Sentencia T-363/22

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR/ACCION DE TUTELA-Traslado arbitrario del trabajador afecta la unidad familiar

(…) el traslado del accionante no tuvo en cuenta la situación de su núcleo familiar, por lo que se desconocieron sus derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA TRASLADO DE SERVIDOR PUBLICO-Subreglas para procedencia

IUS VARIANDI-Discrecionalidad limitada de empleador para modificar condiciones laborales del trabajador

(…) la facultad discrecional de traslado no es absoluta, comoquiera que debe respetar los derechos fundamentales de los administrados. Así, el ejercicio de dicha facultad garantiza los derechos fundamentales cuando (i) se basa en la necesidad real y objetiva del servicio; (ii) consulta la situación particular del empleado y de su núcleo familiar; (iii) no afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y su grupo familiar.

IUS VARIANDI-Alcance y límites/IUS VARIANDI-Límites constitucionales/IUS VARIANDI EN MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Alcance

Expediente: T-8.816.145

Acción de tutela interpuesta por A. A. contra el Ministerio de Defensa —Armada Nacional de Colombia—

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por las

magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Paola Andrea Meneses Mosquera, quien la preside, y el magistrado (e) Hernán Correa Cardozo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo del 1° de junio de 2022, emitido por Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la decisión dictada el 16 de mayo de 2022 por el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá D. C., que negó el amparo solicitado por A. A. en el proceso de tutela promovido contra el Ministerio de Defensa —Armada Nacional de Colombia—.

I. CUESTIÓN PREVIA

1. Teniendo en cuenta que el presente proyecto de decisión incluirá consideraciones relacionadas con la historia clínica de la esposa del accionante, esta Sala de Revisión considera necesario adoptar, de oficio, medidas para proteger su intimidad1. En tal sentido, serán elaborados dos textos de esta providencia, de idéntico tenor. En el texto que será divulgado para su consulta, se dispondrá la omisión de los nombres del accionante y su esposa, así como cualquier dato e información que permita su identificación.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso. A. A. interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa —Armada Nacional de Colombia—, por considerar que la decisión de trasladarlo de Tumaco (Nariño) a Bogotá D. C. vulneró sus derechos a la salud, a la dignidad y a la unidad familiar. Lo anterior, por cuanto dicha decisión no habría tenido en cuenta la situación socioeconómica de su núcleo familiar, el cual requiere, en su criterio, de su presencia en el lugar en el que residen en la actualidad, esto es, el municipio de Tumaco (Nariño).

1. Vinculación del accionante con la Armada Nacional de Colombia. Según lo expresado en la acción de tutela, el accionante se vinculó con la Armada Nacional de Colombia como infante de marina profesional desde el 20 de enero de 2007, cargo que ha ejercido de manera ininterrumpida2.

1. Situación familiar del accionante. En el escrito de demanda, el señor A. A. relató que en el año 2010 conoció a la señora B. B., su esposa y madre de dos de sus hijos, quienes son menores de edad en la actualidad. Indicó que, el 8 de agosto de 2017, su cónyuge fue diagnosticada con lupus eritematoso sistémico, razón por la cual ha sido objeto de «múltiples tratamientos e intervenciones médic[os] y psicológic[o]s tanto en el Hospital Militar Central como consultas externas autorizadas por el Departamento de sanidad de la misma»3.

1. Agregó que la salud de su esposa se ha deteriorado por el avance de las patologías que presenta, situación que acreditó aportando la correspondiente historia clínica. En valoración médica del 17 de agosto de 2021 se certificó que, desde 2017, la señora B. B. ha sido diagnosticada con enfermedad renal crónica, nefropatía lúpica, neumonitis lúpica, hipertensión, infecciones urinarias recurrentes, nódulo pulmonar apical derecho, disnea de origen metabólico, glaucoma y colitis eosinofílica4. De hecho, en agosto de 2018, el médico tratante sugirió el «traslado de residencia a clima cálido, considerando que las bajas temperaturas exacerban síntomas como Reynaud y respiratorios»5. Con posterioridad, el 14 de marzo de 2022, nuevamente, el galeno a cargo advirtió que el clima frío afectaba la situación de salud de B. B. en los siguientes términos:

Paciente con lupus eritematoso sistémico con compromiso pulmonar intersticial y pop lobectomía derecha en quien por recomendaciones médicas lo ideal es vivir a nivel del mar, para mejorar los parámetros de oxigenación y evitar complicaciones cardio pulmonares a mediano y largo plazo6.

1. Adicionalmente, según la certificación médica del 17 de abril de 2022, emitida por una profesional en sicología, la paciente «se encuentra en estado de indefensión, sentimientos de minusvalía con pensamientos catastróficos, temor de salir, delirio de persecución y alto riesgo de suicidio debido al traslado de su esposo para otra ciudad»7.

1. Orden de traslado de Tumaco (Nariño) a Bogotá D. C. Mediante Orden Administrativa número 1764 del 26 de noviembre de 2021, la Jefatura de Desarrollo Humano de la Armada Nacional ordenó el traslado del accionante a la ciudad de Bogotá D.C. Lo anterior, con fundamento en que «mediante Señal No.20210428213753303/MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEMAF-CIMAR-JEMIM-EMIM1-SCIMP-29.60 de fecha 19 de noviembre de 2021, la Jefatura de Estado Mayor de Infantería de Marina comunicó la selección de un personal de [i]nfantes de [m]arina [p]rofesionales para que sea trasladado, atendiendo las necesidades institucionales»8.

1. Solicitud de reconsideración de la orden de traslado. Mediante escritos del 2, 3 y 14 de diciembre de 20219, el actor solicitó la reconsideración de la orden de traslado, para continuar prestando sus servicios en Tumaco (Nariño). El actor fundamentó su solicitud en las siguientes razones: (i) su núcleo familiar está integrado no solo por su esposa y dos hijos menores de edad, sino que además debe velar por el sostenimiento de sus otros dos hijos, quienes también son menores de edad y residen en la actualidad en dicho municipio; (ii) en el tiempo que ha vivido en Tumaco (Nariño), él y su familia han logrado cierta estabilidad, comoquiera que ahí tuvieron la posibilidad de adquirir la vivienda propia en la que residen actualmente; (iii) en el referido municipio, cuentan con el apoyo de los padres de su cónyuge, quienes han contribuido activamente al cuidado de los hijos, especialmente, cuando el accionante y su esposa no están en la ciudad10.

1. Concepto de la Subdirección de Salud de la Dirección de Sanidad Naval. A raíz de la solicitud de reconsideración elevada por el actor, el jefe del Estado Mayor de Infantería de Marina solicitó que se rindiera un concepto sobre la orden de traslado del accionante.

Mediante concepto del 21 de diciembre de 2021, la Subdirección de Salud de la Dirección de Sanidad Naval concluyó que el accionante «puede ser trasladado a cualquier unidad de ARC que cuente con ESM, asimismo teniendo en cuenta la patología que presenta su esposa B. B., se sugiere para dar continuidad al tratamiento médico y controles médicos en unidades que cuenten con establecimientos de sanidad militar, con red externa contratada, así: Regional Norte (Cartagena, Barranquilla, Corozal, Coveñas); Regional Pacífico (Buenaventura); Regional Centro (Bogotá)»11.

1. Concepto de la Dirección de Bienestar de la Armada Nacional. A su turno, la Dirección de Bienestar de la Armada Nacional, por medio de oficio del 24 de enero de 2022, expresó que «[e]n la valoración sociofamiliar se identificó familia reconstruida, conformada por la esposa e hijos de 11 y 6 años, quienes residen en Tumaco, Nariño, así como, se identificaron dos hijos de unión anteriores de 16 y 12 años, quienes residen con su progenitora y a los cuales el funcionario aporta económicamente. De igual forma, en la verificación se identificó que la familia vive una situación médica por parte de la esposa del IMP, motivo por el cual se recomienda solicitar concepto a la Dirección de Sanidad Naval»12.

1. Respuesta a la solicitud de reconsideración de la orden de traslado. Mediante oficio del 31 de enero de 2022, reiterado con posterioridad en oficio del 8 de marzo de ese mismo año, el jefe del Estado Mayor de la Infantería de Marina negó la solicitud del actor. Adujo que, con base en los conceptos emitidos por las direcciones correspondientes, se tomó la determinación de mantener el «traslado [al] Batallón de Infantería de Marina No. 70, por ubicarse en una ciudad donde se tiene acceso a una red de atención médica de cuarto nivel, contando con especialistas de todo tipo, toda vez que se debe garantizar una mejor atención a los problemas de salud que actualmente padece su señora esposa»13.

1. Trámite de la acción de tutela. El 4 de mayo de 2022, A. A. interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa —Armada Nacional de Colombia—, por considerar que la decisión de trasladarlo del distrito militar de Tumaco (Nariño) a Bogotá D. C. vulneró sus

derechos a la salud, a la dignidad y a la unidad familiar. Lo anterior, en razón a que, en su criterio, a pesar de que la entidad demandada manifestó que dicha decisión tuvo en cuenta la situación de salud de su esposa, lo cierto es que desconoció las recomendaciones de los galenos y no tuvo en consideración los eventuales impactos de la separación de su núcleo familiar14.

1. Auto de admisión de la acción de tutela. Por medio de auto del 4 de mayo de 202215, el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá admitió la acción de tutela y dispuso vincular al jefe o comandante de las brigadas de infantería de marina número 4 y 70, así como a las direcciones de Gestión Humana, de Bienestar, de Familia y de Sanidad Naval de la Armada Nacional, para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones contenidos en la acción de tutela.

1. Contestación de las entidades vinculadas. Las entidades vinculadas por el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá se pronunciaron sobre la acción de tutela interpuesta por A. A., así:

Entidad

Respuesta

Jefatura de Desarrollo Humano de la Armada Nacional16 y Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional17

Indicaron que una de las razones para el traslado del demandante fue, precisamente, que su esposa contara con una mejor prestación de servicios de salud. Sin embargo, «la familia decide permanecer en la ciudad de Tumaco, con las implicaciones de transporte que ya se conocen y que son asumidas por la institución, sin contar que el accionante acompaña a la cónyuge a la ciudad de Bogotá en cada visita, dejando de cumplir la misión asignada, consagrada en el artículo 1 del Decreto 1793 de 2000»18. Además, expresaron que el actor contaba con otro medio judicial ordinario para debatir los efectos de la Orden Administrativa número 1764 del 21 de noviembre de 2021, esto es, el medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho.

Precisó que el traslado a la ciudad de Bogotá estuvo motivado por la situación personal del actor. En particular, expresó que la patología que presenta su cónyuge la obligaba a desplazarse constantemente a dicha locación para permanecer por periodos de 15 días. Asimismo, solicitó que se tuviera en cuenta el carácter especial de las facultades que tiene la Armada Nacional para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar para la prestación del servicio.

Comandante de la Brigada de Infantería de Marina n.º 420

Indicó que no tiene la aptitud legal para pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor porque la Brigada de Infantería de Marina n.º 4 no tiene facultades para decidir sobre el traslado de personal de infantes de marina profesionales.

Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional21

Relató que B. B. presentó una acción de tutela con el propósito de que se garantizara su transporte y estadía en la ciudad de Bogotá, dado que requería estas prestaciones para asegurar la prestación efectiva de los tratamientos médicos requeridos para la atención de las patologías que presenta. Señaló que el Juzgado Segundo Penal de Tumaco concedió el amparo, razón por la cual, en cumplimiento de dicha decisión, ha cubierto todos los gastos de transporte y hospedaje tanto de ella como de su acompañante a la ciudad de Bogotá. Por último, precisó que los procedimientos requeridos solo pueden ser prestados en el Hospital Central de Bogotá, toda vez que el municipio de Tumaco no cuenta con los elementos técnicos y humanos para realizarlos.

1. Decisión de primera instancia. Mediante sentencia del 16 de mayo de 202222, el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá negó el amparo solicitado. La decisión fue adoptada con base en las siguientes razones: (i) el actor no acreditó su legitimación para actuar en nombre de la señora B. B.; (ii) no agotó los medios de defensa judiciales a su disposición para controvertir la Orden Administrativa n.° 1764 del 26 de noviembre de 2021. No obstante el incumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, el juzgado consideró

que se debía analizar de fondo la controversia planteada. Concluyó que no se vulneraron los derechos invocados, toda vez que el actor tenía la obligación de acatar la orden de traslado, comoquiera que se sometió a las reglas del régimen castrense desde que se vinculó voluntariamente con la institución, razón por la que no se advirtió arbitrariedad o falta de motivación en dicha decisión.

Actuaciones en sede de revisión

1. Selección del expediente. Mediante auto del 29 de julio de 2022, la Sala de Selección de Tutelas número Siete de la Corte Constitucional seleccionó para revisión el expediente de la referencia. En el mismo auto, el proceso fue repartido al despacho de la Magistrada sustanciadora.

1. Auto que requirió la remisión del expediente completo. Una vez recibido el expediente, la Magistrada sustanciadora advirtió que estaba incompleto, comoquiera que encontró que el actor impugnó la decisión de primera instancia y el expediente había sido, efectivamente, remitido al superior jerárquico y funcional para que lo resolviera en segunda instancia. Por esto, mediante auto del 22 de agosto de 2022, ofició a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D. C., para que remitiera copia en medio digital del cuaderno de segunda instancia. El 24 de agosto del año en curso, la Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá remitió las piezas procesales faltantes en el proceso de la referencia.

1. Impugnación presentada por A. A.23. El actor fundó su oposición al fallo de primera instancia en las siguientes razones: (i) no es de recibo el argumento según el cual no se acreditó la legitimación por activa, pues el estado de indefensión en el que se encontraba su familia —en especial el estado de salud de su cónyuge—, derivado de la decisión de traslado, fue la causa para la interposición de la acción de tutela; y (ii) se omitió la valoración íntegra de los distintos medios probatorios aportados con el escrito de amparo, los cuales daban cuenta de la necesidad de que permaneciera en la locación en la que estuviese su núcleo

familiar.

1. Sentencia de segunda instancia. Por medio de sentencia del 1° de junio de 2022, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia del 16 de mayo de 2021, dictada por el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá y concedió el amparo de los derechos fundamentales de A. A.24 En consecuencia, ordenó al Ministerio de Defensa —Armada Nacional de Colombia— y/o a quien hiciera sus veces, que revocara la Orden Administrativa n.° 1764 del 26 de noviembre de 2021, para que el accionante continuara desarrollando sus labores en Tumaco (Nariño), o en su defecto, ordenara el traslado a una locación en la que se le pudiera garantizar el nivel de atención médica que requiere su esposa, pero atendiendo a las recomendaciones expresadas por los médicos tratantes25.

1. La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá dictó estas órdenes, al concluir que el traslado del accionante se basó en una decisión caprichosa, que no tuvo en cuenta la situación familiar del demandante por dos razones. Primero, según los conceptos que evaluaron la pertinencia del traslado, se consideró viable dicha decisión siempre que la esposa del accionante siguiera las recomendaciones médicas para el tratamiento de sus patologías. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que los médicos tratantes habían recomendado en dos ocasiones que ella permaneciera en un lugar cálido, pues esto reduciría los riesgos asociados a las enfermedades que presenta, a pesar de que dicha situación fue puesta en conocimiento de la Dirección de Sanidad Naval. Segundo, era posible realizar el traslado a una ciudad distinta a Bogotá D.C., pues existían otras alternativas menos lesivas y que atendían a las recomendaciones médicas, tal como fue expuesto en los conceptos rendidos por la Subdirección de Salud de la Dirección de Sanidad Naval y la Dirección de Bienestar de la Armada Nacional26.

1. En adición a lo anterior, constató que la entidad accionada tenía conocimiento de la existencia de los hijos del accionante, pero optó por no valorar esta circunstancia para efectos de evaluar el impacto de la orden de traslado. En esa medida, desconoció la

obligación de proteger el derecho fundamental a la unidad familiar, el cual guarda una relación intrínseca con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, previstos en los artículos 42 y 45 de la Constitución Política27.

I. CONSIDERACIONES

1. Objeto de la decisión, problema jurídico y metodología

1. Fijación del objeto de la decisión. El accionante alegó la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, como consecuencia de la orden de traslado del distrito militar número 4, ubicado en el municipio de Tumaco (Nariño), al distrito militar número 70, localizado en la ciudad de Bogotá D.C. Adujo que dicha determinación no tuvo en cuenta su situación familiar, en particular, la situación de salud de su esposa, quien desde hace varios años fue diagnosticada con lupus eritematoso sistémico y otras patologías asociadas a esta enfermedad degenerativa. Además, no tuvo en consideración los efectos que la decisión de traslado tendría sobre la unidad familiar, especialmente, respecto de sus hijos menores de edad. En este orden de ideas, para la Sala de Revisión, el problema jurídico a resolver se contrae a la determinación de la presunta vulneración del derecho fundamental a la unidad familiar, comoquiera que no advierte la afectación del derecho a la salud del actor, pues esta se predica respecto de su cónyuge.

1. Problema jurídico. Corresponde a la Sala de Revisión resolver el siguiente problema jurídico: ¿la Armada Nacional de Colombia vulneró el derecho fundamental a la unidad familiar de A. A., por ordenar su traslado del distrito militar número 4, ubicado en el municipio de Tumaco (Nariño), al distrito militar número 70, localizado en la ciudad de Bogotá D.C., sin tener en cuenta su situación familiar?

1. Metodología de la decisión. Para dar respuesta al problema jurídico, la Sala (i) examinará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, en particular, para controvertir actos administrativos que ordenan traslados de servidores públicos. Superado este análisis, (ii) reiterará la jurisprudencia constitucional relacionada con el alcance y límites al ejercicio del ius variandi. Por último, (iii) resolverá el caso concreto.

2. Análisis de procedibilidad

1. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario, residual, informal y autónomo, que tiene por objeto garantizar la «protección inmediata de los derechos fundamentales»30 de las personas, por medio de un «procedimiento preferente y sumario»31. La disposición establece que, mediante este mecanismo, es posible reclamar ante las violaciones que ocurran como consecuencia de las actuaciones u omisiones de cualquier autoridad pública. Para tal efecto, examinará si esta solicitud satisface los requisitos de (i) legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) inmediatez y (iii) subsidiariedad.

1. Legitimación en la causa por activa. El artículo 86 de la Constitución dispone que toda persona, natural o jurídica, «tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces […], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales»32. Por su parte, el artículo décimo del Decreto 2591 de 1991 señala que la solicitud de amparo puede ser presentada (i) a nombre propio, (ii) mediante representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial o (iv) mediante agente oficioso. En tales términos, la Corte Constitucional ha indicado que el requisito de legitimación en la causa por activa exige que la acción de tutela sea ejercida, bien sea directa o indirectamente, por el titular de los derechos fundamentales33 presuntamente amenazados o vulnerados por la providencia judicial que se cuestiona.

1. La acción de tutela satisface el requisito de legitimación en la causa por activa. En

concordancia con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 199134, el accionante tiene legitimación por activa en la medida que se constató que promovió la acción de tutela a nombre propio y es el titular de los derechos fundamentales cuya vulneración reclama. Así, el actor plantea la vulneración de su derecho a la unidad familiar como consecuencia del traslado del lugar donde se encuentra su familia a otro batallón al que no se puede desplazar con su núcleo familiar, sin afectar la salud de su esposa ni la economía del hogar.

1. Legitimación en la causa por pasiva. El requisito de legitimación en la causa por pasiva exige que la acción de tutela sea interpuesta contra el sujeto presuntamente responsable de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales o aquel llamado a resolver las pretensiones, sea este una autoridad pública o un particular35.

1. La acción de tutela satisface el requisito de legitimación en la causa por pasiva. Con fundamento en el artículo 24 del Decreto 1793 de 200036, la Armada Nacional, por intermedio de la Jefatura de Desarrollo Humano, ordenó el traslado del accionante a la ciudad de Bogotá D. C., hecho que motivó la interposición de la acción de tutela. Por esta razón y en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 199137, se considera que la Armada Nacional es la autoridad que tiene la aptitud legal para responder por la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

1. Inmediatez. En reiterada jurisprudencia, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela se puede interponer «en todo momento y lugar», lo que significa que no tiene un término de caducidad38. No obstante, ha advertido que la solicitud de tutela se debe presentar en un tiempo razonable y proporcionado, a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales39.

1. La acción de tutela satisface el requisito de inmediatez. Por una parte, el hecho generador

de la presunta transgresión tuvo lugar el 31 de enero de 2022, cuando se le informó al accionante la decisión de rechazar la solicitud de reconsideración; situación que conllevó la ratificación del traslado del accionante, principal circunstancia que motivó la interposición de la acción de tutela. Por otra parte, el amparo se promovió el 4 de mayo del año en curso, es decir al cabo de un lapso menor a seis meses. En consecuencia, la Sala encuentra acreditado el requisito de inmediatez, comoquiera que el actor interpuso el amparo en un término que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, se considera razonable.

1. Carácter subsidiario de la acción de tutela. Los artículos 86 de la Constitución y 6.1 del Decreto 2591 de 1991 reconocen el principio de subsidiariedad40 de la acción de tutela, según el cual esta acción es excepcional y complementaria —no alternativa— a los demás medios de defensa judicial41. En virtud del principio de subsidiariedad, el artículo 86 de la Constitución prescribe que la acción de tutela sólo procede en dos supuestos excepcionales42: (i) cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo43 y eficaz44, caso en el cual la tutela procede como mecanismo de protección definitivo; y (ii) cuando el afectado utiliza la tutela con el propósito de «evitar un perjuicio irremediable»45, evento en el que procede como mecanismo transitorio. En todo caso, cabe resaltar que el presupuesto de subsidiariedad debe ser analizado de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso concreto.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos. En desarrollo del artículo 86 superior, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela no es, en principio, el medio adecuado para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos resultan infringidos por la expedición de un acto administrativo46.

1. Sin embargo, excepcionalmente, ha admitido la procedencia del amparo cuando se advierta «que la vía contencioso administrativa no es un medio adecuado, eficaz e idóneo cuando: i) se busca impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable que vulnera o

amenaza derechos fundamentales o, ii) “el objeto de análisis del juez ordinario de una orden de traslado no verifica la vulneración de derechos fundamentales sino la legalidad de la orden”»47. En ese sentido, ha indicado que el acto administrativo, por medio del cual se ordena el traslado de un servidor, vulnera o amenaza derechos fundamentales cuando la decisión «(i) sea ostensiblemente arbitrari[a], en el sentido que haya sido adoptad[a] sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo; y (ii) afecte de una forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar»48.

1. Respecto de este último evento, en la Sentencia T-468 de 2020, la Sala Sexta de Revisión precisó que la afectación clara, grave y directa del núcleo familiar, se concreta en los siguientes supuestos: «a) la decisión sobre [el] traslado laboral genera serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan las condiciones para brindar el cuidado médico requerido; b) la decisión sobre [el] traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia; c) las condiciones de salud de los familiares del trabajador pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la procedencia del traslado; [y] d) la ruptura del núcleo familiar va más allá de la mera separación transitoria y de la razonabilidad de la carga que se impone con el traslado». Sin embargo, precisó que esta evaluación inicial no constituye un pronunciamiento de fondo, sino que se trata de una fase analítica para «determinar si se cumplen los requisitos de procedencia para que la tutela sea analizada de fondo»49.

1. La acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad. En el caso sub examine, a pesar de que el accionante cuenta con un mecanismo judicial idóneo para controvertir la decisión de traslado, este no resulta eficaz para garantizar, de forma expedita, los derechos fundamentales del actor. En efecto, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA) dispone que cualquier persona puede promover el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando considere que un acto administrativo particular lesiona sus derechos. En esa medida, el accionante puede acudir a dicho mecanismo para controvertir la validez del acto

administrativo que ordenó su traslado y podría, eventualmente, lograr la nulidad de la orden administrativa emitida por la entidad accionada. Esto permite corroborar que, en el evento de que prosperen sus pretensiones, podría obtener el restablecimiento de sus derechos.

1. Existencia de un medio de defensa judicial idóneo, pero ineficaz. A pesar de la idoneidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala considera que este medio de defensa judicial resulta ineficaz en el caso sub examine. Atendiendo a los parámetros para evaluar la subsidiariedad en casos de traslado de servidores públicos (supra, f. j. 33 y 34), de la valoración inicial de las circunstancias fácticas y los elementos probatorios allegados al proceso, es posible acreditar que la decisión de traslado, prima facie, se muestra arbitraria. Esto, en razón a que no tuvo en cuenta la situación de salud de la cónyuge del accionante, a pesar de que la entidad demandada conocía esta situación, además de la desmejora de las condiciones de trabajo del demandante, pues el traslado acarreaba una merma en sus ingresos. Por lo anterior, resulta razonable inferir que la decisión de traslado afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y de su núcleo familiar, por varias razones.

1. Primero, el carácter degenerativo de la enfermedad que presenta la esposa del accionante—además de las patologías asociadas al diagnóstico inicial—, daba cuenta de su delicado estado de salud, razón por la que era un factor determinante para adoptar una decisión adecuada y coherente con las circunstancias particulares del infante de marina profesional acerca de su traslado. Tanto así, que una vez se hizo efectivo el traslado del accionante, su esposa desarrolló nuevos cuadros patológicos, pues su salud mental se vio afectada con dicha decisión50. En este orden de ideas, resulta evidente que la condición de salud de la cónyuge del actor era de tal gravedad que debía ser considerada como un factor determinante para adoptar la decisión de traslado.

1. Segundo, las circunstancias particulares del actor evidencian que el cambio de lugar para la prestación del servicio causó una desmejora en las condiciones de trabajo del accionante.

Así, de un lado, el traslado supuso mayores erogaciones que afectaron la economía del demandante, quien manifestó que esta decisión afectó su salario, y por ende, la situación socioeconómica de su núcleo familiar51; hecho que no fue desvirtuado por la entidad accionada y se presume veraz, en los términos del artículo 20 del Decreto 2591 de 199152.

1. Tercero, el traslado aparejó una ruptura del núcleo familiar, más allá de la mera separación transitoria e impuso una carga desproporcionada con incidencia en la unidad del núcleo familiar. Si bien es cierto que el accionante se encuentra con frecuencia con su esposa en Bogotá, pues en esa ciudad se le brindan los servicios de salud que requiere para el tratamiento de sus patologías, no sucede lo mismo con sus hijos, quienes fueron separados de su padre de forma indefinida como consecuencia de la orden de traslado a una ciudad apartada del municipio de Tumaco. Así, el traslado del accionante, prima facie, podría afectar sus derechos fundamentales, toda vez que el padre de los menores se encuentra en Bogotá de manera indefinida, mientras que su madre debe viajar periódicamente a dicha locación.

1. En consecuencia, para esta Sala de Revisión, la constatación de estas circunstancias evidencia el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, toda vez que, en este caso particular, el medio de nulidad y restablecimiento del derecho no tiene la virtualidad de garantizar los derechos fundamentales del accionante. Lo anterior, en atención a que la discusión constitucional aquí planteada trasciende a la controversia legal sobre la validez o no del acto administrativo por medio del cual se ordenó el traslado, comoquiera que existen razones suficientes para habilitar el estudio de fondo de la controversia, en la medida en que se constató que existe un indicio de vulneración de los derechos fundamentales del actor.

1. Con fundamento en las razones expuestas en este apartado, la Sala concluye que se cumplen todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela por lo que, a continuación, se examinará de fondo, la controversia planteada.

3. Límites al ius variandi del ente nominador para efectuar los traslados de personal

1. Fundamento constitucional de la facultad para efectuar los traslados de personal. Esta Corte ha reconocido que el empleador tiene la facultad para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar para que los servidores públicos presten sus servicios. Esto, en los términos de esta Corte, es lo que se conoce como el ius variandi, que constituye «una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador -público o privado- sobre sus trabajadores. Se concreta cuando el primero (empleador) modifica respecto del segundo (trabajador) la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo»53. Tratándose de empleador público, esta facultad «encuentra su fundamento en las facultades constitucionales de que dispone la administración para satisfacer el interés general»54.

1. Límites al ejercicio del ius variandi por parte de la Administración. Aunque la facultad para efectuar traslados de personal dentro de las plantas de carácter global y flexible de algunas entidades públicas está amparada por la necesidad de satisfacer el interés general55, «tal facultad discrecional no es absoluta por cuanto el acto administrativo de traslado debe sujetarse a la Constitución, en especial, al catálogo de derechos fundamentales»56. En desarrollo de tal premisa, esta Corporación ha desarrollado importantes líneas jurisprudenciales en las que ha decantado ciertas subreglas para determinar los límites del ius variandi, particularmente, respecto de la facultad de traslado de personal en distintos ámbitos de la Administración pública57.

1. Ejercicio del ius variandi para el traslado de miembros de la fuerza pública. Teniendo en cuenta las finalidades del servicio que prestan los miembros de la fuerza pública, la Corte ha reconocido que en estos casos, la administración tiene un mayor grado de discrecionalidad en el ejercicio del ius variandi58; sin embargo, a pesar de la amplitud de dicha facultad discrecional, las decisiones de traslado de servidores públicos deben ser respetuosas de los derechos fundamentales de los administrados. En esa medida, esta Corporación ha establecido que «la potestad discrecional de la autoridad nominadora para ordenar traslados se encuentra limitada, pues esta debe responder a una necesidad real y objetiva del servicio,

y a su vez debe consultar la situación particular del empleado y de su núcleo familiar. Y, que la misma no afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y su grupo familiar»59.

4. Solución del caso concreto

1. Observación preliminar sobre el trámite de la acción de tutela en primera y segunda instancia. Como se señaló en los antecedentes de esta providencia, con posterioridad al reparto del expediente a la magistrada sustanciadora, esta se percató de que el actor había impugnado la decisión de primera instancia y de que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá había resuelto la acción de tutela en segunda instancia.

1. Una vez analizadas las piezas procesales que integran el cuaderno de segunda instancia, se acreditó que la decisión del juez de primer grado fue revocada y el amparo concedido, con base en el criterio constitucional vigente sobre el traslado de servidores del Estado. Respecto de la procedencia del amparo, la Sala considera razonable que el juez de segunda instancia hubiera considerado que existían elementos que permitían el estudio de fondo de la acción de tutela. La situación de salud de la esposa del actor permitía inferir la existencia de circunstancias que podrían haber configurado un perjuicio irremediable.

1. Por otra parte, en cuanto al fondo del asunto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá estimó que la decisión de traslado vulneró los derechos fundamentales del actor. Para arribar a esta conclusión, y a partir de una valoración razonable de las pruebas allegadas y los informes rendidos en el trámite de la acción de tutela, el tribunal de segunda instancia reconoció el carácter limitado del ius variandi en las plantas de carácter global y flexible de algunas entidades públicas y reiteró algunas sentencias sobre traslado de servidores públicos60 y derechos de los menores de edad61.

1. A partir de lo anterior, dedujo que, según las subreglas fijadas por la jurisprudencia constitucional, en el caso sub examine, la parte demandada desconoció los derechos fundamentales del actor por las siguientes razones: (i) ejerció la facultad de traslado con fundamento en las necesidades del servicio, según lo previsto en el Decreto 1793 de 2000; (ii) tenía conocimiento de la situación de salud de la esposa del demandante; (iii) podía trasladarlo a un lugar que se ajustara a las recomendaciones de los galenos acerca del entorno más apropiado para el tratamiento de sus patologías; (iv) optó por no reconsiderar su decisión, a pesar de que el actor puso de manifiesto razones suficientes para considerar que el traslado afectaría sus derechos fundamentales y los de su núcleo familiar. Con base en lo anterior, era evidente que había lugar a conceder el amparo y ordenar que se declarara la nulidad de la orden administrativa n.º 1764 del 26 de noviembre de 2021 que ordenó el traslado de A. A. al Batallón n.º 70 de Bogotá.

1. Por último, se constató el cumplimiento de la decisión dictada en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. En efecto, tal como lo informó el jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, por medio de Orden Administrativa n.° 870 del 9 de junio de 2022, se ordenó la revocatoria parcial el artículo 1° de la Orden Administrativa de Personal No. 1764 del 26 de noviembre de 2021, con el fin de que el accionante pudiera continuar prestando sus servicios en el Batallón n.° 4, ubicado en el municipio de Tumaco (Nariño) (supra, f. j. 21).

Síntesis del caso

1. A. A. interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa —Armada Nacional de Colombia—, por considerar que la decisión de trasladarlo del distrito militar de Tumaco (Nariño) a Bogotá vulneró sus derechos porque no tuvo en cuenta la situación de su núcleo familiar. El juez de primera instancia negó el amparo al concluir que era improcedente. En segunda instancia, el Tribunal revocó la decisión y concedió el amparo porque evidenció que la orden de traslado debió tener en consideración la situación de salud de la esposa y de los

hijos del accionante.

1. La Sala analizó las subreglas jurisprudenciales respecto del traslado de servidores públicos, según la cual la facultad discrecional de traslado no es absoluta, comoquiera que debe respetar los derechos fundamentales de los administrados. Así, el ejercicio de dicha facultad garantiza los derechos fundamentales cuando (i) se basa en la necesidad real y objetiva del servicio; (ii) consulta la situación particular del empleado y de su núcleo familiar; (iii) no afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y su grupo familiar.

1. Con base en lo anterior, la Sala Quinta constató que le asistía razón al juez de segunda instancia en conceder el amparo, pues, en efecto, se acreditó que el traslado del accionante no tuvo en cuenta la situación de su núcleo familiar, por lo que se desconocieron sus derechos fundamentales.

1. En consecuencia, la Sala de Revisión procederá a confirmar la sentencia dictada en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 1° de junio de 2022, que revocó la decisión emitida por el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá el 16 de mayo de 2022 y concedió el amparo solicitado.

Segundo. LIBRAR por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

HERNÁN CORREA CARDOZO

Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 De conformidad con el artículo 62 del Reglamento de la Corte Constitucional, «[e]n la publicación de sus providencias, las Salas de la Corte o el Magistrado sustanciador, en su caso, podrán disponer que se omitan nombres o circunstancias que identifiquen a las partes». En concordancia con esta disposición, mediante la Circular Interna No. 10 de 2022, la Presidencia de esta Corporación dispuso que «[s]e deberán omitir de las providencias que se publican en la página web de la Corte Constitucional los nombres reales de las personas en los siguientes casos: […] a) Cuando se haga referencia a su historia clínica u otra información relativa a la salud física o psíquica».

2 Expediente de tutela. Acción de tutela, f. 1.

3 Id., f. 2.

4 Id., f. 114.

5 Id., f. 109.

6 Id., f. 73.

7 Id., f. 71.

8 Id., f. 75.

9 Dirigidos al Jefe del Estado Mayor, al Comandante de la Brigada de Infantería de Marina número 4, al Comandante de Infantería de Marina y al Comandante de la Armada Nacional.

10 Cfr. Expediente de tutela. Acción de tutela, f. 76 a 78.

11 Id., f. 95.

12 Id., f. 96.

13 Id., f. 87.

14 Cfr., Id., f. 1 a 13.

15 Cfr. Expediente de tutela. Auto de admisión de la acción de tutela, f. 1 a 2.

16 Cfr. Expediente de tutela. Contestación de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, f. 1 a 7.

17 Cfr. Expediente de tutela.

18 Id., f. 4.

19 Cfr. Expediente de tutela. Contestación del Jefe del Estado Mayor de la Infantería de Marina, f.

20 Contestación del comandante de la Brigada de Infantería de Marina No. 4, f. 2 a 4.

21 Contestación de la Dirección de Sanidad Naval, f. 4 a 7.

22 Cfr. Expediente de tutela. Sentencia del 16 de mayo de 2022, f. 1 a 12.

23 Cfr. Escrito de impugnación presentado por A. A., f. 2 a 9.

24 Cfr. Expediente de tutela, Sentencia del 1° de junio de 2022. Primero resolutivo.

25 Cfr., Id.

26 Cfr., Id., f. j. 5.1. a 5.2.

27 Cfr., Id., f. j. 5.3.

28 Cfr. Oficio número 20220030000234311/DMN-COGFM-COARC-SECAR-JEMPE-JEDHU-AJJEDHU-1.5 del 9 de junio de 2022, f. 1 a 4.

29 Id., f. 3.

30 Artículo 86 de la Constitución.

31 Id.

32 Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 2016.

34 «Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales».

35 Corte Constitucional, sentencia T-593 de 2017.

36 «Artículo 24. Traslado. Es el acto del Comandante de la Fuerza por el cual se transfiere a un soldado profesional en forma individual a una nueva unidad o dependencia militar, con el fin de prestar sus servicios en ella, estando obligado a cumplirlo.»

37 «Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la

acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud».

38 Corte Constitucional, Sentencia SU-961 de 1999.

39 Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 2019.

40 Corte Constitucional, sentencia C-531 de 1993.

41 Corte Constitucional, sentencias C-132 de 2018 y T-361 de 2017. Ver también, sentencias T-384 de 1998 y T-204 de 2004.

42 Corte Constitucional, sentencia T-071 de 2021.

43 El mecanismo judicial ordinario es idóneo si "es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales" (sentencia SU-379 de 2019). La aptitud material del recurso ordinario debe examinarse a partir de un estudio "cualitativo" (sentencia T-204 de 2004) de las pretensiones de la solicitud de tutela, la naturaleza de la controversia y las facultades que el juez ordinario ostenta para reparar las violaciones alegadas. En tales términos, el recurso ordinario será idóneo si permite analizar la "controversia en su dimensión constitucional" (C.P. art. 86.) y brindar un "remedio integral para la protección de los derechos amenazados o vulnerados" (sentencia SU-132 de 2018) equivalente al que el juez constitucional podría otorgar (T-361 de 2017).

44 El juez constitucional debe verificar que el medio judicial ordinario sea eficaz en abstracto y en concreto. El medio de defensa ordinario es eficaz en abstracto cuando "está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados" (sentencia C-132 de 2018). Por su parte, es eficaz en concreto si, "atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante" (Decreto 2591 de 1991, art. 6.), es lo suficientemente expedito para garantizar estos derechos. En particular, la Corte Constitucional ha señalado que, para valorar la eficacia en concreto de un mecanismo ordinario, el juez constitucional debe

examinar si el accionante se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

45 Artículo 86 superior.

46 Sentencias T-270 de 2012, T-041 de 2013, T-505 de 2017, T-178 de 2017, SU-077 de 2018, T-146 de 2019, T-253 de 2020 y SU-067 de 2022, entre otras.

47 Sentencia T-468 de 2020.

48 Sentencias T-796 de 2005, T-210 de 2014, T-682 de 2014, T-528 de 2017, T-468 de 2020 y T-252 de 2021.

49 Sentencia T-468 de 2020. Reiterado en la Sentencia T-149 de 2022.

50 Cómo se indicó en los antecedentes de esta providencia, según certificación médica del 17 de abril de 2022, emitida por una profesional en sicología, cónyuge del accionante desarrollo un cuadro depresivo relacionado directamente con la decisión de traslado de su esposo (supra, I.6).

51 Al respecto, se resalta que el actor expresó en la acción de tutela que el traslado «afectó mi factor salarial, en virtud a que para el mes de NOVIEMBRE mi salario como INFANTE DE MARINA PROFESIONAL era de: $2.680.847., en razón a que devengaba una prima extra por Bonificación de Orden Público, y cuando se hizo efectivo mi traslado, el total de mi salario es: $2.362.862, con una diferencia de $317.985». Por otra parte, implicó una merma en sus ingresos debido a que al cambio de ciudad, comoquiera que «en el Municipio de Tumaco, […] no pagamos arriendo, la alimentación, transporte y la manutención es más cómoda y económica». Expediente de tutela. Acción de tutela, f. 12.

52 «Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.» Decreto 2591 de 1991, artículo 20.

53 Sentencia T-682 de 2014. Reiterado en la Sentencia T-391 de 2021.

54 Sentencia C-096 de 2007.

55 Cfr. Sentencia C-443 de 1997.

56 Id.

57 Así, se destaca que esta Corporación se ha ocupado de resolver controversias constitucionales que involucran el ejercicio de dicha facultad, entre otras, tratándose de docentes — Sentencias T-561 de 2013, T-772 de 2013, T-042 de 2014, T-396 de 2015, T-316 de 2016, T-079 de 2017, T-376 de 2017, T-095 de 2018, funcionarios de la rama Judicial —sentencias T-953 de 2004, T-159 de 2017 y T-302 de 2019—, de la Fiscalía General de la Nación —sentencias T-965 y T-1498 de 2000, T-264 y T-770 de 2005—, de la jurisdicción Penal Militar —sentencia T-325 de 2010—, miembros de la fuerza pública —sentencias T-615 de 1992, T-355 de 2000 y T-1010 de 2007—, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario —sentencia T-468 de 2002—, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales —sentencias T-483 de 1993 y T-346 de 2001—, de la Registraduría Nacional del Estado Civil —sentencias T-288 de 1998—, la Aeronáutica Civil —sentencia T-715 de 1996—,

58 Sentencia T-355 de 2000.

59 Entre otras, las sentencias T-909 de 2004, T-325 de 2010, T-664 de 2011, T-664 de 2011, T-961 de 2012, T-104 de 2013, T-682 de 2014 y T-528 de 2017.

60 Sentencia T-653 de 2011.

62 «Artículo 35. Decisiones de revisión. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.» Subraya fuera del texto.