

Valledupar, 30 de Septiembre de 2016

SEÑORES:
TRIBUNAL SUPERIOR DE VALLEDUPAR - (REPARTO)
CIUDAD

REF. ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: LUZ MARLEN ARIZA CASTILLO
ACCIONADO: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN

LUZ MARLEN ARIZA CASTILLO identificada con cedula de ciudadanía número 37'831.799, me permito interponer **ACCIÓN DE TUTELA** en contra de la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN por violación a mis derechos fundamentales de **PETICIÓN**, la estabilidad laboral reforzada en conexidad con mis derechos fundamentales a la **SALUD, SEGURIDAD SOCIAL Y EL MÍNIMO VITAL**, y mi derecho fundamental a la **IGUALDAD** teniendo en cuenta los siguientes,

HECHOS:

PRIMERO: Ingrese a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN el 01 de marzo de 2010, como PROCURADORA JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS cargo que desempeñe hasta el día 07 de septiembre de 2016, afiliada en salud SALUDCOOP EPS en liquidación y posteriormente en EPS SURA

SEGUNDO: Actualmente me encuentro próxima a jubilarme, ya que cuento con 58 años de edad, y 22 años de servicios.

Soy beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que señaló:

***ARTÍCULO 36. Régimen de Transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de la personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

De conformidad con la norma transcrita, quienes para el **1º de abril de 1994** (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), cumplan con los siguientes requisitos tienen derecho a que se les aplique el régimen anterior:

1. Si son **mujeres**, tener treinta y cinco (35) años o más de edad.
2. Si son **hombres**, tener cuarenta (40) años o más de edad.
3. (o) tanto para hombres como para mujeres acreditar quince (15) años o más de servicios cotizados.

En mi caso, para el 1º de abril de 1994 llevaba más de quince (15) años de servicios, los cuales preste en el BANCO DE BOGOTÁ y la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, es decir, que mi situación pensional se rige enteramente por lo establecido por la Ley 33 de 1985 régimen legal anterior en cuanto a edad, tiempo y monto pensional.

2.1. Del régimen anterior previsto en la ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985¹ que empezó a regir el 13 de Febrero de 1985, establecía la edad y el tiempo de servicio que debía acreditar el empleado oficial para tener derecho a la pensión de jubilación.

De la norma transcrita se tiene que para acceder a la pensión de jubilación se debía acreditar:

- 1. Veinte (20) años continuos o discontinuos de servicio, y**
- 2. Haber llegado a la edad de 55 años.**

Además del tiempo de servicios cotizados en el BANCO DE BOGOTÁ, labore en la extinta CAJANAL EICE (17 años de servicio) y en la Procuraduría General de la Nación (6 años de servicio), por lo que cumpla con los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación, por lo que solicite el reconocimiento pensional ante COLPENSIONES el día 22 de agosto de 2016.

Para el efecto anexo a la presente tutela: (i) copia de mi documento de identidad, (ii) copia de todas las certificaciones de tiempo de servicios por mi laborados, y (iii) copia de la solicitud que se presentó ante COLPENSIONES.

TERCERO: En el mes de mayo de 2012 empecé a padecer de CONJUNTIVITIS EN MI OJO IZQUIERDO lo cual requirió tratamiento médico, pero no presente mejoría, sino que cada vez empeoraba aún más.

Empecé a presentar una lesión en mi ojo izquierdo, y como los medicamentos entregados por la EPS no generaban ninguna mejoría, decidí asumir el costo de un médico particular para el diagnóstico y tratamiento de mi enfermedad – Dr. JAIME ALBERTO GARCÍA ORDOÑEZ – médico cirujano especialista en OFTALMOLOGÍA, quien además prestaba sus servicios de especialista a la EPS SALUDCOOP en liquidación.

CUARTO: El doctor JAIME ALBERTO GARCÍA me diagnosticó ABSCESO ESTROMAL CORNEAL (29 de mayo de 2012) y ULCERA CORNEAL MICOTICA Ojo Izquierdo (18 de julio de 2012). Por tal razón, me remitió a la ciudad de Bogotá con el médico especialista en Oftalmología Dr. FRANCISCO BARRAQUER- (uno de los mejores en Colombia) para el tratamiento de mi enfermedad en el mes de julio de 2012 hasta mediados de septiembre del mismo año. Permanecí incapacitada por los meses de junio, julio, agosto y parte del mes de septiembre del citado año, teniendo que asumir el costo total del tratamiento.

QUINTO: Luego de concluido el tratamiento con el doctor BARRAQUER regrese a la ciudad de Bucaramanga, y continúe en controles médicos con el doctor JAIME ALBERTO GARCÍA ORDOÑEZ- lo que restaba del año 2012 y hasta el mes de octubre de 2013.

¹ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público

SEXTO: Quiero ponerle de presente señor Juez que debí asumir el alto costo del tratamiento para salvar la visión en mi ojo izquierdo, y para finales del año 2013 ya no contaba con los recursos para seguir asumiendo el costo de un médico particular, y en atención a que SALUDCOOP EPS en liquidación se negó a programarme nuevas citas que requería con el especialista, inicie los trámites administrativos para lograr cambiarse de entidad prestadora de Salud, a - EPS SURA-, tramites que fueron demorados y engorrosos, lográndose finalmente el día 01 de diciembre de 2015.

SEXTO: El día 13 de abril de 2016 solicite a la EPS SURA una cita por OFTALMOLOGÍA, y fui atendida el día 22 de abril de 2016, por el Dr. GERMAN HERNÁNDEZ DURAN quien me ordenó ULTRASONOGRAFÍA OCULAR MODO A Y B DE AMBOS OJOS CON CONTENIDO ORBITARIO Y TRANSDUCTOR DE 7 MHZ O MES – ACR, y en ese momento me diagnosticó:

"DIAGNÓSTICOS:

CATARATA SENIL INCIPIENTE: OD

CATARATA, NO ESPECIFICADA – OI

DEGENERACIÓN DE LA CORNEA – LEUCOMA CORNEAL OI

TRASTORNO DEL APARATO LAGRIMAL, NO ESPECIFICADO – OJO SECO AO

PRESBICIA – AO

Plan de tratamiento

MEDICAMENTO

ECOGRAFÍA AMBOS OJOS

CONSULTA DE OFTALMOLOGÍA EN UN MES CON ORDEN Y RESULTADOS DE ECOGRAFÍA

CONSULTA POR MEDICINA LABORAL

SE PRESENTA DISMINUCIÓN DE LA VISIÓN, ALTERACIÓN VISUAL, DOLOR OCULAR O VISIÓN DE DESTELLOS LUMINOSOS MOSCAS FLOTANTES

CONSULTA POR URGENCIAS"

SÉPTIMO: Se realizó la ECOGRAFÍA ordenada por el médico tratante y el día 28 de junio de 2016 me valoró nuevamente el doctor GERMAN ALBERTO HERNÁNDEZ DURAN, diagnosticando **DEGENERACIÓN DE LA CORNEA – LEUCOMA CORNEAL OJO IZQUIERDO. TRASTORNO DEL APARATO LAGRIMAL NO ESPECIFICADO – OJO SECO A OTTO AO. CATARATA SENIL INCIPIENTE OJO DERECHO.** en esa oportunidad se dio orden urgente con medicina laboral teniendo en cuenta que la paciente se encuentra en edad laboral y su discapacidad visual impide realizar labores propias de su oficio.

OCTAVO: Ante la situación que presentó en el ojo izquierdo –**SECUELA DE LA ULCERA CORNEAL OJO IZQUIERDO** que produjo **LEUCOMA CORNEAL OJO IZQUIERDO (cicatriz corneal)** lo que produce parte del deterioro visual, y el deterioro que ha empezado a presentarse en el ojo derecho – **CATARATA SENIL INCIPIENTE: OD y DESPRENDIMIENTO DE VÍTREO POSTERIOR TOTAL OD-**, el día 18 de julio de 2016 se radicó derecho de petición ante SURA EPS en la que le solicita **"VALORACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL"** con el fin de que en la misma se establezca el **"...origen, grado de invalidez o incapacidad, tratamiento y rehabilitación a que haya lugar ..."** respecto de la enfermedad que padece.

NOVENO: Como es de conocimiento público, la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN expidió la Resolución No 332 del 12 de agosto de 2015 *"Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los empleos de carrera de la Procuraduría General de la Nación"*, y la lista de elegibles para el cargo de **PROCURADOR JUDICIAL I CÓDIGO Y GRADO 3PJ-EG DE LA PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA** se conformó mediante la Resolución 338 del 8 de julio de 2016 y en su artículo primero estableció en estricto orden de mérito la lista de elegibles, **CON NÚMERO DE VACANTES OFERTADAS DE 107**, y solo **91 PERSONAS** conforman la lista de elegibles; y para los meses de agosto y septiembre de los corrientes, se procedería a nombrar y posesionar a los profesionales que se encontraban en la lista de elegibles.

DÉCIMO: Las dos situaciones que se estaban presentando en mi caso, EL DELICADO ESTADO DE SALUD QUE PRESENTÓ Y MI CONDICIÓN DE PRE-PENSIONADA, fue puesta en conocimiento de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, mediante derecho de petición que se radicó el día 21 de julio de 2016 con el fin de que la entidad tuviese en consideración mi situación al momento de dar cumplimiento al 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 MÍNIMO VITAL, la ESTABILIDAD REFORZADA y la IGUALDAD.

ONCE: La entidad dio respuesta al derecho de petición el día 09 de agosto de 2016 indicando lo siguiente:

I. DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD:

Al respecto, es procedente informarle que al tenor de lo ordenado por el Decreto el 190 de 2003, reglamentario de la ley 790 de 2002, en su artículo 1º, literal C¹ dispone que son sujetos de amparo especial las personas con incapacidades laborales calificadas con porcentajes que superen el 25%, circunstancias que no se presentan en el caso de la accionante, máxime cuando en su hoja de vida no se evidencia, calificación alguna, motivo por el cual no es sujeto de especial protección.

(...)

De manera que, de cara a la situación concreta, y como conclusión emanada de 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 tenga algún margen de maniobra, de tal modo que, se puedan proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

En consecuencia su petición será remitida para que repose en el expediente de su hoja de vida y sea considerado su caso en particular, en el evento en que así se estime necesario de conformidad con las facultades constitucionales y legales.

DOCE: Debe indicarse señor Juez que la valoración por pérdida de la capacidad laboral no pudo adjuntarse a la solicitud presentada, pues la EPS SURA se ha negado a conformar el Comité Interdisciplinario para la calificar mi enfermedad, a tal punto de tener que acudir al mecanismo de tutela contra la EPS para que cumpliera con su obligación legal en tal sentido.

La sentencia de tutela de primera instancia quedo debidamente ejecutoriada y en la misma, el Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga del 31 de agosto de 2016, ordenó:

"PRIMERO: Amparar los derechos fundamentales de petición, a la seguridad social y la salud, de la señora LUZ MARLEN ARIZA frente a SURA EPS, conforme a lo expuesto anteriormente.

SEGUNDO: ORDENAR a SURA EPS, que en el término de tres (3) meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, adelante todos los trámites pertinentes – médicos y administrativos-, para que la señora LUZ MARLEN ARIZA CASTILLO sea calificada bajo la responsabilidad de dicha entidad, por funcionarios que representen a la misma y siguiendo los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias, así como teniendo en cuenta todos los criterios técnico – científicos y éticos establecidos por el Manual Único de Calificación de Invalidez y demás normas concordantes."

TRECE: El día 25 de agosto de 2016, antes de que me fuese notificado el fallo de tutela, presente nuevamente derecho de petición a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN informándole del trámite que estaba realizando para lograr la calificación de la pérdida de mi capacidad laboral, y textualmente le pedí:

PRIMERO: Le solicitó muy respetuosamente – y en atención a la condición de PREPENSIONADA que tengo, y a que en la actualidad se encuentra en trámite una acción de

tutela para lograr la calificación de mi pérdida de capacidad laboral- se me conserve la calidad de servidora pública, permitiéndome una vez se realice el nombramiento en carrera del cargo que hoy ostento, acceder por nombramiento en provisionalidad hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados, en alguno de los 16 cargos que se evidencian existen en la Procuraduría por ser inferior el número de aspirantes en ese empleo, lo que le permite a la entidad un margen de maniobra para que proteja mis derechos fundamentales.

SEGUNDO: Solicito respetuosamente se interprete las normas de carrera administrativa de una manera razonable y compatible con mis derechos fundamentales.

TERCERO: considere mi petición en forma favorable y de igual manera se dé respuesta a la presente solicitud dentro de los términos de ley, y a la dirección de notificación.

Dicho derecho de petición fue remitido vía correo electrónico a la entidad desde mi correo institucional y a la fecha no se ha dado respuesta al mismo.

CATORCE: Pese a mi situación – el estado grave de salud que me aqueja y mi condición de pre-pensionada- la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN no solo ignoró el derecho de petición por mi presentado, sino que dio por terminado mi nombramiento en provisionalidad el día 07 de septiembre de 2016.

Quiero dejar claro señor Juez, que no es mi intención desconocer los derechos de aquellas personas que luego de someterse a un concurso de méritos y superar todas las etapas, esperan acceder a los cargos públicos en carrera, pero en este caso la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN si tenía un margen de maniobra para garantizarme no solo mis derechos a la estabilidad reforzada por mi condición de pre-pensionada, sino mi derecho fundamental a la SALUD y a la SEGURIDAD SOCIAL y el MINIMO VITAL, pues existen **107 VACANTES OFERTADAS** en el cargo que ocupaba en provisionalidad de **PROCURADOR JUDICIAL I CÓDIGO Y GRADO 3PJ-EG DE LA PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**, y solo **91 PERSONAS** conforman la lista de elegibles, es decir, existen 16 vacantes actualmente que están provistas por personas que no son de lista.

¿Cuál fue el criterio que utilizó la Procuraduría para mantener a unos en el cargo y a otros desvincularlos?, hasta el momento lo desconozco, pero sería grave descubrir que irresponsablemente la entidad no se tomó el trabajo de realizar un ejercicio de ponderación de derechos con el fin de que se mantuviera en los 16 cargos en provisionalidad a personas que – como yo- tuviesen condiciones de especial protección constitucional sin esperar que fuese ordenado mediante fallos judiciales.

Y es que señor Juez, en mi caso la situación es verdaderamente grave y me causa un **PERJUICIO IRREMEDIABLE**, teniendo en cuenta que (i) llevó más de cuatro años padeciendo una enfermedad que afecta la visión de mi ojo izquierdo, la cual – a pesar de los tratamientos médicos y cuidados- no ha mejorado, sino que ha empeorado al punto de afectar la visión del ojo derecho también, (ii) derivaba mi sustento diario de mi salario en la Procuraduría General de la Nación, y no es fácil emplearme actualmente a mi edad y con los graves problemas de salud que aquejan mi visión, y (iii) la entidad demandada no seguirá cubriendo el pago de mi seguridad social en salud lo que me deja en clara indefensión, pues no tengo dinero para seguir asumiendo el alto costo del tratamiento de mi enfermedad y la EPS no ha iniciado trámites para la pérdida de calificación laboral.

PRETENSIONES

PRIMERO: SE CONCEDA el amparo de mis derechos fundamentales de **PETICIÓN**, la estabilidad laboral reforzada en conexidad con mis derechos fundamentales a la **SALUD, SEGURIDAD SOCIAL Y EL MINIMO VITAL**, y mi derecho fundamental a la **IGUALDAD**, que se encuentran siendo conculcados por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

SEGUNDO. SE ORDENE a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN proceda a designarme, en provisionalidad, en uno de los cargos de **PROCURADOR JUDICIAL I CÓDIGO Y GRADO 3PJ-EG DE LA PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**, que no sea provistos con la lista de elegibles que se conformó mediante Resolución 338 del 8 de julio de 2016 o en un empleo vacante igual o similar al que venía desempeñando, hasta que sea incluida en la nómina de COLPENSIONES, lo anterior teniendo en cuenta que la citada Resolución establece que el número de vacantes ofertadas son 107 y solo 91 personas conforman la lista para proveer esas vacantes.

TERCERO: De manera subsidiaria, solicitó que se ordene a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN asuma el pago de mi seguridad social en salud durante el tiempo que requiera tratamiento para el manejo de mi enfermedad, y/o hasta que sea incluida en la nómina de COLPENSIONES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional que aborda el núcleo esencial del DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN, y ha resaltado que "resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio de la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y la participación en todas las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas (artículo 2º de la Constitución Política)"²

Para el efecto, fijó una serie de reglas relacionadas con el alcance, núcleo esencial y contenido, las cuales se transcriben a continuación:

a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será

² Sentencia T- 332 del 2015.

determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.^[8]

Posteriormente, esta Corporación añadió dos reglas adicionales: (i) que la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea no exonera a la entidad del deber de responder; y (ii) que la respuesta que se profiera debe ser notificada al interesado.^[9]

Por lo anterior, la efectividad del derecho fundamental de petición se deriva de una respuesta pronta, clara y completa por parte de la entidad a la que va dirigida. La falta de alguna de estas características se materializa en la vulneración de esta garantía constitucional.³

Conforme a lo anterior, se tiene que la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN incumplió su deber legal de dar respuesta a la solicitud por mí elevada mediante derecho de petición que remité vía correo electrónico el día 25 de agosto de 2016.

DE LA CONDICIÓN DE PRE-PENSIONADO

Al respecto de la condición de pre-pensionado debe indicarse que es abundante la jurisprudencia constitucional que ha abordado el tema y que ha reiterado en múltiples ocasiones que son sujetos de especial condición aquellas personas que cumplen con los siguientes requisitos:

*"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"*³⁰

Con los documentos que se aportan al plenario se acredita que éste año cumplí con los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir, soy sujeto de especial protección por mi condición de pre-pensionada.

Al respecto de las garantías fundamentales de las personas que somos sujetos de especial protección, tales como: (i) funcionarios que están próximos a pensionarse, (ii) funcionarios que padecen discapacidad física, visual, auditiva, (iii) madres cabeza de familia, entre otros.

Al respecto in extenso pronunciamientos de la Corte Constitucional que fueron recogidos en sentencia de tutela proferida por la H. Sala Jurisdiccional Disciplinaria – Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño de fecha 16 de septiembre de 2016, en el que se ventiló un caso similar al que aquí se debate, así:

³ Sentencia t- 332 de 2015.

"Esta Corporación 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, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, "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".³¹

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de

méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa,³² 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 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P) y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.).³³

3.4. En relación con el tema, 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 2011,³⁴ 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 personas con disminución física, sensorial o psíquica, madres y padres cabeza de familia o prepensionados. (...)

3.5. Pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera con observancia de los requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, la sentencia en cita señaló que deben respetarse los derechos fundamentales de aquellos funcionarios que están en condición de vulnerabilidad. Se sostuvo al respecto:

"Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para

el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad”³⁵.

4

Tal como lo señale en el acápite de hechos, no pretendo desconocer los derechos de carrera administrativa de quien supere a satisfacción las etapas del concurso de méritos, no obstante, lo que solicitó es una ponderación de derechos fundamentales de aquellos que son sujetos de especial protección constitucional frente a la persona que ha superado el concurso de méritos, al que tantas veces ha hecho referencia la Corte Constitucional, así:

“La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.”³⁶

(Subrayas y negrillas mías)

En el mismo sentido, indicó:

4

³⁵ Sentencia T-186 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

³⁶ Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido remplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

³⁷ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-466 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV. Jorge Iván Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SPV. Humberto Antonio Sierra Porto).

³⁸ (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, AV Luis Ernesto Vargas Silva).

³⁹ Referencia: expediente T-3.706.556, Acción de tutela interpuesta por Margarita Luz Orozco Lozano contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C., diez (10) de abril de dos mil doce (2012).

6.2. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido en que la interpretación mecánica y aislada de las normas de carrera administrativa no es acertada, porque puede llegar a afectar derechos constitucionales que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esta interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección.

(...)

6.3. 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 predicen 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 prepensionado³⁸.

6.4. 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 correspondiente³⁹, 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." ⁴⁰

Finalmente, debe señalarse que en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, la Corte Constitucional 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.

"[...]

"[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se

³⁶ Ver sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esta ocasión correspondió a la Sala Novena de Revisión resolver dos problemas jurídicos diferenciados: i) determinar si las medidas de estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que son sujetos de especial protección constitucional, como sucede con aquellas personas próximas a pensionarse o las madres cabeza de familia, operan cuando la remoción de dichos servidores responde a los resultados de concurso público de méritos para el acceso al empleo que desempeñaban en provisionalidad, y, en caso afirmativo, ii) establecer si se vulneran los derechos constitucionales al mínimo vital, a la igualdad material y a la estabilidad laboral reforzada, cuando la Administración decide remover de su cargo al servidor público que ejerce el empleo en provisionalidad y que tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, en razón de los derechos de carrera administrativa de quien accede al empleo por concurso de méritos. Concluyó que "el Incoder actuó al margen de su deber constitucional de garantía de los derechos de la actora, en su condición de sujeto de especial protección constitucional, para privilegiar una interpretación literalista, y por ende desproporcionada, de las normas de carrera. Ello debido cuando, a pesar de tener la posibilidad fáctica y jurídica de garantizar el acceso al empleo público de todos los aspirantes que integraban la lista de elegibles y, simultáneamente conservar la estabilidad laboral de la ciudadana Orozco Lozano, decidió retirarla del cargo". En consecuencia, confirmó la decisión de segunda instancia, que protegió los derechos fundamentales de la accionante.

³⁷ MP Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁸ Estas fueron las consideraciones plasmadas en la sentencia T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), reiteradas en las sentencias T-017 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-289 de 2011 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez). En el primer fallo, se estudió el caso de un ciudadano que se desempeñaba en provisionalidad en el cargo de Delegado Departamental en la Registraduría Nacional del Estado Civil y quien había sido desvinculado del mismo porque el empleo que ocupaba fue provisto en propiedad mediante concurso público de méritos, a pesar de que con acompañamiento de la propia entidad, el funcionario había radicado la solicitud de pensión de jubilación ante Cajanal. La Corte constató que se conformó una lista de elegibles de cuarenta y tres (43) personas para la provisión de sesenta y cuatro (64) cargos de Delegados Departamentales que habían sido ofertados a través del concurso de méritos, por lo que al no haberse proveído en propiedad todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraban en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de continuidad entre los ingresos recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales. En las sentencias recién citadas, T-729 de 2010, T-017 de 2012 y T-289 de 2011, las salas de decisión concedieron la protección de los derechos fundamentales de personas próximas a pensionarse que ejercían cargos en provisionalidad y que, en virtud de la provisión del empleo por concurso público de méritos, fueron retirados de sus cargos. En cada uno de estos eventos, se concluyó que si bien el acceso al empleo mediante concurso está ordenado por la Constitución y guarda perfecta consonancia con los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho, las normas de carrera debían interpretarse de forma razonable y proporcionada, de cara a la protección de los derechos fundamentales de los *prepensionados*, máxime cuando se evidenciaba que la Administración tenía un margen de maniobra en la asignación de cargos, debido a su pluralidad, en donde la exclusión de los accionantes de sus empleos, si bien era una medida constitucionalmente justificada, no era necesaria.

³⁹ Esta alternativa no le es ajena al legislador, ya que en el parágrafo 2º del artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, señaló: "Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: || 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. || 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. || 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. || 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical".

⁴⁰ Sentencia T-326 de 2014 – M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

⁴¹ Sentencia T-156 de 2014 – M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

expidió el Acuerdo 007 de 2008— les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (negritas originales).

Entonces, siendo como quedo acreditado que se ofertaron 107 VACANTES y solo 91 PERSONAS superaron el concurso de méritos, no era descabellado solicitarle a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que realizará un ejercicio de ponderación en mi favor y que en el margen de maniobra con el que contaba me mantuviese en el cargo, o me nombrara en uno de aquellos que no se proveerían con personas de lista, atendiendo a mi situación particular de pre-pensionada y mi delicado estado de salud.

No existe fundamento ni fáctico ni jurídico para que la entidad demandada se niegue a adelantar dicho ejercicio de ponderación de derechos fundamentales - o al menos, la entidad demandada - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN- nunca le informó a la demandante de manera motivada cuales fueron las razones por las cuales no atendió de fondo la solicitud que le presente, con el fin de materializar las garantías constitucionales que existen en mi favor, y que se encuentran siendo vulneradas en el presente asunto, tales como el **DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN**, sino además **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SEGURIDAD SOCIAL, LA SALUD, EL MINIMO VITAL y LA DIGNIDAD HUMANA, LA ESTABILIDAD REFORZADA e IGUALDAD** y por tanto le solicito muy respetuosamente señor Juez **ACCEDER** a las pretensiones de la demanda de tutela.

PRUEBAS

DOCUMENTALES

QUE APORTO

- Copia de la cedula de ciudadanía.
- Copia de las certificaciones de tiempo de servicios laborados en (i) BANCO DE BOGOTÁ, (CAJANAL EICE en liquidación), y PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN.
- Constancia de cotizaciones expedidas por Colpensiones.
- Copia del derecho de petición que eleve ante la entidad demandada el día 23 de julio de 2016.
- Respuesta dada por la entidad demandada.
- Copia del fallo de tutela del 30 de agosto de 2016 proferida por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA.
- Copia del derecho de petición de fecha 25 de agosto de 2016 dirigido a PGN, Y que no ha sido respondido.
- Copia del pantallazo del derecho de petición que fue remitido vía e-mail a la entidad demandada el día 25 de agosto de 2016, y que a la fecha no ha sido contestado.
- Comunicación de terminación de mi empleo en provisionalidad.
- Copia de mi Historia Clínica.

QUE SOLICITO

- Se decrete con el auto admisorio de la demanda, que la entidad allegue la totalidad de mi expediente administrativo, que contenga el derecho de petición que fue enviado vía e-mail al correo de la entidad por mí el día 25 de agosto de 2016.
- Se oficie al BANCO DE BOGOTA para que allegue al expediente certificación del tiempo de servicios, correspondiente al tiempo que preste mis servicios en esa entidad.

ANEXOS

- Lo relacionado en el acápite de pruebas.
- Traslados de la demanda y anexos.

JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento manifiesto que no he promovido acción de tutela alguna por los mismo hechos, ante otra autoridad judicial.

SOLICITUD ESPECIAL

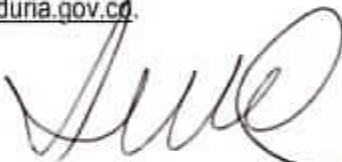
En atención a que la entidad demandada en procesos similares ha solicitado que el expediente se envíe a la ciudad de Bogotá para su trámite, me permito solicitarle que el proceso sea tramitado por su Despacho, en atención a que desplazarme a la ciudad de Bogotá para efectos de notificación de las actuaciones que se surtan al interior del proceso, hacen más gravosa mi situación, que en la actualidad no cuento con ningún tipo de ingreso que me permita asumir los costos, en aplicación de lo establecido en el artículo 86 de la constitución política, norma de acceso a la justicia que prevalece frente a las demás que no sean de rango constitucional, como lo es el decreto 1834 de 2015.

Sobre este tema el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, se pronunció negando la solicitud de la PGN en la acción de tutela cuyo M. P. Dra. MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA y accionante HENNY SAMUEL MARQUEZ GONZALEZ, Radicado No. 44-001'-23-33-002-2016-00157-00.

NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en la calle 9D No 7-14 Barrio Novalito – Valledupar

A la demandada, en el Centro de Atención al Público (CAP): Carrera 5ª nro. 15 - 60 (Bogotá), o al correo electrónico: procesosjudiciales@procuraduria.gov.co.


LUZ MARLEN ARIZA CASTILLO
 CC. No 37'831.799



REPUBLICA DE COLOMBIA
 DIRECCION SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL
 OFICINA JUDICIAL

En Valledupar, los _____ días _____ de _____ de 2016
 Presentado ante mí por Luz Marlen Ariza Castillo
 Identificado con C.C. _____ Expedido en Bogotá
 T.P. No. _____
 quien reconoce autorizada la firma que aparece en este documento
 Firma y Sello 37'831.799