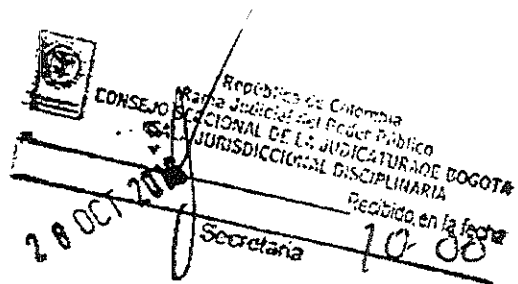


Bogotá, Octubre 28 de 2016

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS
CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA
BOGOTÁ



REFERENCIA: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: LIDA JANETH PINTO BARON
ACCIONADO: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

La suscrita **LIDA JANETH PINTO BARON** identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.315.409, mayor de edad y domiciliada en la ciudad de Bogotá, acudo ante Ud., respetuosamente para promover en nombre propio la presente ACCION 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 fundamentales a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA como persona con ESTATUS DE PREPENSIONADA y en SITUACION DE DEBILIDAD MANIFIESTA E INDEFENSION como resultado a la enfermedad catastrófica o de ALTO COSTO que padezco, y al DERECHO A LA IGUALDAD, con fundamento en los siguientes:

HECHOS:

1. Mediante Decreto 2120 de 2012 la Procuradora General de la Nación me nombró en el cargo de Procurador 170 Judicial Penal II de Bucaramanga, Código 3JP, Grado EC.
2. Con anterioridad laboré en:
 - Hospital San Rafael de Tunja del 25-11-1983 al 30-09-1984 y del 09-05 de 1986 al 15-02-2009 para un total de 943 semanas cotizadas.
 - Corpochivor desde el 6-09-2006 al 10-10-2006, para un total de 4,5 semanas cotizadas.
 - Rama judicial Juzgado Promiscuo Municipal de Monguí desde el 11-01-2006 al 30-06-2006 y como juez Promiscuo municipal de Paz de Ariporo desde el 18-12-2006 al 22-11-2009 para un total de 175 semanas cotizadas
 - Defensoría del Pueblo desde 1-12-2009 al 23-06-2011 para un total de 80 semanas cotizadas.
 - Contraloría de Bogotá desde el 28-06-2011 al 13-02-2012 para un total de 36 semanas cotizadas.
 - Procuraduría General de la Nación desde el 3-07-2012 al 1-09-2016 para un total de 212 semanas cotizadas.
3. El total de semanas cotizadas suman aproximadamente 1450 semanas, todas ellas al régimen de prima media hoy COLPENSIONES, entidad que solo reporta en la Historia laboral parte de esas semanas ya que antes cotizaba a la Caja Nacional de Previsión Social tal como se puede evidenciar en cada una de las certificaciones de los Formatos No 1 CERTIFICADOS DE INFORMACION LABORAL aportados con la presente Acción de Tutela.
4. Mediante Derecho de petición de 9-02-2015 se solicitó a la Procuraduría General de la Nación tuviera en cuenta entre otras peticiones la condición de prepensionado al momento de la provisión de cargos en el desarrollo del concurso de procuradores judiciales y en su respuesta identificada mediante oficio No 0029 SIAF 07012 DE 27 DE FEBRERO DE 2015 expresó que al momento de la expedición de la lista de elegibles se analizaría la protección especial de los prepensionados.
5. Mediante derecho de petición del 11 de abril de 2016 dirigido al Doctor JORGE MARIO ARMENTA, Jefe Oficina de Selección y carrera, informé mi condición de prepensionada aportando todas las certificaciones laborales para que fueran analizadas y solicitando se respetara mi condición de prepensionada y por tanto no ser desvinculada de la entidad hasta que sea incluida en nómina de pensionados por cuanto me faltarían menos de tres (3) años para adquirir ese derecho.
6. El día 29 de abril de 2016 mediante oficio No 01393 la Doctora ANA MARIA SILVA, Secretaria General, dio respuesta a mi petición informando que al momento de mi petición no se ha dado a conocer la lista de elegibles correspondiente a la convocatoria para ocupar los cargos de Procuradores Judiciales II, razón por la cual no se ha expedido

acto administrativo que afecte mis derechos y que mi escrito sería remitido para que reposara en mi hoja de vida para que fuera considerada por el señor Procurador General de la Nación en el evento que lo estime necesario y de conformidad con sus facultades constitucionales y legales.

