

Sentencia T-256/03

IUS VARIANDI-Reglas que deben observarse

La facultad del empleador de trasladar a sus trabajadores no es absoluta, pues encuentra sus límites en las disposiciones de la Constitución Política que exigen que el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y bajo los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53. El poder discrecional de la administración para modificar la ubicación de sus funcionarios no puede ser utilizado en forma arbitraria, y en caso de que así lo sea, podrá ser acusada, en situaciones especiales, por medio de la acción de tutela. Ello significa, en primera instancia, que los traslados solamente pueden realizarse a cargos equivalentes al original, es decir, a empleos de la misma categoría y con funciones afines. Y en segundo lugar, que en algunas ocasiones la decisión sobre el traslado deberá consultar el entorno social del trabajador, con el objeto de evitar perjuicios considerables.

En algunos eventos y de manera excepcional la tutela puede convertirse en el mecanismo idóneo para controvertir una orden de traslado. Pero la procedencia de la acción sólo opera cuando el acto (i) sea ostensiblemente arbitrario, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) fuere adoptado en forma intempestiva y (iii) afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. Ahora bien, esto último puede darse de diversas formas, como cuando el traslado genera serios problemas de salud, “especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido”, cuando pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia, o en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria y es originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables. Solamente en estos eventos queda autorizada la intervención mediante tutela: lo contrario significa una intromisión ilegítima en la competencia del juez administrativo.

IUS VARIANDI-Su ejercicio debe sustentarse en la discrecionalidad no en la arbitrariedad

El ejercicio del ius variandi no puede sustentarse en la arbitrariedad sino en la discrecionalidad, pues el empleador no puede olvidar que la prerrogativa de que dispone para modificar las condiciones laborales pactadas con el accionante, encuentran un límite natural en el respeto de los derechos constitucionales de todo trabajador, y en particular en

las condiciones de dignidad y justicia como parámetros esenciales sobre los cuales debe construirse toda relación laboral.

IUS VARIANDI Y DERECHO A LA SALUD-No pueden desconocerse limitaciones físicas del trabajador

La empresa deja a salvo que en ejercicio del ius variandi, y tal como lo hiciera en una primera oportunidad, está trasladando al accionante a otro cargo, bajo el entendido de que las funciones que a él se le asignen, deberán respetar sus limitaciones físicas y garantizar su salud. Con esta apreciación, la empresa accionada dio cumplimiento a la obligación que le asiste de velar por las condiciones dignas en que el trabajador debe desempeñar su labor, en lo relativo específicamente a garantizar la salud misma del empleado, y al imperativo deber de trasladarlo de su cargo original a otro, si como consecuencia de las labores cumplidas, su salud se ve afectada. Por ello, la situación que se presenta en este caso, tiene como justificaciones válidas las mismas con las que el actor fue trasladado en una primera oportunidad al cargo de vigilante, y que corresponden al interés de EMCALI de garantizar las condiciones de dignidad con que deben ser tratados todos los empleados, y con mayor razón de salvaguardar su salud y su vida. Por ello, en la medida en que en ninguna parte del expediente aparece probado que el actor realmente esté cumpliendo funciones en las cuales su salud se vea comprometida, no encuentra la Sala que la empresa accionada EMCALI E.I.C.E. E.S.P., haya violado derecho fundamental alguno, pues es importante recordar, que el uso del ius variandi, no trae consigo, la automática violación de derechos del trabajador, como quedó probado en el presente caso.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-672535

Acción de tutela instaurada por Carlos Arturo Marín Cardona contra las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE - E.S.P..

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil tres (2003).

La Sala Quinta de revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Cuarto Penal Municipal y Noveno Penal del Circuito ambos de la ciudad de Cali, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Carlos Arturo Marín Cardona contra las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE - E.S.P.

I. ANTECEDENTES.

El demandante, señor Carlos Arturo Marín Carmona, considera que las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE- E.S.P., le han violado sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, por los siguientes hechos, que sintetizados dicen así:

1. El día 4 de septiembre de 1996, el demandante sufrió un accidente de trabajo, luego del cual recibió la atención médica por parte del I.S.S., quien determinó que el trabajador había sufrido un “Trauma Lumbar Hernia de Disco L4/L5”¹. De este impacto el demandante ha estado sometido a tratamiento, y según lo afirma en su demanda, aún no se ha recuperado.
2. Como consecuencia del mencionado accidente, y luego de la evaluación médica a él realizada, se recomendó su reubicación en un trabajo en donde no requiriera “levantar, halar, cargar objetos pesados ni subir, bajar gradas, no flexión de columna ni exposición al ruido.”² Con base en dicha recomendación, el accionante fue reubicado de manera definitiva en el cargo de Vigilante, bajo ordenes del T.C. Manuel Sánchez.
3. Desde su reubicación como vigilante, el accionante ha tomado cursos de profesionalización en vigilancia, los cuales han sido costeados por la misma empresa accionada, y ha seguido todas las recomendaciones de seguridad social y medicina laboral, acudiendo para ello a los controles médicos correspondientes, sin que hasta el momento su condición de salud haya mejorado. Por tales circunstancias, le fue dada una incapacidad de 20 días a partir del 4 de julio de 2002, ampliada en veinte (20) días más, con vencimiento el 13 de agosto del mismo año.

4. Adicional a sus funciones como empleado de EMCALI EICE - E.S.P., el accionante es Delegado Sindical de SINTRAEMCALI, motivo por el cual ha sido objeto de numerosas amenazas contra su vida y la de su familia, razón que lo motivó a pedir su traslado como vigilante a otra dependencia de la empresa. Esta petición fue acogida, siendo traslado como vigilante interno en la Sección de Filtros de Agua Potable - Planta Puerto Mallarino. Aún así, las amenazas contra su vida y contra su familia han seguido, y aduce que la empresa esta empeñada en adelantar un proceso de persecución contra algunos trabajadores sindicalizados, entre los cuales se cuenta él.

5. Por otra parte, indica que el actual Gerente Administrativo insiste en sacarlo del cargo de vigilante, el cual había sido traslado de manera definitiva, y para ello, ordenó su traslado a la Gerencia Central, argumentando que debe retornar al trabajo que originalmente tenía como Obrero de Teléfonos. Considera el accionante que todo responde a una actitud de presión por parte de la empresa, por cuanto el actor se ha negado a firmar una acta interpretativa del artículo 25 de la actual Convención Colectiva de Trabajadores.

6. En tanto no firmó el citado documento, afirma que la empresa optó por sacarlo del grupo de Vigilancia a partir del 1° de junio de 2002, pues no lo incluyó en los cuadros de turnos respectivos. Ante ordenes impartidas el 5 de junio de 2002 por el Jefe encargado del Departamento de Seguridad y Vigilancia de EMCALI, se le sugirió al señor Marín Cardona, colaborar en lo que pudiera en el Fondo de Solidaridad ubicado en el piso octavo de la Torre EMCALI.

7. Considera el demandante que el trato del cual viene siendo objeto por parte de las directivas de EMCALI es violatorio de sus derechos fundamentales, motivo por el cual dirigió sendos oficios al Gerente Administrativo de la Empresa, con copias a Gerencia General, Control Interno, Comité de Escalafón, Ministerio de Trabajo Regional Cali, Administradora de Riesgos Profesionales y Salud Ocupacional de EMCALI.

8. EMCALI, en respuesta a tales reclamos, y en vista de que la historia clínica del actor había desaparecido de los archivos del Médico de Salud Ocupacional de la misma empresa, ordenó una nueva valoración médica del actor por parte del médico de Salud Ocupacional de la compañía, así como también por Salud Ocupacional del I.S.S. Realizados los exámenes correspondientes y estando aún latente la limitación física del señor Marín Cardona, se

ordenó una nueva incapacidad médica, pues con las labores que le fueron asignadas al accionante,³ este debe subir y bajar escaleras, y ello ha desmejorado su salud.

9. Señala el actor que de conformidad con el artículo 52 de la actual Convención Colectiva suscrita entre EMCALI y SINTRAEMCALI, los trabajadores que gocen de beneficios convencionales no podrán ser trasladados a otro oficio o cargo sino por solicitud de ellos o porque acepten el traslado que se les haga cuando no lo hubieren solicitado y que todo ello deberá constar por escrito.⁴ Con base en esta norma, el actor deja en claro que efectivamente él sí aceptó el traslado inicial del cual fue objeto el 24 de agosto de 1999,⁵ pero que el actual cambio de cargo que pretende la empresa, no ha sido consultado con él, y por ende no ha otorgado su consentimiento para ello.

Vistos los anteriores hechos, y dado que fue trasladado como Obrero en la Gerencia de Acueducto y Alcantarillado, Sección Mantenimiento, trabajo que implicaría desplazarse en vehículo, cargar equipos pesados y realizar otros trabajos físicos pesados, el accionante considera que sus derechos a la vida y salud han sido violados por EMCALI EICE- E.S.P., razón por la cual pide su amparo por vía de tutela. Solicita para ello que la empresa accionada, el término de cuarenta y ocho (48) horas, revoque la orden de traslado del cargo mencionado.

II. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

En escrito de fecha 20 de agosto de 2002, una Abogada de la Dirección Jurídica de EMCALI EICE -E.S.P., informa al Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cali, que efectivamente el accionante sufrió un accidente de trabajo, aclarando que las recomendaciones de salud ocupacional son de carácter médico y no administrativo, queriendo decir con ello, que Salud Ocupacional no puede determinar el cargo donde debe ser asignado un trabajador, pues simplemente recomienda las tareas que no debe ejercer el trabajador en razón a su incapacidad.

Anota la abogada de la empresa, que el hecho de que las recomendaciones médicas hechas en el caso particular encaminadas a garantizar la salud del accionante se hallan cumplido al punto de haberse dado traslado del actor al cargo de vigilante, cargo en el cual el esfuerzo físico requerido es mínimo, no significa que el señor Carlos Marín ahora sólo puedan desempeñarse como vigilante, por cuanto en la empresa existen múltiples cargos que se ajustan perfectamente a dichas recomendaciones.

Confirma igualmente la abogada de EMCALI, que el accionante se encuentra incapacitado médicamente. En cuanto a las amenazas de las cuales ha sido objeto, señala que ello no le consta y que de todos modos es un tema que no debe mezclarse en esta tutela. Aclara que la empresa está en total libertad de reubicar a sus trabajadores según sus necesidades y que aún así, se tienen en cuenta las limitaciones que estos últimos presenten por razones de salud. Sin embargo, el hecho de que el accionante haya sido trasladado al cargo de vigilante, no permite pensar que ha adquirido un derecho a permanecer en ese cargo sin que pueda ser removido o trasladado a otro cargo.

Señala además, que efectivamente, el Gerente Administrativo de EMCALI, mediante escrito dirigido al accionante le aclaró que el artículo 52 de la Convención Colectiva de Trabajadores, no es aplicable a su caso en concreto “pues el haber desempeñado labores de vigilante no significó un ASCENSO. Simplemente fue una situación obligada por las circunstancias de salud del trabajador.”

Finaliza señalando que EMCALI ha obrado de acuerdo a lo estatuido por el Decreto 1995 de 1994, particularmente en sus artículos 39 y 40 relativos a la reincorporación al trabajo de empleados que tuvieron incapacidad temporal y a su reubicación.⁶ De igual forma recuerda que el 17 de junio de 2002, el Médico de Salud Ocupacional de EMCALI, mediante oficio 71800020-GA-DBS-538 dirigido al Médico de Salud Ocupacional del ISS, solicitó EVALUACIÓN MÉDICA OCUPACIONAL, para que la empresa pueda decidir, si deja al trabajador en el mismo puesto actual o lo cambia a otro de similares características.

III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

Mediante decisión del 28 de agosto de 2002, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cali, negó la tutela, pues consideró que la empresa en ningún momento ha vulnerado sus derechos fundamentales, pues a nadie más que a las mismas Empresas Municipales de Cali EMCALI le interesa el bienestar de sus trabajadores, y en particular el del accionante, al punto que en cumplimiento de las recomendaciones de los médicos de Salud Ocupacional procedió a cambiarlo a un cargo en donde su salud no se viera afectada.

Además, opina el a quo que el accionante se está adelantado a los acontecimientos al exponer que en el nuevo cargo al cual fue cambiado -obrero- le va tocar realizar tareas que demanden gran ejercicio físico, cuando aún desconoce cuáles van a ser las funciones que va

a desempeñar en su nuevo cargo. Por otra parte la empresa accionada puede reubicar a sus trabajadores dependiendo de las necesidades de servicio, y dicho proceder no corresponde per se a una conducta de una persecución sindical.

Señala igualmente el juez de primera instancia, que el actor puede tener dos posibles razones para no ser removido de su cargo de vigilante: la primera, porque de aceptar el nuevo cargo, implicaría realizar su labor en la calle y desempeñarse como obrero, lo que podría afectar su salud. Por otra parte, por cuanto ha sido víctima de diferentes amenazas, por lo que se siente más seguro portando un arma dada su condición de vigilante. De ser esta segunda razón, no sería aceptable que utilice a la empresa como excusa que justifique su intención de resolver sus problemas personales.

De esta manera, considera el juez de conocimiento que no se vislumbra en las actuaciones adelantadas por EMCALI, conducta encaminada a vulnerar los derechos del accionante.

Impugnada la anterior decisión, conoció en segunda instancia el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Cali, el cual mediante sentencia del 7 de octubre de 2002, confirmó la decisión de primera instancia. Señaló el ad quem que corresponde a la justicia laboral o contenciosa administrativa la resolución de todos aquellos conflictos de índole laboral derivados de un contrato o de una relación legal y reglamentaria. Sin embargo, y sólo de manera excepcional, la acción de tutela será un mecanismo judicial viable en estos casos, cuando se haya demostrado la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador o de las personas de la tercera edad y de la niñez, por vías de hecho, o para proteger a las mujeres embarazadas o en lactancia.

Finalmente, comparte el juez de segunda instancia los argumentos expuestos por el a quo al señalar que con el simple hecho de ordenar el traslado de un empleado a otro puesto de trabajo, no se esta vulnerando ningún derecho fundamental, pues el accionante no tiene pruebas de que su reubicación es consecuencia lógica de un tratamiento arbitrario discriminatorio o persecutorio. Además, el empleador esta haciendo uso del IUS VARIANDI, consistente en la posibilidad de reubicar o trasladar a sus trabajadores a los sitios o cargos que más le convengan.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Posible afectación del derecho a la salud cuando en uso del ius variandi el empleador desconoce las limitaciones físicas del trabajador y ordena su traslado a otro cargo.

La tutela a revisar introduce un tema ya analizado en abundante jurisprudencia de esta Corporación, y que tiene que ver con la prerrogativa de que goza un empleador en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores, de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo. Los lineamientos de la jurisprudencia en torno a este tema, pueden indicarse así:

1. La facultad del empleador de trasladar a sus trabajadores no es absoluta, pues encuentra sus límites en las disposiciones de la Constitución Política que exigen que el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y bajo los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53.

1. El poder discrecional de la administración para modificar la ubicación de sus funcionarios no puede ser utilizado en forma arbitraria,⁷ y en caso de que así lo sea, podrá ser acusada, en situaciones especiales, por medio de la acción de tutela. Ello significa, en primera instancia, que los traslados solamente pueden realizarse a cargos equivalentes al original, es decir, a empleos de la misma categoría y con funciones afines. Y en segundo lugar, que en algunas ocasiones la decisión sobre el traslado deberá consultar el entorno social del trabajador, con el objeto de evitar perjuicios considerables.

1. En relación con las limitaciones del juez de tutela para conocer sobre las demandas contra el uso de *ius variandi* ha precisado esta Corporación:

a. “en ocasiones muy especiales, debe atenderse el conjunto de condiciones que afectan el desarrollo mismo de la actividad laboral del funcionario. Y se enfatiza que muy especiales, porque, desde el punto de vista del juez constitucional solamente circunstancias extraordinarias justifican la limitación del uso de la facultad administrativa de traslado de los funcionarios, en aras de los intereses del servicio. Esto significa que las posibilidades de obtener a través de la tutela la revocación de un traslado son necesariamente reducidas. El debate ante el juez constitucional se realiza desde el prisma de la Constitución, la cual, en vista de su textura abierta, da pie para ser desarrollada en formas diferentes - y en ocasiones hasta contradictorias. Ello significa que tanto el Legislativo como el Ejecutivo gozan de un espacio amplio de configuración normativa y administrativa, que debe ser respetado por el juez constitucional. Por el contrario, al nivel de la jurisdicción Contencioso Administrativa el enfrentamiento procesal gira alrededor de normas mucho más concretas y específicas, generadas precisamente a partir del comentado espacio de configuración normativa y administrativa, hecho éste que permite un análisis más minucioso de las circunstancias de caso bajo examen.”⁸.

a. También en distintos pronunciamientos, esta Corporación se ha ocupado sobre las especiales circunstancias que podrían conducir a revocar una orden de traslado laboral a través del mecanismo de la tutela. Así, por ejemplo, ha manifestado que razones relativas a la salud del mismo funcionario hacían que la tutela fuera procedente para ordenar su traslado a una ciudad en donde pudiera ser asistido debidamente - siempre y cuando existiera una vacante en la que pudiera ser reubicado - o para revocar una orden de traslado, cuando la localidad de destino carecía de las condiciones necesarias para el cuidado médico del empleado.⁹

a. Por el contrario, la Corte ha denegado las tutelas interpuestas contra órdenes de traslado laboral en los casos en los que los actores han argumentado que la reubicación significa una ruptura de la unidad familiar - bien sea porque las actividades escolares de los niños

dificultarían su mudanza, o bien porque los problemas del embarazo de la mujer le impiden desplazarse junto con su esposo, o bien porque los padres del funcionario son de avanzada edad.¹⁰ Igualmente, ha procedido así cuando el demandante ha argüido que el traslado le implica el abandono de sus estudios, en perjuicio de su derecho a la educación.¹¹

a. La Corte también se ha referido en otras ocasiones a la incidencia que la salud de los familiares del empleado puede tener en la decisión acerca de la constitucionalidad de los traslados laborales. Así, en un caso concedió la tutela solicitada por la empleada de una empresa privada, que pedía ser retornada a Bogotá, donde residían sus hijos menores de edad, dos de ellos afectados por graves problemas de salud.¹²

a. Jurisprudencia más reciente en torno a los traslados de miembros de la Policía que se encontraban estudiando en un Municipio y fueron trasladados a otro, la Corte sostuvo en la sentencia T-355 de 2000, que “ en tales eventos no opera una simple relación laboral, sino que media la disciplina propia de la fuerza pública, con responsabilidades en la defensa de la soberanía, la preservación del territorio, la seguridad y la convivencia. Por consiguiente en dichos casos, “es comprensible que exista un alto grado de discrecionalidad por parte de los superiores para realizar los movimientos que se consideren necesarios, máxime teniendo en cuenta la situación de inseguridad y violencia que se vive actualmente en el país, pues lo contrario equivaldría a declinar en la labor que se le ha encomendado”.

a. También en la sentencia T-346 de 2001, la Corte explicó las particularidades de las plantas globales y flexibles de personal, para confirmar el fallo que negó la tutela presentada por una funcionaria de la DIAN, que había sido trasladada de la ciudad de Cartagena (Bolívar) al municipio de Puerto Asís en el Putumayo.

a. Igualmente la sentencia T-468 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en relación con un funcionario del INPEC a quien se la había otorgado un permiso para adelantar estudios de

Derecho en un determinado sitio, y luego se dispuso de su traslado, la Corte señaló que el “actor está vinculado a una institución de planta global y flexible donde la estabilidad territorial de los trabajadores es menor pues, la naturaleza de las funciones asignadas demanda un amplio margen de discrecionalidad al momento de ordenar traslados de una ciudad a otra”.

h. Finalmente, la sentencia T-1040 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, señaló sobre el particular, lo siguiente:

“2.2.1.1 El deber de reubicar a los empleados que sufran limitaciones de su capacidad laboral

“La obligación de los empleadores de abstenerse de impartir órdenes que afecten la salud de sus empleados implica una restricción general en el ejercicio de una prerrogativa legal de los empleadores, por virtud del respeto que estos deben a la dignidad de sus trabajadores. Sin embargo, bajo determinadas condiciones, el respeto por esta dignidad implica, además, el deber de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física.

“Así, el artículo 13 de la Constitución establece:

‘El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.’

“Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales.¹³ Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución.

“La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría

protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado.

“En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.

“Por supuesto, el alcance constitucional de la protección especial depende de la exigibilidad de la carga impuesta al empleador. En situaciones como éstas, en principio corresponde al empleador reubicar al trabajador en virtud del principio constitucional de solidaridad, asegurándole unas condiciones de trabajo compatibles con su estado de salud, para preservar su derecho al trabajo en condiciones dignas. Sin embargo, el empleador puede eximirse de dicha obligación si demuestra que existe un principio de razón suficiente de índole constitucional que lo exonera de cumplirla.

“En efecto, el alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.”

4. Sobre la utilización y viabilidad del *ius variandi*, la Corte ha señalado:

“Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y

la jurisprudencia, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo.

“... el empresario ha de guiar sus actuaciones frente al asalariado dentro de las mínimas condiciones del debido respeto a la dignidad de sus operarias, porque, según se ha explicado precedentemente, es consubstancial tal dignidad con la naturaleza del hombre-persona y cabalmente, de la relación que se establece entre obrero y patrono y en razón i. del poder subordinante del último sobre el primero, pueden aparecer situaciones conflictivas de abuso que el ordenamiento constitucional no tolera, porque se repite ha de entenderse que al empleador se le prohíbe categóricamente atentar contra la dignidad de sus empleados.”¹⁴

3. Caso concreto.

El resumen de la jurisprudencia transcrita y que habrá de confrontarse con las circunstancias que exhibe este caso, son las siguientes:

En algunos eventos y de manera excepcional la tutela puede convertirse en el mecanismo idóneo para controvertir una orden de traslado. Pero la procedencia de la acción sólo opera cuando el acto (i) sea ostensiblemente arbitrario, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) fuere adoptado en forma intempestiva y (iii) afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. Ahora bien, esto último puede darse de diversas formas, como cuando el traslado genera serios problemas de salud, “especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido”, cuando pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia, o en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria y es originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables¹⁵. Solamente en estos eventos queda autorizada la intervención mediante tutela: lo contrario significa una intromisión ilegítima en la competencia del juez administrativo.

En el caso objeto de revisión el ejercicio del ius variandi, tampoco puede ser la respuesta del capricho del funcionario de turno, como así lo plantea el accionante, quien considera que la decisión de trasladarlo al cargo de obrero, corresponde a un comportamiento amañado del

actual Gerente Administrativo del ente accionado, que recurre a su traslado como mecanismo de presión o de persecución sindical.

Lo anterior significa, como lo ha dicho la jurisprudencia, que el ejercicio del ius variandi no puede sustentarse en la arbitrariedad sino en la discrecionalidad,¹⁶ pues el empleador no puede olvidar que la prerrogativa de que dispone para modificar las condiciones laborales pactadas con el accionante, encuentran un límite natural en el respeto de los derechos constitucionales de todo trabajador, y en particular en las condiciones de dignidad y justicia como parámetros esenciales sobre los cuales debe construirse toda relación laboral.

En el presente caso, el accionante señala que EMCALI EICE E.S.P. había ordenado su traslado del cargo de obrero al de vigilante dando cumplimiento a las recomendaciones del Comité de Reubicación, todo ello en virtud igualmente de las observaciones hechas por los médicos especialistas, en atención a las limitaciones físicas que le aquejaban. Sin embargo, señala en su tutela, que la empresa pretende desconocer sus propios actos al ordenar su reubicación en el antiguo cargo de obrero, atentando de esa manera contra su salud y su vida, pues deberá cumplir funciones donde el esfuerzo físico empeorará necesariamente sus condiciones de salud.

No obstante esta afirmación, se analizó el oficio No. 7180000-GA-2.565 de julio 26 de 2002 que consta en el expediente y aparece suscrito por el Gerente Administrativo de la empresa accionada, en donde se exponen las razones jurídicas por las cuales el tutelante debe retornar a su anterior cargo, y en donde se le aclara que en tanto continúen sus problemas de salud, tendrá “que ser evaluado nuevamente por el Departamento de Bienestar Social, a través de la ARP, para determinar si amerita tramitarle la pensión de invalidez.” Pero a renglón seguido dentro de ese mismo documento se lee claramente lo siguiente:

“De todas maneras y en razón a que aún, no ha sido evaluado por la ARP, y sólo tiene cita para mediados del mes de julio/02, lo programaremos en la vigilancia partir del 2 de julio/02, siempre y cuando cumpla con lo establecido en el parágrafo 1° del art. 7° de la Res. 1665/01, en caso contrario, deberá trasladarse al Departamento de Mantenimiento en la Gerencia de Acueducto y Alcantarillado a ordenes del Ing. Jairo Villareal A., donde deberán asignarle funciones que no le vayan a causar problemas a su salud.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Con esa anotación, la empresa deja a salvo que en ejercicio del ius variandi, y tal como lo hiciera en una primera oportunidad, está trasladando al accionante a otro cargo, bajo el entendido de que las funciones que a él se le asignen, deberán respetar sus limitaciones físicas y garantizar su salud. Con esta apreciación, la empresa accionada dio cumplimiento a la obligación que le asiste de velar por las condiciones dignas en que el trabajador debe desempeñar su labor, en lo relativo específicamente a garantizar la salud misma del empleado, y al imperativo deber de trasladarlo de su cargo original a otro, si como consecuencia de las labores cumplidas, su salud se ve afectada.

Por ello, la situación que se presenta en este caso, tiene como justificaciones válidas las mismas con las que el actor fue trasladado en una primera oportunidad al cargo de vigilante, y que corresponden al interés de EMCALI de garantizar las condiciones de dignidad con que deben ser tratados todos los empleados, y con mayor razón de salvaguardar su salud y su vida. Por ello, en la medida en que en ninguna parte del expediente aparece probado que el actor realmente esté cumpliendo funciones en las cuales su salud se vea comprometida, no encuentra la Sala que la empresa accionada EMCALI E.I.C.E. E.S.P., haya violado derecho fundamental alguno, pues es importante recordar, que el uso del ius variandi, no trae consigo, la automática violación de derechos del trabajador, como quedó probado en el presente caso.

De esta manera, esta Sala de Revisión confirmará las decisiones de instancias, con base en las consideraciones aquí expuestas, no sin antes advertir a la empresa EMCALI E.I.C.E. E.S.P, que tal como lo señalara el Gerente Administrativo de esta misma empresa, se deberá dar cumplimiento al traslado del trabajador con la garantía de que las funciones a él asignadas tengan en consideración la evaluación médica que se le haya realizado o que vaya a realizar la correspondiente A.R.P. y a las mismas observaciones médicas que se hagan respecto de la condición física del señor Carlos Arturo Marín Cardona.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR las sentencias proferidas por los Juzgados Cuarto Penal Municipal y Noveno Penal del Circuito de la ciudad de cali, pero con base en las consideraciones aquí expuestas.

Segundo. Sin embargo, ADVERTIR a EMCALI EICE E.S.P.; que tal como lo señalara el Gerente Administrativo de esa misma empresa, se deberá dar cumplimiento al traslado del trabajador con la garantía de que las funciones a él asignadas tengan en consideración la evaluación y las recomendaciones médicas que se hayan dado o se vayan a dar por parte de la correspondiente A.R.P., respecto de la condición física del señor Carlos Arturo Marín Cardona.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

El Honorable Magistrado doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, no firma la presente sentencia, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 A folio 10 del expediente se encuentra oficio suscrito por el Gerente de Recursos Humanos de EMCALI, en el cual señala dentro de los hallazgos médicos se indica: Hernia de Disco L4 L5 - Obeso, Trauma Acústico Bilateral.

2 A folio 10 del expediente, obra oficio 2060-GRH-959, de fecha agosto 24 de 1999, en el cual se indica que “según concepto del Comité de Reubicación de EMCALI EICE-ESP, y de acuerdo a la valoración médica, al análisis del puesto de trabajo y del oficio realizado, decide con el fin de proteger la salud del trabajador y dar cumplimiento al artículo 45 del Decreto 1295 de 1993, trasladar en forma definitiva por motivo de reubicación con funciones de: VIGILANTE. Clase de riesgo profesional: IV (4). Nuevo Jefe: T.C. Manuel E. Sánchez. Gerencia: Central”. Igualmente se hacen las recomendaciones del caso.

3 Del análisis del expediente se desconoce por completo cuales fueron las nuevas funciones asignadas al señora Marín Cardona, pues esta afirmación corresponde solamente a lo afirmado por el actor.

4 A folios 69 a 107 del expediente objeto de revisión se encuentra una fotocopia de la Convención Colectiva Única suscrita entre EMCALI E.I.C.E. - E.S.P. y SINTRAEMCALI con vigencia 1999 - 2000. Así, el artículo 52 de dicha Convención Colectiva señala lo siguiente:

“Artículo 52. TRASLADOS. Cuando un trabajador cumpla veinte (20) años de servicio en EMCALI E.I.C.E. -E.S.P. continuará gozando de las oportunidades de ascenso que disfruta el resto de personal, de acuerdo con sus capacidades personales. Así mismo, su salario debe tener las mismas posibilidades de aumento y estar sujeto a los reajustes a que tengan derecho los demás trabajadores.

“EMCALI E.I.C.E.- E.S.P. siempre procurará trasladar a otro cargo de igual rango y remuneración, a los trabajadores que por sufrir menoscabo físico en el concepto médico, no puedan seguir desempeñando el puesto que ocupaban cuando esto sucedió, esté disponible un cargo de esas características y el trabajador reúna los requisitos necesarios para desempeñarlo debidamente.

“Los trabajadores que gocen de beneficios convencionales especiales por razón de su cargo, no podrán ser trasladados a otro oficio o cargo sino por solicitud de ellos o porque acepten el traslado que se les haga cuando no lo hubieren solicitado. Todo ello deberá constar por escrito.”

5 Ver folio 10 del expediente en el cual se ordena la reubicación del señor Carlos Arturo Marín Cardona.

6 El Decreto 1295 de 1994, señala en sus artículos 39 y 45 lo siguiente:

“Artículo 39. Reincorporación al trabajo. Al terminar el periodo de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, sí el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría.

“Artículo 45. Reubicación del Trabajador. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeña o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios”.

7 Ver, por ejemplo, las sentencias T-483/93 M.P. José Gregorio Hernández; C-356/94 M.P. Fabio Morón Díaz y T-715/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

8 T-715/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Ver, entre otras, las sentencias T-330 de 1993, T-483 de 1993, T-131 de 1995, T-181 de 1996, T-514 de 1996 y T-516 de 1997.

10 Así se ha dispuesto, por ejemplo, en las sentencias T-615 de 1992 y T-311 de 1993.

11 Ver, entre otras, las sentencias T-016 y T-362 de 1995.

13 El artículo 5 de la Ley 361 de 1997 establece que para hacerse acreedores a la protección legal especial que consagra, es necesaria la previa calificación médica que acredite la discapacidad. Dice: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.”

14 Sentencia T-407 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

15 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-965 de 2000, T-1498 de 2000 y T-346 de 2001.

16 Ver sentencia C-071 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.