

TRASLADO DEL CARGO – Procedencia excepcional de la acción de tutela

Al respecto, la Jurisprudencia Constitucional ha manifestado que la administración goza de discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal. Sin embargo, esta libertad se limita a los siguientes aspectos: a) que se efectúe a un cargo de la misma categoría y con funciones afines; b) la orden de traslado debe sujetarse a las consecuencias que éste puede producir en la salud del funcionario y, c) en algunas circunstancias la administración debe consultar los efectos que el traslado pueda ocasionar en el entorno del funcionario. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso de los traslados, sólo cuando se observa la existencia de un evento o circunstancia especial familiar y social en el que se amenaza o viola de forma irremediable y grave los derechos del trabajador o de su núcleo familiar.

TRASLADO DEL CARGO - Improcedente cuando afecta el núcleo familiar / DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR – Afectación por traslado laboral / DERECHOS DE LOS NIÑOS - Protección es prevalente

La Sala reconoce que la administración cuenta con una amplia discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal, en especial, cuando se trata de entidades con planta global y flexible como lo es la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, como se indicó en el numeral II de la parte motiva, esta potestad no es absoluta, pues encuentra límites en la situación familiar del trabajador, su estado de salud o el de sus allegados y las condiciones salariales. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando se presenta una ruptura grave del vínculo familiar, la facultad discrecional aludida debe ceder ante la protección de intereses superiores, como lo son los derechos de los niños y las niñas. **NOTA DE RELATORIA:** Ver, Corte Constitucional. Sentencia T-481 de 2011. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en cita.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00080-01(AC)

Actor: JENNY MURILLO ARBOLEDA

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia de 17 de abril de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico negó la solicitud de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Jenny Murillo Arboleda, en nombre propio y en representación de su hijo César Arturo Álvarez Murillo, acudió ante el Tribunal Administrativo del Atlántico con el fin de solicitar la protección de los derechos a la vida, la dignidad humana, la familia, el trabajo y los derechos de los niños, que considera vulnerados por la Fiscalía General de la Nación.

Solicita en amparo de los derechos invocados, que se ordene a la Fiscalía General de la Nación revocar la Resolución N° 2-0780 de 1° de marzo de 2013, mediante la cual se ordenó su traslado a la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Riohacha.

De manera subsidiaria y en caso de no ser posible acceder a la anterior pretensión, solicitó que se modificara el acto administrativo mencionado, y se ordenara su traslado a la Seccional Valle del Cauca, región en donde puede contar con la ayuda y compañía de familiares para el cuidado de su menor hijo.

Lo anterior, lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (fls 1-27):

Relata que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011, el Departamento Administrativo de Seguridad fue suprimido y algunas de sus funciones se trasladaron a la Fiscalía General de la Nación, a partir del 1° de enero de 2012.

Señala que mediante la Resolución N° 03433 de 29 de diciembre de 2011 proferida por el Fiscal General de la Nación, fue incorporada a la entidad accionada en el cargo de Asistente de Investigación Criminalística V, de la Dirección Seccional Cuerpo Técnico de Investigación con sede en Barranquilla.

Indica que mediante la Resolución N° 2-0780 de 1° de marzo de 2013, la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación ordenó su traslado a la Seccional de Riohacha por necesidades del servicio.

Afirma que la decisión adoptada le genera graves perjuicios, pues tiene la condición de madre cabeza de familia y vive con su hijo de ocho años de edad.

Manifiesta que el traslado le genera inestabilidad emocional y familiar, pues no cuenta con familiares ni conocidos en la ciudad de Riohacha que puedan asistirle en el cuidado de su hijo menor de edad.

Expone que el padre de su hijo vive en la ciudad de Cartagena, a pesar de lo cual mantiene una muy buena relación, la cual se vería seriamente afectada si ella es obligada a trasladarse con el menor a la ciudad de Riohacha, dificultando que padre e hijo puedan verse en el futuro.

Añade que en la ciudad de Riohacha su hijo estaría expuesto a riesgos considerables, más si se tiene en cuenta que por la naturaleza de las labores prestadas, en muchas ocasiones debe ausentarse de su hogar en horas de la noche.

Insiste en que una transformación en el entorno del menor podría afectar su desarrollo emocional y debilitar sus lazos afectivos, además de incidir negativamente en su proceso educativo y su rendimiento académico.