7. El día 16-08-2016, aun estando en mi cargo, presenté Derecho de petición a la Doctora ANA MARIA SILVA como Secretaria General del Procuraduría General de la Nación informando que mi hoja de vida no había sido analizada cuando publicaron la lista de elegibles donde claramente se podía establecer que tengo la calidad de prepensionada ya que se contaban con todas las certificaciones laborales, además, en mi hoja de vida se podía evidenciar que tengo una CONDICION ESPECIAL DE SALUD por cuanto padezco LINFOMA NO HODKING que es un CANCER MALIGNO, ya que igualmente reporté esta condición a la Procuradora Delegada en Asuntos Penales, Dra. PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA, a quien como jefe inmediato debía solicitar los permisos laborales para el tratamiento ordenado por el oncólogo. Este Derecho de Petición no fue contestado por la Entidad.
8. En el mes de mayo de 2013 me fue diagnosticado un cáncer maligno denominado LINFOMA FOLICULAR NO HODKING DE CELULAS CLIVADAS PEQUEÑAS el cual fue tratado con 6 QUIMIOTERAPIAS DE ALTO RIESGO Y 8 SESIONES DE QUIMIOTERAPIA DE RIESGO MODERADO, tratamiento que concluyó en noviembre de 2015 requiriendo controles cada 4-6 meses con exámenes especializados ya que de acuerdo con el diagnostico el Dr. DUARTE MALDONADO, ONCOLOGO el riesgo de reincidencia de la enfermedad está contemplado, razón por la cual fui remitida a la Clínica MARLY a la JUNTA DE TRANSPLANTES para tener listo el tratamiento a seguir en caso de RECAIDA TEMPRANA, estableciendo los médicos en la JUNTA que me llevaran a REMISION con QUIMIOTERAPIA DE SEGUNDA LINEA 3 CICLOS Y TRASNPANTE AUTOLOGO EN PRIMERA INSTANCIA.
9. La Procuraduría General de la Nación tenía conocimiento de mi enfermedad ya que fue informada de mi enfermedad por cuanto para solicitar los permisos debía sustentarlos y conocedora de mi enfermedad me otorgaba los permisos laborales para realizarme las QUIMIOTERAPIAS y EXAMENES ESPECIALIZADOS.
10. El cargo de procuradora Judicial que desempeñé hasta el 1 de septiembre de 2016 fue la única fuente de ingresos y en la actualidad no cuento con otra fuente de ingresos para sufragar mis compromisos económicos, tales como el pago que debo hacer el día 4 de noviembre del presente año a la Constructora BCR S.A.S., para la compra de un inmueble con el inconveniente para los enfermos de cáncer de que ninguna entidad bancaria nos otorga créditos.
11. El día 14 de julio de 2016 interpuse acción de tutela en busca de la protección del derecho de estabilidad reforzada por mi condición de prepensionada ya que me hacen falta menos de tres años para adquirir el derecho a una pensión bajo el régimen de prima media.
12. El Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, Sala penal, mediante providencia de fecha 11 de agosto de 2016 negó la Acción de Tutela argumentando que es improcedente ya que no se ha vulnerado ningún derecho por cuanto aún estaba en ejercicio del cargo y no se demostró ninguna circunstancia de debilidad manifiesta ya sea física o mental.
13. En la presente Acción de Tutela se presenta el hecho nuevo de mi desvinculación laboral desde el día 1 de septiembre del presente año aunado a mi condición de salud, hechos que no fueron alegados en la anterior tutela, en especial mi condición de salud porque quería salvaguardar mi derecho a la intimidad.
14. En fecha 30 de agosto de 2016, con comunicación radicada SG No 4358 del 12 de agosto de 2016 enviada a través del correo institucional se me informa que la Dra. NIDIAN DE LA MERCED GUEVARA ECHAVEZ fue nombrada mediante Decreto 3694 de 8 de agosto de 2016 y se me entera mi culminación laboral con la entidad en provisionalidad.
15. En casos similares al mío tales como Radicado 2015-0160301, del 6 de noviembre de 2015 M.P. Dr. PEDRO ALONSO SANABRIA, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Radicado 680012200420160080500 del 3 de octubre de 2016 M.P. Dra. MARIA LUCIA RUEDA SOTO, TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA SALA PENAL, han tutelado el derecho a Estabilidad reforzada en los prepensionados por sus condiciones de debilidad manifiesta por su estado de salud.

PRETENSIONES

1. Ordenar la Procuraduría General de la Nación el reintegro de la 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 cuanto con 55 años de edad y 1450 semanas cotizadas, faltando dos años para cumplir con los requisitos de ley para obtener el derecho a la pensión.

2. Ordenar que se ampare el derecho a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA por mi condición de salud y que se me brinden las condiciones óptimas para proteger este derecho.

PRUEBAS

Fotocopias de los siguientes documentos relacionados

1. Certificación laboral en formato CLEP No 1 del HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, de fecha 24 de marzo de 2015
2. Certificación laboral en formato CLEP No 1 De la Dirección Seccional de Administración Judicial de Boyacá del 20 de marzo de 2015
3. Certificación laboral en Formato CLEP No 1 de CORPOCHIVOR de fecha julio 22 de 2015
4. Certificación laboral en Formato CLEP No 1 de la CONTRALORIA DE BOGOTA de fecha Octubre 11 de 2016
5. Certificación laboral en Formato CLEP No 1 de la DEFENSORIA DEL PUEBLO de fecha 29 de septiembre de 2016
6. Certificación laboral del Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación del 21 de septiembre de 2016.
7. De los derechos de Petición presentados ante la Procuraduría General de la Nación
8. Del Decreto mediante el cual fui nombrada en el cargo de procuradora judicial II penal de Bucaramanga
9. De la historia clínica que consagra mi enfermedad, tratamientos recibidos, de los exámenes realizados y de los controles médicos
10. Del concepto de la junta de trasplantes de la Clínica Marly de Bogotá.
11. De los permisos laborales otorgados para recibir la quimioterapia y los exámenes con el control médico.
12. Acto administrativo que me desvincula del cargo.
13. De la cedula de ciudadanía de la Accionante.
14. Declaración extra juicio sobre mi condición de ingresos y obligaciones económicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL Y LEGAL

1. PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE TUTELA

En el presente asunto se acude a la sentencia T-376 de 2016 emitido por la Honorable Corte Constitucional con ponencia del señor Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO, dado que en un caso similar se tuteló el 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 salud[15], a la seguridad social[16] y al mínimo vital[17].

Legitimación por activa

24. Jairo Álvarez Montoya interpone acción de tutela en nombre propio acorde con el artículo 86 de la Carta Política[18], 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 1991[19] 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 Nación[20] y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-[21], 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 fundamental[22].

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 2011[23] que consagró un grupo de 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 241[24] 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 cautelares[25]. 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 administrativos[26].

(ii) La expresión “manifiesta infracción”[27] 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 prejuzgamiento: “[...] [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 [...]”[28].

(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 contempló[29]. Esto implica 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"[30].

(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"[31]. 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 puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales"[32].

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 2014[33], al juzgar la constitucionalidad del parágrafo 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 sólo 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 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"[34].

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 2014[35] 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".

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"[36].

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.

Es claro entonces que frente a una persona que tiene la calidad de prepensionado y más aun que padezca una enfermedad catastrófica como lo es el CANCER MALIGNO, no es factible exigirle que acuda ante la jurisdicción contenciosa administrativa para buscar allí la defensa de sus derechos fundamentales, puesto que de hacerlo se traduce en la afectación de su continuidad laboral, su sustento y por supuesto la continuidad en su tratamiento médico, durante el tiempo que demora el ejercicio de la acción judicial ordinaria.

2. EL CONSEJO DE ESTADO EN SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B" CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis

De la protección especial de los servidores públicos que se encuentran próximos a pensionarse.

En cuanto al argumento relacionado con la protección especial de la cual gozan las personas en situaciones particulares de vulnerabilidad, entre quienes se encuentran los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados por la jurisprudencia "prepensionados", la Corte Constitucional (Sentencia T-504 de 2008) ha sostenido que son sujetos de especial protección, estableciendo a su favor, condiciones para la garantía de la estabilidad laboral reforzada; tal es el caso de los empleados que ejercen en provisionalidad empleos públicos de carrera, y de los empleados de carrera que se enfrentan a la supresión del cargo como desarrollo de procesos de reestructuración administrativa (Ley 790 de 2002), con el propósito de evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones.

Así pues, en tratándose de las personas próximas a pensionarse, la protección especial se ha venido concretando por la Corte Constitucional en las siguientes reglas jurisprudenciales¹⁰ con el fin de asegurar la estabilidad laboral reforzada en los procesos de reestructuración administrativa:

"4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º 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 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenida en la ley 790 de 2002¹¹ se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social "los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional"; determinó que su finalidad es la de "garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse.¹³" (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

(...)

En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009: "(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez". "(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, jurisprudencia ha desarrollado un criterio uniforme aplicable a todos los grupos protegidos por la Ley 790 de 2002 (madres y padres cabeza de familia, discapacitados y prepensionados), consistente en que dicha protección solamente puede ser sostenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso".

Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que 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, es decir, "opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público"; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en

10
su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. (Criterio sostenido en la sentencia T-089 de 2009).

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice algunas de las causales que llevan el retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los pre pensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión (Sentencia T-186 de 2013).

3. ESPECIAL PROTECCION EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON CANCER. REITERACION JURISPRUDENCIAL

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 manifiesta (Sentencia T-648 de 2016. M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO). Esta circunstancia se ha proyectado, entre otras, en dos esferas: (i) la flexibilización de los requisitos de procedencia en la acción de tutela (Corte Constitucional. Sentencia T-029/16 M.P. ALBERTO ROJAS RIOS), Y (ii) la protección en el empleo de las personas con cáncer.

Esta Sentencia establece que la estabilidad laboral reforzada constituye una garantía constitucional para las mujeres embarazadas y en licencia de maternidad, personas con discapacidad y **trabajadores que padecen alguna enfermedad**, orientada a hacer efectivos los principios de igualdad y de estabilidad en el empleo. Igualmente, afirmó que esta figura jurídica salvaguarda a estos sujetos frente a los actos discriminatorios por parte de sus empleadores, brindándoles cierto grado de seguridad sobre la permanencia en su trabajo. La alta corporación explicó el compromiso del Estado para garantizar la satisfacción de los derechos de las personas en condición de discapacidad, adoptando medidas en diversos ámbitos, entre los que se cuenta el del empleo.

En Sentencia T-185 de 2016, que estudio la Acción de Tutela presentada por una trabajadora dedicada al servicio doméstico, quien había estado vinculado durante 26 años con un empleador y quien termino su contrato laboral, se concluyó que ese 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.

De lo expuesto se concluye que los enfermos de cáncer cuentan con una especial protección constitucional que busca garantizar la continuidad y seguimiento del tratamiento de salud teniendo en cuenta que la estabilidad laboral reforzada se ha reconocido con el fin de dotar de efectividad a los derechos otorgados especialmente a los trabajadores que tengan cáncer o cualquier enfermedad que los haga vulnerables respecto de los demás trabajadores que gozan de salud.

4. RESOLUCION 3974 de 2009 del MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL, Por la cual se adoptan unas determinaciones en relación con la Cuenta de Alto Costo. (.....)

ARTÍCULO 1o. ENFERMEDADES DE ALTO COSTO. Para los efectos del artículo 1o del Decreto 2699 de 2007, sin perjuicio de lo establecido en la Resolución 2565 de 2007, téngase como enfermedades de alto costo, las siguientes:
(...)

i) **Linfoma no hodgkin**

ARTÍCULO 2o. DEFINICIÓN DEL PACIENTE CON ENFERMEDADES DE ALTO COSTO. Para los efectos de la presente resolución, ténganse en cuenta las siguientes definiciones de cada una de las enfermedades de que trata el artículo 1o de la presente resolución.
(...)

Linfoma No Hodgkin: Linfoma caracterizado por una proliferación clonal de células B, T o histiocíticas en varios estadios de diferenciación. FUENTE: World Health Organization Classification of Tumours. Tumours of haematopoietic and lymphoid. IARC Press Lyon 2000.

Como se puede observar, padezco una enfermedad de alto costo puesto que fue diagnosticada con el cáncer denominado LINFOMA FOLICULAR NO HODGKIN DE CELULAS CLIVADAS PEQUEÑAS es ESTADIO CLINIC INICIAL IIIA- IPI DESCONOCIDO. Cancer que se bien es cierto ha respondido al tratamiento de 14 quimioterapias administradas durante dos años, también es cierto que el riesgo de RECAIDA es alto por lo que se tiene previsto EL TRASPLANTE DE MEDULA OSEA tan pronto se haga detectable CUALQUIER SINTOMA DE LA ENFERMEDAD por lo que se debe asistir a controles médicos de por vida y a exámenes especializados para detectarlas tempranamente.

5. DE LA PROTECCION AL DERECHO A LA IGUALDAD

En casos similares ya el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA se ha pronunciado como en la sentencia Radicado No 05001110200020150160301 M.P. Dr. PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO, del 6 de Noviembre de 2015, al decidir el recurso de impugnación contra un fallo de tutela que negó por improcedente el amparo de los derechos fundamentales del actor a la estabilidad laboral reforzada, al debido proceso y a la igualdad. El actor fue desvinculado de su cargo que desempeñaba en provisionalidad en la Dirección Seccional Ejecutiva de la Administración Judicial de Medellín cuando se encontraba tramitando el reconocimiento de su pensión. El fundamento de la desvinculación fue el hecho de nombrar a la persona que adquirió la propiedad del mismo en virtud del concurso de méritos. Al decidir la impugnación, el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, revoco la decisión de primera instancia por considerar que la entidad demandada desconoció su deber de interpretar las normas de carrera administrativa de una manera razonable y compatible con los derechos fundamentales del accionante, por cuanto al tener un margen de maniobra suficiente para proteger correlativamente los derechos del actor y del aspirante que superó el concurso de méritos, optó por afectar los derechos fundamentales del accionante cuando pudo explorar otras opciones. Se probó que el accionante tenía la condición de prepensionado al momento de desvincularlo porque le faltaban menos de tres años para obtener la pensión de jubilación y tenía la condición de sujeto especial de protección constitucional y la accionada tenía plena posibilidad de proveer el cargo del aspirante y a su vez permitir que el actor permaneciera en su cargo hasta que adquiriera su pensión de jubilación. La accionada al actuar al margen de su deber constitucional de garantizar los derechos del actor, en su condición de sujeto especial de protección constitucional, al privilegiar una interpretación literal, y por ende desproporcionada de las normas de carrera porque tenía la posibilidad fáctica de garantizar el ingreso de la persona que ganó el concurso de méritos y simultáneamente de conservar la estabilidad laboral del actor y decidió retirarlo del cargo. Razón por la cual el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA ordenó revocar el fallo de primera instancia y reintegrar al accionante a un cargo igual o equivalente al que venía desempeñando.

Igualmente, en la sentencia Radicado No 68001220420160080500 el 3 de octubre de 2016, el TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTANDER, SALA PENAL, MP, Dra. MARIA LUCIA RUEDA SOTO, tuteló los derechos fundamentales a la estabilidad reforzada de las personas con estatus prepensionados y en situación de debilidad manifiesta e indefensión como consecuencia del deterioro de salud del ciudadano CARLOS ARTURO SERPA URIBE, quien fue desvinculado de la Procuraduría General de la Nación el 2 de septiembre de 2016 y al igual que la accionante interpuso acción de tutela que fue acumulada con la mía en el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA- Sala Penal, quien en sentencia de agosto 11 de 2016 negó nuestras tuteías por no haberse dado el hecho que vulnera el derecho fundamental del que solicitaba protección porque aún se estaba en

ejercicio del cargo. Resalta en la sentencia que SERPA URIBE le dio aviso a la Procuraduría General de la Nación de su condición de salud con antelación a su desvinculación mediante un derecho de petición, suplicando la inclusión a nómina de funcionarios que tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, igualdad de oportunidades, vida digna, y al mínimo vital, dado su estado de salud.

La Procuraduría, considera el Tribunal, tenía la obligación de suspender la oferta del cargo de SERPA URIBE hasta el día que cause su derecho pensional y al no hacerlo, la Procuraduría actuó al margen de su deber constitucional de garantía de los derechos del actor, en su condición de sujeto de especial protección constitucional en donde se debía garantizar el acceso al empleo público de todos los aspirantes que integraban la lista de elegibles y, simultáneamente conservar la estabilidad laboral del ciudadano SERPA URIBE. Al retirar del cargo al señor SERPA URIBE, siendo un sujeto de especial protección por su doble condición de prepensionado y de debilidad manifiesta por su condición de salud, el TRIBUNAL DE BUCARAMANGA, SALA PENAL tuteló sus derechos constitucionales ordenando el reintegro del ciudadano SERPA URIBE en un cargo vacante de igual o superior categoría al que venía desempeñando cuando se dio la desvinculación hasta que cumpla los requisitos para la pensión de vejez e inclusive hasta que sea incluido en nómina.

Por las consideraciones anteriores es que busco la protección del DERECHO A LA IGUALDAD ya que al analizar mi caso se puede evidenciar que es similar al del señor SERPA URIBE.

COMPETENCIA

Es Usted, señor Juez, competente para conocer del asunto, por su naturaleza de los hechos, por tener jurisdicción en el domicilio de la persona accionada y de conformidad con el decreto 1382 de 200, en virtud del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

JURAMENTO

Manifiesto Señor juez, bajo la gravedad de juramento, que en el presente caso no se está bajo 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 Cra 22 No 122-89 Apto 204 Edificio Vival 122, Bogotá D.C.
2. Celular Numero 3108815628
3. Correo electrónico lydapinto@yahoo.com

Del señor juez atentamente,

Lyda J. Pinto B
LYDA JANETH PINTO BARON
CC 63.315.409

República de Colombia
Poder Judicial del Poder Judicial
CONSEJO SECCIONAL DE LA FUNCIÓN JUDICIAL BOGOTÁ
SALA JURISDICCIONAL DE TUTELA
Bogotá, D.C. 20 OCT 2016
El anterior escrito fue presentado por *Lyda Janeth Pinto Baron*
por *Lyda Janeth Pinto Baron*
quien se identifica con la C.C. No. *63.315.409*
y T.P. No. _____
Secretaria _____

Lyda J. Pinto B