

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL



SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: HENRY LOZADA PINILLA

Bucaramanga, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Procede la Sala a resolver la acción de tutela interpuesta por la doctora **LUZ MARLEN ARIZA CASTILLO** contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, la doctora **ESPERANZA BLANCA DILIA FARFÁN FARFÁN**, A QUIENES OCUPAN EN PROVISIONALIDAD EL CARGO DE PROCURADOR JUDICIAL I, CÓDIGO 3PJ, GRADO EG DE LA PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA y la **EPS SURA**, esta última vinculada por auto del 20 de octubre de 2016 (Fl. 135).

1.- ANTECEDENTES

Aseveró la accionante que el 1º de marzo de 2016 ingresó a la Procuraduría General de la Nación en el cargo de Procuradora Judicial I para Asuntos Administrativos, el cual desempeñó hasta el 7 de septiembre de 2016, afiliada en salud a Saludcoop EPS y posteriormente a la EPS SURA.

Tras afirmar estar próxima a jubilarse y ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que implica la aplicación de las previsiones de la Ley 33 de 1985 y haber solicitado el reconocimiento pensional a Colpensiones, expuso que en mayo de 2012 empezó a padecer de conjuntivitis en su ojo izquierdo por lo que

requirió tratamiento médico, que posteriormente presentó lesión en el mismo órgano y se le diagnosticó úlcera corneal micótica tratada hasta mediados de septiembre del mismo año y siendo incapacitada de junio y hasta septiembre de 2012; a su regreso a Bucaramanga continuó en controles hasta el mes de octubre de 2013.

Sostuvo que asumió el tratamiento pues Saludcoop entró en liquidación y la EPS solo culminó los trámites administrativos para cambio de entidad hasta el 01 de diciembre de 2015.

Sostuvo que el 28 de junio de 2016 fue diagnosticada de secuela de la úlcera corneal ojo izquierdo que produjo leucoma corneal ojo izquierdo (cicatriz corneal) que le produce deterioro visual que ha empezado a presentarse también en el ojo derecho, catarata senil incipiente, OD y desprendimiento de vítreo posterior total OD y el 18 de julio petitionó ante la EPS SURA valoración de la pérdida de capacidad laboral y establecer el origen, grado de invalidez o incapacidad, tratamiento y rehabilitación pero al negarse la entidad acudió en tutela en la que el Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga ordenó a la EPS SURA que en el término de 3 meses contados desde la notificación de la tutela adelantara los trámites pertinentes para que sea calificada siguiendo los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 a que hay lugar.

Aseguró que la Procuraduría General con ocasión del concurso de méritos reglamentado por la Resolución No. 332 de 2015, expidió la Resolución 338 del 8 de julio de 2016 mediante la cual conformó la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial I, Código 3PJ, Grado EG de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, que para el citado cargo se ofertaron 107 vacantes y la lista fue de 91 personas; que puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación su delicado estado de salud y su condición de prepensionada mediante petición del 21 de julio de 2016 para que se

tuviera en cuenta al momento de cumplir el cronograma del concurso de méritos y para que *"en el margen de maniobra que le fuera posible – y que tanto ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia- me mantuviera en el cargo con el fin de garantizarme mis derechos fundamentales de la SALUD, EL (sic) MÍNIMO VITAL, la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA y la IGUALDAD"* (Fls. 3 y 4, hecho décimo); que la empleadora dio respuesta en la que le señaló que conforme al Decreto 190 de 2003, reglamentario de la Ley 790 de 2002, artículo 1º, literal C, las personas calificadas con porcentajes superiores al 25% son sujetos de amparo especial y en su caso no hay calificación alguna y conforme a la *"línea de interpretación de la Corte, no es posible desplazar los derechos de quien gana un concurso por los del provisional que ocupe el empleo, así esté en situación de estabilidad laboral reforzada. En tal caso lo procedente es que la administración pueda adoptar las medidas afirmativas de protección que resulten del caso, pero siempre que resulte posible o tengan algún margen de maniobra, de tal modo que, (sic) se puedan proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante"* (Fl. 4, hecho once).