Añade que el día 31 de enero de 2013 celebró una promesa de compraventa con la Urbanizadora Marín Valencia S.A., contrato en el cual ha invertido recursos y esfuerzos, los cuales se perderían en caso de trasladarse a otra ciudad.

Aduce que ha presentado varias peticiones ante la entidad demandada, cuyo objetivo era obtener la modificación del acto administrativo antes mencionado, pero que aquélla ha guardado silencio frente a las mismas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, solicitó que se deniegue el amparo solicitado, por las razones que a continuación se sintetizan (fls. 100-112).

Explica que mediante Resolución N° 0-4367 de 27 de diciembre de 2006 se reglamentaron los traslados de personal, figura que permite a la administración efectuar los movimientos de personal que las necesidades del servicio exijan.

Sostiene que la entidad maneja una planta global y flexible que permite adoptar decisiones como la que por vía de tutela se cuestiona, la cual tuvo como motivación las necesidades específicas de las dependencias involucradas en el traslado.

Considera que el hecho de ser trasladado no implica desmejora en las condiciones salariales y emocionales de la accionante, y afirma que ésta no se encuentra ante circunstancias insuperables que afecten su núcleo familiar. Argumenta que no existe impedimento para que la peticionaria se traslade con su hijo a su nuevo domicilio laboral, ciudad en donde el menor puede continuar sus estudios.

Por otra parte, alega que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación no pueden argumentar que los traslados son intempestivos, por cuanto desde que ingresan a la institución saben que la planta global y flexible permite realizar traslados entre ciudades; sin embargo, destaca que en aras de garantizar los derechos fundamentales de la servidora, la Secretaría General concedió una prórroga hasta el 22 de abril de 2013, término que se consideró razonable para facilitar el traslado hacia Riohacha.

Observa que si bien el *ius variandi* no es absoluto, ello no implica la pérdida de discrecionalidad que la ley concede a quienes lo ejercen, sino que representa un uso razonable de la misma acorde con los propósitos de flexibilidad y ajuste que se persiguen.

Finalmente, estima que la acción de tutela resulta improcedente en el presente asunto, en tanto la demandante cuenta con otros medios de defensa ordinarios para objetar el traslado, a través de las acciones pertinentes contempladas por el C.P.A.C.A.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia de 17 de abril de 2013, el Tribunal Administrativo del Atlántico negó por improcedente la tutela solicitada, por las razones que a continuación se sintetizan (fls. 119-136):

El Tribunal advierte que la parte accionante cuenta con claras y precisas acciones judiciales, como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previa

solicitud de la suspensión provisional del acto, para controvertir el acto administrativo de traslado.

Destaca que la finalidad del C.P.A.C.A. es dotar a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de un carácter preventivo, en donde las vías ordinarias permitan la materialización de los derechos de las personas afectadas con las actuaciones de la administración, a través de las medidas cautelares.

Añade que la nueva normativa en materia de suspensión provisional del acto administrativo ha eliminado como requisito para su procedencia, que exista una flagrante contradicción entre el acto administrativo y la norma superior, por lo que hoy en día dicho mecanismo resulta ser idóneo y eficaz para la protección directa de los derechos de los administrados.

Aunado a lo anterior, afirma que en el presente asunto no se está en presencia de una situación que constituya perjuicio irremediable, en la medida en que existe la posibilidad de que el peticionario obtenga, por los medios ordinarios, el restablecimiento de los derechos que considera conculcados.

Por otra parte, aclara que de conformidad con el artículo 30 de la Ley 270 de 1996, la Fiscalía General de la Nación tiene una planta de personal global y flexible que facilita el movimiento de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado.

En conclusión, el Tribunal no encuentra demostrado que a la actora se le haya causado un perjuicio irremediable que haga impostergable el amparo de sus derechos, pues no se probó que el traslado rompa la unidad familiar. En efecto, considera el *A quo* que es posible que el hijo de la accionante habite en su nuevo lugar de trabajo, y además que no se acreditó que el traslado ponga en peligro la vida o la integridad personal de la servidora o de su familia.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito de 22 de abril de 2013, la accionante impugnó la sentencia antes descrita solicitando su revocatoria, con base en los motivos que se expondrán a continuación (fl. 139):

Argumenta que el Tribunal no tuvo en consideración su condición de madre cabeza de familia ni a la vulneración de los derechos de su menor hijo. Añade que la decisión de primera instancia implica una grave afectación a la unidad de su núcleo familiar.

Alega que en un caso similar al suyo resuelto mediante sentencia de 19 de junio de 2008 (rad. N° 08001-23-31-000-2007-00763-01), la Sección Segunda del Consejo de Estado accedió a la protección de los derechos de un menor cuyo núcleo familiar se vería afectado por un traslado laboral.

Estima en que en su caso están probados los perjuicios que el traslado generaría al menor, ya que se haría necesario buscar un nuevo colegio y una persona de confianza que le preste cuidado, ya que en Riohacha no tiene familiares ni conocidos que puedan brindarle colaboración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. De la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro medio judicial de defensa, salvo la configuración de un perjuicio irremediable

La procedencia de la acción de tutela por mandato constitucional (artículo 86) y de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta su ejercicio, es una acción de carácter excepcional y subsidiario para la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Lo anterior quiere decir, que la misma en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Una de las principales razones de lo expuesto, es que el legislador teniendo en cuenta determinadas situaciones de hecho y de derecho, y por consiguiente, la naturaleza, ejercicio, garantía y protección de los derechos de las partes, intervinientes y/o de la comunidad en general, ha elaborado acciones y procedimientos judiciales especializados para el mejor proveer de cierto tipo de situaciones, de acuerdo a las directrices de la Constitución Política.

Por lo anterior, la misma Carta Constitucional ha preceptuado que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa, porque de lo contrario, desaparecerían todas las acciones y procedimientos especialmente instituidos por el legislador para controvertir cualquier diferencia.

En este sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha establecido como causales de improcedencia de la acción de tutela, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales; cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política (ante la existencia de las acciones popular y de grupo); y cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (en tanto los mismos son objeto de control mediante las acciones contencioso administrativas y de control constitucionalidad especialmente previstas para verificar la validez del referido acto).

Sin embargo, teniendo en cuenta el valor vinculante de la Constitución Política (artículo 4°), y la supremacía que la misma le asigna a los derechos fundamentales (artículo 5°), por el valor jurídico y axiológico que los mismos tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha previsto que la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, cuando con ella se persigue evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, la Corte Constitucional con el fin de delimitar el concepto de perjuicio irremediable, y por consiguiente de preservar el carácter residual y excepcional de la acción de tutela, ha establecido respecto a éste las siguientes características:

“A).El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”¹

Como puede apreciarse, para la procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otro medio judicial de defensa, es necesario que el juez en cada caso determine si el eventual perjuicio posee las características antes expuestas, so pena de negar el amparo solicitado por la improcedencia de la acción constitucional.

II. Intervención del juez de tutela en el caso de los traslados laborales

Para la materia que nos ocupa en el caso concreto, la procedibilidad de la acción de tutela es más reducida aún, pues el ejercicio del *ius variandi* al interior de la administración, no afecta por sí mismo el derecho al trabajo, ni algún otro derecho

¹ Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

fundamental, sino que supone su armonización con las necesidades del servicio público y del interés general.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que es comprensible que en materia de traslados existan diferencias dependiendo del tipo de empleador, porque cuando interviene una entidad del Estado media siempre el interés general y los principios de la función pública que permiten, en ciertos casos, tomar determinaciones al respecto².

Al respecto, la Jurisprudencia Constitucional ha manifestado que la administración goza de discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal. Sin embargo, esta libertad se limita a los siguientes aspectos: a) que se efectúe a un cargo de la misma categoría y con funciones afines; b) la orden de traslado debe sujetarse a las consecuencias que éste puede producir en la salud del funcionario y, c) en algunas circunstancias la administración debe consultar los efectos que el traslado pueda ocasionar en el entorno del funcionario³.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso de los traslados, sólo cuando se observa la existencia de un evento o circunstancia especial familiar y social en el que se amenaza o viola de forma irremediable y grave los derechos del trabajador o de su núcleo familiar. Así en la sentencia T- 065 de 2007 se señaló:

“[E]n términos generales, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir las decisiones que ordenan traslados laborales, toda vez que para tales efectos el ordenamiento jurídico ha estatuido unos medios especiales de defensa, como lo son las acciones laborales y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales deben promoverse por los interesados según sea la naturaleza del conflicto. Sin embargo, de forma excepcional, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la tutela para controvertir ese tipo de decisiones, particularmente, en aquellos eventos en los que se acredite una amenaza o violación grave e irremediable a los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar”.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional al estudiar la procedencia excepcional de la tutela para controvertir decisiones de traslado, ha señalado las condiciones necesarias para obtener, a través de la acción de tutela, la modificación de dichas decisiones:

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad. AC 2003-02461. M. P. Dra. Ligia López Díaz.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 1996. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

*“(i) Que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) que fuera adoptada en forma intempestiva y (iii) **que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar**”⁴. (Destacado fuera de texto).*

Frente a la afectación clara, grave y directa a los derechos fundamentales del peticionario o de su núcleo familiar, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“Cuando el traslado pone en peligro **la vida o la integridad del servidor o de su familia**.*

En los eventos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la constitucionalidad del traslado.

Y, en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria, ha sido originada por causas distintas al traslado mismo o se trata de circunstancias de carácter superable.

*Respecto de aquellos casos en que procede la tutela para modificar decisiones relativas a traslados que implican una afectación a la salud de los familiares del empleado, **la Sala encuentra necesario precisar que no todo quebranto en la salud de los hijos, o de algún otro miembro de la familia del trabajador, ya sea a nivel físico o mental, implica la necesidad de un cambio de sede o de jornada. Así, para que proceda el amparo, es necesario que (i) en la localidad de destino no sea posible brindarle el cuidado médico requerido o no existan las condiciones ni la capacidad médica para ello, (ii) la afectación a la salud sea de una entidad importante; (iii) el traslado o su negativa, guarde una relación tal con la afectación de la salud del familiar, que para alcanzar la mejoría física y emocional de éste o para evitar su deterioro, sea necesaria la presencia constante del empleado; y (iv) exista una relación de dependencia entre el familiar y el trabajador***⁵. (negrilla fuera de texto)

III. Análisis del caso en concreto

Jenny Murillo Arboleda se encuentra vinculada a la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Asistente de Investigación Criminalística IV, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Barranquilla.

Con la copia del registro civil de nacimiento visible a folio 49, se demuestra que la accionante es madre de César Arturo Álvarez Murillo, menor de 8 años de edad, de quien afirma se encuentra a su cargo y depende exclusivamente de ella.

⁴ Sentencia T- 065 de 2007. M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil

⁵ Sentencia T-969. de 22 de septiembre de 2005 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por intermedio de la Resolución 2-0780 de 1º de marzo de 2013, la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación resolvió trasladar a la accionante a la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Riohacha (fls. 84-85). Como fundamento de dicho acto, la mencionada autoridad expuso lo siguiente:

“Que mediante oficio FGN-DNCTI N° 748159 de 15 de febrero de 2013, recibido en la Secretaría general y en la Oficina de Personal bajo radicado 2013300000190-3, la Directora Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación (e) remite formatos FGN-30000-F-03, mediante los cuales solicita (...) [el traslado] de JENNY MURILLO ARBOLEDA de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Barranquilla a la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Riohacha, por necesidades del servicio

(...)

Que de conformidad con la Providencia T-264/05 M.P. Jaime Araújo Rentería “*La Fiscalía General de la Nación es, precisamente una de las instituciones que cuenta con planta global y flexible, lo cual se traduce en que allí opera una mayor discrecionalidad para ordenar los traslados territoriales*”, por lo tanto los funcionarios y empleados se encuentran adscritos a determinadas dependencias con vocación de movilidad de acuerdo a las necesidades del servicio, estando facultada la entidad para producir los cambios administrativos que considere pertinentes, en procura del mejoramiento misional que le corresponde, que por su naturaleza esencial dentro del Estado Social del Derecho, prevalece sobre los intereses particulares”.

A juicio de la peticionaria, la decisión contenida en el acto administrativo referido constituye una amenaza para los derechos de su menor hijo, en tanto la orden de traslado por parte de la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación vulnera el derecho fundamental a la unidad familiar y de su hijo a tener una familia y a no ser separados de ella, lo cual adquiere mayor trascendencia dada su condición de madre cabeza de familia.

En esa medida, corresponde a la Sala determinar si el traslado de la demandante a la ciudad de Riohacha vulnera los derechos invocados, o si por el contrario obedece a una decisión adoptada en ejercicio legítimo del *ius variandi*.

Así las cosas, en primer lugar se observa que la accionante manifiesta tener la calidad de madre cabeza de familia, por cuanto vive con un hijo menor de edad quien depende económicamente de ella.

Además de las manifestaciones realizadas, el único documento allegado por la actora para acreditar la dependencia económica es la copia de la factura de venta N° TT600002028 de 2 de junio de 2013, en la cual consta la compra de útiles escolares por valor de \$81.989, en el cual aquélla figura como compradora (fls 52-53).

Sobre el documento visible a folio 83 y que consta de una copia parcial de un contrato de arrendamiento de vivienda urbana, en la que la accionante figura como arrendataria, se advierte que tal documento no se encuentra suscrito, por lo que no puede valorarse como prueba de la dependencia económica.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra que no existen elementos de juicio que desvirtúen las afirmaciones planteadas en la solicitud de amparo, ni material probatorio que controvierta la calidad de madre cabeza de familia alegada por la peticionaria.

En tal sentido, la Sala considera que la señora Jenny Murillo Arboleda cuenta con una especial protección, que obedece al hecho de que su hijo hace parte de un grupo familiar del que únicamente está a cargo aquélla.

Ahora bien, la Sala reconoce que la administración cuenta con una amplia discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal, en especial, cuando se trata de entidades con planta global y flexible como lo es la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, como se indicó en el numeral II de la parte motiva, esta potestad no es absoluta, pues encuentra límites en la situación familiar del trabajador, su estado de salud o el de sus allegados y las condiciones salariales.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando se presenta una ruptura grave del vínculo familiar, la facultad discrecional aludida debe ceder ante la protección de intereses superiores, como lo son los derechos de los niños y las niñas.

En un caso similar al que ahora se debate, la Corte Constitucional estudió los efectos que el traslado de un funcionario del INPEC podría causar en sus hijos menores, análisis que arrojó las siguientes conclusiones:

“Considerando que el año escolar se encuentra en curso, el traslado inmediato del señor Marco Farid Raigoso Garibello conllevaría a un retraso injustificado en el proceso de aprendizaje o a una afectación emocional considerable de los niños, teniendo en cuenta que se presentarían dos posibles escenarios:

i) Que los niños se trasladen junto a su padre, caso en el cual sería necesario su retiro de la institución académica en la que actualmente estudian sin que el período lectivo haya finalizado; y

ii) Que los niños no se trasladen junto a su padre, caso en el cual permanecerían en la institución educativa, pero sin el apoyo emocional de su progenitor.

El primer escenario implicaría un traslado inmediato del accionante y la afectación del derecho a la educación de sus hijos en la medida en que habría un retraso en el proceso de aprendizaje, consecuencia del retiro de los niños de la institución educativa en medio del período lectivo, pues éstos tendrían que esperar el inicio de uno nuevo o hallar la posibilidad de adaptarse en otra institución educativa en la mitad de un año escolar. En vista de lo planteado, esta Sala no comparte tal solución.⁶

En concordancia con lo anterior, en la sentencia T-751 de 2010 la Corte Constitucional se ocupó a profundidad del derecho del menor de edad a tener una familia y no ser separada de ella, y efectuó además las siguientes consideraciones:

“Establecida entonces la ausencia de temeridad, debe estudiarse la procedencia de la acción de amparo. Tal y como se desarrolló en la parte motiva de esta providencia, en principio, la acción de tutela es improcedente para controvertir actos administrativos que ordenen el traslado de funcionarios públicos. Sin embargo, esta Corporación ha aceptado, en forma excepcional, la interposición del amparo cuando encuentra que con la decisión puedan desconocerse los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar.

(...)

De la misma manera ha dicho la jurisprudencia que cuando se presenta una ruptura grave del vínculo familiar, esta facultad discrecional debe ceder a la protección de intereses superiores, como serían los derechos de los niños.

(...)

Por todo lo anterior, la Sala concederá el amparo interpuesto por Adriano Clavijo Parra. No obstante, debe observarse que la resolución que ordenó su traslado es un acto administrativo sobre el cual obra la presunción de legalidad, únicamente desvirtuable por decisión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Entonces dada la situación actual del accionante, es procedente conceder la acción de amparo únicamente como mecanismo transitorio destinado a evitar un perjuicio irremediable.”⁷

En el presente asunto la accionante es madre de un menor de 8 años de edad, quien se encuentra cursando el grado tercero de primaria en la Institución Educativa Distrital para el Desarrollo del Talento Humano “IDETH” de la ciudad de Barranquilla (fl. 50), y según sus afirmaciones que no fueron desvirtuadas, depende económica y afectivamente de ella.

