

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 1

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado Ponente

STP5200-2016

Radicación n° 84949

Acta No. 131

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016)

ASUNTO

Resolver la impugnación interpuesta por HÉCTOR LÓPEZ GONZÁLEZ, contra el fallo proferido el 22 de febrero de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual negó la acción de tutela invocada respecto de la Alcaldía Mayor de Bogotá, las Secretarías Distritales de Salud y Ambiente de la misma ciudad, la Gobernación y Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR-, el Instituto Colombiano Agropecuario –ICA-, los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Agricultura y Desarrollo Rural, y el Instituto Nacional de

Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA; por la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal.

1. ANTECEDENTES

Fueron sintetizados así por el a quo:

“El libelista, médico veterinario, empleado de planta en carrera administrativa de la Gobernación del Guaviare – Secretaría de Salud-, fue diagnosticado el 27 de febrero de 2015, con embolia pulmonar y síndrome de hipercoagulabilidad. El 9 de abril de esa anualidad, por sugerencia de sus médicos tratantes y teniendo en cuenta que no existe un centro de salud en ese departamento que cumpla con las exigencias para el control de su enfermedad, solicitó a la Gobernación su reubicación laboral en Bogotá. La secretaria administrativa de la aludida entidad territorial, con oficio 1005.62.280 del día 14 inmediatamente siguiente, le informó que se debía surtir una valoración por el área de salud ocupacional, la cual, una vez realizada, sería remitida a la Comisión Nacional del Servicio Civil, competente para la reubicación de los servidores públicos en carrera administrativa. El 23 de junio, dicha gobernación hizo la respectiva petición ante aquella, que, mediante comunicación 2015EE del 27 de agosto de 2015, indicó que no era procedente lo pretendido porque el funcionario no cumple con la condición de esta inscrito en le Registro Único de Víctimas e ilustró sobre la figura del traslado, que permite realizar movimientos de personal entre entidades.

El gobernador del Departamento del Guaviare solicitó la expedición de una relación de cargos vacantes del nivel profesional, con oficios del 29 de octubre de 2015, dirigidos a los ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Gobernación de Cundinamarca, al ICA, a la CAR, al Invima, a la

Secretaría Distrital de Medio Ambiente de Bogotá y al Alcalde Mayor de Bogotá, quien corrió traslado al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital que, a su vez, emitió la Circular externa No. 33 dirigida a los gerentes y jefes de personal de las empresas sociales del Estado y a las secretarías distritales de Salud y de Gobierno. De todos los cuales sólo el Invima solicitó la hoja de vida y sus soportes para el estudio atinente, los demás indicaron la ausencia de vacantes para el perfil del interesado.

El doctor López González, acudió al trámite constitucional con miras a que se protejan los aludidos derechos fundamentales y se ordene, a cualquiera de los accionados, disponer una plaza que corresponda a sus calidades o acelerar la respuesta positiva del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos.”

2. EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal de Bogotá negó el amparo deprecado, tras considerar:

1. Que el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad del traslado y permuta, en la misma entidad o entre distintas entidades, de los empleados en servicio activo a otros puestos equivalentes en materia de requisitos, funciones y categoría, que se hallen vacantes. Lo anterior se encuentra condicionado a la disponibilidad de la plaza pretendida, siendo una de las razones que puede motivar dicha petición las condiciones de salud del empleado.

2. En el caso particular, se tiene que se solicitó el traslado del actor ante las diferentes entidades accionadas, las cuales respondieron adversamente en la medida que no cuentan con vacantes que se ajusten a las condiciones profesionales y laborales de aquél.

3. Lo anterior impide que el juez de tutela entre a impartir órdenes que desconozcan ese hecho, pues ello supondría alterar la planta de personal de las demandadas, en contravía de sus regulaciones legales e invadir la esfera de sus competencias.

4. De manera que, si el libelista insiste en su pretensión de radicarse en esta ciudad, debe adelantar las gestiones ante otras entidades diversas a las aquí accionadas, con sujeción a su régimen.

5. No obstante, consideró que si bien el Invima dio respuesta al actor en el sentido que realizaría el estudio de su hoja de vida, no ha comunicado los resultados del mismo, motivo por el cual le ordenó su remisión a la Gobernación del Guaviare.

6. Con todo, precisó que corresponde a la empresa promotora de salud a la cual se encuentra afiliado el actor, esto es CAFESALUD E.P.S., garantizar el acceso a la prestación de los servicios médicos que requiera, haciendo las gestiones a que haya lugar, para que ello se dé en cualquier parte del territorio nacional.

3. LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó el fallo y en sustento de su inconformidad, sostuvo que el a quo no tuvo en cuenta las argumentaciones plasmadas en el libelo tutelar referidas a las apremiantes condiciones de salud que lo aquejan y que imponen su traslado a la ciudad de Bogotá, al tratarse de un paciente de alto riesgo que sólo podría obtener en esta urbe la atención médica que necesita.

4. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, o si pese a existir, se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el asunto *sub examine*, advierte la Sala que se procederá a revocar el fallo impugnado que negó la protección demandada por el accionante, puesto que contrario a lo aseverado por el a quo, no se observa que la negativa del traslado laboral por él deprecado se haya fundamentado en una absoluta imposibilidad jurídica, siendo así que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, en un evento como el presente debe buscarse alternativas que contribuyan a preservar los derechos fundamentales invocados, las cuales efectivamente se encuentran presentes según se verá más adelante.

4. En efecto, dentro de la actuación se ha acreditado que el quejoso padece de embolia pulmonar y síndrome de hipercoagulabilidad, razón por la cual deprecó a la Gobernación del Guaviare, donde ocupa el cargo en carrera administrativa, su traslado a la ciudad de Bogotá, lugar en el cual su EPS Cafesalud se encuentra en capacidad de prestarle los servicios médicos de alto nivel requeridos y donde reside su familia.

4.1. Sobre el particular, sea lo primero precisar que la patología del accionante no se muestra a simple vista como de fácil manejo y que pueda tratarse a distancia, por el contrario, dentro de los soportes allegados obran varios que dan cuenta que se trata de un paciente de alto riesgo con elevada probabilidad de sufrir trombosis y muerte, así como recomendaciones y sugerencias médicas en el sentido que el accionante debe procurar su reubicación laboral en esta

ciudad, debido a los continuos controles y citas por diversas especialidades como cardiología, neumología y hematología.

4.2. Especialmente relevante resulta la epicrisis del Hospital de San José del Guaviare, en la cual se precisa que el demandante debe vivir en una ciudad principal con acceso a servicios médicos de alta complejidad debido al alto riesgo de padecer eventos vasculares agudos que pueden ocasionar su deceso. También obra concepto médico en el sentido que el accionante debe evitar los viajes largos y precisamente, el actor informa que los constantes desplazamientos que para atender su salud debe hacer a Bogotá, duran entre 8 y 9 horas.

4.3. Pues bien, ante dicho pedimento, el ente territorial procedió a elevar las solicitudes y efectuar las gestiones del caso, primeramente, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual respondió que ello no es de su competencia pero orientó en el sentido que podía intentarse la figura del traslado interinstitucional de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015.

4.4. En tal virtud, la Gobernación del Guaviare procedió a petitionar el traslado ante los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y Ambiente y Desarrollo Sostenible, el INVIMA, ICA, Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, la Gobernación del mismo departamento y la Alcaldía de Bogotá – Secretaría Distrital de Salud, esta última que mediante circular la trasladó a diversas Entidades Sociales del Estado de la capital.

4.5. La mayoría de dichas entidades respondió que no era posible acceder a la solicitud de traslado al no contar con vacantes con el perfil del accionante, esto es médico veterinario o por carencia de necesidad. El INVIMA solicitó la remisión de la hoja de vida de aquél para a la postre informar que el mismo no cumple con los requisitos, mientras que de manera particular, se recibieron las siguientes respuestas: el ICA y el Hospital de Fontibón indicaron que pese a contar con vacantes, las mismas fueron ofertadas y se encuentran pendientes de asignación a través de concurso de méritos, mientras que el Hospital del Sur de esta ciudad manifestó que sí cuenta con un cargo de profesional universitario, código 237 grado 14, con requisito título profesional, entre otros, de médico veterinario, pero que no se contempla su provisión debido a un compromiso suscrito con los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Salud con miras a lograr el equilibrio financiero de la entidad mediante un plan de mejoramiento fiscal.

5. Lo anterior fuerza concluir que no todas las entidades accionadas se encuentran en una absoluta imposibilidad jurídica para permitir el traslado del actor, derivada de la ausencia de vacantes en sus plantas de personal, pues según se vio, algunas sí las tienen pero su negativa se fundamentó en otras razones.

5.1. Según las orientaciones que se desprenden de la respuesta otorgada por la Comisión Nacional del Servicio Civil ante el requerimiento de la Gobernación del Guaviare en pro de la situación del quejoso, el traslado entre diversos organismos es procedente de conformidad con lo establecido en el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública., así:

ARTÍCULO 2.2.5.9.2. TRASLADO O PERMUTA. *Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.*

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los jefes de las entidades en donde se produce.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo que se dispone en este Título.

ARTÍCULO 2.2.5.9.3. CONDICIONES DEL TRASLADO. *El traslado se podrá hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.*

Podrá hacerse también cuando sea solicitado por los empleados interesados, y siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio.

5.2. Así las cosas, no emerge duda respecto a que el traslado pretendido y requerido por el accionante es procedente, y a juicio de la Sala, la única y verdadera imposibilidad para su aplicación la constituye la falta de vacantes disponibles en la entidad de destino. Situación distinta acaece con aquellas que adujeron contar con las mismas pero que se encuentran pendientes de provisión a través de concurso de méritos.

5.3. Frente a ello, en un caso similar pero que dice relación con la carrera docente, el cual en sentir de la Sala es aplicable en tanto los principios que orientan la función pública de aquella son los mismos que para el sistema de carrera al cual se encuentra vinculado el actor, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente en sentencia T-797 de 2005:

“Pues bien, partiendo de las premisas expuestas en precedencia, y contrariamente a la posición del juez de instancia, considera la Sala que son fundados los motivos que expone la señora Delgado Enríquez para solicitar su traslado a la ciudad de Pasto, pues requiere dicha reubicación para el mejoramiento de sus condiciones de salud y, además, para cumplir cabalmente con el tratamiento médico que le fue prescrito para la atención de la Artrosis Severa de Cadera que padece.

El juez de primera instancia tuvo en cuenta, básicamente, dos razones para negar el amparo. Por un lado, que no existía concepto

médico que indicara que el traslado diario en vehículo automotor entre las localidades de Pasto y Tambo le estuviera prohibido o que afectara sus condiciones de salud; y por otro, que no estaba acreditado que el tratamiento de fisioterapia, “que obliga a la docente a viajar diariamente”, haya sido prescrito de forma permanente, de modo que justificara su traslado definitivo a la ciudad de Pasto. Sin embargo, a juicio de la Sala, dichas conclusiones desconocen la realidad procesal o son producto de la tergiversación de los hechos narrados por la accionante en la solicitud de tutela.

En efecto, si bien no existe un concepto médico que específicamente prohíba el traslado de la actora a su sitio de trabajo o que indique que dicho traslado afecta sus condiciones de salud, lo cierto es que de las pruebas anexadas al expediente se puede extraer lo segundo, toda vez que la mismas revelan que tanto el Coordinador de Salud Ocupacional del Magisterio como los médicos tratantes de la señora Delgado Enríquez, le han recomendado a ésta la disminución de la carga física generada por su desplazamiento para evitar el progreso de la Artrosis, en lo cual, necesariamente, tiene incidencia su traslado al sitio de trabajo toda vez que para la accionante – quien reside en Pasto – dicha actividad representa recorrer un total de 42 Km..

Por otra parte, es necesario aclarar que se equivoca el a quo cuando afirma que lo “que obliga a la docente a viajar diariamente” es el tratamiento de fisioterapia que le fue prescrito y que como éste no es permanente no se justifica su traslado a Pasto. Y ese yerro se hace evidente porque en realidad lo que fuerza a la señora Delgado Enríquez a desplazarse a diario es el hecho de residir en una ciudad distinta de aquella donde trabaja, como se puede inferir claramente de la solicitud de tutela; y en todo caso porque, aunque el tratamiento de fisioterapia no se ha ordenado en forma permanente, a juicio de la Sala, si puede inferirse que por ahora el mismo es indefinido, como quiera que se han programado varias sesiones en los meses de septiembre y octubre de 2004 y enero de 2005 (fls.18, 19 y

81) y, principalmente, porque este tratamiento es sólo un método paliativo para contrarrestar las consecuencias de la enfermedad y no definitivo como es, por ejemplo, el reemplazo de cadera que fue ordenada a la accionante (fl.20).

En consecuencia, concluye la Sala que el traslado de la señora Delgado Enríquez a la ciudad de Pasto es necesario, tanto para el mejoramiento de sus condiciones de salud como para el cabal cumplimiento del tratamiento médico ordenado, más aún cuando existe un informe de la ESP PROINSALUD Ltda., a la cual se encuentra afiliada la actora, en el sentido de que las sesiones de fisioterapia deben realizarse en la ciudad de Pasto por cuanto en el Centro Hospital de Tambo no se cuenta con este servicio (fl.81).

Ahora bien, en sus respectivos informes, las autoridades departamentales esgrimen unos argumentos que supuestamente constituyen una imposibilidad jurídica para que la señora Delgado Enríquez sea trasladada, entre ellos: (i) razones del servicio, (ii) falta de disponibilidad presupuestal y (iii) ausencia de vacantes en Pasto y los municipios aledaños. Pero, en lo que a los dos primeros aspectos se refiere, ninguno de los accionados ofrece razones concretas en el caso particular de la actora, es decir, no se dice por qué específicamente en este caso no es posible acceder al traslado por dichas razones, ni se determinan las necesidades del servicio que lo imposibilitan, sino que, por el contrario, se hacen vagos señalamientos en el sentido de que no se cumplen con los requisitos que para la procedencia de esta figura establecen los artículos 22 de la Ley 715 de 2001 y 2 del Decreto 3222 de 2003.

Así, pues, considera la Sala que lo que se presenta como discrecionalidad de la administración departamental en la decisión de negar el traslado de la señora Delgado Enríquez, se revela como un ejercicio espurio de la facultad concedida por el artículo 22 de la Ley 715 de 2001. Recuérdese que el traslado no es una figura prevista sólo

en beneficio de la administración, sino también un derecho de los docentes íntimamente relacionado con otros derechos, éstos sí de rango fundamental, como la vida, la dignidad, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad; así que la negación del traslado debe responder a verdaderas necesidades del servicio y no basarse en meros subterfugios para desconocer el ejercicio legítimo de un derecho que el ordenamiento jurídico otorga al docente.

Ahora bien, una consideración especial merece la supuesta ausencia de vacantes en el Municipio de Pasto, que es lo que interesa particularmente para este caso. Con relación a esta aseveración, no entiende la Sala por qué se presenta como argumento para negar el traslado de la accionante si el Subsecretario Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación Municipal de Pasto informa que las vacantes actualmente ocupadas en provisionalidad serán proveídas próximamente debido al concurso de méritos que se realizó y, conforme a lo establecido por el parágrafo del artículo 53 del Decreto Ley 1278 de 2002, como principio se tiene que los traslados prevalecen sobre los listados de elegibles de los concursos dentro de la respectiva entidad territorial certificada; es decir, que las vacantes sí existen y que éstas pueden ser proveídas a través de la figura del traslado.

Lo anterior, pone de manifiesto el desinterés y falta de coordinación de las autoridades departamentales por solucionar la situación de la señora Delgado Enríquez, toda vez que indagando con las autoridades competentes del Municipio de Pasto era factible definir favorablemente la solicitud de la actora, sin que la autonomía de esta última entidad territorial en materia educativa derivada de su certificación sea obstáculo para ello, pues el ordenamiento jurídico tiene previsto esta circunstancia y ha habilitado a las entidades territoriales certificadas para que efectúen traslado entre ellas mediante la figura de los convenios interadministrativos.

Por lo anterior, y sin ser necesario extenderse en mayores consideraciones, concluye la Sala que las razones presentadas por las autoridades accionadas para negarse al traslado de la señora Delgado Enríquez no son de recibo, más aún cuando del traslado solicitado depende el mejoramiento de las condiciones de salud de la actora y la cabal ejecución del tratamiento médico a que está sometida para el manejo de la Artrosis Severa de Cadera que padece”.

5.4. En el caso de HÉCTOR LÓPEZ GONZÁLEZ se cumple con los mismos presupuestos que en el precedente, pues de un lado, sin dubitación alguna las condiciones médicas que aquél presenta sólo pueden ser tratadas en esta ciudad al punto que las entidades médicas del Guaviare así lo puntualizan, de ahí que inane resulta simplemente sostener que la empresa promotora de salud del actor, en este caso CAFESALUD E.P.S., debe garantizarle al actor el efectivo acceso a los servicios que requiera en cualquier parte del país, puesto que si bien eso es cierto en la teoría, en la práctica es bien sabido que la oferta institucional en dicho departamento no es la misma que en la capital de la República.

5.5. Y de otro, porque se reitera, dos de las entidades demandadas cuentan con vacantes en el cargo que el actor aspira ocupar a través de la figura del traslado, sin que la razón aducida para no acceder a ello sea de recibo toda vez que, en criterio de la Sala y al igual que en el precedente citado, en una situación como la del accionante la solicitud de

parte fundamentada en razones de salud debe primar sobre el eventual acceso a los mismos a través del concurso de méritos, respecto del cual y mientras no exista lista de elegibles, lo cual no fue informado en este diligenciamiento, los aspirantes tienen apenas una mera expectativa.

6. Por las anteriores razones y según se anunció al inicio de las presentes consideraciones, se impone la revocatoria del fallo impugnado y en su lugar se tutelará el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna de HÉCTOR LÓPEZ GONZÁLEZ. En virtud de ello, se ordenará al Instituto Colombiano Agropecuario ICA y al Hospital de Fontibón de esta ciudad que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, hagan uso del mecanismo de traslado que prevé el artículo 2.2.5.9.2. del Decreto 1083 de 2015 para que el mencionado ocupe uno de los cargos de su planta de personal que se encuentran vacantes y que sea de funciones afines o complementarias, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño al que actualmente ocupa en la Gobernación del Guaviare.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo recurrido y en su lugar TUTELAR el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna de HÉCTOR LÓPEZ GONZÁLEZ.

Segundo.- ORDENAR al Instituto Colombiano Agropecuario ICA y al Hospital de Fontibón de esta ciudad que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, hagan uso del mecanismo de traslado que prevé el artículo 2.2.5.9.2. del Decreto 1083 de 2015 para que el mencionado ocupe uno de los cargos de su planta de personal que se encuentran vacantes y que sea de funciones afines o complementarias, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño al que actualmente ocupa en la Gobernación del Guaviare.

Tercero.- NOTIFICAR esta decisión de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- REMITIR el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria