T-060-15

Sentencia T-060/15

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA O NIEGA TRASLADO DE SERVIDOR PUBLICO-Procedencia excepcional

La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades y en atención a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 ha afirmado que la acción de tutela no es el mecanismo para controvertir un acto administrativo, pues el mecanismo ordinario para el efecto, está en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que cuando se está ante la existencia de una amenaza de un perjuicio irremediable o se demuestra que los mecanismos ordinarios de defensa no resultan idóneos en el caso concreto, procederá la tutela de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales de la persona. Podrá el juez constitucional entrar a estudiar de fondo la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales se ordene o se niegue el traslado de todo servidor público, siempre y cuando se evidencia que dicho acto haya sido emitido de forma arbitraria, afecte de manera clara, grave y directa los derechos fundamentales del trabajador y el de su núcleo familiar, o lleve una desmejora de las condiciones del trabajador.

IUS VARIANDI-Concepto

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el ius variandi es la facultad que tiene el empleador para modificar las condiciones laborales en que sus trabajadores desarrollan y prestan sus servicios profesionales, tales como tiempo, modo y lugar. Este poder subordinante que ejerce el empleador sobre sus trabajadores no es absoluto, ya que existen límites constitucionales que exigen proteger unas condiciones mínimas de los derechos fundamentales del trabajador.

IUS VARIANDI-Alcance y límites

Sobre la aplicación del ius variandi dentro de las plantas de carácter global y flexible de algunas entidades públicas, la Corte Constitucional ha sostenido que dicha potestad se

justifica en la necesidad de cumplir los fines del Estado dentro de todo el territorio Colombiano. En este sentido, éste tipo de entidades ostentan una mayor discrecionalidad frente al traslado de los servidores públicos cuyas condiciones laborales, en relación al lugar de la prestación laboral, pueden ser modificadas en razón a la "necesidad del servicio", sin que esa potestad pueda confundirse con arbitrariedad. En este orden, y teniendo en cuenta que los alcances del ius variandi se aplica tanto para la esfera de lo privado como de lo público, la Corte ha resaltado, que cuando se trata de entidades del Estado, el director goza de un margen de discrecionalidad más amplio al momento de valorar las circunstancias para ordenar o negar un traslado.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Caso en que se realizó traslado de militar

Referencia: Expediente T- 4.533.044

Acción de Tutela interpuesta por Héctor Fabio Borja Contreras contra el Ejército Nacional, Dirección de Personal.

Magistrada (e) Ponente:

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil quince (2015)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva y las Magistradas María Victoria Calle Correa y Martha Victoria Sáchica Méndez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Tribunal Administrativo, Sección Cuarta, Subsección "A" de Cundinamarca, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Héctor Fabio Borja Contreras contra el Ejército Nacional, Jefatura de Desarrollo Humano,

Dirección de Personal, Dirección de Sanidad.

I. ANTECEDENTES

El señor Héctor Fabio Borja Contreras, interpuso acción de tutela ante el Tribunal Administrativo, Sección Cuarta, Subsección "A" de Cundinamarca, para que le sean amparados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

1.1. Hechos

1.1.1 El señor Héctor Fabio Borja Contreras, de 35 años de edad, pertenece al Ejército Nacional, en el grado de Sargento Segundo.

1.1.2. Manifiesta el actor, que desde hace más de 3 años padece de apnea obstructiva severa del sueño, patología que no le permite conciliar el sueño en las horas de la noche, que ha alterado su sistema nervioso de manera negativa y progresiva, le ha generado problemas cardiovasculares – presión arterial- y fuertes dolores de cabeza, situación que ha afectado sus actividades diarias y su comportamiento.

1.1.3. Debido a que mediante oficio OAP 1479 del 10 de junio de 2013, se ordenó el traslado del señor Borja Contreras al Batallón 49 de Putumayo, el accionante tomó la decisión de viajar a la ciudad de Bogotá D.C., con el fin de solicitar la reconsideración de su traslado, explicando en aquel momento al Teniente Coronel Bernal- Jefe de Traslados de la Dirección de Personal- su situación clínica. Petición que fue resuelta de manera favorable, trasladándolo a la ciudad de Bogotá D.C.

1.1.4. Indica el accionante, que desde que llegó a Bogotá D.C., esto es, hace 10 meses, se le han presentado una serie de inconvenientes que han deteriorado su calidad de vida, pues la altura ha incrementado su problema de oxigenación y no ha podido acceder a consultas médicas con un especialista, según la Dirección de Sanidad, por la cantidad de pacientes que se maneja en esta ciudad.

1.1.5. Refiere el actor, que en la actualidad debe dormir con un equipo de CPAP, que consiste en una mascarilla que permite el ingreso de oxígeno a presión para poder dormir. Advierte que el personal del sistema de salud del Ejército Nacional ha intentado en varias oportunidades retirar el equipo, pero al evidenciar su estado de salud, se desiste de ello.

1.1.6. Informa, que en la última lectura del CPAP que realizó la empresa de oxígeno, se diagnosticó un deterioro del 6.39% de la enfermedad, dictamen que comparte su psiquiatra, al no evidenciar ninguna mejoría psicológica, razón por la cual, le han recomendado vivir al nivel del mar.

1.1.7. Afirma, que sus relaciones familiares se han deteriorado con ocasión de la irritabilidad que le produce la enfermedad, que ha pretendido atención médica para sus hijos pero solo recibe negativas por parte del sistema de salud del Ejército Nacional y que la atención médica ha sido negligente, pues su hija de 6 años de edad ya tuvo su primer ciclo menstrual y tuvieron que someterla a una cirugía para la extracción de un quiste en el ovario izquierdo, situación que podría haberse evitado o detectado a tiempo.

1.1.8. Indica que cuando ingresó a las Fuerzas Militares de Colombia, esto es, hace 17 años, se encontraba en perfecto estado de salud, y en la actualidad tiene una pérdida de capacidad laboral del 51.53% por problemas de columna -hernia discal degenerativa-, hipertensión, fractura en las piernas y apnea obstructiva severa del sueño.

1.1.9. Por todo lo anterior, el señor Héctor Fabio Borja Contreras se dirigió con su esposa el día 26 de mayo de 2014, a las oficinas del Ejército Nacional donde el Coronel Correa -ayudante del Segundo Comandante-, quien tras escuchar su caso, los remitió donde el Teniente Coronel Dueñas Preciado Heiver, quien a su vez les informó que debían presentar por escrito su solicitud de traslado, toda vez que su pretensión iba dirigida a devolverse a su ciudad de origen (Barranquilla).

1.1.10. El 29 de mayo de 2014, el accionante presentó ante el jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional un derecho de petición, en el que solicitaba su traslado a la ciudad de Barranquilla, dado su estado de salud y atendiendo las recomendaciones realizadas por los médicos tratantes y la Junta Médico Laboral.

1.1.11. El 18 de junio de 2014, le niegan su solicitud de traslado y lo acusan de haberse saltado el conducto regular, situación que aduce el accionante no ser cierta y que su única intención de volver a Barranquilla, es porque allá tuvo un excelente manejo de su enfermedad, cuenta con la ayuda de su familia, tiene los controles médicos necesarios sin ningún inconveniente y para mejorar su calidad de vida.

1.2. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados, el señor Héctor Fabio Borja Contreras invocó el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. En consecuencia, solicita se ordene al Ejército Nacional- Dirección de Personal su reubicación y traslado a la ciudad de Barranquilla, al considerar que ésta es la única forma de controlar su problema de salud, y mejorar su calidad de vida.

1.3. Pruebas aportadas al proceso

· Copia de la cédula de ciudadanía del señor Héctor Fabio Borja Contreras. (folios 9 y10)

· Copia del Acta de la Junta Médica Laboral Nº 14457 del 1º de agosto de 2006. (folio 81 y 82)

· Copia de la historia clínica del señor Héctor Fabio Borja Contreras. (folio 24 al 78)

· Copia de la historia clínica de su menor hija. (folios 13 al 17)

· Copia de la respuesta al derecho de petición, emitida por el Ejército Nacional- Dirección de Personal. (folio 18 y 19)

· Copia de solicitud de reconsideración de traslado presentada ante el Comandante del Ejército Nacional, el 17 de junio de 2013. (folio 22 y 23)

· Copia del Acta de la Junta Médica Laboral Nº 66886 del 10 de febrero de 2014. (folio 79 y 80)

1.4. Traslado y contestación de la Demanda.

Asumido el conocimiento de la acción de tutela por parte el Tribunal Administrativo, Sección Cuarta, Subsección "A" de Cundinamarca, se dispuso mediante auto del 11 de julio de 2014, admitir la acción de tutela presentada por el señor Héctor Fabio Borja Contreras y notificar al Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, al Director de Personal del Ejército Nacional y al Director de Sanidad del Ejército Nacional, para que en el término de 2 días se sirvieran rendir un informe sobre los hechos que originaron esta acción, aportaran los

soportes probatorios que consideraren pertinentes y ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

1.5. Dirección de Personal, Sección Jurídica del Ejército Nacional

El Subdirector de Personal del Ejército Nacional, solicitó rechazar por improcedente la presente acción de tutela, toda vez que no se ha conculcado derecho fundamental alguno; por el contrario, de conformidad con la base de datos del personal del Ejército Nacional se encuentra que el señor Héctor Fabio Borja Contreras durante un periodo de 24 meses permaneció en el Batallón A.S.P.C Nº 2 de Barranquilla, pero por solicitud del mismo y al no presentar mejoría en su estado de salud, fue trasladado a la ciudad de Bogotá donde podía recibir servicios médicos de 4º nivel, razón por la cual, no entiende porqué ahora solicita nuevamente, su traslado a la ciudad de Barranquilla, excusado en situaciones médicas que no generan un trastorno adicional al que ya padecía, sino en problemas derivados de la no asignación de citas médicas.

Indicó, que si no se tratara de una solicitud de traslado caprichosa el accionante estaría pidiendo un traslado a una ciudad de clima cálido y no con exigencias de que sea en la ciudad de Barranquilla, teniendo en cuenta que fue precisamente durante su permanencia en dicha ciudad, donde su situación de salud se desmejoró.

Informó, que en la planta del Ejército Nacional hay 1272 oficiales, 4306 suboficiales y 1374 soldados en situación de discapacidad; en este sentido, los traslados generados al interior de la institución, incluso del personal discapacitado, no se lleva a cabo de forma arbitraria o caprichosa, sino equitativa, basada en el principio de igualdad y de oportunidades que ostenta todo el personal discapacitado físicamente.

Finalmente, manifestó que no es la acción de tutela el mecanismo indicado para atacar la validez de un acto administrativo, sino la vía contenciosa administrativa, donde podrá el accionante alegar la falta de efectividad.

1.6. Dirección de Sanidad del Ejército Nacional

El director de esta entidad, tras realizar un análisis global de la acción de tutela como mecanismo para proteger los derechos fundamentales de las personas indicó, que la

Dirección de Sanidad es la encargada de administrar la salud del personal del Ejército Nacional, de la Armada Nacional y de la Fuerza aérea, es decir, que no está relacionada ni trata temas sobre la situación laboral de las personas que trabajan en estas entidades. Por este motivo, solicita su desvinculación de la presente acción de tutela y vincular a la Dirección de Personal del Ejército, pues desconoce totalmente los temas relacionados con reubicación laboral.

1.7. Decisiones judiciales objeto de revisión

Única instancia

El Tribunal Administrativo, Sección Cuarta, Subsección "A" de Cundinamarca, mediante fallo del 24 de julio de 2014, decidió declarar improcedente la acción de tutela respecto a la solicitud de traslado de unidad militar, al considerar, que dicha pretensión fue resuelta por la administración el 13 de junio de 2014 en la que le informan que la solicitud no es procedente, pues la unidad en la que laboró antes de ser trasladado a su lugar actual, fue el Batallón A.S.P:C Nº 2 de la ciudad de Barranquilla. Razón por la cual, encuentra el a quo, que no es la acción tutela el mecanismo idóneo para controvertir dicha decisión, toda vez que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, como lo es, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

No obstante, tuteló el derecho fundamental a la salud y ordenó al Director de Sanidad del Ejército Nacional que: "en el término de cuarenta y ocho (48) horas disponga (i) la continuidad en el suministro del CPAP al señor Héctor Fabio Borja Contreras, hasta tanto el médico especialista tratante no determine lo contrario, (ii) la programación de citas médicas con los especialistas de ortopedia, medicina interna y neurocirugía, a fin que el actor pueda ejercer el control de sus patologías."

Lo anterior, al estimar que dentro las pruebas aportadas al plenario no se acredita que la patología del síndrome de apnea hipopnea obstructiva que padece el accionante, esté siendo tratada por la Dirección de Sanidad, ya que no se evidencia que hayan realizado los procedimientos recomendados por los médicos tratante, como lo es, el nuevo estudio alisomnografico para retitulación del CPAP.

Finalmente, respecto a la atención médica de los hijos del accionante el Tribunal indicó que

no emitiría pronunciamiento alguno, pues de las pruebas allegadas al proceso no se puede constatar que en la actualidad subsista vulneración de los derechos fundamentales de los menores, más aún, cuando en la petición formulada por el actor el 29 de mayo de 2014, al referirse sobre estos hechos, lo hace como un hecho superado.

1.8. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto de 11 de noviembre de 2014, ofició a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional para que informará a la Corte Constitucional "(i) El estado actual de salud del señor Héctor Fabio Borja Contreras; (ii) ¿Si la altura de Bogotá D.C., ha afectado o puede afectar la salud del señor Héctor Fabio Borja Contreras?, atendido la patología diagnosticada; (iii) ¿Si el señor Héctor Fabio Borja Contreras, necesita vivir al nivel del mar para mejorar su calidad de vida? Y, (iv) ¿Cuáles son las recomendaciones médicas, para tratar la apnea obstructiva severa del sueño que padece el señor Héctor Fabio Borja Contreras?."

De igual manera, se ofició al Instituto Nacional de Salud para que emitiera un concepto técnico científico sobre las siguientes preguntas: "(i) ¿ Cuál es la clasificación del síndrome de apnea obstructiva severa del sueño?; (ii) ¿ La altura de Bogotá D.C., afecta a una persona que padece de apnea obstructiva severa del sueño?; (iii)¿El síndrome de apnea obstructiva severa del sueño presenta diversas etapas? (iv)¿Cuál sería su concepto médico del estado de salud en general de un paciente con apnea obstructiva severa del sueño? y, (v) ¿Cuáles son las condiciones de salud de un paciente con apnea obstructiva severa del sueño?"

El 21 de noviembre de 2014, la Secretaría General de esta Corporación informó al Despacho de la Magistrada Sustanciadora, que vencido el término probatorio, fue radicado el 18 de noviembre del año en curso, escrito de respuesta a la prueba solicitada mediante oficio OPTB 1041 de 2014 por parte del Instituto Nacional de Salud, sin embargo, no se recibió comunicación alguna sobre la prueba solicitada a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional mediante oficio OPTB 1040 de 2014.

En el escrito allegado a esta Corporación por el Director General del Instituto Nacional de Salud, se informó que "la solicitud realizada mediante Oficio OPTB 1041, fue trasladada a la Asociación Colombiana de Otorrinolaringología ACORL, quien cuenta con los especialistas en

el tema", toda vez que ellos no son los competentes para absolver los interrogantes planteados, de acuerdo con el artículo 4º del decreto 4109 de 2011.

Mediante auto del 24 de noviembre de 2014, la Magistrada Sustanciadora requirió a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional de Bogotá y a la Asociación Colombiana de Otorrinolaringología ACORL, con el fin de que dieran cumplimiento al auto del 11 de noviembre de 2014. Vencido el término, las entidades requeridas manifestaron lo siguiente:

Asociación Colombiana de Otorrinolaringología ACORL

El 21 de noviembre de 2014, la doctora Luz Ángela Pardo Gómez, Gerente de la Asociación Colombiana de Otorrinolaringología, dio respuesta a los interrogantes que se le plantearon, en estos términos:

"¿cuál es la clasificación del síndrome de apnea obstructiva severa del sueño?

El síndrome de apnea obstructiva del sueño actualmente es según su severidad definida por el número de eventos por hora de apneas e hipopneas. Siendo normal menos de cinco eventos por hora. Considerándose leve de 5 a 15 y 16 a 30 moderado y mayor de 30 severo.

¿La altura de Bogotá D.C., afecta a una persona que padece de apnea obstructiva severa del sueño?

La altura por encima de 2.000 metros puede alterar tanto los resultados de los estudios como la severidad de la saturación de oxígeno en sangre ya que a mayor altura menor disponibilidad atmosférica de oxígeno.

¿El síndrome de apnea obstructiva severa del sueño presenta diversas etapas?

No existe un estadiaje que tenga continuidad en el tiempo ya que al ser una condición médica puede variar en su clasificación según su severidad en el tiempo en cualquier sentido.

¿Cuál sería su concepto médico del estado de salud en general de un paciente con apnea

obstructiva severa del sueño?

Los riesgos existentes para cualquier persona con diagnóstico de apnea obstructiva severa del sueño, son inherentes al daño endotelial crónico que incurre en inflamación crónica y aumento del riesgo para la vida y salud, comprendidas en enfermedad cardio cerebro vascular, alteración de calidad de vida y riesgo de accidentabilidad constituida en aumento del riesgo relativo con respecto a la población general.

¿Cuáles son las condiciones de salud de un paciente con apnea obstructiva severa del sueño?

La condición de un paciente con apnea del sueño es variable e independiente de la severidad, dependiendo de la calidad del sueño, el grado de saturación de oxígeno y la afectación sigue individualizada de cada paciente en cuanto a su capacidad social y laboral y existe o no comorbilidad."

Dirección de Sanidad del Ejército Nacional

El 3 de diciembre de 2014 el Jefe de la Sección Jurídica de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional remitió a esta Corporación, el concepto médico emitido por el otorrinolaringólogo e internista de la Dirección de Sanidad los días 27 y 28 de noviembre de 2014, en las citas médicas de valoración realizadas al señor Héctor Fabio Contreras.

El doctor José David Reyes (Otorrinolaringólogo), en la valoración realizada el día 27 de noviembre de 2014, conceptúa que el paciente se encuentra en buenas condiciones generales, con adecuado control de su enfermedad y que la causa de su enfermedad puede ser por múltiples factores tales como su peso y su nariz.

Así mismo, indicó que teniendo en cuenta que el señor Contreras esta pendiente de ser trasladado a la Costa Atlántica, "piensa que se puede beneficiar de este cambio, siempre y cuando se realice control de sus patologías de base, pero esto no es indicativo de que todos los pacientes con apnea del sueño, deban vivir al nivel del mar, o de lo contrario toda persona con este diagnostico tendría obligatoriamente que ser trasladada al nivel del mar, pues cada persona tiene una indicación individual, según su trabajo y sus patologías."

Por su parte, el médico internista remitió al señor Héctor Fabio Contreras a valoración por nutricionista, Neumólogo, cirugía maxilofacial y a otorrinolaringología con el fin de tratar la causa de su enfermedad.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Problema jurídico y planteamiento del caso

El señor Héctor Fabio Borja Contreras instauró acción de tutela contra el Ejército Nacional, Jefatura de Desarrollo Humano, Dirección de Personal, Dirección de Sanidad, para que le sean amparados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. La acción interpuesta tiene fundamento en que la entidad accionada se niega a trasladarlo de la Unidad Militar de Bogotá a la Unidad Militar de la ciudad de Barranquilla, sin tener en cuenta la mala atención médica que ha recibido y las recomendaciones realizadas en varias oportunidades por algunos de los médicos tratantes.

Por su parte, el Subdirector de personal del Ejército Nacional, solicitó rechazar por improcedente la presente acción de tutela, al argumentar que de conformidad con la base de datos del personal del Ejército Nacional se encuentra que el señor Héctor Fabio Borja Contreras durante un periodo de 24 meses permaneció en el Batallón A.S.P.C Nº 2 de Barranquilla, pero que por solicitud del mismo y al no presentar mejoría en su estado de salud, fue trasladado a la ciudad de Bogotá donde podía recibir servicios médicos de 4 nivel; razón por la cual, no entienden por que ahora solicita nuevamente su traslado a la ciudad de Barranquilla, excusando en situaciones medicas que no presentan trastornos adicionales al que ya padecía, sino en problemas por la no asignación de citas médicas.

El Director de Sanidad del Ejército Nacional solicitó su desvinculación, y en su lugar, se vincule a la Dirección de Personal del Ejército, pues no es de su competencia los temas

relacionados sobre la reubicación o situación laboral del personal del Ejército Nacional, de la Armada Nacional y de la Fuerza aérea, toda vez que su función radica en administrar la salud de estas entidades.

El Tribunal Administrativo, Sección Cuarta, Subsección "A" de Cundinamarca, declaró improcedente la acción de tutela frente a la solicitud de traslado y, amparó el derecho fundamental a la salud del accionante. La anterior decisión tiene fundamento en que el señor Borja Contreras cuenta con otros medios de defensa judicial para cuestionar la negación de su traslado a la ciudad de Barranquilla, situación diferente, sucede con la prestación de los servicios médicos, como quiera que de las pruebas aportadas al proceso, no se logró evidenciar que la patología que padece el peticionario esté siendo tratada por la Dirección de Sanidad del Ejército.

Corresponde a esta Sala determinar, si el Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del accionante, al negar la solicitud de traslado del Batallón A.S.P.C. Nº 13 de la ciudad de Bogotá al Batallón A.S.P.C. Nº 2 ubicado en la ciudad de Barranquilla, bajo el argumento de que: "antes de haber sido trasladado al Batallón de Bogotá, se encontraba en el Batallón de A.S.P.C Nº 2 de la ciudad de Barranquilla, donde debido a situación de sanidad, la fuerza se vio en la necesidad de trasladarlo a la ciudad de Bogotá".

Para resolver el problema planteado, esta Sala se referirá a i) procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que ordenan traslados de servidores públicos; ii) alcance y límites al ejercicio del ius variandi. Reiteración de jurisprudencia; iii) el Fenómeno de la carencia actual de Objeto. Reiteración de Jurisprudencia, y por último procederá iv) al estudio del caso concreto.

2.3. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que ordenan traslados de servidores públicos. Reiteración de Jurisprudencia.

La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades y en atención a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 ha afirmado que la acción de tutela no es el mecanismo para controvertir un acto administrativo, pues el mecanismo ordinario para el efecto, está en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.[1]

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que cuando se está ante la existencia de una amenaza de un perjuicio irremediable o se demuestra que los mecanismos ordinarios de defensa no resultan idóneos en el caso concreto, procederá la tutela de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales de la persona.

En relación con los actos administrativos que ordenan o niegan solicitudes de traslados del personal de la Fuerza Militar, el artículo 82 del Decreto 1790 de 2000 establece que el traslado es el acto por medio del cual la autoridad militar competente asigna a un oficial a suboficial a una nueva unidad o dependencia militar, con el fin de prestar sus servicios dentro de la organización, decisión contra la que no procede recurso alguno y es de obligatorio cumplimiento.

Al respecto, esta Corporación ha señalado que no obstante la facultad discrecional que tiene el empleador para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores, cuando se esté ante un acto administrativo que ordene de manera arbitraria e intempestiva el traslado de un servidor público, que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar[2], procederá el juez constitucional a estudiar el fondo del asunto, y si es del caso ordenar o suspender la orden impartida.

En este sentido, en Sentencia T-653 de 2011 de sostuvo que:

"Según la jurisprudencia constitucional, esta situación se presenta "cuando se encuentra que el acto de traslado es ostensiblemente arbitrario[3] y adicionalmente, se cumple alguno de los siguientes supuestos: "(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido[4]; (2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables[5]; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia[6]."[7]

Sobre la aplicación de las criterios antes referidas, se ha indicado por esta Corporación, que son aplicables a todos los servidores públicos susceptible de ser trasladado y que vean

amenazados sus derechos fundamentales por un acto administrativo que disponga su traslado o que lo niegue, pues en atención al principio de igualdad y al carácter universal de los derechos fundamentales, la clasificación del servidor no puede servir de criterio diferenciador para no aplicar estas reglas[8]

"La Sala concluye que todo servidor público que vea amenazados gravemente sus derechos fundamentales por un acto administrativo que disponga su traslado o que lo niegue, puede acudir a la acción de tutela para efectos de garantizar su protección y evitar la consumación de dicho perjuicio. Adicionalmente, debe entenderse que esta situación de vulnerabilidad puede presentarse, entre otras, en una de las tres hipótesis planteadas previamente, es decir, cuando se vean amenazados sus derechos fundamentales a la salud, a la unidad familiar y la vida e integridad física, tanto propia como de familiares. La Sala es enfática en manifestar que el ámbito de protección del recurso de amparo frente a derechos fundamentales del trabajador como consecuencia de esta clase de actos administrativos, no puede enmarcarse únicamente dentro de las premisas anteriores, pues ello significaría desconocer que existen circunstancias en las que dichas reglas pueden no resultar aplicables. Por lo tanto, la Sala considera pertinente resaltar que cualquier derecho fundamental que pueda verse afectado por el traslado de un servidor público, es susceptible de amparo por vía de tutela siempre y cuando no exista otro mecanismo judicial de protección y se esté ante un perjuicio irremediable."

En síntesis, podrá el juez constitucional entrar a estudiar de fondo la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales se ordene o se niegue el traslado de todo servidor público, siempre y cuando se evidencia que dicho acto haya sido emitido de forma arbitraria, afecte de manera clara, grave y directa los derechos fundamentales del trabajador y el de su núcleo familiar, o lleve una desmejora de las condiciones del trabajador[9].

2.4. Alcance y límites al ejercicio del ius variandi. Reiteración de jurisprudencia.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el ius variandi es la facultad que tiene el empleador para modificar las condiciones laborales en que sus trabajadores desarrollan y prestan sus servicios profesionales, tales como tiempo, modo y lugar. Este poder subordinante que ejerce el empleador sobre sus trabajadores no es absoluto, ya que existen

límites constitucionales que exigen proteger unas condiciones mínimas de los derechos fundamentales del trabajador.

Sobre la aplicación del ius variandi dentro de las plantas de carácter global y flexible de algunas entidades públicas, la Corte Constitucional ha sostenido que dicha potestad se justifica en la necesidad de cumplir los fines del Estado dentro de todo el territorio Colombiano. En este sentido, éste tipo de entidades ostentan una mayor discrecionalidad frente al traslado de los servidores públicos cuyas condiciones laborales, en relación al lugar de la prestación laboral, pueden ser modificadas en razón a la "necesidad del servicio",[10] sin que esa potestad pueda confundirse con arbitrariedad.

En este orden, y teniendo en cuenta que los alcances del ius variandi se aplica tanto para la esfera de lo privado como de lo público, la Corte ha resaltado, que cuando se trata de entidades del Estado, el director goza de un margen de discrecionalidad más amplio al momento de valorar las circunstancias para ordenar o negar un traslado. Al respecto, en Sentencia T-468 de 2002 se indicó:

"(…) la estabilidad territorial de quienes laboran en instituciones con planta global es menor a la de aquellos que lo hacen para otro tipo de entidades pues, como fue señalado, razones de interés general justifican un tratamiento diferente. No obstante, el ejercicio del ius variandi para ordenar traslados, por ejemplo de una ciudad a otra en instituciones del orden nacional, tiene como supuesto la necesidad del servicio, y encuentra su límite en el respeto a los derechos adquiridos y la imposibilidad de desmejorar las condiciones laborales. (Negrilla fuera de texto)

Bajo estas consideraciones, el ius variandi debe ejercerse teniendo en cuenta los siguientes parámetros: "i) las circunstancias que afectan al trabajador; ii) su situación familiar; iii) su estado de salud y el de sus allegados; iv) el lugar y el tiempo de trabajo; v) las condiciones salariales; y vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado".[11]

2.5. El Fenómeno de la carencia actual de objeto. Reiteración de Jurisprudencia

Es por esto, que la doctrina constitucional ha desarrollado el concepto de "carencia actual de objeto", el cual se constituye en el género que comprende el fenómeno previamente

descrito, y que puede materializarse ya sea a través de la figura denominada “hecho superado”, o “daño consumado”.

La primera de estas dos figuras, regulada en el artículo 26 del decreto 2591 de 1991, comprende el supuesto de hecho en el que, entre el momento en que se instaura la demanda de amparo y el fallo, se ven completamente satisfechas las pretensiones esbozadas por el actor. Esto es, que durante el trámite del proceso de tutela, cesa la vulneración de las garantías fundamentales objeto de discusión y por tanto la acción pierde su fundamento, haciendo imposible que el juez constitucional imparta una determinada directriz que impida la ocurrencia de un daño que actualmente no tiene vocación de existencia.[13]

A lo anterior, es pertinente agregar que si bien la jurisprudencia constitucional, en sus inicios se limitaba a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado y la consecuente improcedencia de la acción, actualmente ha empezado a señalar que es menester que esta Corporación, en los casos en que sea evidente que la providencia objeto de revisión debió haber sido decidida de una forma diferente, a pesar de no tomar una decisión en concreto, ni impartir orden alguna, se pronuncie sobre el fondo del asunto, y aclare si hubo o no una vulneración en el caso concreto.[14]

La segunda de las figuras referenciadas, consiste en que a partir de la vulneración ius fundamental que venía ejecutándose, se ha consumado el daño o afectación que con la acción de tutela se pretendía evitar, de forma que ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela dé una orden al respecto.[15]

A partir de los anteriores razonamientos, en sentencia T-494 de 1993, esta Corporación señaló:

“La tutela supone la acción protectora del Estado que tiende a proteger un derecho fundamental ante una acción lesiva o frente a un peligro inminente que se presente bajo la forma de amenaza. Tanto la vulneración del derecho fundamental como su amenaza, parten de una objetividad, es decir, de una certeza sobre la lesión o amenaza, y ello exige que el evento sea actual, que sea verdadero, no que haya sido o que simplemente -como en el caso sub examine- que se hubiese presentado un peligro ya subsanado” (énfasis no es del

texto original)

De otro lado, también se ha enfatizado en la jurisprudencia, que en los casos en los que se presente este fenómeno, resulta ineludible al juez constitucional incluir en la providencia un análisis fáctico en el que se demuestre que en un momento previo a la expedición del fallo, se materializó, ya sea la efectiva reparación de los derechos en discusión, o el daño que con la acción de tutela se pretendía evitar y que por tanto, sea diáfana la ocurrencia de la carencia actual de objeto en el caso concreto.[16]

2.6. Análisis del caso concreto

El señor Héctor Fabio Contreras instauró acción de tutela contra el Ejército Nacional, Jefatura de Desarrollo Humano, Dirección de Personal, Dirección de Sanidad, al considerar que el no traslado de Unidad Militar, vulnera sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, toda vez que es una persona que padece de apnea obstructiva severa del sueño, a quien sus médicos tratantes le han recomendado vivir a la altura del mar.

El jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional negó la solicitud de traslado, al considerar que: (i) la Unidad Militar donde laboró antes de ser trasladado al Batallón de Sanidad de Bogotá, fue el Batallón de A.S.P.C. Nº 2 ubicado en la ciudad de Barranquilla por un tiempo de 24 meses; (ii) fue por la situación de sanidad del señor Contreras, que el Ejército se vio en la necesidad de trasladarlo a la ciudad de Bogotá, con el fin de atender de forma idónea su situación médica, (iii) el peticionario omitió el conducto regular establecido en el artículo 29 de la Ley 836 del 2003 y, (iv) las inconformidades en la prestación de los servicios médicos deberán ser presentadas ante la Dirección de Sanidad.

Bajo este contexto, y con el fin de determinar (i) el estado actual de salud del señor Héctor Fabio Borja Contreras,(ii) si la altura de la ciudad de Bogotá afecta la salud y la calidad de vida del accionante y, (iii) si es necesario que el señor Borja Contreras viva en un lugar que se encuentre ubicado a la altura del mar; el Despacho de la Magistrada Sustanciadora mediante auto del 11 de noviembre de 2014, ofició a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Instituto Nacional de Salud, quién a su vez remitió el auto de pruebas a la Asociación Colombiana de Otorrinolaringología por Competencia, para que respondieran los interrogantes allí planteados.

En cumplimiento a la orden impartida, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional mediante escrito allegado a esta Corporación el día tres (3) de diciembre de 2014, informó que "mediante orden administrativa de la jefatura de Desarrollo Humano OAP Nº 2349 de 20 de noviembre de 2014, se ordena el traslado del señor Héctor Fabio Borja Contreras, como fue solicitado en la acción de tutela."

Información que fue corroborada por el señor Héctor Fabio Contreras, a través de escrito allegado a esta Corporación, vía fax, el día 4 de diciembre de 2014:

"Muy respetuosamente, yo Héctor Fabio Borja Contreras me dirijo a ustedes con el fin de informar acerca de mi traslado, el cual salió con la orden OAP Nº 2349 de 20 de noviembre de 2014 hacia la Unidad BITFR 02 con fecha de presentación el día 8 de enero de 2015"

En vista de lo descrito, la Sala considera que han cesado los motivos que originaron la acción de tutela de la referencia. Por esta razón, se debe declarar la carencia actual del objeto, por hecho superado.

No obstante lo anterior, advierte esta Corte, que en el caso sub judice no se cumplía con los requisitos establecidos por esta Corporación para controvertir los actos administrativos por medio del cual se ordene o se niegue un traslado[17], pues si bien es cierto, que el accionante padece de apnea obstructiva severa del sueño y que la Asociación de Otorrinolaringología ACORL informó que cualquier persona que padezca de apnea obstructiva severa del sueño, incurrirá en inflamación crónica y aumento de riesgo en la vida y salud; donde una altura por encima de 2.000 metros puede altera los estudios, pues a mayor altura menor disponibilidad atmosférica de oxigeno. Dentro del expediente de tutela no se encuentra probado que en el caso particular del señor Héctor Fabio Contreras, la altura de la ciudad de Bogotá afecte su salud; por el contrario se evidenciaron las siguientes inconsistencias:

· El accionante estando ubicado en la Unidad Militar A.S.P.C Nº 2 de Barranquilla, solicitó su traslado a la Unidad Militar de Bogotá y no a una ciudad ubicada al nivel del mar. En este punto, se aclara que la petición referida fue realizada debido a la orden de traslado emitida por el Ejército Nacional para la ciudad de putumayo.

· Los médicos que valoraron al señor Contreras los días 27 y 28 de noviembre de 2014,

informaron que: (i) el accionante se encuentra en buenas condiciones, con adecuado control de sus patologías, la cual puede ser causada por múltiples factores tales como su peso y su nariz y; (ii) que la afectación del paciente puede deteriorarse indistintamente si el actor se encuentra en la ciudad de Bogotá o si su lugar de residencia es al nivel del mar.

Por lo anterior, esta Sala de Revisión declarará la carencia actual del objeto, por hecho superado.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política

PRIMERO.- DECLARAR la carencia actual del objeto por hecho superado.

SEGUNDO.- CONFIRMAR el fallo proferido el 24 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo, Sección Cuarta, Subsección "A" de Cundinamarca, por las razones expuestas en la presente sentencia.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

[1] Sentencia T-1010 de 2007.

[2] Sentencia T-325 de 2010

[3] "T-715/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); T-288/98 (MP Fabio Morón Díaz)."

[4] "Sentencias, T-330/93 (MP Alejandro Martínez Caballero), (T-483/93 MP José Gregorio Hernández Galindo), T-131/95 (MP. Jorge Arango Mejía), T-181/96 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-514/96 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-516/97 (MP. Hernando Herrera Vergara), T-208/98 (MP. Fabio Morón Díaz) y T-532/98 (MP Antonio Barrera Carbonell)"

[5] "Sentencia T-503/99 (MP. Carlos Gaviria Díaz)."

[6] "Sentencia T-120/97 (MP Carlos Gaviria Díaz); T-532/96 (MP Antonio Barrera Carbonell)."

[7] "Sentencia T-264 del 17 de marzo de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería."

[8] Sentencia T-095 de 2013

[10] Sentencia T- 338 de 2013

[11] Sentencia T-048 de 2013

[12] Sentencias: SU-225 de 2013; T-317 de 2005.

[13] Sentencias: SU-225 de 2013; T-630 de 2005; T-597 de 2008; T-170 de 2009; T-100 de 1995; T-570 de 1992; T-675 de 1996.

[14] Sentencias: T-188 de 2010; T-721 de 2001; T-442 de 2006.

[15] Sentencia SU-225 de 2013.

[16] SU-225 de 2013.

[17] La Corte constitucional ha reconocido que no obstante existir otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativo, podrá, el juez constitucional, en aquellos casos donde se amenace de manera grave la situación del trabajador, sus derecho fundamentales o de su núcleo familiar, intervenir por esta vía para garantizar los derechos fundamentales.