Ante tal circunstancia, la Sala estima que un traslado inmediato a la ciudad de Riohacha daría lugar a una situación desfavorable para el hijo de la accionante, pues

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-481 de 2011. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-751 de 2010. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

se enfrenta a dos escenarios desfavorables: por un lado, al riesgo de verse alejado de su familia, y por otro, a una posible afectación de su derecho a la educación, en la medida en que se presentaría un retraso en su proceso de aprendizaje.

Ahora bien, podría decirse en gracia de discusión que como el acto administrativo mediante el cual se ordenó el traslado de la actora a la ciudad de Barranquilla, fue proferido el 1º de marzo de 2013, fecha en la cual se estaban iniciando las actividades escolares⁸, la decisión no comportaba un grave perjuicio para el menor, en la medida en que le asistía la posibilidad de reiniciar el ciclo educativo en un establecimiento educativo de la ciudad de Riohacha.

Para la Sala sin embargo, el anterior argumento no puede prosperar, en primer lugar porque de acuerdo a lo manifestado por la actora, el acto le fue notificado sólo hasta el 1º de abril de 2013, esto es, un mes después de su expedición.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que el trámite de la acción de tutela se ha extendido hasta el mes de junio de 2013, razón por la cual a la fecha de resolución de este asunto, la orden de traslado comporta un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales del menor, toda vez que implicaría una afectación a su proceso de aprendizaje.

De esta manera y teniendo en cuenta que los escenarios posibles se vislumbran perjudiciales de uno u otro modo para el hijo de la señora Jenny Murillo Arboleda y las circunstancias que rodean el caso bajo estudio, es decir: i) la condición de madre cabeza de familia de la actora y ii) que se afecta a un menor de 18 años que cuenta con la prevalencia que se le brinda como sujeto de especial protección constitucional, la Sala, considera pertinente la intervención del juez constitucional a fin de garantizar los derechos invocados en la solicitud de amparo.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que a pesar de que la Fiscalía General de la Nación tiene la facultad legal de decidir sobre la reubicación de su personal, en el presente caso dicha facultad encuentra límites en la situación familiar de la servidora, específicamente frente a los derechos de su menor hijo.

En consecuencia, con el fin de proteger el derecho a la unidad familiar del menor hijo de la accionante y para evitar que su proceso de aprendizaje se vea notoriamente

⁸ Del análisis de los reportes emitidos por la institución educativa y visibles a folios 55 y 56, se concluye que el ciclo escolar al que se encuentra matriculado el menor es calendario "A".

interrumpido, la Sala concederá el amparo solicitado por Jenny Murillo Arboleda; en el entendido que la orden de traslado deberá cumplirse una vez el menor César Arturo Álvarez Murillo finalice el año escolar 2013, para que en este tiempo la accionante tenga la posibilidad de realizar las diligencias necesarias para ubicar a su hijo en una institución educativa de la ciudad de Riohacha.

Finalmente, la Sala advierte que en caso de considerarlo pertinente, la demandante se encuentra facultada para controvertir la legalidad de la Resolución 2-0780 de 1º de marzo de 2013 de la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, a través los medios de control y en los términos contemplados en el C.P.A.C.A.

Como conclusión de las consideraciones realizadas, se revocará la sentencia de 17 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó la solicitud de tutela, y en su lugar se concederá el amparo del derecho fundamental a la unidad familiar del menor César Arturo Álvarez Murillo.

En consecuencia, se ordenará la suspensión de los efectos de la Resolución 2-0780 de 1º de marzo de 2013, en el entendido que la orden de traslado de Jenny Murillo Arboleda a la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Riohacha, solamente se cumplirá una vez finalice el año lectivo del menor César Arturo Álvarez.

Para tal efecto, la Fiscalía General de la Nación deberá dirigirse a la Institución Educativa Distrital para el Desarrollo del Talento Humano de la ciudad de Barranquilla, con el fin de que ésta certifique la fecha en que culmina el calendario académico de 2013.

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

FALLA

PRIMERO-. REVÓCASE la sentencia de 17 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó el amparo solicitado, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO-. TUTÉLASE el derecho fundamental a la unidad familiar del menor César Arturo Álvarez Murillo, hijo de la accionante Jenny Murillo Arboleda.

TERCERO-. ORDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, adopte las medidas tendientes a suspender los efectos de la Resolución N° 2-0780 de 1º de marzo de 2013 en lo que respecta a Jenny Murillo Arboleda, en el entendido que la orden de traslado a la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Riohacha, solamente se cumplirá una vez finalice el ciclo escolar 2013 del menor César Arturo Álvarez.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO