

TRASLADO – Facultad discrecional en planta global y flexible / EMPLEADO PUBLICO DE PLANTA GLOBAL Y FLEXIBLE – Conocimiento de la posibilidad de traslado. Condiciones menos favorables. Prueba

Al vincularse a la entidad demandada, que cuenta con una planta de personal global y flexible, tenía pleno conocimiento de que podía disponerse la prestación de su servicio en cualquier lugar del país, el tenor de lo consagrado en el artículo 173 de la Ley 407 de 1994 y, bajo ese entendido, sabía que su arraigo en una ciudad determinada no era óbice que impidiera el ejercicio de la facultad discrecional de traslado conferida por ley al Director de la entidad demandada. Así las cosas, al no haberse establecido que las causas que motivaron el traslado de la demandante fueron diferentes a una adecuada prestación del servicio, como quiera que el interés general de cobertura del servicio penitenciario y carcelario prima sobre el interés particular de los empleados que hacen parte del Instituto que presta tal servicio, como el traslado se produjo a un cargo de la misma denominación, grado y categoría, que no implica condiciones menos favorables para el trabajador y como, en este caso, no se probó que con la decisión de traslado se produjera un peligro inminente para la demandante o su núcleo familiar, es decir, no se desvirtuó la legalidad de los actos demandados, se deben despachar desfavorables las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 407 DE 1994 – ARTICULO 173

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00029-00(0756-06)

Actor: MARIA DEL CARMEN CONCHA CAICEDO

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC

Decide la Sala la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentó MARÍA DEL CARMEN CONCHA CAICEDO contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

Por conducto de apoderado, pide que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 0552 de febrero 7 de 2005 y 0878 de febrero 24 de 2005 expedidas por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, mediante las cuales se dispuso su traslado como profesional universitario código 3020, grado 14, del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Florencia.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pidió continuar desempeñando el mismo cargo en la ciudad de Popayán, con las mismas funciones asignadas al momento en que se produjo el traslado; dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.; condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada y dar cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria.

Relata que se vinculó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario por nombramiento en provisionalidad en el empleo de profesional universitario especializado código 3010 grado 14, mediante Resolución No. 0882 de marzo 4 de 1998, en la planta global del INPEC, Penitenciaría Nacional de Popayán y mediante Resolución No. 4536 de octubre 16 del mismo año, se le nombró provisionalmente en el mismo cargo en la Penitenciaría Nacional de Popayán.

Comenta que mediante Resolución No. 00326 de febrero 8 de 2002 se creó el Centro de Reclusión Penitenciario y Carcelario San Isidro de Popayán y según Resolución No. 0597 se dispuso su traslado de la Penitenciaría Nacional de

Popayán al Centro de Rehabilitación Penitenciario y Carcelario San Isidro de Popayán.

Manifiesta que mediante Resolución No. 0552 de febrero 7 de 2005 se ordenó su traslado al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Florencia, decisión contra la que interpuso recurso de reposición y que fue resuelta mediante Resolución No. 0878 de febrero 24 de 2005 que confirmó la decisión inicial.

Señala que durante la prestación de su servicio se ha distinguido por ser responsable y no haber sido sancionada disciplinariamente.

Informa que el 9 de marzo de 2005, actuando en nombre de su menor hijo, interpuso acción de tutela contra el Instituto demandado, pues consideró que la decisión adoptada vulnera el derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella; demanda que fue fallada a su favor por el juez de conocimiento y confirmada en segunda instancia.

Considera que con la decisión de la administración se vulneraron normas constitucionales y legales, toda vez que impide su desarrollo como ser humano, pues da lugar a que rompa sus relaciones familiares, sociales y laborales y menoscaba el derecho de su menor hijo, a tener una familia y no ser separado de ella.

Aduce que con la actuación de la administración se vulnera su derecho al trabajo pues modifica ostensiblemente las condiciones del mismo; no hace una valoración de sus condiciones personales, entre ellas la de madre cabeza de familia, pues presenta una situación médica que está pendiente de

valoración; tampoco aprecia la calidad de su servicio, ni las condiciones climáticas a las que se verá sometida en virtud del traslado ordenado, lo que pone en riesgo su estado de salud, e irrespeta su dignidad humana, protegida por el artículo 5º del Decreto 407 de 1994.

Estima que si bien el empleador tiene la facultad de trasladar a sus empleados, dicha facultad no es absoluta, pues el traslado debe atender condiciones dignas y justas para el trabajador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Relaciona los derechos de los niños y concluye que éstos no pueden ser considerados como seres aislados, sino producto de una familia y la sociedad; por lo tanto, deduce que con la expedición de los actos demandados se quebrantan los derechos fundamentales de su menor hijo, que a pesar de ser amparados por acción de tutela como mecanismo transitorio, siguen siendo vulnerados.

Sostiene que la decisión de la administración carece de motivación, lo que constituye un vicio de legalidad, pues la expresión “por necesidades del servicio” no constituye una verdadera motivación y ello contraría el artículo 35 del C.C.A.

Expone que el acto acusado incurrió en una falsa o errónea motivación, pues no se consideró que otros establecimientos carcelarios como en la ciudad de Santander de Quilichao, el centro de reclusión de mujeres de Popayán y el de la ciudad de Buga sí presentaban una necesidad de personal calificado en el área jurídica.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, por conducto de apoderado, consideró que si a la demandante le asiste el derecho a no ser trasladada en garantía del derecho a la salud de su menor hijo, está dispuesta a proceder a la revocatoria o anulación del acto acusado.

No obstante, mencionó que de no probarse la afectación en la salud del menor a causa del traslado, debe mantenerse la decisión de la administración pues, en ese caso, no se estaría vulnerando ningún derecho al trabajador.

Precisó que los empleados al servicio del INPEC desde su vinculación conocen que están sometidos a unas normas especiales, entre las que está inmersa la disponibilidad de ser trasladados a cualquier lugar del país.

Adujo que en el caso analizado a pesar de que existe una certificación de un médico particular que se refiere a la enfermedad respiratoria crónica del hijo de la demandante, esta debe ser trascrita por la EPS correspondiente en la que el menor aparece como beneficiario.

Propuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de la violación de derechos fundamentales, pues está demostrado que la demandante no tiene prueba idónea de la enfermedad de su menor hijo.

- Inexistencia de obligación del pago de costas y agencias en derecho pues, de probarse la afectación de la salud del menor, la demandante no aportó prueba idónea al momento del traslado y la entidad no tiene la obligación oficiosa de averiguar el estado físico y mental de los miembros de las familias de cada uno de sus empleados.

- Inexistencia del derecho a costas y gastos del proceso porque en el evento de que se demuestre la enfermedad del hijo de la demandante, el Instituto no debe ser condenado en costas porque obró de manera legal; además, se trata de una situación excepcional que no puede dar lugar a condena económica a cargo del INPEC.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, solicita que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que el traslado de un servidor público es una situación de carácter administrativo que puede ocurrir por necesidades del servicio, siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el trabajador, en la que se debe procurar una conciliación entre las necesidades de la entidad y los derechos de su personal, pues a pesar de que es una decisión discrecional de la administración, tiene límites, ya que se debe producir en un cargo de la misma categoría y con funciones afines; además, debe atender las consecuencias que se pueden ocasionar en el empleado y en su entorno, de modo que no se le cause un perjuicio.

Observó que en el caso bajo análisis no se evidenció que la decisión de la administración causara el perjuicio alegado, que la enfermedad respiratoria que sufre el hijo de la demandante no fue debidamente probada, pues a pesar de existir certificado médico al respecto, este no fue expedido por su EPS y ésta certificó no haber atendido al menor por las deficiencias respiratorias aludidas; además, no se pudo determinar que el origen de dicha enfermedad estuviera relacionado con las condiciones climáticas del lugar al que se iba a producir el traslado.

Señaló que la desvinculación de la demandante de su arraigo social y familiar, así como la adquisición de un bien inmueble en la ciudad en la que laboraba no son razones suficientes que prevalezcan sobre el interés general que motiva el traslado, pues son los funcionarios quienes deben adecuarse a la estructura de la administración y no ésta a ellos, salvo el evento de comprobarse que con la decisión se atente contra la integridad física del empleado o de su familia.

Finalmente consideró que como no se probó la necesidad del servicio en otros centros de reclusión ubicados en Popayán, en Buga y en Santander de Quilichao, no se configuró la causal de falsa motivación invocada.

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. 0552 de 7 de febrero de 2005 y 0878 de febrero 24 de 2005 expedidas por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", mediante las cuales se dispuso el traslado de un cargo de profesional universitario código 3020 grado 14 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Florencia y

el traslado, por necesidades del servicio, de la demandante quien se desempeñaba en dicho cargo¹.

Previo al análisis de fondo, la Sala considera que como las excepciones propuestas por la entidad demandada tienen relación directa con lo que se decida sobre el punto materia de debate, se hará pronunciamiento respecto de ellas, una vez resuelto el objeto litigioso, si a ello hubiere lugar.

Para determinar si la decisión se encuentra ajustada a la ley, es necesario referirse a las normas que cobijan al personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, relativas a ese tipo de situación administrativa.

El Decreto 407 de 1994 *“Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”* en el artículo 24 establece:

“ARTÍCULO 24. TRASLADO. Se produce traslado cuando el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, mediante Resolución, prevé en forma permanente con un miembro del Instituto, un cargo vacante a nivel similar en un establecimiento carcelario, asignándole funciones afines a las que desempeña en el establecimiento de origen. Así mismo, cuando es llamado a adelantar curso para ascenso.