Aseguró que el 25 de agosto de 2016 y antes de ser notificada de la decisión de tutela del 31 de agosto de 2016 del Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga mediante derecho de petición le informó a la empleadora del trámite en curso para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral solicitando se le conservara en el cargo hasta su inclusión en nómina en alguno de los 16 cargos que existen en la entidad y *que permite a la entidad un margen de maniobra para la protección de sus derechos, interpretando las normas de carrera administrativa de manera razonable y compatible con sus derechos fundamentales; no obtuvo respuesta a su petición y se dio por terminada su vinculación el 07 de septiembre de 2016.*

Luego de aclarar que no pretende desconocer los derechos de carrera de quienes superaron el concurso de méritos, solicitó la protección de sus derechos en tanto existen 107 vacantes y solo se proveyeron en propiedad 91, luego hay 16 vacantes con personas ajenas a la lista;

tras cuestionar el criterio de la empleadora para mantener a unos en el cargo y desvincular a otro demandó para que se ordene a la Procuraduría General de la Nación designarla en provisionalidad en uno de los cargos de Procurador Judicial I, Código 3PJ, Grado EG de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa que no sean provistos con la lista de elegibles o a un empleo vacante igual o similar al que desempeñaba hasta que sea incluida en nómina de Colpensiones; subsidiariamente, solicitó ordenar a cargo de la ex empleadora asumir el pago de su seguridad social en salud durante el tiempo que requiera para el tratamiento de su enfermedad y/o hasta que sea incluida en nómina de pensionados.

En escrito obrante a folios 84 a 89 agregó la accionante que le fue ordenado el examen de potenciales evocados visuales y valoración en un mes, cita última que no fue autorizada por no tener empleador vigente, además de negársele cita por ginecología; que con ocasión de su dolencia oftalmológica el galeno tratante le dio como alternativas trasplante de córnea ojo izquierdo y cirugía de catarata; afirmó que para continuar afiliada en salud, como independiente, se le exige el pago además de pensión y riesgos profesionales pero no le es posible seguir cotizando para pensión pues *"ya cumplí ampliamente los requisitos de edad y tiempo requerido"* (Fl. 85) y porque su única fuente de ingresos era su trabajo; reiteró la tutela de sus derechos.

2.- RÉPLICA

2.1. TERCEROS VINCULADOS

El doctor **FABIO ANDRÉS DUSSÁN ALARCÓN**, quien ocupa en provisionalidad el cargo de Procurador Judicial I, Código 3PJ, Grado EG de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa con sede en Florencia Caquetá, expuso que a los 25 años edad presentó artritis gotosa agudizada por los altos niveles de estrés, que

en el 2012 comunicó a sus superiores la alta carga laboral sin recibir respuesta alguna, que actualmente padece artritis reumatoide con el *"comprometimiento de todas las articulaciones del cuerpo, valorado por medicina interna, reumatología, psiquiatría, psicología y remitido a medicina laboral para que califique la disminución de mi capacidad laboral"* (Fl. 99); afirmó estar actualmente incapacitado y en tratamiento médico por psiquiatría, psicología, terapia individual y familiar y pendiente para valoración por neurología y medicina laboral además de padecer síndrome de apnea del sueño, artritis reumatoide y síndrome de Bornout; solicitó se preserven sus derechos fundamentales de manera que no pueda verse afectado con la decisión que se adopte con ocasión de la acción de tutela.

2.2. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La doctora Diana Zulema Castiblanco Murillo, quien dijo estar Adscrita a la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, aseguró que la accionante cuenta con otros mecanismos ordinarios de defensa para cuyo efecto citó el fallo de 25 de julio de 2016 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá dentro de la acción de tutela Rdo. 11001-220-4000-2016-01711-00; alegó sobre la improcedencia de la acción como mecanismo transitorio ante la ausencia de perjuicio irremediable; recordó que el concurso se llevó a cabo en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional que le ordenó convocar a concurso todos los empleos de Procurador Judicial; señaló *"que esos empleos de las convocatorias cuyas listas de elegibles quedaron con menor cantidad de personas que los cargos convocados, que llegaren a quedar en situación de vacancia (o continúen en provisionalidad) durante la primera etapa de nombramientos, han de proveerse en carrera administrativa con la listas de otras convocatorias, en aplicación del inciso quinto del artículo 216 del citado Decreto Ley 262 de 2000, que prevé imperativamente la obligación para el nominador de utilizar las lista en cargos iguales, para los cuales se requieran los mismo requisitos, todos lo cual ha sido avalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-942/03, C-281/07 y C-319/10. Esto por cuanto, así como se*

conformaron listas con menor cantidad de concursantes que los empleos convocados, también quedaron otras con número muy superior de personas frente a las plazas ofertadas" (Fls. 129); que la accionante no es prepensionada porque *"ya tiene los requisitos para consolidar su derecho"* y tampoco es sujeto de especial protección del Estado porque sus padecimientos tienen origen común y no tiene limitación física o mental superior al 25% conforme al Decreto 190 de 2013; alegó hecho superado y solicitó la remisión del expediente para acumulación a la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, despacho del Dr., Luis Enrique Bustos Bustos.

Expuso que la Resolución 040 de 2015, reglamentaria del concurso, en concordancia con el parágrafo único el artículo vigésimo ibidem, permitió a quienes superaron la convocatoria optar hasta por 4 sedes para su eventual designación y por ello el nombramiento se hizo atendiendo las sedes indicadas por quienes integraron la lista de elegibles (Fl. 151).

2.3. EPS SURA

La doctora María del Pilar Vallejo Barrera, representante judicial de la EPS SURA alegó falta de legitimación en la causa por pasiva porque no se imputa acción u omisión alguna en su contra dado que se peticiona *"indemnizaciones por despido injusto, reintegros laborales y demás prestaciones ajenas a mi representada"* (Fl. 146) *"puesto que ARP SURA no es quien debe cubrir las prestaciones solicitadas por el accionante, en virtud de la extinción de su derecho; por tanto es la EPS quien debe atender los padecimientos del actor y calificar en primera instancia el origen de la misma"* (Fl. 47).

Los restantes convocados guardaron silencio.

3- CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela consagrada en la Constitución Política de Colombia en el Art. 86, se previó para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas cuando resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en casos excepcionales. Procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando a pesar de existir, no resulten oportunos o suficientes para enervar la violación del derecho fundamental.

Corresponde a la Sala establecer si la accionada vulnera los derechos fundamentales de la accionante quien alega ser prepensionada y tener estabilidad laboral reforzada por razón de sus padecimientos de leucoma corneal ojo izquierdo (cicatriz corneal) que le produce deterioro visual que ha empezado a presentarse también en el ojo derecho, catarata senil incipiente: OD y desprendimiento de vítreo posterior total OD, situaciones que pese a ser puestas de presente a la Procuraduría General de la Nación no dieron lugar a ubicarla en una de las plazas del mismo cargo vacantes y ocupadas por provisionales, mientras se la incluye en nómina de pensionados; igualmente reclama la protección de su derecho a la salud pues, pese a encontrarse en tratamiento con la EPS SURA, le ha negado cita de control por oftalmología y ginecología

No puede perderse de vista que en "la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez." (Sentencia SU 897 de 2012).

Ahora bien, el concepto de estabilidad laboral reforzada por situaciones de salud ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-07 de 2014, en la cual reiteró que:

"DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

En el caso de las personas en situación de debilidad manifiesta, este principio es particularmente importante, teniendo en cuenta que esta Corporación ha reconocido que existen trabajadores que gozan de la denominada estabilidad laboral reforzada y merecen, por ese hecho, de especial protección constitucional. En efecto, esta Corte ha afirmado que una de las características más relevantes del Estado Social de Derecho, es la defensa de quienes por su situación de indefensión o debilidad puedan verse discriminados o afectados por actuaciones y omisiones del Estado o de los particulares. El objetivo de la estabilidad laboral reforzada, en consecuencia, es asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva, que se traduce en materia laboral, en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación cuando ello sea del caso, y conforme con la capacidad laboral del trabajador."

En el caso objeto de estudio, la Sala considera que resulta improcedente la concesión del amparo deprecado por la doctora Ariza Castillo, pues no es prepensionada en tanto no le faltan tres o menos años para adquirir el derecho a la pensión ya que según su propio dicho "ya cumplí ampliamente los requisitos de edad y tiempo requerido" (Fl. 85), circunstancia que enerva su permanencia en el ente de control en una calidad que como ella misma reconoce no la tiene acorde con el concepto de la Corte Constitucional en la sentencia SU 897 de 2012, citada en precedencia.

Repárese además que conocida la convocatoria del concurso, la accionante optó por no solicitar el reconocimiento pensional sino hasta el 30 de agosto de 2016 (Fl. 21), sin que pueda tenerse por irremediable la elección de espera por parte de la doctora Ariza Castillo para solicitar la prestación, cuando era conocida la convocatoria para

proveer entre otros, su cargo, como además el resultado del concurso cuando además solo queda pendiente el acto de reconocimiento pensional y por ende la culminación del servicio no afecta el eventual derecho a acceder a la pensión, cual es el fin de la permanencia en el servicio.

Sumado a lo expuesto, de considerar la accionante que las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación le han causado un agravio injusto e ilegítimo, cuenta con los mecanismos de control que la Ley 1437 de 2011 prevé para aniquilar la presunción de legalidad que privilegia a los actos administrativos, acciones que le habilitan para solicitar la adopción de medidas previas o cautelares, conforme a los artículos 229 y siguientes ibídem.

Ahora bien, en lo que concierne a la estabilidad laboral reforzada por razón de salud que reclama la accionante y aun cuando la Procuraduría General de la Nación adujo entre otros en su defensa lo consagrado en el Decreto 190 de 2013, el que se encuentra suspendido provisionalmente por Auto CE 624 de 2014, se dirá que no se reporta calificación alguna que permita inferir tal prerrogativa ni en manera alguna obra prueba de existir alguna relación de causalidad entre la terminación de la vinculación de la actora con las dolencias visuales que en la historia clínica se reportan.

Por demás, la interesada goza de la protección prevista en el Decreto 806 de 1998 y en la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

Sin embargo, preciso es atender que la EPS SURA al replicar no contravirtió lo relacionado con la afirmación de la accionante respecto de la negativa para citas para consulta oftalmológica y por ginecología, por cierto con respaldo en la documental de folios 91 y 94, respectivamente, lo que implica que la entidad de seguridad social

desconoce la protección prevista en el Decreto 806 de 1998 y por lo tanto se le ordenará a la citada EPS proceder a autorizar, programar y hacer efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia las citas de oftalmología (Fl. 91) y ginecología (Fl. 94).

En consecuencia, la tutela solo emerge procedente para ordenar la atención en salud de la accionante en la forma antes dicha, siendo de cargo de la EPS accionada atender los requerimientos en salud de la accionante por el término de protección de tres meses a los que alude el párrafo del artículo 75 del Decreto 806 de 1998, teniendo en cuenta que el traslado de la EPS Saludcoop a la EPS SURA no fue un acto deliberado de la accionante sino una consecuencia propia de liquidación de Saludcoop EPS y, en tal sentido, es desproporcionado que en la ciudadana recaiga la consecuencia de una determinación del gobierno nacional.

Es claro que culminado el periodo de protección laboral que por orden de ley fue previsto, cesará la obligación de la EPS SURA salvo que la accionante cotice al sistema y permanezca en la citada entidad como afiliada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la doctora LUZ MARLEN ARIZA CASTILLO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

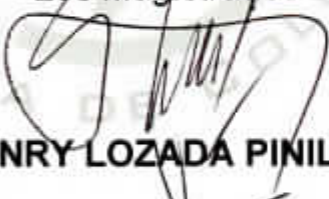
SEGUNDO: ORDENAR a la EPS SURA proceder a autorizar, programar y hacer efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia las citas de oftalmología (Fl. 91) y ginecología (Fl. 94) ordenadas y solicitadas por la accionante, respectivamente, y prestar la atención en salud durante el término previsto en el parágrafo del artículo 75 del Decreto 806 de 1998, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR improcedente el amparo respecto de las pretensiones contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Si no fuere impugnada esta decisión, remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

Los Magistrados


HENRY LOZADA PINILLA


HENRY OCTAVIO MORENO ORTÍZ


ANTONIO JOSÉ ACEVEDO GÓMEZ

