

Sentencia T-352/14

EJERCICIO DEL IUS VARIANDI Y SUS LIMITES CONSTITUCIONALES EN CASOS DE TRASLADO DE DOCENTES

El principio del Ius Variandi, hace referencia a “la facultad que tiene el empleador de variar las condiciones de la prestación del servicio, este es quien tiene la potestad de modificar el modo, el tiempo, el lugar, o la cantidad de trabajo.” Concretamente, respecto al traslado de docentes del sector público, la jurisprudencia constitucional ha establecido que quien ostenta esta facultad, es el ente nominador, que se encarga de autorizar y efectuar los traslados, “bien sea por la necesidad del servicio para garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio público de educación o bien por la solicitud que realice directamente el docente.” No obstante lo anterior, el principio del Ius Variandi en ningún caso es absoluto, pues se encuentra limitado, “por los derechos fundamentales del trabajador y de su familia”, es decir, que en el evento en que el ejercicio del Ius Variandi afecte estos derechos, “la acción de tutela brotará como el mecanismo de defensa de los derechos fundamentales del trabajador y de su núcleo familiar.”

TRASLADO DE DOCENTES-Límites a la discrecionalidad de la administración cuando vulnera derechos del docente y su núcleo familiar

TRASLADO DE DOCENTES DEL SECTOR PUBLICO-Regulación

TRASLADO DE DOCENTES-Requisito del dictamen médico expedido por el Comité de Medicina laboral de la entidad prestadora de salud resulta excesivo y desproporcionado en casos donde se acredita la necesidad del traslado

Si bien, la Administración debe seguir ciertos parámetros objetivos para autorizar y posteriormente ejecutar el traslado de docentes, pues dicho proceso puede traer implicaciones negativas a terceras personas; lo cierto es que “el traslado no es una figura prevista solo en beneficio de la Administración, sino también un derecho de los docentes, directamente relacionado con otros derechos de rango fundamental como la salud, vida digna y la integridad personal.” Por lo tanto, la negación del traslado, debe responder a

criterios de proporcionalidad y necesidad suficientes, que logren mitigar los efectos nocivos de los docentes que lo soliciten. Sin desconocer las implicaciones que acarrea el traslado de docentes y la importancia de adoptar criterios objetivos que permitan efectuar dicho proceso, esta Sala considera que en los casos que el solicitante aporte dictamen médico de la entidad encargada de prestar el servicio de salud, que constate su estado y acredite la necesidad del traslado, el requerimiento del concepto médico del Comité de Medicina Laboral resulta innecesario, pues la finalidad del “traslado no sujeto al proceso ordinario”, es proteger los derechos de aquellos docentes que se encuentren en circunstancias tales que la falta del traslado contribuiría al deterioro de sus condiciones de salud. De ahí, que este tipo de traslado, podrá ser solicitado en cualquier época del año lectivo. Así las cosas, resulta desproporcionada y arbitraria, la decisión de negar el traslado del docente, argumentando la falta de dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral del prestador del servicio de salud.

TRASLADO LABORAL DE DOCENTE-Vulneración de Secretaría de Educación por ordenar traslado sin tener en cuenta condiciones graves de salud de la accionante madre cabeza de familia con hijo que padece síndrome de down

Referencia: Expedientes T-4.193.433 y T- 4.193.496.

Fallos de tutela objeto revisión: T-4.193.433 Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil- Familia, del 26 de agosto del 2013 que revocó la providencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, del 30 de mayo de 2013.

T-4.193.496 Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Sala Penal, del 21 de octubre de 2013, que confirmó la providencia del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán, del 12 de septiembre de 2013.

Accionantes: T-4.193.433 Luz Marina Narváez Romero actuando en nombre propio y como agente oficioso de Jesús Alberto Pereira Narváez.

T-4.193.496 Sandra Lorena Dorado Hoyos.

Accionados: T-4.193.433 Secretaría de Educación Departamental de Bolívar.

T- 4.193.496 Secretaría de Educación Departamental del Cauca.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela.

1.1. Elementos y pretensiones en los expedientes T-4.193.433[1] y T- 4.193.496[2]

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: T-4.193.433 trabajo, igualdad, especial protección a la familia, protección especial a las personas en condición de discapacidad y petición. T-4.193.496 salud, vida digna, igualdad y seguridad social.

1.1.2. Conductas que causan la vulneración: T-4.193.433, la negativa por parte de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar de efectuar el traslado de la docente accionante a la ciudad de Cartagena o municipio cercano a su residencia, por radicar la solicitud de traslado de forma extemporánea y por falta de concepto médico del Comité de Medicina Laboral; requisito establecido por la ley para autorizar el traslado. T-4.193.496, la negativa por parte de la Secretaría de Educación Departamental del Cauca de efectuar el traslado de la docente accionante al municipio de Popayán o población veredal cercana, argumentando la falta de concepto médico del Comité de Medicina Laboral; requisito establecido por la ley para autorizar el traslado.

1.1.3. Pretensiones: T-4.193.433, se ordene a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, efectuar el traslado de la docente Luz Marina Narváez Romero a la ciudad de Cartagena o municipio cercano a su lugar de residencia. T-4.193.496, se ordene a la Secretaría de Educación Departamental del Cauca (i) efectuar el traslado de la docente Sandra Lorena Dorado Hoyos al municipio de Popayán o población veredal cercana; y (ii) garantizarle tratamiento integral y proceso de rehabilitación física para la recuperación plena de su salud.

A. Demanda de tutela T-4.193.433[3]

1.2. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. La señora Luz Marina Narváez Romero, es madre cabeza de familia de Jesús Alberto Pereira Narváez de 20 años[4]. Actualmente, la señora padece artrosis de cadera, lo que ha disminuido significativamente su función motora[5].

1.2.2. Jesús Alberto Pereira Narváez, padece síndrome de Down, discapacidad certificada del 93%, deficiencia en el habla y escucha, además de problemas cardíacos; razón por la cual le fue practicada cirugía de corazón abierto[6].

1.2.3. La señora Narváez Romero y su hijo, residen en la ciudad de Cartagena; no obstante, se desempeña como docente en propiedad del área artística en la Institución Educativa Técnica Industrial de San Pablo, municipio de María La Baja, ubicada a 72 kilómetros de distancia de su lugar de residencia[7].

1.2.4. Debido a la lejanía entre el municipio de María La Baja y Cartagena, la accionante no cuenta con el tiempo suficiente para dedicarle a su hijo en condición de discapacidad, pues debe trabajar para sostener a su familia[8].

1.2.5. El día 17 de julio de 2012, argumentando la discapacidad de su hijo, la señora Narváez Romero elevó ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, solicitud de traslado al municipio de Turbaco- Bolívar o Arjona- Bolívar, sin perjuicio de ser trasladada a la ciudad de Cartagena, por ser más cercanos a su lugar de residencia[9].

1.2.6. El 2 de agosto de 2012, la entidad accionada negó la solicitud elevada por la accionante, argumentando, que la solicitud de traslado fue presentada fuera del término establecido para este fin. Así mismo, informó a la solicitante los requisitos de procedencia del traslado de docentes no sujetos al proceso ordinario[10].

1.2.7. Teniendo en cuenta sus padecimientos de salud, el 16 de abril de 2013, la accionante elevó solicitud de traslado por razones de salud ante la entidad accionada, anexando dictamen médico de la Coordinadora de Salud Ocupacional de OCGN Bolívar[11].

1.2.8. El día 27 de mayo de 2013, la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar negó la petición de la accionante, por considerar que la misma no adjuntó el documento idóneo para la procedencia del traslado, pues los requisitos exigen dictamen médico del

Comité de Medicina Laboral de la entidad encargada de prestar los servicios de salud, y no el dictamen médico de la Coordinadora de Salud Ocupacional de la misma entidad[12].

1.3. Respuesta de la entidad accionada[13].

1.3.1. Secretaría de Educación y Cultura Departamental de Bolívar[14].

Consideró que la accionante ni siquiera atendió a la convocatoria realizada por medio de la Resolución 01-588 del 30 de octubre de 2012 para solicitar su traslado a través del proceso ordinario, entre los días 15 y 26 de noviembre de 2012; pues sus solicitudes fueron radicadas de forma extemporánea los días 17 de julio, 17 de agosto de 2012 y 16 de abril de 2013.

De igual forma, aseguró que la petición de la accionante no se enmarca en ninguno de los presupuestos del artículo 5º del Decreto 250 de 2010, para la procedencia del traslado no sujeto al proceso ordinario; pues la solicitud fue presentada con motivo de los problemas de salud del hijo de la solicitante y no de ella como docente.

Si bien la señora Narváez Romero, mediante una segunda petición, solicitó su traslado, por razones de salud, pues padece artrosis de cadera, insuficiencia venosa crónica; esta solicitud tampoco está llamada a prosperar ya que la misma, no aportó el concepto médico del Comité de Medicina Laboral del prestador del servicio de salud requerido, sino que se limitó a anexar el concepto de la Coordinadora de Salud Ocupacional.

Así mismo, indicó que por medio de oficio del 27 de mayo de 2013, esta entidad, emitió respuesta a las peticiones de la accionante, configurándose el fenómeno del hecho superado.

Así las cosas, solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela; por la configuración de un hecho superado, porque la entidad actuó en cumplimiento de un deber legal, por existencia de otro medio eficaz de defensa y carencia de perjuicio irremediable.

1.4. Decisiones de tutela objeto de revisión:

1.4.1. Sentencia de Primera Instancia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, del 30 de mayo de 2013[15].

Concedió el amparo de los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, dar trámite a la solicitud de traslado presentada por la señora Narváez Romero, para lo cual, deberá disponer el traslado de la docente en cuanto se presente la primera vacante en un plantel educativo en la ciudad de Cartagena o municipio cercano a su residencia.

Fundamentó su decisión, en que si bien, quien está llamado a resolver los conflictos en materia de traslado de docentes es la administración; la Corte Constitucional ha establecido una serie de subreglas que permiten de manera excepcional, la procedencia de la acción de tutela en estos casos. Dentro de dichas subreglas, se encuentra: las condiciones de salud de los familiares de trabajadores que debido a su gravedad e implicaciones puedan incidir en la decisión acerca de la procedencia del traslado[16]. Situación, que se verificó en el presente caso, pues se encuentra probada la condición de incapacidad del hijo de la accionante, además de la relación de dependencia con su madre, para realizar todo tipo de actividades.

Por otro lado, en virtud del concepto médico laboral expedido por la Coordinadora de Salud Ocupacional OCGN Bolívar; que describe el diagnóstico de la accionante, es posible dar aplicación al artículo 22, inciso 4 del Decreto 3222 de 2003, que establece la facultad de atender solicitudes de traslado de docentes en cualquier época del año, cuando las mismas se sustenten en razones de salud verificadas por la entidad territorial, teniendo en cuenta el concepto de la EPS.

Finalmente, resaltó que desde el año 2012, la accionante ha venido solicitando a la entidad accionada su traslado, atendidas de manera negativa.

1.4.2. Impugnación[17].

El día 21 de junio de 2013, la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, presentó impugnación contra la sentencia de primera instancia, solicitando la revocatoria del fallo.

Además de exponer los mismos argumentos presentados en el escrito de contestación, adujo que la presente acción resulta improcedente por cuanto no se probó afectación a derechos fundamentales ni ruptura respecto al núcleo familiar, pues en el expediente no se encuentra probado que el traslado afecte la salud de la actora o de su hijo, ni que genere un

peligro para sus vidas o perjuicio a su integridad.

Consideró que los problemas por el trayecto que debe recorrer para llegar a su sitio de trabajo, cesarían si la accionante trasladase su residencia al municipio donde labora.

Por último, argumentó que nadie está obligado a lo imposible, y que la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar no es competente para realizar el traslado de la señora Narváez Romero al Distrito de Cartagena, debido a que el mismo es una entidad territorial certificada en educación, con autonomía en asuntos de esta índole.

1.4.3. Sentencia de Segunda Instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia, del 26 de agosto de 2013[18].

Revocó la decisión del a quo, y en su lugar negó el amparo deprecado por la señora Narváez Romero.

Consideró que de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, la entidad accionada efectivamente dio respuesta a las peticiones presentadas por la accionante, razón por la cual no es correcto alegar la presunta vulneración del derecho de petición.

Así mismo, aseguró que la negativa de la entidad de autorizar el traslado de la docente, se ajusta a la normatividad vigente; pues para que proceda el traslado por razones de salud es necesario contar con el dictamen médico del Comité de Medicina Laboral del prestador del servicio de salud, y no del Coordinador de Salud Ocupacional.

Finalmente, manifestó la imposibilidad de autorizar el traslado de la señora, por falta de cumplimiento de los requisitos legales.

B. Demanda de tutela T-4.193.496.:

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. La señora Sandra Lorena Dorado Hoyos, se desempeña como docente en propiedad de la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, en la población del Bordo-Patia, ubicado en la cordillera Patia-Cauca, a más de siete horas del municipio de Popayán; zona a la que únicamente puede accederse caminando o a caballo[19].

1.2.2. En diciembre de 2010, cuando disponía a trasladarse al centro educativo donde labora, la accionante sufrió un accidente al caer de su caballo; a raíz del cual le fue diagnosticado desplazamiento de rodilla derecha – síndrome de mal alineamiento patelofemoral rodilla de derecha[20].

1.2.3. Tras el accidente sufrido, la señora Sandra Lorena Dorado Hoyos fue valorada por salud ocupacional de COSMITET LTDA EPS y MAGISALUD, quienes han corroborado el diagnóstico, además de ordenar una serie de terapias físicas para la rehabilitación satisfactoria de la paciente. Sin embargo, no ha sido posible que la accionante reciba el tratamiento recetado, pues las terapias únicamente son realizadas en el municipio de Popayán[21].

1.2.4. En virtud de que la accionante, aún no ha iniciado el tratamiento de rehabilitación física, su condición de salud ha venido desmejorando, ocasionándole dificultades para cumplir su rol de docente, caminar, subir gradas, practicar deportes de contacto, utilizar cierto tipo de calzado; además de sufrir el señalamiento y estigmatización de la gente por su forma de caminar[22].

1.2.5. En repetidas ocasiones, la señora Dorado Hoyos ha solicitado a la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, ser trasladada a un centro educativo de Popayán o población veredal cercana, con el fin de evitar un mayor deterioro en su salud física y mental y recibir el tratamiento de rehabilitación que requiere[23].

1.2.6. La Secretaría de Educación Departamental del Cauca, negó la solicitud de traslado elevada por la accionante, argumentando la falta de cumplimiento de los requisitos legales para autorizar el traslado, pues si bien la accionante presentó diferentes conceptos médicos que acreditan su estado de salud, lo cierto es que no anexó concepto de salud ocupacional emitido por el Comité de Salud Ocupacional de la entidad encargada de la prestación del servicio de salud[24].

1.3. Respuesta de la entidad accionada[25].

1.3.1. Cosmitet Ltda.[26] Aseguró que fue contratada por la Fiduprevisora S.A., para la prestación de los servicios de salud a los usuarios del magisterio; no obstante, la entidad responsable de ordenar el traslado de docentes a otra plaza, es la Secretaría de Educación

Departamental del Cauca.

Así mismo, adujo que la entidad no ha incurrido en conducta omisiva alguna, debido a que en ningún momento se le ha negado o dejado de prestar los servicios médicos a la accionante. Finalmente, manifestó que los profesionales Aleyda Erazo Perafán y Juan Carlos Barceló Nieto, actualmente no prestan sus servicios a esta entidad, razón por la cual no es posible tramitar la solicitud del despacho.

De esta forma, solicitó ser desvinculada del presente proceso.

1.3.2 Secretaría de Educación Departamental del Cauca.[27]

En primer lugar, manifestó que las solicitudes de traslado de docentes por problemas de salud, deben estar avaladas por un trámite administrativo que realiza la empresa prestadora del servicio de salud para el magisterio, es decir Cosmitet Ltda., que culmina con la expedición de un concepto de la oficina de salud ocupacional de la Secretaría de Educación y Cultural del departamento del Cauca, lo cual fue comunicado a la accionante mediante oficio del 8 de agosto de 2013.

En segundo lugar, si bien el diagnóstico de la accionante fue corroborado por diferentes profesionales, lo cierto es que la docente Dorado Hoyos no cuenta con el concepto del médico laboral requerido para autorizar el traslado solicitado.

Se refirió directamente a las implicaciones que acarrea el traslado de docentes, pues se trata de una cuestión que puede afectar los intereses de terceras personas. Al respecto, aseguró que cada caso cuenta con sus propios inconvenientes de salud y seguridad, por lo que es necesario dar prevalencia a quienes han tenido que salir de su entorno familiar por razones de amenazas y quienes padecen enfermedades terminales. Consideró que cada traslado implica la reubicación de otro docente, pues en todo caso, debe velar por la protección del derecho a la educación de los estudiantes.

Teniendo en cuenta que la accionante ni se encuentra en calidad de docente amenazado, ni con concepto de salud ocupacional que recomiende su reubicación laboral, ni tampoco existe necesidad de personal docente en los establecimientos cercanos a la ciudad; mal haría esta entidad en autorizar el traslado de la docente, pues carece de motivos para ello.

Por otro lado, manifestó que en virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, esta únicamente será procedente como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Perjuicio, que no se encuentra probado íntegramente, ni se deduce de los hechos y pruebas expuestas.

Así las cosas, solicitó declarar la improcedencia de la acción.

1.4. Decisiones de tutela objeto de revisión:

1.4.1. Sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán del 12 de septiembre de 2013[28].

No concedió el amparo solicitado por la accionante. Consideró que la accionante debía surtir ante la entidad competente el trámite administrativo previamente establecido para la solicitud de traslado, pues la acción de tutela no puede suplantar los procedimientos correspondientes. Ante la ausencia del concepto médico expedido por el Comité de Salud Ocupacional de la entidad, requisito indispensable para autorizar el traslado, la petición elevada por la accionante resulta improcedente.

Adicionalmente, la accionante no demostró la urgencia de su traslado, pues desde el día en que sufrió el accidente hasta la fecha, han transcurrido más de dos años; periodo en el que ha desarrollado normalmente sus labores, pese a las molestias ocasionadas por la lesión.

Por último, conminó a la entidad accionada y a Cosmitet Ltda., a que una vez sea elevada la solicitud por la señora Dorado Hoyos, la misma, se tramite lo más pronto posible, para evitar la posible vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

1.4.2. Impugnación[29].

La parte accionante, presentó escrito de impugnación del fallo de primera instancia, solicitando al juez su revocatoria, y en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales de la señora Sandra Lorena Dorado Hoyos.

Fundamento su escrito, en que el juez de primera instancia incurrió en un error de hecho y

de derecho; pues, no tuvo en cuenta que la accionante no ha tenido acceso a la salud, en cuanto no ha recibido tratamiento médico de rehabilitación que comprende la fase mitigadora del derecho a la salud. Además, aseguró que si bien la docente Dorado Hoyos ha elevado solicitudes de caridad y tratamiento humano que le permitan su recuperación física, la entidad accionada no ha dado razón alguna.

Por otro lado, manifestó que el juez no consideró sospechoso que Cosmitet Ltda., no allegara certificaciones médicas de los profesionales tratantes de la accionante sino que se limitó a afirmar que ya no prestaban sus servicios para dicha entidad.

Así mismo, citó jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la protección especial de las personas en estado de discapacidad, derecho a la vida y traslado excepcional de docentes.

1.4.3. Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Penal, del 21 de octubre de 2013[30].

Confirmó en su integridad el fallo proferido por el a quo. Consideró que “el derecho a la salud de la señora Dorado Hoyos no está siendo vulnerado, pues los procedimientos prescritos por su médico tratante han sido ordenados de manera pronta y oportuna, por lo que, en caso que la lejanía de su trabajo dificulte la asistencia a citas médicas o el tratamiento de fisioterapia para lograr su completa recuperación, la actora está en posibilidad de solicitar licencia”.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-[31].

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Derechos fundamentales vulnerados. Salud, vida digna, igualdad, seguridad social, trabajo, especial protección a la familia, especial protección a las personas en condición de

discapacidad.

2.2. Legitimación activa: La acción de tutela T- 4.193.433 fue interpuesta por Luz Marina Narváez Romero como agente oficioso de su hijo Jesús Alberto Pereira Narváez, y en el expediente T- 4.193.496 el señor Gonzalo Hernán Palta Méndez como apoderado de la señora Sandra Lorena Dorado Hoyos[32].

Lo anterior sustentado en el artículo 86[33] de la Carta Política, que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre

2.3. Legitimación pasiva. T-4.193.433 la Secretaría de Educación y Cultura Departamental de Bolívar y en la T-4.193.496 la Secretaría de Educación y Cultura Departamental del Cauca; entidades públicas demandables mediante acción de tutela, en virtud del artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 42.

2.4. Inmediatez. Si bien, el artículo 86 Superior, no establece un término de caducidad o prescripción para la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en virtud de las particularidades de cada caso en concreto debe existir un período de tiempo prudencial desde que se presenta la conducta que presuntamente vulnera los derechos del accionante hasta la fecha de interposición de la acción[34]. Lo anterior, debido a la finalidad de protección inmediata de derechos fundamentales.

2.4.1. Respecto al caso de la docente Luz Marina Narváez Romero, esta radicó ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar solicitud de traslado el 16 de abril de 2013, argumentando que debido a sus quebrantos de salud, el desplazamiento hasta el municipio donde labora, resulta perjudicial además de alejarla y no permitirle prestar la atención necesaria a su hijo de 20 años quien padece Síndrome de Down. Al no recibir respuesta a la solicitud elevada, la accionante interpuso acción de tutela el 17 de mayo de 2013.

2.4.2. En cuanto a la acción interpuesta por la señora Sandra Lorena Dorado Hoyos en contra de la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, por la negativa de autorizar el traslado de la docente, argumentando la falta de dictamen médico expedido por el

Comité de Medicina Laboral de la entidad encargada de prestar el servicio de salud; encuentra probado esta Sala que la docente accionante efectuó la solicitud de traslado ante la entidad accionada en repetidas oportunidades y que fue atendida de forma negativa el 2 de agosto de 2013. De esta forma, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, la docente, interpuso acción de tutela el 28 de agosto de 2013.

Acorde con lo anterior, la Sala considera que el requisito de inmediatez en ambos casos se encuentra superado.

2.5. Subsidiariedad. La Corte Constitucional ha sido enfática en que la acción de tutela, no es el mecanismo idóneo para controvertir decisiones de la Administración Pública, pues existen otras vías procesales para hacerlo; no obstante, se ha establecido de manera excepcional que en situaciones en las que se constate “la existencia de una amenaza o vulneración de derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar”[35], la acción de tutela será procedente.

2.5.1. En lo referente al caso de la docente Narváez Romero, que solicitó a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar su traslado, debido a que su hijo de 20 años padece Síndrome de Down y depende de ella para realizar cualquier tipo de actividad; además de padecer quebrantos de salud que se ven deteriorados con el desplazamiento que diariamente debe realizar, pues la institución educativa en la que labora se encuentra a 4 horas de su lugar de residencia, se ven seriamente comprometidos sus derechos fundamentales y los de su hijo, en la medida que el estado de salud de la accionante se ve afectado por el recorrido diario, y el joven en condición de discapacidad se encuentra privado del acompañamiento y atención de su madre, requeridos para su cuidado.

2.5.2. En el caso de la docente Dorado Hoyos, que solicita su traslado por razones de salud; argumentando que para recibir el tratamiento requerido para la patología que presenta debe someterse a un viaje de 7 horas hasta la ciudad de Popayán, resulta evidente la amenaza de sus derechos fundamentales, pues la negativa de traslado, puede implicar la imposibilidad de la accionante de acceder efectivamente al proceso de rehabilitación de sus condiciones de salud.

Así las cosas, esta Sala encuentra probado el requisito de subsidiariedad en ambos casos.

3. Problema jurídico constitucional.

Le Corresponde a la Sala determina si:

3.1. ¿La Secretaría de Educación Departamental de Bolívar vulnera los derechos al trabajo, igualdad, especial protección a la familia y protección especial a las personas en condición de discapacidad; al negar el traslado de la señora Narváez Romero y de su hijo, argumentando que la presentación de la solicitud de traslado fue extemporánea, y por la falta de dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral de la entidad prestadora del servicio de salud?

3.2. ¿La Secretaría de Educación Departamental del Cauca vulnera los derechos a la salud, vida digna, igualdad y seguridad social de la docente Sandra Lorena Dorado Hoyos al no autorizar su traslado, argumentando la falta de dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral de la entidad prestadora del servicio de salud?

4. Principio del Ius Variandi. Reiteración de jurisprudencia.

El principio del Ius Variandi, hace referencia a “la facultad que tiene el empleador de variar las condiciones de la prestación del servicio, este es quien tiene la potestad de modificar el modo, el tiempo, el lugar, o la cantidad de trabajo.”[36]

Concretamente, respecto al traslado de docentes del sector público, la jurisprudencia constitucional ha establecido que quien ostenta esta facultad, es el ente nominador, que se encarga de autorizar y efectuar los traslados, “bien sea por la necesidad del servicio para garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio público de educación o bien por la solicitud que realice directamente el docente.”[37]

No obstante lo anterior, el principio del Ius Variandi en ningún caso es absoluto, pues se encuentra limitado, “por los derechos fundamentales del trabajador y de su familia”[38], es decir, que en el evento en que el ejercicio del Ius Variandi afecte estos derechos, “la acción de tutela brotará como el mecanismo de defensa de los derechos fundamentales del trabajador y de su núcleo familiar.”[39]

Así mismo, es importante resaltar que, la decisión que niega o concede el traslado debe ser arbitraria, es decir “que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente

las circunstancias particulares del trabajador y que implique una clara desmejora de sus condiciones de trabajo”.[40] Esto, en el entendido que para que la decisión adoptada por la Administración respecto al traslado, vulnere los derechos fundamentales del actor o su núcleo familiar; la afectación debe ser clara, grave y directa. De esta forma, es necesario precisar las circunstancias personales y familiares del docente que haya solicitado el traslado[41].

Adicionalmente, en previas oportunidades, esta Corporación ha consagrado algunas subreglas que deben verificarse a la hora de estudiar cada caso en concreto, para determinar la posible vulneración de los derechos fundamentales del solicitante o sus familiares. A saber: “(i) el traslado laboral genere serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan las condiciones para brindarle el cuidado médico requerido. (ii) el traslado ponga en peligro la vida o integridad del servidor o de su familia. (iii) en los casos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, puedan incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la procedencia del traslado. (iv) la ruptura del núcleo familiar vaya mas allá de la mera separación transitoria.”[42]

5. Regulación vigente respecto al traslado de docentes del sector público.

En primer lugar, el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, define cuando hay lugar al traslado de docentes, de la siguiente manera:

“Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, este se ejecutará discrecionalmente y por acto debidamente motivado por la autoridad nominadora departamental, distrital o del municipio certificado cuando se efectúe dentro de la misma entidad territorial. Cuando se trate de traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados se requerirá, además del acto administrativo debidamente motivado, un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales. Las solicitudes de traslados y las permutas procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio y no podrán afectarse con ellos la composición de

las plantas de personal de las entidades territoriales.”

Así mismo, el Decreto 1278 de 2002, “por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”, consagra en su artículo 52 que se produce un traslado de docentes, “cuando se provee un cargo docente o directivo docente vacante definitivamente, con un educador en servicio activo que ocupa en propiedad otro con funciones afines y para el cual se exijan los mismos requisitos aunque sean de distintas entidades territoriales”. Igualmente, el artículo 53, define las tres modalidades de traslado: “(i) discrecionalmente por la autoridad competente, cuando para la debida prestación del servicio se requiera el traslado de un docente o directivo docente dentro del mismo distrito o municipio, o dentro del mismo departamento cuando se trate de municipios no certificados, con el fin de garantizar un servicio continuo, eficaz y eficiente. (ii) por razones de seguridad debidamente comprobadas y (iii) por solicitud propia.”

Por otro lado, el Decreto 520 de 2010, “por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes”, establece en el artículo 2, el proceso ordinario para efectuar el traslado correspondiente; consagra que el Ministerio de Educación cada año debe fijar un cronograma para la realización del proceso, acto seguido, la entidad territorial abrirá una convocatoria especificando las necesidades del servicio, cargo directivo o área de desempeño, requisitos, oportunidad, procedimiento para inscripción, etc. Una vez se cumplan las actividades del cronograma, la autoridad nominadora adoptará la decisión y la comunicará al docente.

Sin embargo, el artículo 5 del mismo Decreto, define los eventos en los que procede el traslado no sujeto al proceso ordinario; el cual, puede ser solicitado en cualquier época del año lectivo. Estos casos serán: “(i) necesidades del servicio de carácter académico o administrativo, que deban ser resueltas discrecionalmente para garantizar la continuidad del servicio educativo. En tal caso, el nominador de la entidad territorial debe adoptar la decisión correspondiente considerando, en su orden, las solicitudes que habiendo aplicado al último proceso ordinario de traslado no lo hayan alcanzado. (ii) razones de seguridad fundadas en la valoración de riesgo adoptada con base en la reglamentación que establezca el Ministerio de Educación Nacional. (iii) razones de salud del docente o directivo docente, previo dictamen médico del Comité de Medicina Laboral del prestador del servicio de salud. (iv) necesidad de resolver un conflicto que afecte seriamente la convivencia dentro de un

establecimiento educativo, por recomendación sustentada del consejo directivo.”

6. Requisito del dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral de la entidad prestadora de salud. Excesivo y desproporcionado en casos donde se acredita la necesidad del traslado.

Si bien, la Administración debe seguir ciertos parámetros objetivos para autorizar y posteriormente ejecutar el traslado de docentes, pues dicho proceso puede traer implicaciones negativas a terceras personas; lo cierto es que “el traslado no es una figura prevista solo en beneficio de la Administración, sino también un derecho de los docentes, directamente relacionado con otros derechos de rango fundamental como la salud, vida digna y la integridad personal.”[43] Por lo tanto, la negación del traslado, debe responder a criterios de proporcionalidad y necesidad suficientes, que logren mitigar los efectos nocivos de los docentes que lo soliciten.

El inciso 3 del artículo 5 del Decreto 520 de 2010, establece que el traslado de docentes no sujeto al proceso ordinario, procederá, por “razones de salud del docente o directivo docente, previo dictamen médico del Comité de Medicina Laboral del prestador del servicio de salud”. Sin desconocer las implicaciones que acarrea el traslado de docentes y la importancia de adoptar criterios objetivos que permitan efectuar dicho proceso, esta Sala considera que en los casos que el solicitante aporte dictamen médico de la entidad encargada de prestar el servicio de salud, que constate su estado y acredite la necesidad del traslado, el requerimiento del concepto médico del Comité de Medicina Laboral resulta innecesario, pues la finalidad del “traslado no sujeto al proceso ordinario”, es proteger los derechos de aquellos docentes que se encuentren en circunstancias tales que la falta del traslado contribuiría al deterioro de sus condiciones de salud. De ahí, que este tipo de traslado, podrá ser solicitado en cualquier época del año lectivo.

Así las cosas, resulta desproporcionada y arbitraria, la decisión de negar el traslado del docente, argumentando la falta de dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral del prestador del servicio de salud.

7. Principio de Integralidad. Componente de la fundamentalidad del derecho a la salud.

El principio de Integralidad en el derecho a la salud, consiste en el derecho que tienen los

pertenecientes al Sistema de Seguridad Social de recibir la atención y el tratamiento requerido para optimizar su estado de salud. Al respecto, la jurisprudencia constitucional, ha establecido que, “los principios de integralidad y continuidad, inmersos en las garantías de acceso, influyen claramente en la fundamentalidad del derecho. Esto implica que el servicio sea prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad.”[44]

Por esta razón, cuando una persona afiliada al sistema, requiera de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y seguimiento, entre otros tratamientos para su recuperación[45], sin importar el caso, el Estado y la EPS a la que se encuentre afiliado el paciente, tienen la obligación de velar por su acceso efectivo.

8. Caso Concreto

8.1. Expediente T-4.193.433 caso de Luz Marina Narváez Romero.

La accionante, solicitó traslado ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, argumentando que padece artrosis de cadera y el desplazamiento diario de 4 horas desde Cartagena, ciudad donde reside, hasta el municipio de María La Baja, donde labora; agrava sus quebrantos de salud. Adicionalmente, indica la actora, que es madre cabeza de familia de Jesús Alberto Pereira Narváez de 20 años, quien padece Síndrome de Down, y se ha visto afectado por las largas ausencias de su madre, pues tal como se encuentra probado, depende de ella para realizar cualquier actividad.

En primer lugar, tal como lo aseguró la entidad accionada, encuentra esta Sala que la accionante elevó su solicitud de forma extemporánea para iniciar el trámite de traslado mediante el proceso ordinario, lo cual hace improcedente dicha solicitud.

En segundo lugar, si bien la actora no aportó el dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral de la entidad encargada de prestar el servicio de salud, requisito establecido para la procedencia del traslado no sujeto a proceso ordinario; lo cierto es que la docente, acreditó sus quebrantos de salud, las recomendaciones del Coordinador de Salud Ocupacional de la entidad encargada de prestar el servicio de salud a los docentes del sector público del departamento de Bolívar y la necesidad de su traslado.

Por último, resulta evidente que la falta de traslado de la accionante a la ciudad de Cartagena o municipio más cercano a su lugar de residencia, amenaza los derechos fundamentales de su hijo en condición de discapacidad, quien requiere atención y cuidados especiales por parte de su madre.

En este sentido, la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, vulneró los derechos al trabajo, igualdad, protección especial a la familia y protección especial a las personas en condición de discapacidad de la accionante. Teniendo en cuenta que se trata de un traslado entre municipios certificados, tal y como lo indica la norma, es necesaria la suscripción de un convenio interadministrativo entre la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar y la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena.

8.2. Expediente T-4.193.496 caso de Sandra Lorena Dorado Hoyos.

La docente Dorado Hoyos, presentó ante la Secretaría de Educación Departamental del Cauca solicitud de traslado, pues padece desplazamiento de rodilla derecha – síndrome de mal alineamiento patelofemoral rodilla de derecha, tal y como se acredita en los conceptos médicos expedidos por área de salud ocupacional de Cosmitet Ltda. y Magisalud, entidades encargadas de prestar el servicio de salud a los docentes del sector público en el departamento del Cauca. Así mismo, aporta las órdenes médicas que prescriben las terapias necesarias para el tratamiento de su patología.

De esta forma, encuentra esta Sala que si bien la actora no aportó el dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral de la entidad encargada de prestar el servicio de salud, lo cierto es que, la misma acredita su estado de salud, además de la necesidad de ser trasladada a un municipio donde el desplazamiento a su lugar de trabajo resulte más amigable a su enfermedad, esto en el entendido que en el lugar donde actualmente labora, el acceso puede ser únicamente a caballo o caminando.

Por otro lado, debido a que las terapias ordenadas por el médico tratante, únicamente pueden ser realizadas en la ciudad de Popayán, ubicada a 7 horas del municipio donde labora, pues este no cuenta con los servicios requeridos por la docente; la falta de traslado resulta ser un obstáculo de acceso al tratamiento integral de la actora, ya que la lejanía y el cumplimiento de sus obligaciones laborales, le impiden asistir a las terapias.

Así las cosas, esta Sala considera que la Secretaría de Educación Departamental del Cauca vulneró los derechos a la salud, vida digna, igualdad y seguridad social de Sandra Lorena Dorado Hoyos. Teniendo en cuenta que se trata de un traslado entre municipios certificados, tal y como lo indica la norma, es necesaria la suscripción de un convenio interadministrativo entre la Secretaría de Educación Departamental del Cauca y la Secretaría de Educación de Popayán.

III. CONCLUSIONES.

1. Síntesis de los casos.

1.1. Expediente T-4.193.433 caso de Luz Marina Narváez Romero.

La señora Luz Marina Narváez Romero solicitó la protección de sus derechos al trabajo, igualdad, especial protección a la familia, protección especial a las personas en condición de discapacidad y petición considerados vulnerados por la negativa de la Secretaría de Educación y Cultura Departamental de Bolívar de ordenar su traslado a la ciudad de Cartagena pese a que padece artrosis de cadera e insuficiencia venosa, calificados por la Coordinadora de Salud Ocupacional de OCGN Bolívar y dada la condición especial de discapacidad de su hijo Jesús Alberto Pereira Narváez, quien debe recibir atención especial de su madre.

La Sala consideró que la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, vulneró los derechos al trabajo, igualdad, protección especial a la familia y protección especial a las personas en condición de discapacidad de la docente accionante y su hijo quien se encuentra en condición de discapacidad, al negar el traslado de la docente, bajo el argumento de recibir la solicitud de forma extemporánea y no aportar el dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral de la entidad encargada de prestar el servicio de salud.

Si bien la accionante no aportó el documento requerido, la misma acreditó la necesidad de su traslado pues su estado de salud se encuentra deteriorado, como lo señala el concepto del Coordinador de Salud Ocupacional de la entidad prestadora del servicio de salud, además su hijo requiere de especial atención y cuidado que solo la accionante puede brindarle pues depende de ella para realizar cualquier actividad, y es madre cabeza de

familia.

1.2. Expediente T-4.193.496 caso de Sandra Lorena Dorado Hoyos.

La señora Sandra Lorena Dorado Hoyos solicitó la protección de sus derechos a la salud, vida digna, igualdad y seguridad social. considerados vulnerados por la negativa de la Secretaría de Educación y Cultura Departamental del Cauca de ordenar su traslado a la ciudad de Popayán o población veredal cercana pese a que padece desplazamiento de rodilla derecha – síndrome de mal alineamiento patelofemoral rodilla de derecha, diagnosticada por Cosmitet Ltda EPS y Magisalud.

La Secretaría de Educación Departamental del Cauca, vulneró los derechos a la salud, vida digna, igualdad y seguridad social de la docente Sandra Lorena Dorado Hoyos, al negar su solicitud de traslado argumentando la falta de dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral de la entidad encargada de prestar el servicio de salud, sin tener en cuenta las particularidades del caso, pues si bien la accionante no aportó el documento referido, logró acreditar su estado de salud y necesidad del traslado mediante conceptos médicos del área de salud ocupacional de la entidad prestadora del servicio de salud.

2. Razón de la decisión.

Las Secretarías de Educación como entidades encargadas de autorizar los traslados de docentes del sector público, no pueden negar la solicitud de traslado, argumentando la falta de dictamen médico expedido por el Comité de Medicina Laboral de la entidad encargada de prestar el servicio de salud, cuando el solicitante aporte concepto médico de la EPS prestadora del servicio de salud, que constate el estado de salud del mismo, y la necesidad del traslado.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Cartagena, Sala Civil-Familia, del 26 de agosto de 2013 que revocó la providencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, del 30 de mayo de 2013, que concedió el amparo solicitado, y en su lugar, **CONCEDER** la tutela a los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la protección especial a la familia y a la protección especial a las personas en condición de discapacidad de la señora Luz Marina Narváez Romero y Jesús Alberto Pereira Narváez, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar y la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, suscribir un convenio interadministrativo mediante el cual se garantice el traslado de la docente Luz Marina Narváez Romero a una institución educativa con sede en la ciudad Cartagena, traslado que deberá ser realizado con carácter preferencial en cuanto exista la primera vacante en el nivel docente correspondiente a la señora Luz Marina Narváez Romero.

TERCERO.- REVOCAR la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Penal, del 21 de octubre de 2013 que confirmó la providencia del 12 de septiembre de 2013 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán, que negó el amparo solicitado, y en su lugar, **CONCEDER** la tutela a los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la igualdad y a la seguridad social de la señora Sandra Lorena Dorado Hoyos, por las razones expuestas en esta sentencia.

CUARTO.- ORDENAR a la Secretaría de Educación Departamental del Cauca y a la Secretaría de Educación de Popayán, suscribir un convenio interadministrativo mediante el cual se garantice el traslado de la docente Sandra Lorena Dorado Hoyos a una institución educativa con sede en la ciudad de Popayán o población veredal cercana, traslado que deberá ser realizado con carácter preferencial en cuanto exista la primera vacante en el nivel docente correspondiente a la señora Sandra Lorena Dorado Hoyos.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[2] Acción de tutela presentada el 28 de agosto de 2013 (Folios 1 a 41).

[3] Folios 1-31.

[4] Folio 19.

[5] Folios 30 a 31.

[6] Folios 4 a 10.

[7] Tal como lo manifiesta la accionante en el escrito de tutela.

[8] Así lo afirma la actora en el escrito de tutela.

[9] Folios 11 a 12.

[10] Folio 13.

[11] Folios 14 a 18.

[12] Folios 41 a 44.

[13] Mediante oficio del 20 de mayo de 2013 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, admitió la acción de tutela y notificó a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, así mismo vinculó a la Institución Educativa Técnica Industrial de San Pablo María La Baja, Bolívar, para en caso de considerarlo pertinente, intervenga en el proceso.

[14] Folio 34 a 48.

[15] Folios 52 a 60.

[16] Sentencia T-664/11.

[17] Impugnación presentada el 21 de junio de 2013. (Folios 63 a 67).

[18] Folios 8 al 18 2do cuaderno.

[19] Tal como lo asegura el accionante en el escrito de tutela.

[20] Folios 19 a 20.

[21] Folios 12 a 25.

[22] Así lo asegura la actora en el escrito de tutela.

[23] Folios 28 a 35.

[24] Folio 41.

[25] Mediante auto del 30 de enero de 2013 el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán, admitió la acción de tutela, notificó a la Secretaría de Educación Departamental del Cauca y además vinculó a Cosmitet Ltda.

[26] Folios 53 a 56.

[27] Folios 57 a 67.

[28] Sentencia de primera instancia. (Folios 71 a 79).

[29] Impugnación presentada el 19 de septiembre de 2013. (Folios 86 a 92).

[30] Sentencia de segunda instancia (folios 4 a 13 del cuaderno No. 2.)

[31] En Auto del treinta 30 de enero de 2014 de la Sala de Selección de tutela No 1 de la Corte Constitucional, dispuso la revisión y acumulación de los expedientes T- 4.193.496 y T-

4.193.433 al presentar unidad de materia y procedió a su reparto.

[32] Folio 11.

[33] Constitución Política, Artículo 86 “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”

[34] Sentencia T-584 de 2011.

[35] Sentencias T-815 de 2003, T-825 de 2003, T-909 de 2004 y T-922 de 2008.

[36] Sentencia T-280 de 2009.

[37] Sentencia T-805 de 2010.

[38] Sentencia T-664 de 2011.

[39] Ibídem.

[40] Ibídem.

[41] Sentencia T-596 de 2009.

[42] Sentencia T-664 de 2011.

[43] Sentencia T-236 de 2013.

[44] Sentencia T-206 de 2013.

[45] Sentencia T-136 de 2004.