Una vez notificado oficialmente el interesado, éste cumplirá la disposición de traslado en los siguientes términos máximos:

- a) Dentro de los doce (12) días siguientes a la fecha de la notificación oficial, si cumplen funciones directiva o de manejo;
- b) Dentro de los seis (6) días siguientes a la fecha de la notificación oficial, en los demás casos;
- c) Inmediatamente, cuando se trate de urgentes motivos de orden público penitenciario u otras razones de conveniencia institucional determinadas por el ordenador del traslado.”

¹ La demandante fue nombrada en el cargo de profesional especializado código 3010, grado 14 de la planta global del Inpec, asignada a la Cárcel del Circuito Judicial de Cartago, como consta en la Resolución No. 882 de marzo 4 de 1998, del que tomó posesión el 25 del mismo mes y año, nuevamente nombrada mediante Resolución No. 4536 de octubre 16 de 1998 y posesionada el 19 de octubre de ese mismo año (fls. 53 a 58 del Cuaderno 2) y trasladada al Centro de Rehabilitación Penitenciaria y Carcelaria San Isidro de Popayán, en virtud de Resolución No. 0597 de marzo 6 de 2002 (fl. 76 Cuaderno 3).

Ahora bien, en cuanto a las razones que pueden dar origen a la decisión de traslado y los requisitos que se deben cumplir para tal efecto, el Decreto 1950 de 1973, consagra:

“Artículo 29º.- Se produce 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 Nacional.

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 Decreto Nacional.

Artículo 30º.- 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 funcionarios interesados, y siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio.” (Se resalta).

De las precitadas normas se concluye que el traslado de un empleado del INPEC se debe producir a un cargo de nivel similar y con funciones afines a las desempeñadas en el establecimiento carcelario de origen; siempre y cuando ello obedezca a necesidades del servicio y, en todo caso, no puede implicar condiciones menos favorables para el trabajador.

Es necesario precisar que los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario deben prestar su servicio en el lugar del territorio nacional que el Director disponga, al tenor del artículo 173 del Decreto 107 de 1994 que establece:

“ARTÍCULO 173. OBLIGACION DEL SERVICIO. Los empleados del Instituto deberán prestar sus servicios en el lugar y por el tiempo que determine el Director General del mismo dentro del territorio nacional.”

Al estudiar el IUS VARIANDI con miras a disponer el traslado de un empleado del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y los límites en el ejercicio de dicha facultad, la Corte Constitucional sostuvo:

“3.- El *ius variandi*, entendido como la potestad del patrono en ejercicio de su poder subordinante para alterar las condiciones en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo de sus empleados, **encuentra su límite último en el respeto a los derechos fundamentales del trabajador y debe enmarcarse siempre dentro de la órbita del respeto a la dignidad humana**. En esta medida, su carácter absoluto desaparece para convertirse en un criterio condicional, es decir, **sujeto a las razonables necesidades de una empresa, siempre y cuando no conlleve una desmejora en las condiciones laborales**². Su alcance no está circunscrito únicamente a las relaciones entre particulares, sino que, por el contrario, resulta completamente válido cuando el empleador es una entidad de derecho público, pues los límites a su ejercicio se derivan del reconocimiento del trabajador como sujeto de derechos y no del tipo de vinculación o de la clase de empleador que se tenga³.

4.- **Uno de los elementos que caracteriza el ejercicio del *ius variandi* consiste precisamente en la facultad de ordenar traslados**, ya sea en cuanto al reparto funcional de competencias (factor funcional), **o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial)**, pero sin que pueda desmejorarse al servidor en sus condiciones laborales. No obstante, aún cuando su aplicación es tanto para la esfera de lo privado como de lo público, es comprensible que en materia de traslados haya diferencias dependiendo del tipo de empleador, porque **cuando interviene una entidad del Estado media**

² Cfr. Sentencias T-407/92, T-593/92, T-483/93, C-356/94, T-715/96, C-443/98, T-523/98 y T-503/99, entre muchas otras.

³ Ver, por ejemplo, las Sentencias T-346/01, T-483/93 y T-355/00

siempre el interés general y los principios de la función pública que permiten, en ciertos casos, tomar determinaciones en forma mucho más expedita.

Con tal propósito, **algunas entidades disponen de plantas globales y flexibles que les permite adoptar con la suficiente celeridad las medias necesarias para garantizar el cumplimiento de las funciones a su cargo. En ellas el director goza de un margen de discrecionalidad más amplio al momento de valorar las circunstancias para ordenar un traslado, sin que esa potestad pueda confundirse con arbitrariedad**, no solo porque siempre debe atender las necesidades del servicio sino, además, porque las especiales circunstancias de la persona y sus condiciones laborales son aspectos a tener en cuenta en decisiones de esta naturaleza. La Fiscalía General de la Nación⁴, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales⁵, la Registraduría Nacional del Estado Civil⁶, la Aeronáutica Civil⁷, los cuerpos de la Fuerza Pública⁸ y **el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC⁹, son algunas de esas entidades.** Pero el interrogante que surge es entonces si las plantas globales y flexibles pueden afectar o no los derechos fundamentales de los trabajadores.

5.- Al respecto, la Corte considera que **el diseño de plantas globales al interior de la administración no afecta por sí misma el derecho al trabajo, ni ningún otro derecho fundamental, sino que supone su armonización con las necesidades del servicio público y del interés general.** En la Sentencia T-715 de 1996, la Corte se pronunció con ocasión de la tutela interpuesta por una servidora de la Aeronáutica Civil que fue trasladada de la ciudad de Ibagué a la ciudad de Girardot; en aquella oportunidad analizó el punto y dijo lo siguiente:

*“Con todo, **prima facie** no se observa una evidente contradicción entre el establecimiento de las plantas globales y la normativa constitucional. La planta de personal global y flexible tiene por fin garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden. Este es, pues, un punto en el que existe tensión entre el interés general y los deberes del Estado, y los derechos de los trabajadores. Sin embargo, no es claro que el establecimiento de una planta global afecte el núcleo esencial de la estabilidad y los derechos de los*

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-965/00 y T-1498 de 2000

⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-483 de 1993 y T-346 de 2001

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-288 de 1998

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-715 de 1996

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-615 de 1992 y T-355 de 2000

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 1995

trabajadores, ya que éstos siguen gozando de ellos, pero en una forma tal que se armonizan con el interés de elevar la eficiencia de la administración.”

6.- En este orden de ideas, **la estabilidad territorial de quienes laboran en instituciones con planta global es menor a la de aquellos que lo hacen para otro tipo de entidades** pues, como fue señalado, **razones de interés general justifican un tratamiento diferente**. No obstante, el ejercicio del *ius variandi* para ordenar traslados, por ejemplo de una ciudad a otra en instituciones del orden nacional, **tiene como supuesto la necesidad del servicio, y encuentra su límite en el respeto a los derechos adquiridos y la imposibilidad de desmejorar las condiciones laborales**.

(...)

9.- En la Sentencia T-016 de 1995 la Corte analizó el caso de un funcionario del INPEC, quien a pesar de adelantar estudios de bachillerato fue trasladado de la ciudad de Medellín al municipio de Segovia. En aquella oportunidad señaló que el simple hecho de pretender la anulación de un acto administrativo tornaba improcedente la tutela, pero hizo algunas consideraciones adicionales sobre la necesidad de otorgar amplias facultades para ordenar traslados al interior de la institución, que resultan relevantes en esta oportunidad. Dijo entonces la Corte:

“Las cárceles no constituyen únicamente lugares de castigo o de expiación de los delitos, sino que, desde el punto de vista del interés social, cumplen la función de rehabilitar y readaptar al delincuente, constituyéndose a la vez en factores esenciales de la seguridad y la paz colectivas, pues la reclusión de enemigos públicos, aunque no implique la eliminación total ni definitiva de los riesgos que afronta el conglomerado social -siempre asediado por la delincuencia-, contribuye significativamente a su disminución.

La comunidad tiene derecho a que el Estado le garantice una eficaz, permanente y cuidadosa guarda de los centros carcelarios y penitenciarios. A cargo de aquél está impedir, además de las fugas de los internos, la comisión de actos

ilícitos en el interior de los establecimientos y la ocurrencia de eventos que perturben el orden público.

Por otra parte, los propios reclusos tienen derecho a reclamar la protección de su vida, su integridad física y moral y su salud, para lo cual se hace menester que las dependencias carcelarias se hallen no sólo bien dotadas desde el punto de vista material sino atendidas con solvencia por personal idóneo, conducido y controlado por el Estado.

Estos objetivos no se podrían obtener ni sería posible cumplir las funciones del INPEC si entre los diversos instrumentos de que dispone no contara con las necesarias atribuciones de traslados y reubicación de internos y de guardianes y otros funcionarios al servicio de los centros correccionales.

(...)

Respecto de los segundos, la delicada responsabilidad que asumen exige una alta dosis de confianza tanto en su adecuada preparación logística y estratégica como en su integridad moral. Una y otra se suponen, pero la finalidad misma del servicio puede exigir que con cierta periodicidad se rote al personal encargado de la seguridad de los penales, no únicamente para efectos de formación, capacitación y entrenamiento, sino con el propósito de evitar que se consoliden relaciones de camaradería entre custodios y vigilados, o -más grave todavía- perniciosas connivencias o ilícitos pactos.

Circunstancias especiales pueden hacer imperativo que se refuerce la guardia en un determinado reclusorio, que deba atenderse una emergencia, o que, al instalar nuevas cárceles, sea preciso disponer de parte del personal de otras para la eficiente y experimentada iniciación de sus servicios.

Todo lo dicho indica que las atribuciones en materia de traslados tienen que acentuarse significativamente en la actividad carcelaria, por lo cual, salvo situaciones excepcionales, que deben ser calificadas por la entidad nominadora dentro de los ya mencionados límites del poder discrecional, la regla aplicable es la de una permanente disponibilidad de los funcionarios públicos a su servicio, quienes desde su vinculación están advertidos acerca de las posibilidades de traslado y redistribución en los distintos establecimientos del país.

Así las cosas, a menos que se pruebe la existencia de un verdadero e inminente peligro para la salud o la vida del afectado, o una circunstancia familiar de excepcionales características, en la que estén comprometidos derechos fundamentales, no es la acción de tutela el mecanismo

*jurídico apto para oponerse al legítimo ejercicio del ius variandi por parte de la autoridad penitenciaria.” (...)*¹⁰

La sentencia anterior ilustra en forma amplia el margen de discrecionalidad que tiene el Director del Inpec para disponer el traslado del personal a su cargo, precisamente por tratarse de una entidad con una planta de personal global y flexible, que para el cumplimiento de los fines que la ley le ha encomendado, requiere de la disponibilidad de trasladar y distribuir a sus empleados en cualquier lugar del país, con miras a una adecuada prestación del servicio penitenciario y carcelario, dadas las especiales funciones que el Estado debe desarrollar en los centros penitenciarios.

En el caso concreto se observa que el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario profirió la Resolución No. 0552 de febrero 7 de 2005 (fls. 170 a 172) en cuyo artículo quinto dispuso el traslado de María del Carmen Concha Caicedo¹¹ al cargo de Profesional Universitario Código 3020 grado 14 a ser desempeñado en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Florencia.

La demandante no estuvo de acuerdo con tal decisión, razón por la cual interpuso recurso de reposición (fls. 175 y 176), en el que precisó tener en cuenta las siguientes circunstancias especiales: ser madre de un menor de 2 años, cabeza de familia, con familiares radicados en las ciudades de Cali y Popayán, con vínculos afectivos, sociales y culturales en estas dos ciudades, haber adquirido un bien inmueble en la ciudad de Popayán y derivar su dependencia económica de su labor en el INPEC.

¹⁰ Sentencia T-468 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

¹¹ Quien se desempeñaba en el cargo de Profesional Universitario Código 3020 grado 14 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán.

En consecuencia, argumentó que al producirse el traslado, se vería afectado su entorno familiar y afectivo, así como el apoyo moral, económico, psicológico y social de ella y en especial de su menor hijo, respecto de quien solicitó un trato especial con miras a garantizar su derecho a la unidad de la familia.

El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario resolvió el recurso mediante Resolución No. 0878 de febrero 24 de 2005 (fls. 11 y 12) en el que decidió no revocar la decisión anterior, pues consideró que el acto recurrido estuvo motivado en razones del servicio y en el ejercicio de la facultad discrecional consagrada en el artículo 173 del Decreto 407 de 1994. De igual manera, precisó que la decisión no estuvo motivada por persecución laboral y que se dieron los presupuestos necesarios para el traslado.

La demandante, con el objeto de proteger los derechos fundamentales de su menor hijo, interpuso acción de tutela¹² en la que solicitó la suspensión del traslado, para lo cual expuso principalmente razones de índole médico que perjudicarían la salud del menor en caso de trasladarse a una ciudad con clima húmedo selvático, como lo es Florencia; así mismo, expresó razones relacionadas con los lazos familiares del menor, tanto con la familia materna como con el padre quien reside en la ciudad de Popayán y sostuvo que también existían necesidades de cubrir el servicio jurídico en otros establecimientos carcelarios en esa ciudad, en Buga o en Santander de Quilichao.

La tutela fue resuelta en forma favorable, disponiendo un amparo de carácter transitorio, mientras la demandante iniciaba la acción ordinaria con miras

¹² Folios 26 a 30, adicionada mediante memorial cuya copia obra de folios 31 a 39.

a resolver acerca de la legalidad del acto de traslado y mientras la jurisdicción contenciosa resolvía lo pertinente¹³, decisión que fue confirmada en segunda instancia¹⁴ y acatada mediante Resolución No. 1459 de marzo 28 de 2005 (fls. 188 a 189).

La Sala advierte que las razones de salud del menor hijo de la demandante aducidas en la acción de tutela no fueron puestas en conocimiento de la administración cuando se opuso a la decisión del traslado, es decir, no fueron debatidas en la vía gubernativa; no obstante, como quiera que fueron motivo del amparo de tutela, la Sala hará el análisis correspondiente.

De acuerdo con el registro civil de nacimiento cuya copia obra a folio 140, la demandante es madre del menor Juan Fernando Sanclemente Concha, quien nació el 17 de julio de 2002 y fue afiliado como su beneficiario al sistema de seguridad social en salud adscrito a la E.P.S. Coomeva, según folio 141.

Obra a folio 44 del expediente copia de las fórmulas médicas de fecha junio 20 de 2004, expedidas por una médica pediatra del Hospital Infantil Club Noel, en las que se ordenó la toma de medicamentos al menor Juan F. Sanclemente.

A folio 45 aparece una certificación del Centro Pediátrico del Cauca expedida por el Dr. Víctor Manuel Rodríguez Quintero el 7 de marzo de 2005 en la que afirmó que el menor *sufre desde el nacimiento de una Enfermedad Respiratoria crónica de origen alérgico y requiere control pediátrico periódico y de*

¹³ Folios 50 a 65.

¹⁴ Folios 66 a 75.

un clima que no sea demasiado húmedo, además requiere de la presencia de la madre para su cuidado y evitar complicaciones.

En certificación allegada por solicitud de esta Corporación, el Dr. Rodríguez Quintero relacionó lo que consta en la historia clínica a su cargo, respecto de las consultas en que fue atendido el menor hijo de la demandante por las siguientes razones: i) sinequiotomía, procedimiento que reemplaza la circuncisión, a los 10 meses de edad; ii) escabiosis, parasitismo en la piel a esa misma edad; iii) control de 1 año de edad; iv) infección respiratoria de la laringe **de origen viral**, a los 16 meses; v) infección respiratoria, tratada en forma ambulatoria y sin complicaciones a los 18 meses y vi) consulta por un cuadro diagnosticado y manejado en una clínica de la ciudad con un síndrome convulsivo a los 2 años de edad. Así mismo, se precisó que desde 4 años atrás a la expedición de la certificación¹⁵ no ha acudido a consulta; por lo tanto no es posible certificar el actual estado de salud.

En la certificación expedida por el Auditor Médico Garantía de la Calidad Coomeva S.A. Regional Sur Occidente, EPS a la que se encuentra afiliada la demandante y su menor hijo, se hace constar que: *“al revisar la historia clínica remitida por la IPS del niño JUAN FERNANDO SANCLEMENTE CONCHA, con atenciones médicas presentadas en agosto del año 2003, junio del año 2004 y noviembre del año 2004, no se encuentra evidencia clínica consignada de que el menor presente durante el periodo analizado patologías o sistematologías respiratorias que deriven del clima.”*¹⁶

¹⁵ Expedida en noviembre de 2008.

¹⁶ Folio 1 del cuaderno 5.

La Sala, sin entrar a controvertir aspectos médicos cuya apreciación o valoración solo pueden ser certificados o diagnosticados por profesionales en medicina, considera que las patologías presentadas por el menor hijo de la demandante, que dieron origen a las atenciones médicas de carácter particular por el Dr. Víctor Manuel Rodríguez Quintero, según lo que se reporta en su historia clínica, no permiten evidenciar una dificultad de carácter respiratorio de tal magnitud que impida su desarrollo en una ciudad con condiciones climatológicas húmedas, como lo es la ciudad de Florencia.

Si bien es cierto el menor Juan Fernando Concha Sanclemente fue atendido por el mencionado médico a los 16 y 18 meses de edad por una infección respiratoria viral y otra infección respiratoria, sin mayores complicaciones, también lo es que a partir de ese segundo episodio, ocurrido en el mes de enero de 2004 y hasta el 26 de enero de 2006, cuando volvió a someterse a consulta ante el mismo facultativo, no presentó síntomas que demostraran deficiencias respiratorias o, por lo menos en el expediente no existe prueba de ello y, más aún, cuando la misma EPS a la que se encuentra afiliado el menor, certifica no haberlo atendido por ese tipo de patología¹⁷.

A juicio de la Sala, el precitado reporte de lo que refleja la historia clínica del menor desvirtúa lo certificado por el mismo galeno a folio 45 del expediente, cuando afirmó que desde su nacimiento había padecido una enfermedad respiratoria crónica de origen alérgico, pues si ello hubiera sido así, la constancia de las consultas realizadas por dicha afección hubiera sido constante a partir del nacimiento del menor y debería estar reflejada en su historia clínica y en

¹⁷ Folio 1 del cuaderno 5.

ella se habría precisado que la naturaleza del padecimiento era de origen alérgico y no por cuestiones virales, como allí se consignó.

Además, se reitera, en los reportes de la EPS a la que se encuentra afiliada la demandante y su menor hijo, no se refleja consulta alguna por problemas respiratorios o alérgicos del menor.

También debe anotarse que si, en gracia de discusión, se atendieran las recomendaciones dadas en la precitada certificación de folio 45, consistentes en someterse a control pediátrico periódico, este podía ser prestado en la ciudad de Florencia, por la IPS que en tal ciudad tuviera convenio con la EPS Coomeva a la que está afiliada la demandante por razón de su vínculo laboral. En cuanto a no someterlo a un clima “demasiado húmedo”, en el expediente ni en la certificación médica se precisa cuál es el nivel de humedad adecuado para su saludable desarrollo.

Si bien es cierto en la certificación que obra a folios 224 y 225 expedida por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM se concluye que la ciudad de Florencia *tiene una altura de 244 m.s.n.m y de acuerdo con la clasificación climática de Caldas-Lang, su clima es de tipo Cálido – húmedo*, también lo es que dicho nivel de humedad no es el mayor que existe en el territorio nacional, pues existen ciudades ubicadas en sectores con clima súper húmedo, como el caso de la región del pacífico colombiano y, de acuerdo con los mapas de las clasificaciones climáticas de Colombia suministrados en la página web del IDEAM¹⁸, la ciudad de Popayán también

¹⁸ Información tomada de la página web www.ideam.gov.co en el link Mapas y gráficos del tiempo y el clima y dentro de éste, el link indicadores climatológicos y el link clasificaciones climáticas.

presenta un clima húmedo, a pesar de que la temperatura varía entre ella y la ciudad de Florencia.

Lo anterior permite inferir que no está demostrado que con el traslado de la demandante de lugar de trabajo de la ciudad de Popayán a la ciudad de Florencia se produzca riesgo o afectación inminente de la salud del menor, pues el traslado se ordenó hacia una ciudad que también tiene una condición de humedad, al igual que la ciudad origen, razón por la cual ante la falta de prueba de un peligro inminente para la salud del menor, ese hecho no es determinante para impedir el traslado ordenado por el Director del INPEC en los actos demandados.

Ahora bien, en lo que respecta a la unión familiar¹⁹ y desarrollo social tanto del menor como de la demandante, por el desprendimiento de la familia residente en la ciudad de Popayán y en las ciudades de Buga y Cali, la Sala considera que ese no es un obstáculo que impida la materialización del traslado pues el apoyo moral y psicológico que principalmente se busca garantizar es el de los padres y, en este caso, no hay razón para que el menor se desligue de la madre quien puede llevarse consigo a la ciudad destino de su traslado.

Según declaraciones rendidas por conocidos de la demandante²⁰ la familia de ella reside en la ciudad de Cali, es decir, en una ciudad diferente a la ciudad de Popayán de la que pide no ser trasladada, ello implica que su arraigo y relaciones familiares no están necesaria y exclusivamente ubicadas en su mismo

¹⁹ Entendida como “una garantía para el desarrollo integral de la infancia, en la medida en que en esa etapa, los niños y niñas necesitan del apoyo moral y psicológico de su familia, fundamentalmente del de sus padres, para evitar cualquier trastorno que pueda afectar su desarrollo personal, de modo que solamente de manera excepcional, dicha unidad podría ser afectada” Sentencia T-488 de 2011.

²⁰ De Luz Amelia Concha Caicedo y Gerardo Hernán Sánchez Ordoñez (fls. 118, 119, 123 y 124 del cuaderno 4).

lugar de residencia y a pesar de que en ella vive la hermana de la demandante y en algún momento compartieron la vivienda²¹, de tal hecho no se deriva dependencia o necesidad de cercanía de la demandante y su menor hijo con ella.

Al respecto, es necesario referirse a la afirmación hecha por la señora María del Carmen Concha Caicedo cuando sostiene que el menor *“depende absolutamente de mi y de mi trabajo para su sustento, en su vida emocional, desarrollo físico, cuidados en salud, relaciones sicoafectivas y demás... El entorno familiar del niño lo constituyo yo en forma exclusiva, sin desconocer sus relaciones afectivas a la familia que todos tenemos...”*²², de modo que, en este caso, la decisión de la administración no implica desmejoramiento o vulneración de su unión familiar, pues quien le brinda el cuidado, apoyo y condiciones económicas necesarias para su desarrollo es la madre, y ésta se lo puede llevar a la ciudad de traslado y en ella, generar el entorno y ambiente propicios para su buen desarrollo.

Además, no se probó que la demandante tuviera una vida de pareja con el padre del menor, de modo que el traslado produjera disgregación del núcleo familiar que afectara tanto la vida de pareja, como la estabilidad emocional de éste; por el contrario, tanto en la tutela, como en la demanda que originó este proceso, la actora fue enfática en afirmar que su hijo dependía en forma exclusiva de ella.

²¹ Según afirmación hecha en la declaración rendida, visible a folio 119 del cuaderno 4)

²² Ver folio 31.

Es importante resaltar que la demandante, al vincularse a la entidad demandada, que cuenta con una planta de personal global y flexible, tenía pleno conocimiento de que podía disponerse la prestación de su servicio en cualquier lugar del país, el tenor de lo consagrado en el artículo 173 de la Ley 407 de 1994 y, bajo ese entendido, sabía que su arraigo en una ciudad determinada no era óbice que impidiera el ejercicio de la facultad discrecional de traslado conferida por ley al Director de la entidad demandada.

Debe resaltarse que el cargo al que se ordenó el traslado es de la misma denominación del que desempeña en la ciudad origen, lo que implica que pertenece al mismo nivel y, por ende, tiene la misma remuneración que venía percibiendo la demandante en la ciudad de Popayán; ello permite concluir que no se hace evidente un desmejoramiento de las condiciones laborales; además, no se probó que las condiciones del sitio de trabajo en la ciudad de Florencia fueran diferentes o inferiores a las que tenía en Popayán, ni que atenten contra su dignidad humana, es decir, no se violaron las condiciones objetivas ni subjetivas para producir el traslado.

Así mismo, la Sala considera que no se demostró que la decisión de la administración estuviera motivada por razones diferentes al buen servicio pues el juicio de valor que hace la demandante, en virtud del cual consideró que podía ser trasladada a otras sedes ubicadas en las ciudades de Buga, Puerto Tejada, Santander de Quilichao o Popayán²³ en las que se requería cubrir vacantes a las que se adaptaba su perfil profesional, en modo alguno puede prevalecer sobre el juicio de quien dirige la entidad demandada, quien tiene la potestad de decidir

²³ Según lo afirmado a folio 26 y en el concepto de violación cuando se alude a la falsa motivación del acto demandado (fl. 84)

acerca del traslado y quien con una visión más global y un conocimiento preciso y detallado de las necesidades reales de los establecimientos carcelarios a su cargo, puede determinar la provisión de algunas vacantes o la asignación de funcionarios en forma prevalente y prioritaria en algunos de ellos.

Sobre el particular se debe hacer referencia a la documental que obra a folio 132 del cuaderno 3 de pruebas, que contiene la impresión de un mensaje vía correo electrónico dirigido al Director del Inpec por Miguel Ángel Rengifo Rengifo, exsenador y exembajador de Colombia, quien solicitó reconsiderar el traslado de la demandante por razones familiares y ante la existencia de una vacante en la Cárcel de Buga – Valle, en ella, en manuscrito se plasmó el procedimiento a seguir para dar la respuesta pertinente y en una de tales directrices se indicó *Dra. Gina preparar respuesta, mostrar a la jefe, diciendo prima neced (sic) en Florencia*, lo que implica que, en todo caso, en forma previa sí se efectuó un análisis de las necesidades del servicio y la prioridad para proveer la vacante a la que fue destinada la actora con respecto a los demás empleos disponibles en otras sedes de la entidad.

La Sala considera necesario referirse a la Resolución No. 027 de enero 30 de 2007 (fls. 98 a 101 del cuaderno 3), expedida con posterioridad a la presentación de la demanda, en la que se consideró que debido al alto número de demandas y el aumento considerable de ellas contra la entidad demandada, era necesario asignar a la demandante las funciones de representación Judicial de la Regional Occidente del INPEC, lo que permite reforzar aún más que son las necesidades del servicio las que han dado lugar a que se produzcan los traslados o, en este caso, la asignación de unas funciones específicas a la demandante y quizás, al momento de producirse esta sentencia, las necesidades del servicio no

están acordes con las que, en su momento, motivaron la expedición de los actos demandados.

Así las cosas, al no haberse establecido que las causas que motivaron el traslado de la demandante fueron diferentes a una adecuada prestación del servicio, como quiera que el interés general de cobertura del servicio penitenciario y carcelario prima sobre el interés particular de los empleados que hacen parte del Instituto que presta tal servicio, como el traslado se produjo a un cargo de la misma denominación, grado y categoría, que no implica condiciones menos favorables para el trabajador y como, en este caso, no se probó que con la decisión de traslado se produjera un peligro inminente para la demandante o su núcleo familiar, es decir, no se desvirtuó la legalidad de los actos demandados, se deben despachar desfavorables las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda promovida por la señora MARÍA DEL CARMEN CONCHA CAICEDO contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC – por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO