con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En todo caso, por disposición legal expresa la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

No obstante, la posibilidad de decretarlas está supeditada a la relación directa con la demanda presentada y con su tipología. En ese sentido, en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, se determinó que pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión por lo que se podrán decretar una o varias de ellas:

"1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer".

La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra regulada en el artículo 231 en el que se contempló para su procedencia la comprobación de una contradicción entre el acto demandado y una norma superior o entre el acto cuestionado y el estudio de las pruebas allegadas a la solicitud. Para las otras medidas cautelares, el mismo artículo establece que su decreto será procedente cuando concurren los siguientes requisitos: (i) la demanda presentada debe estar razonablemente fundada en derecho; (ii) el demandante debe demostrar, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) el demandante debe haber allegado los documentos, argumentos y la justificación que permita concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y (iv) se debe demostrar que al no otorgarse la medida se causaría un perjuicio irremediable o en su defecto, que existen serios motivos para considerar que de no hacerlo los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Sumado a ello, prevé el artículo que para la concesión de medidas cautelares se deberá prestar una caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con su

decreto. Están exceptuados de la anterior exigencia, la petición de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, los procesos que tengan por finalidad la defensa y la protección de los intereses colectivos, así como las medidas solicitadas por una entidad pública.

Por último, con la regulación de la Ley 1437 de 2011 se creó un mecanismo con una efectividad especial como consecuencia del procedimiento célere para su adopción, que diferenció entre las medidas cautelares de urgencia y las demás. En el primer caso, es decir cuando se evidencie que por su premura no sea posible correrle traslado a la contraparte, deberán ser decretadas siempre que el solicitante cumpla con la caución previa fijada por el juez, sin que se exija la notificación al demandado. Mientras que, en la adopción de las demás medidas cautelares se deberá correr traslado de la solicitud a la contraparte para que en el lapso de cinco (5) días se pronuncie y una vez se ha vencido este término, el auto que las decida deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes.

La medida cautelar sólo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada y deberá ser cumplida por la parte obligada o de lo contrario, procederá la apertura de un desacato en los términos del artículo 241¹⁰ de la Ley 1437 de 2011.

28. El Consejo de Estado se ha ocupado en múltiples providencias de precisar el alcance de la regulación contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el cambio que ella representó. Así las cosas y con el propósito de reflejar "el derecho viviente" a continuación la Corte precisará el alcance general que la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha conferido al nuevo régimen de medidas cautelares¹¹. Un examen de varias providencias que se han ocupado de la materia, permite identificar cinco (5) diferencias transversales entre el régimen de medidas cautelares contenidas en el Decreto 01 de 1984 y la nueva regulación:

- (i) La Ley 1437 de 2011 consagró una serie de posibilidades entre las que se cuentan el restablecimiento de un derecho, la suspensión de un procedimiento, la orden de adopción a la Administración de una decisión, la demolición de una obra o las órdenes de imponer obligaciones de hacer o no hacer. En contraposición, en la legislación anterior, sólo se contemplaba la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos¹².

¹⁰ El artículo 241 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa que: *"El incumplimiento de una medida cautelar dará lugar a la apertura de un incidente de desacato como consecuencia del cual se podrán imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento hasta por el monto de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo del renuente, sin que sobrepase cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

La sanción será impuesta al representante legal de la entidad o director de la entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar por la misma autoridad judicial que profirió la orden, mediante trámite incidental y será susceptible de los recursos de apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia, los cuales se decidirán en el término de cinco (5) días.

El incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar constituye falta grave".

¹¹ En la Sentencia C-463/14 (M.P. María Victoria Calle Correa) se estableció al derecho viviente como una herramienta válida de interpretación que debe hacer énfasis en los órganos de cierre de la jurisdicciones: *"(...) Como lo ha sostenido esta Corte, al incorporar entre las herramientas de interpretación del derecho constitucional el concepto de derecho viviente, las normas pueden evolucionar desde sus textos a partir de la forma en que los operadores jurídicos las conciben y, especialmente, cuando son interpretadas con autoridad por los órganos de cierre del sistema jurídico".*

¹² En el Auto del veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciséis (2016) del Consejo de Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección B, al resolver el expediente con radicación número 11001-03-27-000-2015-00035-00 (21767) (C.P. Danilo Rojas Betancourth) consideró que como

- (ii) La expresión “*manifiesta infracción*”¹³ que estaba contenida en el Decreto 01 de 1948 como condición para decretar la medida de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo fue suprimida. Este cambio, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, ha sido interpretado por el Consejo de Estado como una variación significativa en la regulación dado que se obliga al juez administrativo a realizar un análisis entre el acto y las normas que se asumen como trasgredidas, así como a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud, sin que esta última posibilidad signifique un prejuizgamiento: “(...) [e]sta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento (...)”¹⁴.
- (iii) El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció un sistema innominado de medidas cautelares, como así se extrae de las expresiones contenidas en el artículo 230 que las contempló¹⁵. Esto implica

garantía del acceso a la administración de justicia: “[c]on la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, se produjo un cambio trascendental desde el punto de vista de las facultades cautelares y preventivas que a petición de parte puede ejercer el juez contencioso administrativo en los procesos que se tramitan ante esta jurisdicción especializada, puesto que las mismas fueron ampliamente aumentadas en relación con aquellas que le atribuía el Decreto Ley 01 de 1984 -que sólo contemplaba la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos”.

¹³ En el Auto del doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016) del Consejo de Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección A, tras conocer el expediente con radicado número 11001-03-26-000-2014-00101-00 (51754)A (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera) advirtió que: “(...) quizá el cambio más significativo que introdujo el artículo 231 del C.P.A.C.A. respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos es la eliminación del requisito que consistía en que, para que se pudiera conceder esta medida cautelar, era necesario que la norma demandada vulnerara la norma superior de manera manifiesta, ostensible o palmaria”.

¹⁴ La Corte Constitucional en la Sentencia SU-355/15 (M.P. Mauricio González Cuervo) retomó lo afirmado por la Sección Primera del Consejo de Estado en providencia del nueve (9) de junio de dos mil catorce (2014) en la que se afirmó que: “Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de “una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto” (...). Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la “manifiesta infracción” hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que “la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como trasgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud” (...).”

¹⁵ Auto del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) del Consejo de Estado, en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección C, expediente número 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) advirtió que: “[E]s preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

que, se puede adoptar por el juez una medida de cualquier tipo que se ajuste a las necesidades de la situación específica.

- (iv) Se conciben las medidas cautelares de forma autónoma a la demanda presentada, a tal punto que el requisito de conciliación prejudicial no le es aplicable a ellas, aunque sea necesaria su acreditación para la admisión de la demanda. Según se estableció en sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: *"(...) el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar"*¹⁶.
- (v) Finalmente, se destaca del nuevo régimen jurídico aplicable, la inclusión de las medidas cautelares de urgencia, que por la finalidad que persiguen, fueron estructuradas como medios preliminares dotados de eficacia inmediata para la protección de los derechos fundamentales. Esta circunstancia, implica para el juez administrativo el deber de *"(...) remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos"*¹⁷. En otras palabras, las medidas cautelares y en especial las de urgencia, se conciben como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia que deben tener en cuenta no sólo presupuestos legales, sino también constitucionales y convencionales para su procedencia.

A partir de lo expuesto, se concluye que el cambio introducido por la ley estudiada dotó a los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de una perspectiva constitucional, dado que amplió la procedencia de las medidas cautelares que pueden ser decretadas en el ejercicio de cualquier acción propia de esta jurisdicción lo que admite, entre otras cosas, que la protección de los derechos constitucionales pueda llevarse, al menos *prima facie*, de manera efectiva. Estas consideraciones permiten, en abstracto, afirmar que el legislador realizó un esfuerzo importante para conferirle efectividad a los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011, a fin de fortalecerla de cara a la protección de los derechos constitucionales. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho, en ese sentido:

"(...) con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa. El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más -pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86-, pues al interior de las acciones ordinarias se

¹⁶ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación 25000-23-42-000-2013-06871-01. (C.P. Alfonso Vargas Rincón).

¹⁷ Auto del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección C, expediente número 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

11

*puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales*¹⁸.

29. La Corte Constitucional comparte la necesidad de que la Carta Política influya en la totalidad del ordenamiento, así como en las demás jurisdicciones como reflejo de su supremacía. En todo caso, si bien la acción de tutela debe darle un lugar prevalente, de forma paulatina, a los mecanismos creados por el legislador para resolver cuestiones *iusfundamentales* en la jurisdicción ordinaria y en la administrativa, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la idoneidad que para la protección ofrece la acción de tutela y las medidas cautelares desarrolladas por el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

29.1. En primer lugar, cualquiera que sea el medio de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe presentarse con abogado y el procedimiento, a pesar de su amplitud, está regido por la formalidad. Por su parte, la acción de tutela no requiere de apoderado judicial y se rige, en contraposición, por el principio de informalidad.

29.2. Otra diferencia se centra en que por regla general es necesario -de conformidad con el artículo 232 de la Ley 1437 de 2011- prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que pueda ocasionar el decreto de la medida solicitada. De este requisito procedimental están exentas las medidas de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, los procesos con la finalidad de proteger derechos o intereses colectivos y cuando el solicitante de la medida sea una entidad pública.

29.3. Además, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-284 de 2014¹⁹, al juzgar la constitucionalidad del párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, los jueces de tutela cuentan con una facultad para proteger los derechos fundamentales, que los habilita para decretar medidas provisionales más amplias que las administrativas y que están sujetas a estándares abiertos: *"(...) la Constitución, tal como ha sido interpretada por la Corte, les ha asignado a los jueces de tutela una facultad amplia para proteger los derechos fundamentales. Esto los habilita para decretar medidas provisionales, sujetas principalmente a estándares abiertos no susceptibles de concretarse en reglas inflexibles que disciplinen en detalle su implementación puntual en los casos individuales"*.

29.4. Existe también una diferencia en el amparo suministrado por la acción de tutela, que en general se ha estructurado como un mecanismo definitivo de protección de derechos, mientras que la medida cautelar por su naturaleza es en esencia transitoria y busca conjurar situaciones urgentes, sin que necesariamente la controversia de fondo sea resuelta.

30. El reconocimiento de las diferencias existente entre la acción de tutela y los medios de control que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de ninguna manera implica desconocer la importancia de las medidas cautelares de la Ley 1437 de 2011. Por el contrario, ello pone de presente los esfuerzos legislativos por establecer en las otras jurisdicciones instrumentos que pueden tener una idoneidad y eficacia equivalente a la acción de tutela.

Así las cosas la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene en la actualidad no solo la vocación sino también la obligación de proteger derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela al permitir a los sujetos procesales, en el marco de un proceso con amplias garantías y con el concurso de un abogado, resolver las diferentes controversias. En consecuencia, los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la idoneidad y eficacia -en

¹⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación 25000-23-42-000-2013-06871-01. (C.P. Alfonso Vargas Rincón).

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-284/14 (M.P. María Victoria Calle Correa).

concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo las circunstancias particulares del solicitante, en particular, (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados.

31. Analizado el caso sometido a examen de esta Corte, se advierte que los medios previstos en la Ley 1437 de 2011, no tienen la idoneidad suficiente para anular la procedencia de la acción de tutela. Si bien el actor hubiera podido, en abstracto, solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que determinó su desvinculación del Ministerio Público, mientras que se dirimía la controversia final, la realidad es que las condiciones del sujeto involucrado y el precedente fijado por esta Corte en la materia, determinan la falta de idoneidad de las medidas cautelares de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para contener el riesgo en los derechos fundamentales del actor. Esta conclusión se apoya en las siguientes razones.

31.1. En primer lugar, el señor Jairo Álvarez Montoya se encuentra en una especial condición de vulnerabilidad derivada del tumor neuroendocrino que padece y que lo obliga a permanecer en tratamiento. En ese sentido, el otro medio que estaría al alcance del señor Jairo Álvarez Montoya, en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aun con la posibilidad de solicitar las medidas cautelares estudiadas, no satisface sus pretensiones, en tanto con la desvinculación de la entidad podría enfrentarse a una grave afectación de su mínimo vital y a un deterioro en su salud. La acción de tutela es el único medio que, además de otorgar de forma célere la protección, brinda una solución definitiva a la problemática *iusfundamental* del actor.

Las condiciones de inminencia y urgencia del amparo que es requerido por el accionante, un sujeto de especial protección, exigen la inmediata y definitiva intervención del juez de tutela con el fin de evitar la interrupción del tratamiento para su enfermedad. De suspenderse podría causar un detrimento irreversible en sus condiciones vitales y de salud. Esta cuestión, por sí sola, es imposible de tolerar por el juez constitucional y hace presumir la falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios. Ha dicho la Corte:

*"(...) la procedibilidad de la acción de tutela se fortalece cuando el afectado es un sujeto de especial protección constitucional, pues en razón de su edad, estado de salud o condición de madre cabeza de familia, estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad, que permite al juez constitucional presumir que los mecanismos ordinarios de defensa judicial no son idóneos para garantizar de manera efectiva el ejercicio de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados"*²⁰.

31.2. En segundo lugar, existen decisiones previas de esta Corporación que en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y al conocer casos similares, determinaron la ineficacia en concreto de las medidas cautelares. En la Sentencia T-822 de 2014²¹ se afirmó, al analizar un caso de un docente desvinculado por llegar a la edad de retiro forzoso sin que al momento recibiera prestación pensional alguna y quien padecía de carcinoma folicular, que el recurso debía otorgarse como mecanismo definitivo de protección. Para ello la Corte indicó que: *"(...) ni la medida cautelar de la suspensión provisional que acompaña generalmente la nulidad de un acto administrativo se consideraría apta como herramienta procesal idónea para precaver cualquier potencial menoscabo que pueda llegar a producirse, sobre todo porque más allá de la discusión en materia de estabilidad laboral y trabajo, se encuentra de por medio el goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna"*.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-594/15 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

²¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Incluso, en casos que no revestían la misma gravedad que el estudiado en esta oportunidad, la Corte ha determinado la procedencia de la acción constitucional. Así al ocuparse de la solicitud de amparo presentada por una persona retirada de su cargo por haber cumplido la edad de retiro forzoso -pese a no haber consolidado el derecho a una pensión- advirtió que el juez de tutela debía pronunciarse de forma definitiva, puesto que imponerle a un sujeto de avanzada edad y cuyo mínimo vital se encontraba en riesgo la carga de acudir a la acción contenciosa, resultaba desproporcionado:

*"En los casos en que se invoca la protección del derecho al mínimo vital, a propósito de que a un trabajador lo retiran del servicio activo por haber cumplido la edad de retiro forzoso, la Corte ha sostenido como regla general que la tutela no es el mecanismo de defensa principal en tanto existe otro medio de defensa en la jurisdicción contenciosa administrativa para censurar el acto de desvinculación, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, ha establecido como excepción que la protección constitucional sí procede, cuando al momento de la desvinculación el trabajador no ha logrado el reconocimiento de una pensión que garantice su derecho al mínimo vital y no cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas. /En tales casos, la Corte ha considerado que la avanzada edad de los solicitantes, sumada a la falta de recursos económicos para asumir los costos de sus necesidades básicas mientras aguardan los resultados de un proceso judicial, hace que resulte desproporcionado someterlos a esperar el pronunciamiento de la jurisdicción administrativa, por lo que de manera excepcional se ha abierto camino a la procedencia de la acción de tutela"*²²

En síntesis debe seguirse el precedente fijado en las sentencias T-718 de 2014, T-822 de 2014 y T-734 de 2015, conforme al cual en este tipo de casos la acción de tutela procede como mecanismo definitivo. El seguimiento de dicha postura garantiza la seguridad jurídica, la igualdad y la confianza legítima.

2.- RESPECTO DEL DERECHO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL SE HAN MANIFESTADO DE LA SIGUIENTE MANERA:

EL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejera Ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO, en sentencia del 31 de Agosto de dos mil quince (2015) se refirió al DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADORES EN CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFIESTA O INDEFENSIÓN así:

"El artículo 53 de la Constitución Política consagra la protección a la estabilidad en el empleo respecto de todos los trabajadores, como un principio que rige de manera general las relaciones laborales, lo cual supone que el cumplimiento de las obligaciones propias del objeto del contrato de trabajo por parte del empleado, conlleva a la conservación de su cargo, salvo que existan circunstancias especiales, o que se incurra en

²² Corte Constitucional. Sentencia T-718/14 (M.P. María Victoria Calle Correa). Un similar precedente fue retomado en la Sentencia T-734/15 (M.P. María Victoria Calle Correa) que determinó que los medios ordinarios no son eficaces para una persona que al exceder los 65 años y verse privada de su único ingreso, exigen y legitiman la intervención urgente del juez constitucional.

alguna de las causales contempladas en la ley para que el empleador de por terminado el contrato.

Este derecho reconocido constitucionalmente, se ha denominado por la jurisprudencia constitucional al desarrollar los artículos 13 y 47, como "estabilidad laboral reforzada", y tiene como finalidad garantizarle a los sujetos que se encuentran en condiciones de discapacidad, la permanencia en el empleo luego de haber adquirido la respectiva *"limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral"*.

Esta Corporación ha reconocido el carácter de verdadero derecho fundamental a la "estabilidad laboral reforzada" de las personas que por sus condiciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión y ha precisado que este reconocimiento conlleva:

"(i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces, autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el mismo pueda ser considerado eficaz".

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección laboral reforzada se predica no sólo de quienes tienen una calificación que acredita su condición de discapacidad o invalidez, sino también de aquellos trabajadores que demuestren que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares de trabajo. En Sentencia T-361 de 2008, la Corte sostuvo:

"(...) el amparo cubre a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer una i) deficiencia entendida como una pérdida o anomalía permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; o, iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, al limitar o impedir el cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad, sexo o factores sociales o culturales".

No obstante lo anterior, aun cuando la situación de los trabajadores calificados como discapacitados es distinta a la de aquellos que padecen una afectación significativa de su salud pero aún no han sido objeto de calificación por los organismos establecidos para el efecto, esta Corporación ha protegido en diversas oportunidades el derecho de las personas con limitaciones -independientemente de que haya sido o no calificada su discapacidad - a no ser discriminadas en el ámbito laboral con ocasión de sus condiciones particulares y ha señalado, en forma enfática, que son merecedoras de un trato especial. En sentencia T-351 de 2003, la Corte dijo:

"(...) tratándose de trabajadores puestos en circunstancias de debilidad manifiesta, el juez de tutela puede, al momento de conferir el amparo constitucional, identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y, a su vez, goza de un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o vulnerado. Esto significa, en otras palabras, que la protección laboral de los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitados, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o dificulten el desempeño regular de sus labores." (...)

De conformidad con lo expuesto, para el reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada de un trabajador que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta, es necesario establecer el nexo de causalidad entre los siguientes aspectos:

1. Que el peticionario pueda considerarse una persona en circunstancias de discapacidad, en estado de debilidad manifiesta o sujeto de especial protección;
2. Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y
3. Que la terminación del contrato o la desvinculación laboral se lleve a cabo sin permiso de la autoridad laboral competente.

Verificados tales presupuestos, corresponde al juez constitucional protegerá los derechos fundamentales del peticionario, declarando la ineficacia del despido, obligando al empleador a reintegrarlo, de ser necesario reubicarlo y en caso de no haberse verificado el pago de la indemnización prevista por el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, deberá igualmente condenar al empleador al pago de la misma...

"...La jurisprudencia constitucional ha considerado que la reubicación al vencimiento de la incapacidad del trabajador es *"el derecho de retornar al trabajo en la misma empresa y a la continuidad en el acceso a la seguridad social"*, la cual puede ser: (i) temporal, en el evento en el que sobrevenga una imposibilidad transitoria para trabajar, sin que se hayan establecido las consecuencias definitivas de la enfermedad que padece; (ii) permanente parcial, en el caso en el que se presente una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral; y (iii) permanente, o de invalidez, cuando el afiliado sufre una merma definitiva superior al 50% de su capacidad laboral.

El artículo 16 del Decreto 2351 de 1965 en concordancia con los artículos 4° y 8° de la Ley 776 de 2002, establece que al terminar el período de incapacidad temporal, el empleador tiene la obligación de reincorporar al trabajador en el empleo que ocupaba, si su estado de salud se ha reestablecido, y en consecuencia ha recuperado su capacidad laboral. En caso que continúe incapacitado parcialmente, deberá otorgarle un empleo compatible con su condición física, para lo cual hará los movimientos de personal que considere pertinentes.

La determinación del origen del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional, se realiza conforme a los lineamientos y al procedimiento establecido en la Ley 100 de 1993 y en los Decretos 1295 de 1994, 2463 de 2001 y Ley 776 de 2002. De conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993,

modificado por la Ley 962 de 2005, la calificación del origen y la pérdida de la capacidad laboral, le corresponde en primera oportunidad al ISS, a las ARS, a las EPS y a las compañías de seguros que asumen el riesgo de invalidez y muerte. Las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y la Junta Nacional en caso de apelación, deben dirimir las controversias que se presenten sobre la calificación ya realizada. Cuando la enfermedad o el accidente de trabajo no hayan sido calificados como de origen profesional, se considerarán de origen común⁴⁸.

"...De conformidad con lo expuesto, se concluye que la ley impone al empleador la obligación de mantener el vínculo laboral con el trabajador mientras que perdure la incapacidad, debiendo reincorporar a los trabajadores que han recuperado su salud y conforme con lo que el concepto médico establezca, debe cumplir con su deber de reubicar al trabajador en un puesto acorde con su condición de salud, hasta que se emita un concepto favorable de rehabilitación o hasta que consolide el derecho pensional. En todo caso, corresponde al empleador adelantar en coordinación con las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral las gestiones que correspondan con el fin de garantizar al trabajador incapacitado la prestación ininterrumpida de los tratamientos médicos que requiera para lograr su recuperación y rehabilitación y los medios de subsistencia, bien sea a través del salario, o de la pensión de invalidez, si a ella tiene derecho. En caso de despido, el empleador debe cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, toda vez que se trata de personas en circunstancias de debilidad manifiesta como consecuencia de una limitación y por tanto sujetos de especial protección constitucional".

3.-EN CUANTO A LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA O INTERMEDIA DE LOS FUNCIONARIOS QUE OCUPAN CARGOS EN PROVISIONALIDAD, LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SENTENCIA T-326/14 DIJO LO SIGUIENTE:

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

Así mismo ésta corporación en sentencia T 183 de 2013 ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, **funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad**, "concorre 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 informan la carrera administrativa". (Subrayado fuera de texto)

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos..."

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad

deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

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.

Al respecto, la sala Primera de Revisión consideró en la sentencia T-017 de 2012, para el caso particular de los *prepensionados*, las siguientes premisas útiles para resolver la tensión expuesta:

"Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos humanos consagrados en la Carta Política, procurando adoptar decisiones y cumplir sus funciones de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales. En este preciso sentido, en la sentencia T-715/99 la Corte explicó que en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben siempre tener presentes las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, sin obrar en forma mecánica sino de manera razonable, ponderada, creativa y proactiva...

"A este respecto cobra particular relevancia el principio de igualdad que rige el ejercicio de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución. En cumplimiento de este principio, los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas —por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones— deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente.

"A este respecto cobra particular relevancia el principio de igualdad que rige el ejercicio de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución. En cumplimiento de este principio,

los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas —por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones— deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente.

“También son de relevancia directa, en aplicación de esta pauta de comportamiento de los servidores públicos, las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 2 —asegurar la vigencia de un orden justo como uno de los fines esenciales del Estado—, 4 —prevalencia absoluta de la Constitución Política en tanto norma de normas— y 5 —primacía de los derechos inalienables de la persona— de la Constitución; son estos mandatos del constituyente los que deben guiar el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos en cada decisión y cada actuación que adopten, para efectos de procurar, constantemente, el evitar resultados manifiestamente injustos, violar lo dispuesto en la letra o el espíritu de la Constitución Política, o desconocer la prevalencia imperativa de los derechos fundamentales.

“...cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados” (negritas fuera de texto).

La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de conformidad con las posiciones expuestas, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicán del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto,

que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del *Prepensionado*.

A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que:

- (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos;
- (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente, y
- (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

La Corte Constitucional en **SENTENCIA T 183 DE 2013** dice lo siguiente:

Se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados. El aspecto central de este tópico consiste en 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 informan la carrera administrativa.

3.-ESPECIAL PROTECCIÓN EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON CÁNCER. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

34. La Corte Constitucional se ha referido en distintas oportunidades a la protección especial de las personas con cáncer en temas de salud, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución, que exige de las entidades del Estado una protección más amplia a favor de las personas en estado de debilidad manifiesta²³. Esta circunstancia se ha proyectado, entre otras, en dos esferas: (i) la flexibilización de los requisitos de procedencia de la acción de tutela²⁴ y (ii) la protección en el empleo de las personas con cáncer.

De manera especial, esta Corporación ha destacado la importancia de la no interrupción del tratamiento de las personas que sufren esta enfermedad. Sobre el particular ha señalado:

*"[t]ratándose de sujetos de especial protección con afecciones de salud, la continuidad en la atención médica cobra vertebral trascendencia como quiera que desatender dicho principio compromete peligrosamente la eficacia en el goce de sus derechos fundamentales. Por tanto, el Estado tiene en tales casos una obligación reforzada en virtud de diversos preceptos constitucionales, como el artículo 2 que consagra la efectividad de los derechos y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado como fines esenciales a este, el artículo 13 que prescribe el imperativo de protección para las personas en estado de debilidad manifiesta, y el artículo 49 que define la salud como un servicio público a cargo del Estado que lo conmina a garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*²⁵.

Asimismo, a partir del derecho constitucional al trabajo y de la protección especial derivada del inciso 3º del artículo 13 a favor de las personas en estado de debilidad manifiesta, la Corte Constitucional ha desarrollado la estabilidad laboral reforzada en el empleo de los sujetos que por su condición de salud, se encuentren en una posición de desventaja respecto de la generalidad de personas, entre las que se incluyen las personas con cáncer.

35. El fundamento internacional de esta protección ha encontrado apoyo, entre otras disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en el numeral 1 del artículo 3º de la Convención Interamericana para la Eliminación de

²³ En la Sentencia T-648/15 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se indicó frente a este tema que: "(...) en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela./Lo anterior cobra mayor importancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad, quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer, y también sujetos que padecen algún tipo de discapacidad puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección por parte del Estado". Por su parte, en la Sentencia T-142/16 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) se afirmó que la Corte Constitucional al estudiar distintos casos ha considerado que por la gravedad, la complejidad y la magnitud del cáncer, las personas que lo sufren gozan de una especial protección constitucional.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-081/16 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-029/16 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

Todas las Formas de Discriminación²⁶ y el literal a) del numeral 1º del artículo 27 de la Convención de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁷, éste último que al respecto preceptuó que:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables (...)”.

36. Al analizar la vinculación laboral entre particulares, la Corte Constitucional ha determinado que“(...) la relación empleador – empleado, denota un conjunto de obligaciones recíprocas que no sólo tienen el propósito de aumentar la productividad, ya sea en términos económicos o de eficiencia en los procesos, sino que fomentan la solidaridad”²⁸. Con mayor razón, si en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997²⁹ se prescribe que (i) en ningún caso la discapacidad podrá obstaculizar la vinculación de una persona, a menos que se demuestre una incompatibilidad insuperable en el cargo que va a desempeñar; (ii) ninguna persona en este estado de discapacidad podrá ser retirada del servicio por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo³⁰; y (iii) en todo caso, quien fuere despedido omitiendo el cumplimiento de esta autorización tendrá derecho a una

²⁶ El literal 1º del artículo 13 de esta Convención que fue aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 que indica: “Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;

c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y

d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo”. Asimismo, es necesario indicar que esta Convención y su ley aprobatoria fueron declaradas exequibles mediante la sentencia C-401/03 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

²⁷ Esta convención fue aprobada e incorporada al derecho interno mediante la Ley 1346 de 2009 y fue declarada exequible por la Sentencia C-293 /10 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-594/15 (Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁹ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”.

³⁰ Esta disposición fue modificada por el artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012, que determinó que no se requería autorización del Ministerio de Trabajo cuando el trabajador en estado de discapacidad incurra en una de las causales de justa causa para dar por terminado el trabajo. Sin embargo, mediante Sentencia C-744/2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) se declaró la inexequibilidad de este decreto con fuerza de ley.

indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiera lugar.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue demandado argumentando que establecía el pago de una indemnización como una opción para que el empleador pudiera despedir a un trabajador en condición de discapacidad, aun sin la autorización del Ministerio de Trabajo. La Corte Constitucional en Sentencia C-531 de 2000³¹ la declaró exequible *"(...) bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria"*. Además, como así se advirtió en esta providencia, la indemnización contenida en dicho artículo es adicional a la de la normativa sustantiva laboral.

Conforme a lo expuesto, existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada a favor de las personas que por sus circunstancias físicas, sensoriales o psicológicas están en condiciones de debilidad manifiesta en aras de evitar actos discriminatorios en su contra. Entre los sujetos a quienes se les debe garantizar este tipo de estabilidad en el empleo se encuentran las personas con cáncer. Al respecto, en la Sentencia T-185 de 2016³², que estudió la acción de tutela presentada por una trabajadora dedicada al servicio doméstico, que había estado vinculada con un empleador durante veintiséis (26) años y a quien se le terminó su contrato laboral, se concluyó que este derecho se predica de la persona que padezca de serios problemas de salud a pesar de no existir un derecho fundamental a permanecer en el trabajo *"(...) es decir, que el empleador no está obligado a mantener a un empleado de manera perpetua en el cargo que desarrolla, ello no significa que la terminación del contrato de trabajo de una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad manifiesta pueda realizarse de forma arbitraria"*³³.

37. Finalmente, es necesario advertir que en diferentes sentencias de esta Corporación se ha establecido un sólido precedente sobre la materia. En la Sentencia T-594 de 2015³⁴ la Corte sistematizó las reglas jurisprudenciales relativas a la estabilidad laboral en los siguientes términos:

"(...) (i) la estabilidad en el empleo, constituye una medida que permite que las personas que han sufrido una disminución física en vigencia de un contrato de trabajo, no sean discriminadas en razón a su estado de salud, asimismo, garantiza que puedan obtener los recursos necesarios para subsistir y asegurar la continuidad del tratamiento médico de la enfermedad que presenta el trabajador. (ii) Por regla general, la garantía de este derecho debe reclamarse en la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, en forma excepcional, procede la acción de tutela, cuando el trabajador que reclama el amparo, se encuentra en situación

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-531/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

³² Corte Constitucional. Sentencia T-185/16 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

³³ Ibidem.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-594/15 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

de vulnerabilidad por causa de una disminución física, sensorial o psíquica que afecta el normal desempeño de su actividad laboral. (iii) Tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, todos los trabajadores que presenten alguna disminución física, sensorial o psíquica siempre que el empleador tenga conocimiento de esta circunstancia, y que la desvinculación se hubiere efectuado sin autorización del Ministerio de Trabajo. (iv) Cuando se produce la desvinculación de un trabajador disminuido física, sensorial o psíquicamente, se presume que el despido tiene relación con el deterioro del estado de salud del trabajador y por lo tanto, corresponde al empleador desvirtuar dicha presunción. (v) En los contratos a término fijo, el vencimiento del plazo pactado, no es una causal que permita el despido de un trabajador que presenta alguna limitación, y por lo tanto, el empleador que decida desvincularlo en esa condición, solo podrá hacerlo si existe autorización ante Ministerio de Trabajo. En caso de que incumpla esta obligación, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin que esto habilite el despido del trabajador"

38. De lo expuesto, se concluye que los enfermos de cáncer cuentan con una especial protección constitucional que busca garantizar la continuidad en su tratamiento de salud. Además, la estabilidad laboral reforzada se ha reconocido con el fin de dotar de efectividad a los derechos otorgados a esta población y en general, a cualquier trabajador con una disminución física, sensorial o psíquica.

COMPETENCIA

Es usted, señor Juez, competente, para conocer del asunto, por la naturaleza de los hechos, por tener jurisdicción en el domicilio de las personas accionadas y de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1382 de 2000, en virtud del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

JURAMENTO

Manifiesto señor Juez, bajo la gravedad del juramento, que en el presente caso no se está bajo la temeridad, ya que aunque son las mismas partes, hay hechos nuevos en los cuales se fundamenta esta Acción de Tutela.

ANEXOS

- Los documentos relacionados en el acápite de Pruebas.
- Una copia de la tutela para el archivo del juzgado.

NOTIFICACIONES

1. La parte accionante recibirá Notificaciones en la Dirección Circunvalar 35 # 72-98 Conjunto Serrezuela 1 torre 2 apto 805.
2. Numero celular 3132070483
3. E.mail carlosarturoserpa@hotmail.com

Del señor Juez atentamente,



CARLOS ARTURO SERPA URIBE
C.C 13.845.764 de Bucaramanga