El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / SOLDADO PROFESIONAL / LUGAR DE REALIZACIÓN DE CIRUGÍA / IUS VARIANDI / PLANTA GLOBAL Y FLEXIBLE / CONCEDE MAYOR DISCRECIONALIDAD AL EMPLEADOR / EXCEPCIONES / NO SE CUMPLEN EN ESTE CASO / LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD NO SE HA AFECTADO.**

… la pretensión principal del actor es que se ordene al comandante del Batallón de Operaciones Terrestres No 28 dejar sin efectos la orden de presentación a las instalaciones de dicha unidad militar, y fundamenta su pretensión en el hecho de estar actualmente incapacitado; además, por considerar que los servicios de salud que requiere se deben brindar en la ciudad de Pereira…

… sea lo primero indicar que razón le asiste al juez de primera instancia cuando advierte que bajo el concepto del “ius variandi” no podría impedirse la orden de presentación emanada del superior jerárquico del accionante, y ello precisamente por tratarse de una institución con una planta global y flexible. Sobre el “ius variandi” la Corte Constitucional ha dicho: “[…] es una de las expresiones del poder de subordinación jurídica que sobre los trabajadores ejerce el empleador…”

Así la cosas, es cierto las instituciones como el Ejército Nacional tienen un grado de discrecionalidad al momento de decidir sobre el lugar en el cual sus miembros activos deben prestar el servicio; sin embargo, ese derecho no es absoluto, toda vez que en casos especialísimos se puede ver limitado por aspectos personales del servidor y su entorno familiar, ya sea por temas de salud o cualquier otra circunstancia que pueda causar una grave afectación a su núcleo familiar.

… no existe ninguna acción vulneradora de derechos fundamentales por parte de la entidad accionada como lo pretende hacer ver el accionante, pues la entidad no fue quien dispuso suspender el permiso; pues ello se derivó de las condiciones médicas del accionante, ni tenía conocimiento para el momento en que hizo el requerimiento de incorporación de que el soldado se encontraba incapacitado.

En todo caso, después del segundo requerimiento la entidad tampoco desconoció las condiciones de salud del actor, por cuanto el mismo señor Santa Uribe le comunicó al despacho que su reincorporación a la Unidad Militar se llevó a cabo en febrero 14 de 2023, pero con un concepto médico que dispuso unas restricciones laborales…

Por último, no puede el juez de tutela ordenar que la prestación del servicio de salud se lleve a cabo en la ciudad de Pereira, toda vez que la entidad ha demostrado ser diligente en la prestación de los mismos, sea en la ciudad de Pereira o en Yopal, e incluso fue el mismo accionante quien informó que la cirugía se realizará en la ciudad de Bogotá, toda vez que ya le fue programada la valoración con el anestesiólogo en el mes de marzo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA de decisión PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Acta de Aprobación N° 149

Hora: 1:15 p.m.

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído, la impugnación interpuesta por el accionante **Wilder Eduardo Santa Uribe** contra el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), con ocasión de la **acción de tutela** presentada frente al **Ministerio de Defensa Nacional** y la **Dirección de Sanidad del Ejército Nacional -Disan-**; fueron vinculadas el **Hospital Universitario San Jorge de Pereira, Batallón de Operaciones Terrestres No 28 de Cumaribo (Vichada)** y **Batallón de Artillería No 08 de Pereira (Risaralda)**.

2.- DEMANDA

Lo sustancial de los hechos que plantea en el escrito de tutela el demandante, se puede sintetizar así: (i) se encuentra afiliado al SGSSS en el régimen Especial de las Fuerzas Militares en calidad de cotizante por ser soldado **profesional** adscrito al BATALLÓN DE OPERACIONES TERRESTRES No 28 ubicado en Cumaribo (Vichada); (ii) su lugar de residencia es en la ciudad de Pereira junto con su esposa y su hijo menor de edad; (iii) en junio 09 de 2022 durante un movimiento táctico nocturno del Pelotón “Dardo 3” del cual es orgánico, cayó en un hueco y producto de esa caída sufrió “ruptura parcial del ligamento peroneo astragalino”, razón por la cual debió ser evacuado del área en helicóptero hasta Saravena (Arauca), para ser atendido en el Batallón No 27; (iv) por la complejidad de la lesión fue remitido hacía Yopal (Casanare); (v) solo hasta junio 24 de 2022 le practicaron “ecografía del tobillo”; (vi) en agosto 24 fue valorado por el especialista en ortopedia y traumatología quien decidió ordenar toma de: “RX, ecografía, terapias físicas, uso de brace, manejo del dolor y restricciones laborales”; (vii) en agosto 31 le practicaron una ecografía del tobillo izquierdo y en septiembre 05 el especialista le ordenó una resonancia magnética de articulación de miembros inferior, y entregó nuevamente restricciones; (viii) para el anterior examen tuvo que desplazarse al Hospital Militar Central de Bogotá, y cubrió los gastos por su propia cuenta; (ix) en octubre 18 el especialista dispuso manejo de tercer nivel por “cirugía de pie y tobillo”; (x) por motivo de permiso de más de cuarenta días -el cual empezó a disfrutar a partir de octubre 21-, se desplazó a la ciudad de Pereira donde continuó con las gestiones para la cita con especialista de pie y tobillo, la cual fue concedida en el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE con previa autorización del BATALLÓN DE ARTILLERÍA No 08; (xi) en noviembre 18 el galeno tratante remitió a cirugía con programación prioritaria de reconstrucción de ligamentos del peroneo astragalino; (xii) en la misma fecha reportó intensos dolores en la zona del pie, y el dispensario del BATALLÓN SAN MATEO concedió tres días de incapacidad, posteriormente -noviembre 21- concedió cinco días más de incapacidad; (xiii) el BATALLÓN DE OPERACIONES TERRESTRES No 28 lo requirió para presentarse a partir de noviembre 30, pero les comunicó que tenía en Pereira muy adelantado el proceso de la cirugía; y (xiv) en Cumaribo (Vichada) no hay manera de llevar a cabo la cirugía, no hay alojamiento, toda vez que las instalaciones son carpas, por lo que resulta más adecuado seguir siendo atendido en su lugar de residencia.

Solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, seguridad social y mínimo vital, y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas: (i) efectivizar la orden de “cirugía prioritaria de pie” para que se practique en la ciudad de Pereira; (ii) garantizar todas las órdenes, medicamentos, insumos, procedimientos y demás servicios que sean necesarios; (iii) que los tiempos de incapacidad no sean computables con los términos de permiso y/o vacaciones; y (iv) que los tratamientos médicos se realicen en sitios adecuados, y que una junta médica laboral determine y evalúe las restricciones de reincorporación a sus actividades profesionales posterior a la cirugía.

3.- TRÁMITE Y FALLO

**3.1.-** Una vez admitida la tutela -mediante auto de noviembre 25 de 2022-, el despacho de primer grado vinculó y corrió traslado de la demanda al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE, BATALLÓN DE OPERACIONES TERRESTRES No 28 y BATALLÓN DE ARTILLERÍA No 08. Aunque la Dirección de Sanidad del Ejército envió un escrito al juzgado fallador, lo hizo extemporáneamente, toda vez que para la fecha en que fue recibido el documento por el despacho ya se había proferido la sentencia. **Las demás entidades guardaron silencio.**

**3.2.-** Culminado el término constitucional, el juzgado mediante fallo de **diciembre 12 de 2022** negó el amparo constitucional deprecado por el señor **WILDER EDUARDO SANTA URIBE**, toda vez que las entidades accionadas no han afectado ningún derecho fundamental, y por el contrario le han brindado los servicios médicos requeridos, y si ha existido alguna dilación en los mismos la situación se ha superada. Además, el actor reconoció haber percibido los emolumentos por incapacidades.

Si bien el señor **WILDER SANTA** solicita que los servicios médicos sean prestados en la ciudad de Pereira; lugar de residencia de él junto con su familia, lo cierto es que debe reintegrarse a la unidad militar a la cual se encuentra vinculado, y bajo el principio del **ius variandi** no puede el accionante impedir someterse a los mandatos de su superior jerárquico una vez cesen las incapacidades.

En todo caso, se trata de hechos futuros e inciertos el señalarse las determinaciones que lleguen a tomar los profesionales de la salud o junta médica laboral en relación con la continuación del tratamiento del accionante y manejo de restricciones en determinados lugares que consideren adecuados y/o determinan restricciones en la reincorporación a sus actividades profesionales post cirugía.

Finalmente, se entra en el campo de las especulaciones aseverarse que la entidad accionada tendrá como computables los días de incapacidad con los días de permiso y vacaciones con que gozó el señor **WILDER SANTA** durante su estadía en su lugar de residencia.

No obstante, si advirtió a las entidades accionadas y vinculas en continuar con la ejecución de actividades positivas a favor de la protección de los derechos del accionante; es decir, que se prosiga conforme lo dispongan los médicos tratantes, se paguen sus incapacidades, se presten los servicios de salud y permita la recuperación del actor.

4.- IMPUGNACIÓN

Dentro del término de ejecutoria, el accionante impugnó la sentencia y solicitó se **complemente** la sentencia, en el sentido de **ordenar** al comandante del Batallón de Operaciones Terrestres **cesar cualquier orden de presentación**, a cuyo efecto argumentó:

La parte motiva de la sentencia de primera instancia advierte el respeto que las entidades accionadas deben tener a su actual condición de salud; sin embargo, en **diciembre 14 de 2022** (luego de proferido el fallo de primera instancia) el Comandante del Batallón de Operaciones Terrestres No 28 de Cumaribo, le notificó ORDEN DE PRESENTACIÓN en el Batallón Rojas Acevedo de esa misma municipalidad **a partir del sábado 17 de diciembre de 2022 a las 18:00 horas.**

La decisión de su superior desconoce su estado actual de incapacidad médica, toda vez que nuevamente le expidieron una incapacidad de 30 días con restricción de movimiento y ordena reposo total en casa, con orden de cirugía para “reconstrucción de peroneo astragalino anterior”.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), según las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591/91.

**5.1.- Problema jurídico planteado**

De lo expuesto en el escrito de impugnación, corresponde a esta instancia pronunciarse en relación con los motivos de inconformidad presentados por el señor **WIDER EDUARDO SANTA URIBE**, en cuanto considera que se debe ordenar al Batallón de Operaciones Terrestres No 28 cesar cualquier orden de presentación a las instalaciones del Batallón, hasta tanto finalice los servicios de salud en Pereira por ser la ciudad donde reside.

De acuerdo con el resultado, se procederá a tomar la determinación pertinente, ya sea convalidando la decisión, revocándola o modificándola.

**5.2.-** **Solución a la controversia**

La acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

En este asunto como se indicó previamente la pretensión principal del actor es que se ordene al comandante del Batallón de Operaciones Terrestres No 28 dejar sin efectos la orden de presentación a las instalaciones de dicha unidad militar, y fundamenta su pretensión en el hecho de estar actualmente incapacitado; además, por considerar que los servicios de salud que requiere se deben brindar en la ciudad de Pereira, no solo por ser el lugar de su residencia, sino también porque las unidades donde le prestan los servicios como soldado profesional no cuenta con las instalaciones aptas para las atenciones médicas que requiere, en especial aquellas posteriores a la cirugía ordenada por su médico tratante.

Para resolver lo anterior, sea lo primero indicar que razón le asiste al juez de primera instancia cuando advierte que bajo el concepto del **“ius variandi”** no podría impedirse la orden de presentación emanada del superior jerárquico del accionante, y ello precisamente por tratarse de una institución con una planta global y flexible. Sobre el “**ius variandi**” la Corte Constitucional ha dicho: “[…] *es una de las expresiones del poder de subordinación jurídica que sobre los trabajadores ejerce el empleador. Dicho en otros términos, dentro de la naturaleza propia de la relación laboral se encuentra la potestad del empleador de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo*[[1]](#footnote-1)*”*

En relación con las plantas de personal de carácter global y flexible, la sentencia T-175/16 dejó en claro:

“En conclusión, la Policía Nacional es una institución que cuenta con una planta global y flexible, lo cual implica un mayor grado de discrecionalidad al momento de ordenar el traslado de sus miembros. Sin embargo, “*para que la medida así adoptada no implique la vulneración de los derechos constitucionales del trabajador, (i) el empleador debe sustentar su decisión en razones del buen servicio; (ii) el traslado debe realizarse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines, en cuanto no implique desmejora de las condiciones laborales y; (iii) han de tenerse en cuenta las consecuencias que el cambio de sede pudiere tener de manera grave sobre aspectos personales del servidor y su entorno familiar, en orden a evitar una intensa afectación de los derechos del núcleo familiar*.”

Así la cosas, es cierto las instituciones como el Ejército Nacional tienen un grado de discrecionalidad al momento de decidir sobre el lugar en el cual sus miembros activos deben prestar el servicio; sin embargo, ese derecho no es absoluto, toda vez que en casos especialísimos se puede ver limitado por aspectos personales del servidor y su entorno familiar, ya sea por temas de salud o cualquier otra circunstancia que pueda causar una grave afectación a su núcleo familiar.

Hasta aquí, puede entonces decirse que es legítimo por parte del comandante del Batallón de Operaciones Terrestres No 28 requerir al actor para que se presente en las instalaciones de la unidad; no obstante, surge el siguiente interrogante, ¿atenta esa orden con las garantías fundamentales del señor **WILDER SANTA**? Para resolver lo anterior, se remitirá la Corporación a los mismos antecedentes planteados por accionante y a las pruebas por él aportadas:

Señaló el actor que luego del accidente ocurrido en junio 09 de 2022 salió con permiso de 40 días, los cuales empezó a disfrutar a partir de octubre 21 de 2022, motivo por el cual se traslado desde Yopal -municipio donde se encontraba instalado en una Unidad Militar y recibiendo algunos servicios médicos- hacía la ciudad de Pereira -su lugar de residencia-. Previo a esa fecha -octubre 18 de 2022- el médico especialista en ortopedia y traumatología había ordenado “cirugía de pie y tobillo”.

Ya en la ciudad de Pereira el señor **WILDER SANTA** solicitó consultas médicas y fue valorado por un especialista del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE, quien igualmente ordenó “cirugía de pie con programación prioritaria”.

De lo anterior se desprende: (i) que el actor antes de disfrutar del permiso estaba siendo atendido por el médico especialista, quien ordenó la respectiva cirugía; y (ii) que durante el período de permiso otro médico ordenó la misma cirugía. Por tanto, existen dos órdenes médicas; sin embargo, se desconoce cuál es la razón por la cual la primera de ellas no se ha efectivizado, o qué gestiones hizo el actor para que se autorizara la cirugía y se realizara, pero incluso, se observa que dos días después de la orden del ortopedista de Yopal, el señor **WILDER SANTA** empezó a disfrutar de un período de descanso.

Ahora, el actor por medio de esta acción constitucional solicita se haga efectiva la segunda orden médica -la cual se generó en un periodo de descanso y por fuera de la Unidad a la cual se encuentra vinculado el soldado profesional-, y sustenta su pretensión en el hecho de que el comandante del Batallón de Operaciones Terrestre le solicitó su **reincorporación** a la Unidad a partir de **noviembre 30**, sin tener en consideración que desde **noviembre 21 le generaron más incapacidades.**

Conforme a lo planteado se advierte el período de descanso de 40 días del actor **iba de octubre 21 a noviembre 29,** por tanto, el requerimiento de reincorporación que hizo el comandante del Batallón de Operaciones Terrestres para día **30 de noviembre**, no es arbitrario, pues no hay evidencia que indique que la autoridad militar hubiese conocido que nueve días antes de vencerse el período de descanso se emitieron unas incapacidades a favor de Wilder Eduardo Santa, de ahí la orden de incorporación para el día 30 de noviembre, se reitera.

No obstante, en noviembre 25 -a las 04:10 pm-; y cuando ya el Juzgado de primera instancia había admitido la acción de tutela, el médico del HOSPITAL SAN JORGE generó otra incapacidad por 30 días -de noviembre 25 a diciembre 24-, lo que indica que dentro del trámite de la acción de tutela el accionante estuvo incapacitado, y si bien señala que la entidad nuevamente lo requiere para su reincorporación a la institución a partir de **diciembre 17,** no se aprecia qué información le dio a su superior jerárquico sobre la imposibilidad de reincorporarse.

En efecto, la entidad hace un segundo requerimiento de incorporación al accionante, pero lo hizo una vez venció el término de la medida provisional que había sido adoptada por el juzgado de primer nivel de suspender la orden de presentación a la unidad militar; es decir, ese nuevo acto que le notificó al soldado profesional no se deriva tampoco de una actuación caprichosa.

Como se aprecia, no existe ninguna acción vulneradora de derechos fundamentales por parte de la entidad accionada como lo pretende hacer ver el accionante, pues la entidad no fue quien dispuso suspender el permiso; pues ello se derivó de las condiciones médicas del accionante, ni tenía conocimiento para el momento en que hizo el requerimiento de incorporación de que el soldado se encontraba incapacitado.

En todo caso, después del segundo requerimiento la entidad tampoco desconoció las condiciones de salud del actor, por cuanto el mismo señor **SANTA URIBE** le comunicó al despacho que su reincorporación a la Unidad Militar se llevó a cabo en **febrero 14 de 2023**, pero con un **concepto médico** que dispuso unas **restricciones laborales**, por cuanto su último período de incapacidad fue hasta **enero 14 de 2023**, fecha a partir de la cual -y hasta febrero 14, fecha en que se reincorporó a la Unidad Militar- gozó del primer periodo de permiso del año 2023.[[2]](#footnote-2)

Por tanto, queda claro que no hubo una reincorporación del soldado profesional a la Unidad Militar durante los periodos de incapacidad, y que su reintegro se materializó con **restricciones médicas para laborar**.

Con base en lo previamente dicho, no hay lugar a pensarse en una actuación arbitraria por parte del comandante del Batallón de Operaciones Terrestre No 28, toda vez que para el momento en que el soldado profesional se reintegra a esa unidad militar, aquél **no** **gozaba de incapacidades**, y por el contrario, lo que se aprecia es que hubo un total respeto por parte de la Institución de esos períodos de cesación de actividades por enfermedad que le habían sido otorgados al señor **WILDER SANTA** por parte del médico tratante.

Por último, no puede el juez de tutela ordenar que la prestación del servicio de salud se lleve a cabo en la ciudad de Pereira, toda vez que la entidad ha demostrado ser diligente en la prestación de los mismos, sea en la ciudad de Pereira o en Yopal, e incluso fue el mismo accionante quien informó que la cirugía se realizará en la ciudad de Bogotá, toda vez que ya le fue programada la valoración con el anestesiólogo en el mes de marzo[[3]](#footnote-3).

Así las cosas, la Corporación acompañará la determinación adoptada por el juez de primera instancia, toda vez que no se vislumbra por parte de la entidad demandada ninguna acción u omisión vulneradora de derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y de la ley,

FALLA

**PRIMERO: SE CONFIRMA** la sentencia proferida en **diciembre 12 de 2022** por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), por medio de la cual negó la acción de tutela deprecada por el señor **WILDER EDUARDO SANTA URIBE** contra el comandante del BATALLÓN DE OPERACIONES TERRESTRES No 28.

**SEGUNDO:** Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ARTURO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. Ver sentencias -797 de 2005 y T- 572B de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Información brindada telefónicamente por el accionante al auxiliar judicial del despacho de magistrado ponente. Constancia visible en el cuaderno digital archivo “02INSTANCIA”, “ConstanciaAuxiliarJudicial” [↑](#footnote-ref-2)
3. Al respecto, igualmente dejó constancia el auxiliar judicial del despacho del magistrado ponente, acerca de la conversación telefónica que tuvo con el accionante, en la cual le manifestó que ya contaba con la fecha para la valoración con el anestesiólogo para el día 28 de marzo. Constancia visible en el cuaderno digital archivo “02INSTANCIA”, “ConstanciaAuxiliarJudicial” [↑](#footnote-ref-3)