

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Decisión de tutela / DECISION DE TUTELA - No impide el estudio del acto administrativo / ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO - Competencia constitucional y legal para conocer las demandas de nulidad / ACCION DE TUTELA - Protección de los derechos fundamentales ante cualquier amenaza o vulneración / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Define la legalidad del acto administrativo de conformidad con la constitución y la ley / JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Estudia la legalidad de los actos administrativos a pesar de su derogatoria o revocatoria

En cuanto al primer aspecto, no asiste razón al Procurador Delegado al solicitar la declaración de inhibición frente al acto acusado, por cuanto el hecho de que esa Corporación haya ordenado la revocatoria del acto de traslado y la entidad haya proferido uno nuevo, no priva a esta Corporación de la competencia que constitucional y legalmente se le ha otorgado para conocer de las demandas de nulidad contra los actos administrativos. La existencia de una decisión de tutela no obsta para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estudie y decida la cuestión puesta en su conocimiento y de encontrar su conformidad con la Ley la mantenga o la anule si incurre en algunas de las causales señaladas como de nulidad de los actos administrativos. Una es la función que cumple el juez dentro del proceso de acción de tutela y otra el que por mandato constitucional juzga los actos de la administración. La primera tiene como objeto la protección de los derechos fundamentales ante cualquier vulneración o amenaza, y la segunda, definir sobre la conformidad de los actos administrativos con la Constitución y la Ley. Sólo el pronunciamiento del juez contencioso administrativo tiene la virtualidad de restablecer el orden jurídico desde la expedición del acto administrativo, por cuanto la sola derogatoria o revocatoria no anula los efectos que produjo durante su vigencia. Así se ha pronunciado esta Corporación de tiempo atrás en relación con la obligación del juez contencioso administrativo de estudiar la legalidad de los actos administrativos de carácter general a pesar de que ellos hayan sido objeto de derogatoria o revocatoria.

TRASLADO - Fiscalía General de la Nación / TRASLADO DE EMPLEADO DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Requisitos / TRASLADO - Condiciones menos favorables / NULIDAD ACTO TRASLADO - Violó normas en que debía fundarse

El acto acusado no se ciñó a la normatividad que regulaba tal situación administrativa, pues la Entidad no tuvo en cuenta que, contrario a los presupuestos exigidos para su procedencia, el hecho de enviar a la actora a desempeñar sus funciones en una ciudad lejana, que por lo mismo le impedía el cuidado y atención de su hijo, le implicaba condiciones menos favorables, no sólo por el estado de salud física del menor razón por la que no podía llevarlo con ella, sino por su situación afectiva. Además de lo anterior, previo al traslado, el artículo 1º de la Resolución No. 0-1347 del 4 de julio de 2000, señaló un procedimiento, según el cual, el jefe inmediato de la actora era el llamado a solicitar el traslado de la actora, requisito con el que tampoco se cumplió, pues no obra dentro del expediente, prueba que así lo demuestre. En consecuencia, encuentra demostrado la Sala que el acto acusado infringió las normas en que debía fundarse, pues no cumplió con el requisito de la solicitud de traslado por parte del jefe inmediato de la actora e implicó condiciones menos favorables desde el punto de vista subjetivo, lo que trajo consigo la vulneración de sus derechos fundamentales y los de su hijo. La administración, por su parte, no logró demostrar las razones del servicio que aconsejaban el traslado de la actora, pues se limitó a afirmar que el interés colectivo no se debe restringir por fines particulares, pues ha

sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, y así lo acogió la Corte Constitucional en la sentencia de tutela, en el sentido de que la situación del empleado que se traslada no puede ser analizada simplemente desde un punto de vista objetivo, pues hay condiciones particulares y subjetivas cuya vulneración se traduce en una desmejora en sus condiciones personales y mucho más tratándose de los derechos de los niños, que priman sobre todos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 261 DE 2000 - ARTICULO 95

PERJUICIO MORAL - Configuración / PERJUICIO MORAL - Reiteración jurisprudencial / ACTO NULO - No conlleva perjuicio moral / LESION MORAL - Lo demostrado en el proceso

A pesar de que en procesos como el presente, se venía sosteniendo que la condena por daños morales no procede, pues dicho planteamiento fue objeto de un reestudio y fue así como en sentencia de julio 13 de 2000, expediente No. 529 - 00, se expresó que esta orientación no podía ser considerada como una regla fija o inmodificable, pues en el ordenamiento jurídico no existía una disposición que así lo estableciera, todo lo contrario, el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo al consagrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir la nulidad del acto administrativo y el restablecimiento en su derecho, y agrega la misma disposición: "también podrá solicitar que se le repare el daño." No significa lo anterior que todo acto particular que sea declarado nulo, conlleve simultáneamente restablecimiento de derechos de carácter económico y moral. Lo que quiere decir la Sala es que corresponde al juez en cada caso en particular, analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y ordenar el restablecimiento de los derechos económicos a que haya lugar y previa determinación del grado de lesión moral que resulte probado en el plenario, disponer la condena en tal sentido.

PERJUICIO MORAL - Daño sufrido por la actora / REPARACION DEL DAÑO - Tasación / DAÑO MORAL - Reconoce el equivalente a siete meses de salario

Para la Sala, analizados todos los elementos de juicio, se encuentra suficientemente probado el perjuicio moral que da lugar a reparación, pues el daño sufrido por la actora, la afectación que en su familia, vida, y tranquilidad, ocasionó el acto acusado, al separarla de su hijo menor, a lo cual se vio forzada no sólo por su obligación de cumplir con el traslado efectuado, sino por las condiciones psicológicas y físicas del menor, las primeras, que le recomendaban no alejarlo de su entorno familiar y escolar y las segundas que le imponían el deber de mantenerlo en un clima apto para las condiciones de salud que desde los dos años lo afectaban, circunstancias todas estas que como se vio, la pusieron en una situación tal que debió solicitar licencia no remunerada con las consecuencias económicas que ello conllevaba y que igualmente afectaron su estado de salud. Para efecto de tasar dichos perjuicios, es decir, para establecer el monto a que será condenada la entidad por este concepto, se atenderán las circunstancias particulares del asunto, concretamente el sufrimiento que produjo la separación madre - hijo por el tiempo que ésta duró y la intranquilidad por no tener definida la situación en cuanto a la ciudad donde debía definitivamente prestar sus servicios. En consecuencia, a título de reparación del daño moral, se ordenará a la Entidad demandada, reconocer a la actora, el equivalente a 7 meses de salario (tiempo transcurrido entre la fecha de expedición del acto acusado y el 25 de abril de 2005, fecha de la sentencia de tutela de la Corte Constitucional en que ordenó su

reubicación en la ciudad de Neiva) en el cargo en el cual se desempeñaba para la época en que se expidió el acto acusado.

PERJUICIO MATERIAL - Pago de salarios y prestaciones dejados de percibir

A título de reparación del daño por los perjuicios materiales, se ordenará a la Entidad demandada, tener el tiempo por el que la actora estuvo separada del servicio como consecuencia de la licencia no remunerada, es decir, entre el 1º de febrero y el 1º de mayo de 2005 y pagar los salarios y prestaciones que por dicho término dejó de cancelar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 41001-23-31-000-2004-01614-01(6538-05)

Actor: GLORIA LUCIA CUELLAR NÚÑEZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

No observando causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previos los siguientes,

ANTECEDENTES

GLORIA LUCÍA CUÉLLAR NÚÑEZ, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demanda de esta Corporación la nulidad de la Resolución No. 2 - 2485 de 22 de septiembre de 2004, expedida por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por medio de la cual la trasladó de la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva a la Dirección Seccional de Fiscalías de Quibdó.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita el reintegro de la demandante como Fiscal Delegada ante los Jueces del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva, y el pago de los perjuicios morales causados con ocasión del traslado, así como de las costas del proceso.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones los hace consistir en lo siguiente:

Se vinculó a la Rama Judicial desde el 01 de enero de 1988 y fue incorporada a la Fiscalía General de la Nación desde el 01 de julio de 1992, en el cargo de Fiscal Seccional de Neiva, por efecto del artículo 65 del Decreto 2699 de 1991.

Como consecuencia de la incorporación, conservó las condiciones que tenía desde el 01 de julio de 1992, como Fiscal Seccional 25 de Pitalito - Huila, y fue inscrita posteriormente en el escalafón de la carrera de la Fiscalía en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, mediante Resolución 081 de 20 de octubre de 1997, proferida por la Comisión Nacional de Administración de Personal.

Desde el 01 de mayo de 2002, ocupó el cargo de Fiscal 14 Seccional en la ciudad de Neiva y desde tal fecha estableció su residencia y domicilio en la ciudad de Neiva, para efectos de desempeñar su cargo.

Es madre cabeza de familia, su hijo padece una enfermedad crónica respiratoria, razón por la que necesita atención médica especializada, y en tal virtud se le recomendó residir en Neiva por cuestiones climáticas.

El 01 de septiembre de 2003, la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva, mediante Resolución DSF - 0178, adscribe a la demandante al cargo de Fiscal 14, por sobrecarga y congestión laboral en la Seccional en el grupo que investiga delitos contra la vida y conductas sexuales.

El 27 de septiembre de 2004 se le comunicó, que en virtud de la Resolución 2 - 2485 de 22 de septiembre de 2004, debía trasladarse a la Dirección Seccional de Fiscalías de Quibdó – Chocó, acto que adujo como motivo de tal decisión, necesidades del servicio.

En dicho acto no se le expresó la sede en donde se ocuparía el cargo, pese a existir bajo la dirección de la Seccional de Quibdó, siete municipios.

La Seccional de Quibdó en sus áreas judiciales de circuito corresponde al estrato judicial 5, que es de inferior categoría al de Neiva que corresponde al estrato judicial 2.

El 14 de septiembre de 2004, la actora tomó decisión judicial (sic) en el proceso penal radicado con número 92168 contra varios sindicatos, por rebelión, en el que profirió resolución de revocatoria de la medida de aseguramiento, con fundamento en evidencias fácticas sobrevinientes y que resultaron sin oposición y en firme. La providencia mencionada fue sometida a análisis por el nivel nacional de fiscalías a instancia del señor Director Seccional de Fiscalías, quien solicitó una copia de la providencia judicial para su estudio, sin realizar objeción alguna.

El acto demandado se expidió sin que existiera solicitud de traslado por parte del Jefe inmediato, es decir el Director Seccional de Fiscalía de Neiva y de Quibdó, como lo exige la Resolución 01347 de 04 de julio de 2000, en su artículo 10°.

El acto acusado no evaluó el traslado con base en la necesidad del servicio y de la disponibilidad de planta, como lo exige la Resolución 01347 de 04 de julio de 2000, en su artículo 10°.

La actora interpuso acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, ante el Tribunal Superior de Neiva, el cual mediante fallo de 12 de octubre de 2004, tuteló los derechos a la estabilidad laboral, a la protección de la mujer cabeza de familia, y a los derechos del niño y accedió a suspender el traslado de la demandante hasta tanto la jurisdicción competente decida de fondo sus derechos, siempre que esta interpusiera la acción correspondiente dentro de los 4 meses siguientes al fallo.

Como consecuencia del fallo de tutela, la Fiscalía General dictó las Resoluciones 2 - 2585 de 04 de octubre de 2004 y 2 - 2786 de 25 de octubre del mismo año, ordenando el traslado "teórico" (sic) de la demandante de Quibdó a Neiva. El acto acusado de traslado de Neiva a Quibdó, no se hizo efectivo, ocasionando que las Resoluciones señaladas ordenaran un retraslado que nunca se efectuó.

La actora interpuso los recursos de reposición y apelación contra el acto acusado, los cuales fueron rechazados por la Fiscalía General de la Nación,

considerándolos improcedentes mediante Resolución 2 - 2589 de 05 de octubre de 2004.

La Resolución acusada 2 - 2485 de 22 de septiembre de 2004, fue comunicada el 27 de septiembre de 2004, y con ello se agotó la vía gubernativa.

Normas violadas y concepto de violación:

Como disposiciones violadas se citaron:

- Constitución Política: artículos 2, 4, 5, 13, 25, 29, 42, 43, 44, 53, 83 y 209.
- Ley 270 de 1996: artículos 152 numeral 5 y 8, y 159.
- Decreto Ley 261 de 2000: artículos 4, 76, 95 y 105.
- Resolución 0 - 1280 de 1995 expedida por la Fiscalía General de la Nación: artículo 37.
- Resolución 0 - 1347 de 04 de julio de 2000, expedida por el Fiscal General de la Nación.
- Código Contencioso Administrativo: artículos 3, 35 y 36.

Como concepto de violación la parte demandante señala cinco cargos en contra del acto acusado.

Como primer cargo, señala que existió infracción de las normas propias del traslado, en tanto el inciso 1 del artículo 95 del Estatuto de la Fiscalía, Decreto Ley 261 de 2000, establece que el traslado sólo procede para suplir la vacancia definitiva de un cargo o para intercambiarlo.

Se infringe igualmente el artículo 8 de la Resolución 0 - 1347 de 2000, expedida por el Fiscal General de la Nación, que delegó la facultad para efectuar los traslados al Secretario General.

Se contraría el inciso 2 del artículo 95 del Decreto Ley 261 de 2000, y el artículo 10 de la Resolución 0 - 1347 de 04 de julio de 2000, que desarrolla el Estatuto de la Fiscalía, en tanto establecen que el traslado tendrá origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado. Así mismo, la norma establece que el traslado procede si no se desmejoran las condiciones del trabajador.

Como segundo cargo, señala la demandante que hubo expedición irregular del acto demandado, puesto que no se cumplió con los requerimientos exigidos para el traslado, así como falta de motivación, debido a que la decisión no presentó razones, violando así el inciso 1° del artículo 35 del C.C.A.

El tercer cargo que eleva la actora, radica en la violación del derecho de defensa y al debido proceso, configurado por no cumplirse el procedimiento establecido para el traslado por motivos del servicio, que ordena el artículo 95 del Decreto Ley, 261 de 2000 y el artículo 10 de la Resolución 0 - 1347 de 04 de julio de 2000.

Como cuarto cargo, afirma la demandante que se configuró desviación de poder, por cuanto el móvil del acto administrativo no fue la necesidad del servicio que exige el inciso 2 del artículo 95 del Decreto Ley 621 de 2000.

El quinto cargo lo hace consistir en que existió violación de los derechos y las garantías fundamentales asociados al traslado. En este sentido, se afirma que se violó la protección especial del trabajo y su derecho a ejercerlo en condiciones dignas y justas, a la estabilidad en el empleo, a la igualdad, a la integridad familiar y la de la mujer cabeza de familia, así como violación de los derechos de los niños, por cuanto el traslado al que es sometida la demandante desmejora y afecta sus condiciones laborales, personales y familiares, en especial respecto a su hijo, toda vez que ella es madre cabeza de familia, y el menor necesita tratamientos médicos especiales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado solicita: declarar de oficio probada la excepción de cosa juzgada constitucional; declararse inhibido frente a la nulidad del acto acusado y la solicitud de reintegro, teniendo en cuenta que dicho acto fue revocado en cumplimiento de un fallo de tutela y condenar a la Fiscalía General de la Nación a reconocer y pagar a la demandante la suma equivalente a cincuenta (50) s.m.l.m.v. al momento de la ejecutoria de la sentencia por concepto de perjuicios morales. Sustenta sus solicitudes en las siguientes consideraciones:

Existe cosa juzgada constitucional toda vez que llegado el momento de proferirse decisión de fondo, el acto impugnado ya no existe en el mundo jurídico, porque fue

revocado por la resolución N° 2 - 1159 de 02 de junio de 2005, expedida para dar cumplimiento al fallo de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional mediante Sentencia T - 420 de 2005.

En consecuencia debe declararse inhibido el Consejo de Estado, respecto a la declaratoria de nulidad y la solicitud de reintegro, por cuanto ya se adoptaron las medidas procesales que integran los presupuestos del fallo.

En cuanto a los perjuicios morales, se estima que con base en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que afectaron la relación familiar, profesional y personal de la demandante como consecuencia del acto impugnado, se debe condenar a la entidad demandada al pago de cincuenta (50) s.m.l.m.v. para el pago de dichos perjuicios.

Para resolver, se

C O N S I D E R A

GLORIA LUCÍA CUÉLLAR NÚÑEZ solicita la nulidad de la Resolución No. 2 - 2485 del 22 de septiembre de 2004 por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación ordenó su traslado de la sede de esa Entidad en Neiva a la Dirección Seccional de Fiscalías de Quibdó.

Considera la actora que el acto acusado fue expedido en forma irregular, sin motivación, con violación del debido proceso y de las normas que señalan los presupuestos para el traslado de los empleados de esa Entidad, así como con transgresión de sus derechos y garantías constitucionales.

El Ministerio Público, afirma que la jurisdicción contencioso administrativa no puede pronunciarse sobre la nulidad de la Resolución demandada, en consideración a que dicho acto administrativo fue revocado en su integridad en cumplimiento de una sentencia de tutela, en consecuencia en este punto debe declararse la sustracción de materia, no obstante solicita acceder al reconocimiento de perjuicios morales.

En consecuencia, el problema jurídico se centra en establecer en primer lugar, si

como lo dijo el Procurador Delegado ante esta Corporación, es innecesario el estudio de la legalidad del acto acusado por haber sido revocado por orden de una sentencia proferida dentro de una acción de tutela y por consiguiente declararse inhibida para el estudio del fondo del asunto. En caso contrario, procederá la Sala al estudio de los cargos que en la demanda se hacen contra la Resolución demandada.

En cuanto al primer aspecto, no asiste razón al Procurador Delegado al solicitar la declaración de inhibición frente al acto acusado, por cuanto el hecho de que esa Corporación haya ordenado la revocatoria del acto de traslado y la entidad haya proferido uno nuevo, no priva a esta Corporación de la competencia que constitucional y legalmente se le ha otorgado para conocer de las demandas de nulidad contra los actos administrativos.

La existencia de una decisión de tutela no obsta para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estudie y decida la cuestión puesta en su conocimiento y de encontrar su conformidad con la Ley la mantenga o la anule si incurre en algunas de las causales señaladas como de nulidad de los actos administrativos.

Una es la función que cumple el juez dentro del proceso de acción de tutela y otra el que por mandato constitucional juzga los actos de la administración. La primera tiene como objeto la protección de los derechos fundamentales ante cualquier vulneración o amenaza, y la segunda, definir sobre la conformidad de los actos administrativos con la Constitución y la Ley.

Sólo el pronunciamiento del juez contencioso administrativo tiene la virtualidad de restablecer el orden jurídico desde la expedición del acto administrativo, por cuanto la sola derogatoria o revocatoria no anula los efectos que produjo durante su vigencia.

Así se ha pronunciado esta Corporación de tiempo atrás en relación con la obligación del juez contencioso administrativo de estudiar la legalidad de los actos administrativos de carácter general a pesar de que ellos hayan sido objeto de derogatoria o revocatoria.

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 14 de enero de 1991, dictada en el expediente S - 157, Consejero Ponente: Dr. Carlos

Gustavo Arrieta Padilla, sostuvo:

"la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia".

En el asunto en estudio, nada obsta para que, a pesar de tratarse de un acto de carácter particular y concreto se siga la misma directriz, pues estos al igual que los generales, surten efectos que si bien no alcanzan a la generalidad, de resultar contrarios a la legalidad afectan derechos del particular que deben ser resarcidos.

En consecuencia, la Sala asumirá el estudio del acto acusado, previa la exposición de los siguientes hechos:

El 27 de septiembre de 2004 a la actora le fue comunicada la Resolución 2 - 2485 del 22 de septiembre del mismo año (fl. 108), por medio de la cual se ordenó su traslado, por necesidades del servicio, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva a la Dirección Seccional de Fiscalías de Quibdó, en el mismo cargo –Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito - .

Contra el anterior acto interpuso recurso de reposición, el cual fue rechazado por improcedente a través de la Resolución No. 2 - 2589 del 5 de octubre de 2004.

Por lo anterior, la actora interpuso acción de tutela, ante la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva, Corporación que en auto de 1º de octubre de 2004, admitió la acción y ordenó suspender provisionalmente la Resolución de traslado, hasta tanto se resolviera de fondo la acción de tutela.

A la anterior decisión se le dio cumplimiento a través de la Resolución No. 0 - 2585 del 4 de octubre de 2004 y en virtud de ella se ordenó el traslado de la actora nuevamente a la ciudad de Neiva.

El 12 de octubre del mismo año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva concedió la acción de tutela y en tal virtud ordenó, según da cuenta la Resolución 2 - 2786 del 25 de octubre de 2004, lo siguiente:

... que la orden de suspensión provisional de los efectos de la Resolución 2 - 2485 del 22 de septiembre de 2004 emanada de la Fiscalía General de la Nación, se mantendrá por el término de cuatro (4) meses, durante los cuales deberá interponer la correspondiente acción ante la Jurisdicción Contenciosa.

En consecuencia, la Entidad procedió a aclarar el artículo primero de la Resolución 2 - 2585 del 4 de octubre de 2004, para precisar el término por el cual se hacía el traslado.

El 23 de noviembre de 2004, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la impugnación contra la sentencia de tutela de primera instancia, revocó la anterior decisión y denegó la acción interpuesta, razón que llevó a la Fiscalía General de la Nación a expedir la Resolución No. 2 - 3166 del 13 de diciembre de 2004, dejando sin efecto las Resoluciones que le daban cumplimiento.

El 25 de abril de 2005, la Corte Constitucional revisó la anterior sentencia, la revocó y textualmente decidió lo siguiente:

...

SEGUNDO. - CONCEDER la acción de tutela y por lo tanto **REVOCAR** la Resolución de la Fiscalía General de la Nación, No. 2 - 2485 de 22 de septiembre de 2004, expedida por la Secretaría General, y **ORDENAR** a la Fiscalía General de la Nación, Secretaria General, JUDITH MORANTE GARCÍA, o a quien le corresponda dentro de sus funciones, que se le dé un trato preferente a **GLORIA LUCÍA CUÉLLAR** para que en cuanto se produzca la primera vacante que corresponda a un cargo equivalente al que venía desempeñando en la ciudad de Neiva se la nombre en éste. En el evento en que otro cargo de menor categoría esté disponible se le deberá

ofrecer a la tutelante y si ella decidiera aceptarlo se deberá ordenar su traslado a dicho cargo, mientras se abre una vacante en un cargo equivalente al que tenía.

TERCERO. - ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, Secretaría General que en el evento en que al momento de la notificación de la presente providencia no existiera una vacante en la ciudad de Neiva se deberá trasladar a **GLORIA LUCÍA CUÉLLAR**, hasta que exista una vacante en la ciudad de Neiva, a un lugar en el que ella, atendiendo a las consideraciones de la presente sentencia, pueda trasladarse con su hijo sin vulnerar sus condiciones de salud física y psicológica.

En acatamiento, la Fiscalía General de la Nación dictó la Resolución 2 - 1159 del 2 de junio de 2005, revocó la Resolución No. 2 - 2485 del 22 de septiembre de 2004 y en el artículo segundo trasladó a la actora a la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva.

Sobre el traslado, tratándose de empleados de la Fiscalía General de la Nación, el Decreto 261 de 2000, vigente para la época en que se expidió el acto acusado, señalaba los presupuestos que debía tener en cuenta la Entidad antes de proceder al traslado de un empleado. En el artículo 95, disponía:

El traslado se producirá cuando un funcionario o empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción se designe para suplir la vacancia definitiva de un cargo o para intercambiarlo con otro cuyas funciones sean afines al que desempeña, de la misma naturaleza, categoría, nomenclatura y remuneración.

El traslado podrá tener origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el trasladado o perjuicios para la buena marcha del servicio.

En virtud de la anterior disposición, la orden de traslado debe tener fundamento, bien en las necesidades del servicio, bien en la solicitud del interesado, pero su procedencia siempre estará supeditada al hecho de que no implique condiciones menos favorables para el trasladado o afecte la buena marcha de la administración.

En el presente asunto no está en discusión por haberlo encontrado así probado la Corte Constitucional y la entidad no lo desvirtuó la situación familiar de la actora,

quien es madre cabeza de familia, así como las condiciones de salud de su menor hijo, quien por recomendación médica, debe permanecer en la ciudad en la que reside.

Observó la Corte Constitucional en la sentencia de tutela que las condiciones del empleado incluyen tanto consideraciones de naturaleza objetiva como subjetiva, relacionadas estas últimas con obligaciones familiares o especiales circunstancias personales o sociales, de un lado, y de otro que tales decisiones deben consultar las necesidades del servicio y no pueden implicar condiciones menos favorables para el empleado.

Tuvo en cuenta la Corte Constitucional que según certificación del médico pediatra del hijo de la actora, éste sufría de asma - rinitis, padecimiento que le impide vivir en zonas con alto grado de humedad, como precisamente lo es el Departamento del Chocó.

Además de lo anterior encontró probado que el traslado tampoco era conveniente o apropiado, en atención al estado de salud mental, por los informes psicológicos del menor que daban cuenta, entre otros, de las alteraciones afectivas que se manifestaban por sus estados de tristeza constantes, sentimientos de frustración y poca adaptabilidad.

En conclusión, encontró demostrado que “la orden de traslado de la madre de Andrés Felipe Vargas Cuéllar afecta múltiples aspectos del derecho a la salud de un niño menor de siete años”.

Todo lo anterior, lleva a la Sala a afirmar que el acto acusado no se ciñó a la normatividad que regulaba tal situación administrativa, pues la Entidad no tuvo en cuenta que, contrario a los presupuestos exigidos para su procedencia, el hecho de enviar a la actora a desempeñar sus funciones en una ciudad lejana, que por lo mismo le impedía el cuidado y atención de su hijo, le implicaba condiciones menos favorables, no sólo por el estado de salud física del menor razón por la que no podía llevarlo con ella, sino por su situación afectiva.

Además de lo anterior, previo al traslado, el artículo 1º de la Resolución No. 0 - 1347 del 4 de julio de 2000, señaló un procedimiento, según el cual, el jefe inmediato de la actora era el llamado a solicitar el traslado de la actora, requisito

con el que tampoco se cumplió, pues no obra dentro del expediente, prueba que así lo demuestre.

En consecuencia, encuentra demostrado la Sala que el acto acusado infringió las normas en que debía fundarse, pues no cumplió con el requisito de la solicitud de traslado por parte del jefe inmediato de la actora e implicó condiciones menos favorables desde el punto de vista subjetivo, lo que trajo consigo la vulneración de sus derechos fundamentales y los de su hijo.

La administración, por su parte, no logró demostrar las razones del servicio que aconsejaban el traslado de la actora, pues se limitó a afirmar que el interés colectivo no se debe restringir por fines particulares, pues ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, y así lo acogió la Corte Constitucional en la sentencia de tutela, en el sentido de que la situación del empleado que se traslada no puede ser analizada simplemente desde un punto de vista objetivo, pues hay condiciones particulares y subjetivas cuya vulneración se traduce en una desmejora en sus condiciones personales y mucho más tratándose de los derechos de los niños, que priman sobre todos.

Al encontrarse probado que el traslado de la actora violó normas en que debía fundarse y derechos fundamentales, se declarará su nulidad.

No desconoce la Sala que el restablecimiento del derecho se traduciría en la orden para que la actora fuera restituida al sitio de trabajo de que fue trasladada, sin embargo, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional la Fiscalía General de la Nación retornó a la actora a la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva y por tal razón no es necesario un pronunciamiento en tal sentido.

No obstante lo anterior, sí encuentra procedente el análisis sobre la configuración de perjuicios morales solicitados en la demanda, petición que es apoyada por el Procurador Delegado.

Lo anterior a pesar de que en procesos como el presente, se venía sosteniendo que la condena por daños morales no procede, pues dicho planteamiento fue objeto de un reestudio y fue así como en sentencia de julio 13 de 2000, expediente No. 529 - 00, se expresó que esta orientación no podía ser considerada como una regla fija o inmodificable, pues en el ordenamiento jurídico no existía una

disposición que así lo estableciera, todo lo contrario, el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo al consagrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir la nulidad del acto administrativo y el restablecimiento en su derecho, y agrega la misma disposición: “**también podrá solicitar que se le repare el daño.**”

Conforme a lo anterior, si el acto administrativo de carácter particular se encuentra viciado por alguna de las causales de anulación, la ley contempla la posibilidad de que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, no sólo se restablezcan eventuales derechos económicos sino que, también se resarzan perjuicios morales.

No significa lo anterior que todo acto particular que sea declarado nulo, conlleve simultáneamente restablecimiento de derechos de carácter económico y moral. Lo que quiere decir la Sala es que corresponde al juez en cada caso en particular, analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y ordenar el restablecimiento de los derechos económicos a que haya lugar y previa determinación del grado de lesión moral que resulte probado en el plenario, disponer la condena en tal sentido.

Examinado el expediente y las pruebas que obran dentro del mismo, para la Sala no existe la menor duda de la afectación que la ejecución del acto acusado causó a la actora y a su menor hijo.

En efecto, la prueba testimonial da cuenta de lo siguiente:

LUCÍA DEL ROSARIO VARGAS TRUJILLO: A folio 34 del cuaderno de pruebas del expediente, textualmente expresa:

La Doctora Gloria Lucía, es separada hace muchos años. Estuvo casada con Joaquín Vargas, quien se desempeña como Fiscal en Pitalito – Huila y tuvieron un niño, que si no estoy mal este año cumple doce (12) años, que se llama Andrés Felipe Vargas Cuéllar, quien desde la separación de los padres vive todo el tiempo con su mamá, aunque pasa algunos días de vacaciones en compañía de su padre. Gloria Lucía es madre cabeza de hogar. ... Reside en la ciudad de Neiva ...ella era Fiscal en el Municipio de Pitalito –

Huila, pero debido a los graves problemas de salud de su hijo Andrés Felipe, quien padece desde su nacimiento de graves problemas respiratorios, tuvo que solicitar al Director de Fiscalías su traslado de Pitalito a Neiva, porque en ese municipio, las condiciones climáticas no favorecían a su hijo. Para mí fue muy duro (el traslado), porque me daba cuenta que era una retaliación que tomaba la Fiscalía, por la decisión judicial de dejar en libertad a esas personas sindicadas de rebelión. El Lunes siguiente nos reunimos con la Doctora Stella Pico, para ayudarla a hacer una tutela a Gloria Lucía, porque ella no se podía ir para el Chocó. El niño Andrés Felipe su hijo, tenía siete (7) años, era y es supremamente enfermo de los pulmones, y si no había resistido vivir en Pitalito habiéndose complicado su enfermedad, mucho menos iba a poder vivir en el Chocó. Gloria no se podía ir, dejando el niño en Neiva solo, porque además de su enfermedad perdería el colegio, y el niño vivía con ella. La tutela se ganó en primera instancia, pero la Sala Laboral de la Corte nos la revocó. ... Aproximadamente el veinte (20) de diciembre de dos mil cuatro (2004), como todavía no se había revisado por la Corte Constitucional la tutela, Gloria Lucía se vio obligada a viajar al Chocó, y el niño Andrés Felipe se fue unos días para Pitalito con su padre, allí se enfermó de los pulmones y además se enfermó de depresión y se lo tuvieron que traer para Neiva, pero como su madre estaba laborando en el Chocó, lo vino a acompañar su abuelita. ... Fue tal la situación de enfermedad y de tristeza de Andrés Felipe, que Gloria Lucía pensó que lo mejor era renunciar estando en el Chocó, porque lo más importante era la salud física y mental de su hijo, pero su mamá y amigas cercanas le aconsejamos que más bien pidiera licencia mientras, mientras salía el resultado del fallo de la Corte Constitucional. Por esta razón ... pidió licencia no remunerada por tres (3) meses, lo que le ocasionó una profunda pérdida económica, pues no sólo dejó de recibir sueldo, sino que esta circunstancia le incidía en las demás prestaciones sociales, y en los demás emolumentos laborales ... En la esencia de la relación como tal, (madre - hijo), puedo afirmar que Gloria Lucía siguió muy pendiente de su hijo, pero como es lógico era una situación muy traumática para ellos los dos, porque aunque lo llamaba y estaba pendiente, el niño no gozaba de su compañía, y se afectó ... como era un niño tan pequeño no podía entender que su madre estaba en el Chocó obligada por las circunstancias, y el niño reaccionó contra la mamá, casi no le quería hablar por teléfono y se volvió rebelde, conflictivo ... sé que al niño le comenzó a ir muy mal en el colegio, no solo en la parte académica sino en sus relaciones interpersonales hasta con sus mejores amigos... Gloria se sumió como es natural en un profundo estado de tristeza. Lloraba muchísimo y estaba demasiado deprimida. A mí verla tan triste, tan desolada, tan decepcionada de la justicia, y con el corazón partido por la separación de su hijo, me llevó a que todos los días la llamaba por lo menos dos veces al Chocó para acompañarla un ratito en su tristeza. Debo aclarar que

esta situación llevó a que Gloria Lucía en el Chocó se enfermara terriblemente y los médicos dijeran que lo que ella tenía era estrés y depresión. (Lo escrito entre paréntesis está fuera del texto)

CARMEN LUCÍA DÍAZ ORDÓÑEZ:

Luego de reiterar lo expuesto por la anterior declarante en relación con los hechos que rodearon el traslado de la actora, en relación con el sufrimiento moral que tal decisión le ocasionó tanto a ella como a su hijo, expresó:

Recuerdo que por ser amiga de Gloria, tuve que apoyarla en varias oportunidades en esta ciudad, acompañando a su mamá para atender las necesidades del niño, quien dejó de comer se volvió agresivo, y los médicos nos dijeron que todo era originado por la separación de la mamá, en resumidas cuentas, no solo para ella sino para todos los compañeros que la apreciamos fue una noticia terrible, pues nos sentíamos peor que un desplazado.

Sobre la razón por la cual la actora no se llevó a su hijo al Chocó, expuso:

La Doctora Gloria ha tenido que sufragar un tratamiento especial que no cubre la E.P.S., sino por vía de tutela, y por esta razón, cuando ella conoció el traslado consultó al pediatra que ha atendido a su hijo, y este profesional entiendo le aconsejó que no se lo llevara porque el clima húmedo y malsano del Chocó podría poner en peligro la vida de su hijo y esa fue la razón para no llevárselo.

NICOLÁS DÍAZ LASSO:

Relató lo siguiente:

El día que viajó la Doctora Gloria, tengo entendido que era a Medellín y allí hacía conexión con Quibdó. Algunos compañeros fuimos a acompañarla al aeropuerto y eso fue un cuadro muy triste y doloroso, al ver que ella y su hijo pequeño no tenían consuelo, y ella tuvo que retirar de su cuerpo a su hijo. Seguimos teniendo con la Doctora Gloria contacto telefónico, pues me daba cuenta que ella estaba muy preocupada por su hijito a pesar de encontrarse la

abuelita del niño aquí, acompañándolo, pues esa abuelita vive y vivía en Bogotá. ... Supe después que ella se enfermó ... pero no detectaban cuál era su dolencia y tuvo que viajar a Bogotá, y al fin descubrieron que si no estoy mal, se trataba de tifo o tuberculosis, no recuerdo bien. ...

Destaca la Sala que en ese estado de la diligencia, el Despacho comisionado para recibir los testimonios, dejó la siguiente constancia:

Que tanto la declarante Carmenza Lucía Díaz Ordóñez, como el Doctor Nicolás Díaz Lasso, en el momento de relatar el traslado de la Doctora Gloria Lucía Cuéllar Núñez, de la ciudad de Neiva a Quibdó se les quebró la voz y les rodaron lágrimas.

Además de la prueba testimonial transcrita, que evidencia el sufrimiento y el dolor que por la expedición del acto acusado se produjo en la actora y en su menor hijo, refuerza todo lo dicho, la siguiente documental:

A folio 80, obra el informe psicológico de Andrés Felipe Vargas Cuéllar, en el que consta que asiste a consulta desde noviembre de 2003, y luego de referirse a la historia personal y hacer una evaluación del área afectiva y social, expone como conclusiones, en lo que interesa al presente asunto:

- Debido a la poca adaptabilidad que presenta el paciente resulta contraproducente sacarlo de su entorno familiar y social en el que se desenvuelve actualmente. ...
- La continuidad en sus estudios Académicos podrían verse afectados puesto que el cambio de colegio generaría en el niño dificultad en la adaptabilidad y buen desempeño escolar.

Declaración del médico pediatra de Andrés Felipe Vargas Cuéllar, en la que manifestó lo siguiente:

Declaro bajo la gravedad del juramento que es un hecho cierto y verdadero que conozco al menor ANDRES FELIPE VARGAS CUELLAR desde que nació quien presenta enfermedad alérgica respiratoria desde los dos años de vida de difícil control según mi conocimiento de la enfermedad del menor no es conveniente el traslado a un clima húmedo como el del Chocó ... esto agravaría su enfermedad, además

los medicamentos que necesita no son fáciles de conseguir por lo cual debe permanecer en un sitio donde haya asequibilidad a dichos fármacos ... estos dos factores podrían incrementar el riesgo de hospitalización y de dificultad respiratoria que requerirían tratamiento rápido y oportuno en un centro asistencial de salud acreditado. (fl. 82).

Igualmente se encuentra probado que fue tal la situación en que se vio la actora que de la prueba documental es fácil deducir su indecisión, pues primero solicitó licencia no remunerada, luego renunció a ella y luego la volvió a solicitar.

Así se deduce de los documentos que obran a folios 83 a 86 del expediente.

En efecto, el 30 de septiembre de 2004 se expidió la Resolución No. 526, por la cual se le concedió una licencia ordinaria por 85 días a partir del 1º de octubre de dicho año y a folio 85, ese mismo día le informan que por Resolución No. 527, fueron suspendidos los efectos de la anterior Resolución, atendiendo a la comunicación en que renunciaba a la misma.

Luego, el 24 de noviembre, solicita nuevamente se le conceda licencia no remunerada por el término de tres meses, contados a partir del 19 de diciembre, la cual le fue otorgada mediante Resolución No. 618 de la misma fecha.

El 30 de noviembre vuelve a renunciar a la licencia reservándose el derecho de hacer uso de ella y el 1º de diciembre se revoca la Resolución que se la había concedido.

Para la Sala, analizados todos los elementos de juicio, se encuentra suficientemente probado el perjuicio moral que da lugar a reparación, pues el daño sufrido por la actora, la afectación que en su familia, vida, y tranquilidad, ocasionó el acto acusado, al separarla de su hijo menor, a lo cual se vio forzada no sólo por su obligación de cumplir con el traslado efectuado, sino por las condiciones psicológicas y físicas del menor, las primeras, que le recomendaban no alejarlo de su entorno familiar y escolar y las segundas que le imponían el deber de mantenerlo en un clima apto para las condiciones de salud que desde los dos años lo afectaban, circunstancias todas estas que como se vio, la pusieron en una

situación tal que debió solicitar licencia no remunerada con las consecuencias económicas que ello conllevaba y que igualmente afectaron su estado de salud.

Para efecto de tasar dichos perjuicios, es decir, para establecer el monto a que será condenada la entidad por este concepto, se atenderán las circunstancias particulares del asunto, concretamente el sufrimiento que produjo la separación madre - hijo por el tiempo que ésta duró y la intranquilidad por no tener definida la situación en cuanto a la ciudad donde debía definitivamente prestar sus servicios. En consecuencia, a título de reparación del daño moral, se ordenará a la Entidad demandada, reconocer a la actora, el equivalente a 7 meses de salario (tiempo transcurrido entre la fecha de expedición del acto acusado y el 25 de abril de 2005, fecha de la sentencia de tutela de la Corte Constitucional en que ordenó su reubicación en la ciudad de Neiva) en el cargo en el cual se desempeñaba para la época en que se expidió el acto acusado.

Para efecto de la liquidación, tomará el salario básico que a la fecha de la presente sentencia devengan los Fiscales Delegados ante los Jueces del Circuito.

A título de reparación del daño por los perjuicios materiales, se ordenará a la Entidad demandada, tener el tiempo por el que la actora estuvo separada del servicio como consecuencia de la licencia no remunerada, es decir, entre el 1º de febrero y el 1º de mayo de 2005 (fl. 456 cuaderno 3) y pagar los salarios y prestaciones que por dicho término dejó de cancelar.

Como la liquidación deberá efectuarse tomando como base el monto del salario devengado para la fecha en que hizo uso de la licencia no remunerada, las sumas que resulten a favor de la actora, excluyendo lo correspondiente a reparación del daño, se actualizarán en su valor, de conformidad con la fórmula y términos que se señalará en la parte resolutive de la presente providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 2 - 2485 de 22 de septiembre de 2004, expedida por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por medio de la cual se ordenó el traslado de GLORIA LUCÍA CUÉLLAR NÚÑEZ de la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva a la Dirección Seccional de Fiscalías de Quibdó.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de reparación del daño por los perjuicios materiales que se le ocasionaron con la expedición del acto acusado, se ordena a la Fiscalía General de la Nación, tener el tiempo de la licencia ordinaria no remunerada - 1º de febrero al 1º de mayo de 2005 - , como tiempo efectivo de servicio, con el consecuente pago de las sumas que dejó de percibir como salario por ese término, así como las diferencias dejadas de percibir por este concepto a título de prestaciones sociales.

Como la liquidación debe efectuarse con el salario que devengaba en la fecha en que debió solicitar la licencia, las sumas que resulten a favor de la actora se actualizarán en su valor, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de salarios durante el período comprendido entre el 1º de febrero y el 1º de mayo de 2005, así como de prestaciones sociales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada salario, así como para las prestaciones sociales.

A título de reparación del daño por la afectación moral que la ejecución del acto acusado produjo en Gloria Lucía Cuéllar Núñez, la Fiscalía General de la Nación pagará el equivalente a 7 meses de salario en el cargo en el cual se desempeñaba para la época en que se expidió el acto acusado.

Para efecto de la liquidación, tomará el salario básico que a la fecha de la presente sentencia devengan los Fiscales Delegados ante los Jueces del Circuito.

La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente. **PUBLÍQUESE.**

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO