

**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 estima que un traslado inmediato a la ciudad de Cúcuta daría lugar a una situación desfavorable para los hijos del accionante, pues se enfrentan a dos escenarios desfavorables: por un lado, al riesgo de verse alejados de su padre, y por otro, a una posible afectación de su derecho a la educación, en la medida en que se presentaría un retraso considerable en su proceso de aprendizaje si ellos se trasladan a la referida ciudad. Por lo anterior, la Sala considera que el demandante acreditó las razones por las cuales el traslado podría implicar una afectación grave y decisiva de su relación familiar, y en especial a los derechos de sus hijos, pues acreditó que su reubicación territorial causaría necesariamente la ruptura grave de la unidad familiar, y puso de presente las condiciones que presuntamente harían inviable el desplazamiento de toda la familia a la nueva localidad. En ese orden de ideas, se estima que la autoridad accionada, al momento de disponer el traslado del actor, no tuvo en cuenta la situación familiar y personal del servidor público, la cual era conocida, el impacto negativo en la unidad familiar, ni la salud emocional y la educación de sus hijos, quienes podrán verse afectados por la pérdida de continuidad en los estudios, pasando por alto que el artículo 45 de la Resolución 0-1501 de 19 de abril de 2005, aplicable a la Fiscalía General de la Nación dispone que *“el trasladado tendrá su origen en las necesidades del servicio o a solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el servidor o perjudicados para la buena marcha del servicio”*. 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 excepcional situación familiar del servidor, específicamente frente a los derechos de sus hijos. De esta manera y teniendo en cuenta que los escenarios posibles se vislumbran perjudiciales de uno u otro modo para los hijos del señor y las circunstancias que rodean el caso bajo estudio, es decir: i) el reciente desplazamiento del grupo familiar desde la ciudad de Madrid España; ii) el proceso de adaptación que adelantan en Bogotá y; iii) que se afecta a unos menores de 18 años que cuentan con la prevalencia que se le brinda como sujeto de especial protección constitucional (art. 44, Constitución Política), la Sala, considera pertinente la intervención del juez constitucional a fin de garantizar los derechos invocados en la solicitud de amparo. Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que la situación especialísima en la que se encuentra el accionante reúne los requisitos para configurar un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales y principalmente de su núcleo familiar, pues la orden dada en el acto acusado implica la separación de su unidad familiar, situación que está generando graves afectaciones emocionales a sus hijos, además interrumpe gravemente el proceso de aprendizaje de estos niños y genera grandes obstáculos para su proyecto de vida. Las razones descritas conllevan a la Sala a confirmar el fallo impugnado, pero bajo el entendido que el amparo se concede no respecto al derecho al debido proceso del actor, sino frente a los derechos fundamentales a la unidad familiar y a la educación de los menores Nicolás, Gabriela y Esteban Rincón Bacca, como en efecto se procederá en la parte motiva de esta providencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-42-000-2013-05661-01(AC)

Actor: NOE RINCON MARTINEZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Se decide la impugnación presentada contra el fallo de 24 de octubre de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, por medio del cual se accedió al amparo invocado mediante la acción de tutela ejercida por Noé Rincón Martínez contra la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud de amparo.

El señor Noé Rincón Martínez, en nombre propio, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, solicitó que se garantice la supremacía de los derechos de los niños, y que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso, a la familia y a la salud, que estima lesionados por la Fiscalía General de la Nación, al proferir la Resolución No. 2-2899 de 21 de agosto de 2013, por medio de la cual se ordenó la reubicación del accionante de la Dirección Seccional del CTI de Bogotá a la Dirección Seccional del CTI de Cúcuta, Norte de Santander.

En consecuencia de lo anterior, solicitó que se ordene a la entidad accionada disponer la reasignación al cargo y funciones desempeñadas en la ciudad de Bogotá.

2. Los Hechos y las consideraciones del actor

La parte actora expone como fundamento de su solicitud, los hechos que se resumen a continuación:

Manifestó que ingresó a prestar sus servicios en la Fiscalía General de la Nación desde el 2 de marzo de 1995 y, que debido a que poseía arraigo laboral, desde el año 1996 decidió conformar un hogar con la señora Claudia Eugenia Bacca Bohórquez, este último acto fue registrado en la Notaría de Sutamarchán, Boyacá, el 4 de diciembre de 2001.

Afirmó que de su matrimonio nacieron los niños Nicolás, Gabriela y Esteban, con quienes convive y ha estructurado un proyecto de vida.

Señaló que la entidad accionada expidió la Resolución No. 0-0002 de 6 de enero de 2004, por medio de la cual fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario II de la Dirección Nacional del CTI, División de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación.

Manifestó que la anterior situación lo obligó a desplazarse con su esposa y sus hijos a la ciudad de Madrid, España, con el fin de preservar la unidad de su grupo familiar y su proyecto de vida, obtener estabilidad laboral y mantener unas condiciones de vida digna.

Indicó que el cambio de país de domicilio, generó modificaciones en las costumbres que tenían arraigadas él y su familia, además, que adquirieron la nacionalidad española y les fueran reconocidos los derechos y obligaciones de los ciudadanos colombo-españoles.

Afirmó que con el fin de controvertir la decisión de retiro, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue resuelta en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, autoridad judicial que mediante sentencia del año 2010 accedió a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, ordenó su reintegro a la Fiscalía General de la Nación.

Señaló que mediante la Resolución No. 0-1602 de 28 de junio de 2011, emanada por la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, se dio cumplimiento al fallo arriba descrito.

Manifestó que con el fin de retomar actividades en la Fiscalía, decidió regresar a Colombia, y que se traslado junto con su núcleo familiar con el fin de brindar a sus hijos una dinámica de estabilidad y apoyo familiar.

Afirmó que en aras de lograr la readaptación de su familia, decidió matricular a sus hijos, por intermedio de la Agregaduría de Educación de la Embajada de España en Colombia, en el Centro Cultural y Educativo Español Reyes Católicos, y que dicho plantel educativo tiene un programa académico totalmente diferente a los establecidos en Colombia, como se advierte en el caso de Gabriela, que cursa sexto de primaria, y de Nicolás, que adelantes sus estudios en el grado doce.

Indicó que el 21 de agosto de 2013, estando todavía en proceso de readaptación familiar, se produjo su traslado de la Dirección Seccional del CTI de Bogotá a la Dirección Seccional del CTI de Cúcuta, Norte de Santander, sin que la entidad accionada haya elaborado, en su criterio, un estudio de sus condiciones familiares, personales y profesionales.

Relató que la anterior situación ocasiona incertidumbre, zozobra y desánimo en sus hijos, ya que se verán sometidos a un tercer desplazamiento con graves repercusiones para su proyecto de vida, además, puesto que la formación académica que han adelantado se truncaría, dado que en la ciudad de Cúcuta no existen instituciones educativas con las mismas condiciones del Centro Cultural y Educativo Español Reyes Católicos, y que al no culminar los estudios que les permiten obtener la doble titulación con este país europeo, no podrán acceder a universidades que por ley podrían ingresar.

Manifestó que el traslado ordenado genera la ruptura de la unidad familiar e implica condiciones menos favorables, ya que está situación lo obligaría a separarse de su esposa y sus hijos, y que estos últimos que requieren el acompañamiento contante de la figura paterna para su adecuado desarrollo.

Estimó que la Resolución No. 2-2899 de 21 de agosto de 2013, por la cual se dispuso su traslado, está fundada en los Oficios FGN-DNCTI-797246 Y FGN-DNCTI-797247, que relacionan las personas que deben ser trasladadas por solicitud del Jefe de División de Investigaciones (E), entre las que se encontraba él, en atención a las presuntas irregularidades que advirtió este funcionario en la

Seccional Bogotá.

En ese orden de ideas, consideró que la expedición del acto acusado no obedeció a necesidades del servicio, sino a las presuntas irregularidades que cometió, las cuales deben ser estudiadas dentro de trámites disciplinarios y penales, respetando las garantías procesales y garantizando el derecho de contradicción y defensa.

Aseveró que resulta evidente que la decisión acusada no se tomó en aras del mejoramiento del servicio público, en atención a que la Fiscalía General de la Nación expidió posteriormente la Resolución No. 2-3406 del 1° de octubre de 2013, mediante la cual se revocaron los artículos 7, 10 y 16 de la Resolución 2-2899 de 21 de agosto de 2013, es decir, que revocó el traslado de los señores Olga Bernarda Bejarano Moreno y Rodolfo Lozano Rodríguez.

Relató que su derecho al mínimo vital y el de sus hijos se ve afectado por la decisión acusada, toda vez que por el traslado a la ciudad de Cúcuta deberá incurrir en gastos adicionales por concepto de vivienda, mobiliario, prendas de vestir acordes al clima, alimentación y demás necesarios para una vida en condiciones dignas, sin contar con los emolumentos relacionados con los viajes permanentes que hará a la ciudad de Bogotá para visitar a su familia, o los de sus hijos y esposa a la ciudad de Cúcuta.

Finalmente, manifestó que ha tenido que acudir al médico por presentar por segunda vez en menos de un mes “disuria de ardor, orina turbia, polaquiruria y disminución del chorro urinario” asociados con dolor testicular, y que en los mejores centros hospitalarios se encuentran en ciudades de alto impacto poblacional como Bogotá, Cali, Medellín o Barranquilla, y no en ciudades de mediano impacto como Cúcuta, por lo que a su juicio un traslado a una dependencia en esta última ciudad constituye un riesgo inminente para su salud.

3. Trámite procesal e informe de la entidad accionada.

Mediante el auto del 10 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, admitió la demanda de tutela y ordenó notificar al Fiscal General de la Nación y al Director Seccional CTI de

Bogotá (fl. 138).

El Director Seccional de Fiscalías de Bogotá, en escrito visible en los folios 142 y 143 dio contestación a la demanda en los siguientes términos:

Afirmó que dicha dependencia no tiene conocimiento de los motivos por los cuales la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación ordenó el traslado del actor a la Seccional de Fiscalías de Cúcuta, y que desconoce si se estudiaron las condiciones personales y familiares del accionante al momento de tomar tal decisión.

Respecto a la revocatoria del traslado de varios funcionarios mediante la Resolución No. 2-3406 del 1° de octubre de 2013, señaló que tampoco tiene conocimiento de las razones aducidas para no incluir al señor Rincón Martínez en dicho grupo, y resaltó que en unos de los considerandos de dicho acto se señaló que *“por instrucciones del señor Fiscal General de la Nación, teniendo en cuenta las condiciones personales y profesionales de los servidores antes mencionados y las precisas necesidades del servicio, se hace necesario revocar los artículos séptimo, décimo y décimo sexto de la Resolución 2-2899 de 21 de agosto de 2013, a través de los cuales se efectuaron los referidos traslados”*.

La Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, en escrito visible en los folios 144 a 167 se opuso al amparo invocado por lo siguiente:

Manifestó que no es cierto que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, lo obligó a desplazarse con su esposa y sus hijos a la ciudad de Madrid, España, ya que al momento en el que éste fue desvinculado se encontraba en la libertad de escoger su lugar de residencia y tomar decisiones de acuerdo a sus proyecciones laborales y personales.

De otro lado, afirmó que el demandante tomó libremente la decisión de regresar al país, en atención a que la Resolución No. 0-1602 de 28 de junio de 2011, expedida por la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación en

cumplimiento del fallo que ordenó su reintegro, estableció la posibilidad de declinar el nombramiento.

Estimó que la decisión de escoger el tipo de educación de sus hijos, así como el establecimiento donde adelantarán su formación académica, es una determinación netamente personal excluida de toda coacción externa.

Manifestó que si bien es cierto que la modalidad del Centro Cultural y Educativo Español Reyes Católicos es diferente, también lo es que los hijos del tutelante pueden ingresar sin inconveniente alguno a los establecimientos educativos de Colombia, dando aplicación a la figura de homologación o convalidación de bachillerato, pregrado y posgrados, a través del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España, y que por dicha razón, tampoco es cierto que se trunca el deseo de los hijos del actor de estudiar en universidades europeas, pues al realizar dicha homologación podrán acceder a la educación superior europea.

Aseveró que el traslado del funcionario ordenado mediante la Resolución 2-2899 de 21 de agosto de 2013, se hizo en atención a las necesidades del servicio y cumpliendo los requisitos establecidos en la normatividad vigente, contenida en la Resolución 1501 de 2005 de la Fiscalía General de la Nación.

Relató que la Fiscalía General de la Nación cuenta con una planta de personal global y flexible, por la cual 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 por su naturaleza prevalece sobre los intereses particulares.

Asimismo, manifestó que los hijos y la esposa del actor pueden viajar a la ciudad de Cúcuta cuando lo estimen pertinente, y que la unidad familiar no se refiere simplemente a la cercanía física, sino que va más allá, pues implica lazos espirituales y afectivos. Sobre el particular, señaló que la Corte Constitucional ha determinado que para que la acción de tutela sea procedente para impugnar actos

de traslado, la separación del núcleo familiar debe estar plenamente acreditada.

Indicó que los hijos del demandante pueden desplazarse a la ciudad de Cúcuta y matricularse en alguno de los centros educativos de dicha ciudad, para posteriormente solicitar la homologación de los referidos estudios en España.

Resaltó que el tutelante desde su vinculación, tenía conocimiento que por ser funcionario de la Fiscalía General de la Nación, podía ser trasladado por necesidades del servicio.

Afirmó que la resolución de ubicación no implica desmejora alguna o perjuicio laboral para el actor, porque va a desempeñar las mismas funciones, con las mismas condiciones salariales.

Señaló que los actos administrativos de traslado se expiden con base en la solicitud de los jefes inmediatos de los servidores a reubicar, en el caso concreto, el Director Nacional del CTI, quien solicitó el traslado del actor a la Seccional del CTI de Cúcuta, teniendo en cuenta las cargas laborales, características y funcionamiento del área de trabajo.

Indicó que en este caso existen otros mecanismos de defensa judicial, para la protección de los derechos cuyo amparo se pretende mediante la acción de tutela, cual es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecido en el artículo 138 del C.P.A. C.A., para cuestionar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la legalidad de la decisión administrativa que dispuso su reubicación.

4. La providencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 24 de octubre de 2013, visible en los folios 179 A 190, tuteló los derechos a la unidad familiar y al debido proceso y, en consecuencia, dejó sin efecto la Resolución 2-2899 de 21 de

agosto de 2013 y ordenó a la entidad accionada disponer la reasignación del actor en el cargo desempeñado en la ciudad de Bogotá.

Lo anterior, por las razones que se exponen a continuación:

En primer lugar, resaltó que según la jurisprudencia constitucional, la facultad de un empleador para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores en ejercicio de *ius variandi* no es absoluta, pues está condicionada a que no se afecten los derechos fundamentales del trabajador y su familia, y a que las razones de servicio que usualmente se aducen sean ciertas y demostrables.

Posteriormente, luego de analizar las pruebas aportadas al proceso, concluyó el *A quo* que: i) no se conocen cuales fueron las necesidades del servicio para disponer el traslado del actor; ii) el jefe inmediato del funcionario, esto es, el Director del CTI Seccional Bogotá, desconoce las razones de la reubicación de éste iii) no es posible determinar las razones que llevaron a revocar unos traslados y mantener el del tutelante y; vi) no se tuvo en cuenta la situación familiar y personal del servidor público, la cual era conocida por la autoridad accionada, ni el impacto negativo en la unidad familiar y la salud emocional de sus hijos, quienes se están viendo afectados por la pérdida de continuidad en los estudios debido al cambio de ciudad y programa.

En ese orden de ideas, el Tribunal estimó que la decisión intempestiva de traslado afecta los derechos a la salud física y emocional de los miembros de la familia del actor, ya que trunca en algunos aspectos el proyecto de vida de cada uno de ellos con su reinstalación en Bogotá.

5. La impugnación.

La parte accionada presentó memorial de impugnación, visible a folios 200 a 210, a través del cual manifiesta su inconformidad aduciendo lo siguiente:

Reiteró que la Fiscalía General de la Nación, es una instituciones que cuenta con

planta global y flexible, lo cual implica que goza de una mayor discrecionalidad para ubicar a los funcionarios de la forma que estime conveniente por necesidades del servicio, más cuando éstos continúan en el mismo cargo en el que fueron nombrados, devengando el mismo sueldo y gozando de las mismas prerrogativas legales y garantías laborales.

Manifestó que no es cierto que la Resolución No. 2-2899 de 21 de agosto de 2013, por la cual se dispuso su traslado, está fundada en los Oficios del Jefe de División de Investigaciones (E), que dan fe de las presuntas irregularidades que advirtió este funcionario en la Seccional Bogotá, sino que el traslado se efectuó única y exclusivamente atendiendo las necesidades del servicio.

Posteriormente, trajo a colación varios pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en casos en los que se negó el amparo invocado contra la Fiscalía General de la Nación por la expedición de actos de traslado de funcionarios.

Respecto a la revocatoria del traslado de varios funcionarios, aclaró que dicha actuación se llevó a cabo teniendo en cuenta circunstancias posteriores al acto de traslado, las cuales están contenidas en el acto de revocatoria, y de manera alguna por contravenir derechos fundamentales de los servidores.

Insistió en que los hijos del demandante puede desplazarse a la ciudad de Cúcuta y matricularse en alguno de los centros educativos de dicha ciudad, para posteriormente solicitar la homologación de los referidos estudios en España, razón por la cual el traslado no es una situación insuperable que afecte la unidad familiar.

Reiteró que desde su vinculación, el tutelante sabía que por ser funcionario de la Fiscalía General de la Nación, podía ser trasladado necesidades del servicio, y que por ende, no se puede afirmar que la salud mental del núcleo familiar del servidor se ve afectada por su traslado.

Manifestó que no está acreditada la existencia de circunstancias que pudieran concretar un perjuicio irremediable, que el Tribunal se limitó a pronunciarse sobre la legalidad del acto acusado, sin estudiar la posible afectación de los derechos fundamentales del actor por el traslado, ni tener en cuenta su situación personal.

Estimó que el *A quo* adelantó un análisis de índole legal sobre aspectos que deben ser resueltos en otras instancias judiciales, en específico la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y que no hizo referencia a la existencia de un perjuicio irremediable para los derechos fundamentales invocados sin la intervención del juez de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela.

2. Generalidades de la acción de tutela

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En desarrollo de la anterior disposición constitucional, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de la improcedencia del amparo la existencia de otros recursos judiciales, salvo que éste se utilice como mecanismo transitorio, o que el medio ordinario no sea eficaz para proteger el derecho fundamental.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

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

Para la materia que nos ocupa, la procedibilidad de la acción de tutela es más reducida aún, pues el ejercicio del *ius variandi* en el caso de plantas globales al interior de la administración, no afecta por sí mismo 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 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 razones de interés general justifican un tratamiento diferente.¹

Es comprensible que en materia de traslados haya 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 en forma mucho más expedita, siendo además mucho más amplio en instituciones de “planta global y flexible”, como en el caso de la Fiscalía General de la Nación.²

En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha señalado frente al tema de la prosperidad excepcional de la acción de tutela frente a decisiones sobre traslados, que por regla general la tutela resulta improcedente cuando se controvierten actos que ordenan traslados laborales, toda vez que una de las características de la acción tutela de derechos fundamentales es residual, por lo que al existir otros mecanismos de protección en el ordenamiento jurídico, como

¹ Sentencia T-468/02. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett, 13 de junio de 2002.

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

las acciones laborales y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe acudir a estos según la naturaleza del conflicto³.

Es por esto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia excepcional de la acción de tutela sólo cuando, de los hechos probados en el proceso, 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”.

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 funcionario⁴.

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

³ Sentencia T-1514585. M. P.: Dr. Jaime Araújo Rentería, 2 de mayo de 2007.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 1996. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

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-las cuales no son acumulativas- para obtener, a través de la acción de tutela, la modificación de dichas decisiones:

“(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”⁵.

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.

⁵Sentencia T- 065 de 2007. M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil

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**⁶. (negrilla fuera de texto)

4. El derecho del menor de edad a tener una familia y a no ser separado de ella.

El artículo 5° de la Constitución Política consagra el derecho a la unidad familiar y el derecho de los niños y niñas a permanecer con su familia, en la medida en que ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Del mismo modo, el artículo 42° ibídem estableció la obligación del Estado y de la sociedad de garantizar la protección integral de ésta.

También consagra la Constitución -artículo 44°- el derecho fundamental de los

⁶ Sentencia T-969. de 22 de septiembre de 2005 Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

niños y las niñas a tener una familia y a no ser separado de ella, con lo cual se pretende el contacto directo o la cercanía física permanente del niño con su familia. Además establece la prevalencia de los derechos de los niños por sobre los derechos de los demás.

En razón de la especial protección que el Constituyente ha otorgado a los derechos de los niños, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las medidas administrativas, entre las que se encuentran los traslados, deben considerar la especial garantía que el constituyente les ha otorgado.

En sentencia T-825 de 2003⁷, la Corte ordenó a la Fiscalía General de la Nación tomar las medidas necesarias para trasladar nuevamente a un funcionario de Barranquilla a Bogotá, pues el traslado atentaba contra las condiciones dignas de trabajo del actor y amenazaba la salud de su menor hijo, por lo que se ordenó reubicarlo en la ciudad en donde éste estaba siendo atendido.

De manera que el *ius variandi* no genera una afectación a los derechos fundamentales de los menores de edad, salvo que la separación genere una ruptura familiar grave e injustificada que no se encuentre dentro de circunstancias superables y que afecte al menor de edad de manera considerable. En estos términos, la Sentencia T-543 de 2009⁸:

“En consecuencia, la procedencia de la tutela en caso de generarse una separación familiar con ocasión de un traslado laboral, está supeditada, como ya se indicó inicialmente, a que aparezcan probadas afectaciones graves a los derechos fundamentales de los empleados, de los niños o de las personas que dependen de ellos.”

5. El caso concreto

Problema jurídico.

⁷ MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸MP. Jorge Pretelt Chaljub.

Entrará la Sala a establecer, en sede de segunda instancia, si la situación descrita por el tutelante amerita la intervención del juez constitucional a través de la concesión del amparo solicitado, con el fin de evitar la concreción en un daño antijurídico irreparable, o si por el contrario la presente controversia se puede ventilar a través de otros mecanismos judiciales para impugnar el acto administrativo que ordenó la reubicación geográfica del actor.

Lo probado en el presente proceso

-La vinculación laboral del actor con la Fiscalía General de la Nación se produjo el día 2 de marzo de 1995.

-El señor Rincón Martínez contrajo matrimonio con la señora Eugenia Bacca Bohórquez desde el 11 de noviembre de 2001 (fl. 26).

-El nombramiento del demandante en el cargo de Profesional Universitario II de la Dirección Nacional del CTI fue declarado insubsistente mediante la Resolución No. 0-0002 de 6 de enero de 2004.

- El tutelante instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de controvertir la decisión de retiro y, decidió desplazarse con su núcleo familiar a la ciudad de Madrid, España.

-Durante la permanencia en el país en comento, el actor y su familia adquirieron la nacionalidad española.

-El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, autoridad judicial que mediante sentencia del año 2010 accedió a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, ordenó su reintegro a la Fiscalía General de la Nación.

-Mediante la Resolución No. 0-1602 de 28 de junio de 2011, emanada por la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, se dio cumplimiento al fallo arriba descrito.

- El tutelante y su esposa tienen tres hijos menores de edad: Nicolás (fl. 22), Gabriela (fl. 24) y Esteban (fl. 26).

-Nicolás cursa el 12° grado de bachillerato español en el Colegio Reyes Católicos, lo que le permite obtener doble titulación y acceder a universidades europeas (fl. 32).

-Gabriela y Esteban, cursan los grados 6 y 4, respectivamente, en la misma institución educativa (fls. 33 y 34).

-La Directora Nacional del CTI (E), por medio del Oficio No. 797246 de 8 de agosto de 2013, le solicitó a la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, el traslado de una servidores, entre ellos el actor (fls. 62 y 63).

-El Jefe de División de Investigaciones, mediante el oficio sin fecha, le informó a la Directora Nacional del CTI (E), sobre una serie de irregularidades en la aplicación de los procedimientos misionales, subproceso de policía judicial, gestión documental y gestión de calidad en la Seccional del CTI de Bogotá, incluyendo la dependencia donde prestaba sus servicios el actor (fls. 65 y 66).

- Mediante la Resolución 2-2899 del 21 de agosto de 2013, se ordenó el traslado del actor de la Dirección Seccional del CTI de Bogotá a la Dirección Seccional del CTI de Cúcuta, Norte de Santander (fls. 49-53).

- Por medio de la Resolución No. 2-3406 del 1° de octubre de 2013, se revocaron los traslados de los funcionarios Olga Bernarda Bejarano Moreno y Rodolfo Lozano Rodríguez (fls 67 y 68).

-El Director Seccional de Fiscalías de Bogotá, jefe inmediato del tutelante, informó que dicha dependencia no tiene conocimiento de los motivos por los cuales la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación ordenó traslado del actor a la Seccional de Fiscalías de Cúcuta, y que desconoce si se estudiaron sus condiciones personales y familiares al momento de tomar tal decisión (fl. 142 y 43).

-El Jefe de cobertura de la Secretaría de Educación de Cúcuta, certificó el 20 de septiembre de 2013 que en el referido Municipio no existen instituciones educativas que tengan programas académicos en calendario B (fl. 54).

- El psicólogo particular Clínico Luis Alfredo Noreña Duque, luego de realizar una valoración al núcleo familiar del accionante, sugirió reconsiderar el traslado del servidor público teniendo en cuenta los perjuicios que podrán generarse a sus hijos, en especial a su hija Gabriela, quien según su historia clínica ha presentado síntomas físicos (fl. 55-58).

-La trabajadora social Luz Mery Arboleda Escobar, luego de llevar a cabo una visita domiciliaria al hogar del demandante, concluyó que existen fuertes vínculos entre el actor y sus hijos, que la ruptura de los mismos puede tener un impacto negativo en la esfera emocional de estos últimos, quienes ya tienen una sensación de abandono y desamparo (59-61).

-El accionante acudió a la IPS Javesalud por una infección urinaria (fl.124-135).

4. Análisis del caso concreto.

Se advierte que el demandante pretende con el ejercicio de la presente acción constitucional que se deje sin efecto la Resolución No. 2-2899 de 21 de agosto de 2013, por medio de la cual se ordenó su reubicación de la Dirección Seccional del CTI de Bogotá a la Dirección Seccional del CTI de Cúcuta, Norte de Santander, y en consecuencia, que se ordene a la entidad accionada disponer su reubicación a la ciudad de Bogotá.

Siguiendo los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, la Sala estudiara si en el expediente se evidencian circunstancias especiales que ameriten la intervención del juez de tutela para evitar que el señor Noé Rincón Martínez sea trasladado a la ciudad de Cúcuta.

El actor argumentó como sustento de la vulneración de sus derechos fundamentales y los de su núcleo familiar lo siguiente:

-En primer lugar, afirmó que padece una infección urinaria, por lo que un cambio de ciudad conllevaría a poner en riesgo su salud y su vida, ya que, en su criterio, los mejores centros hospitalarios se encuentran en ciudades como Bogotá, Cali, Medellín o Barranquilla, y no en ciudades como Cúcuta.

Frente al primer aspecto planteado, la Sala advierte que se aportó un documento

para acreditar el delicado estado de salud que presuntamente padece el actor, esto es, la Historia Clínica de la IPS Javesalud, de la cual se puede apreciar que el paciente presenta una infección de las vías urinarias, sin embargo, del documento referido no se infiere que el accionante padece una enfermedad que requiera un cuidado médico que no se puede brindar en la ciudad de Cúcuta.

-Por otro lado, dice el demandante que un traslado a la ciudad de Cúcuta representa un detrimento para su situación, pues lo obligaría a separarse de sus hijos, quienes se encuentran gravemente afectados debido a la posible ruptura familiar y a la situación de inestabilidad a la que se han visto sometidos en los últimos años.

En el presente asunto se advierte que el accionante es padre de tres niños de 17, 11 y 9 años, que por ser menores de edad, se presume que dependen económica de sus padres, y quienes según los conceptos de un psicólogo y una trabajadora social, los cuales no fueron reprochados ni desvirtuados por la demandada, pueden verse fuertemente perjudicados ante la ausencia de su padre, en especial a su hija Gabriela, quien según su historia clínica ha presentado síntomas físicos como dolores de cabeza debido a la situación laboral de su padre.

Además, no se puede pasar por alto que el accionante fue recientemente reintegrado por orden judicial, esto es, el 28 de julio de 2011, que por dicha razón retornó con sus hijos a Colombia, dejando atrás el país en cual estaban arraigados y tenían un proyecto de vida, y que éstos se encuentran en un proceso de adaptación como consecuencia de dicho desplazamiento. En ese orden de ideas, el traslado de su padre o de todo el grupo familiar a la ciudad de Cúcuta, generaría mayores problemas a los menores debido a la inestabilidad a la que se enfrentan, de modo que otra variación en ese aspecto podría afectar su desarrollo integral, al tender lazos afectivos débiles, o peor aun, carecer de ellos.

-De otra parte, el tutelante alegó que sus hijos encuentran cursando los grados 12, 6 y 4, respectivamente, en la Institución Educativa Colegio Reyes Católicos, la cual ofrece un programa académico que está dirigido exclusivamente a los estudiantes de dicha institución.

Ahora bien, podría decirse como lo hizo la entidad demandada, que los hijos del

actor pueden retomar sus estudios en un establecimiento educativo de la ciudad de Cúcuta, razón por la cual la decisión de traslado no comportaba un grave perjuicio para los menores, en la medida en que le asistía la posibilidad de reiniciar el ciclo educativo en ese lugar.

Para la Sala, el anterior argumento no puede prosperar, en primer lugar, porque de acuerdo a lo probado por la parte actora, los programas académicos adelantados por sus hijos son diferentes a los ofrecidos en los establecimientos educativos colombianos, v. gr. el programa contempla el grado 12, que no existe en los pensum nacionales; y en segundo lugar, dado que no existe un colegio que preste sus servicios en la modalidad de calendario B en la ciudad de Cúcuta.

Ante tal circunstancia, la Sala estima que un traslado inmediato a la ciudad de Cúcuta daría lugar a una situación desfavorable para los hijos del accionante, pues se enfrentan a dos escenarios desfavorables: por un lado, al riesgo de verse alejados de su padre, y por otro, a una posible afectación de su derecho a la educación, en la medida en que se presentaría un retraso considerable en su proceso de aprendizaje si ellos se trasladan a la referida ciudad.

Por lo anterior, la Sala considera que el demandante acreditó las razones por las cuales el traslado podría implicar una afectación grave y decisiva de su relación familiar, y en especial a los derechos de sus hijos, pues acreditó que su reubicación territorial causaría necesariamente la ruptura grave de la unidad familiar, y puso de presente las condiciones que presuntamente harían inviable el desplazamiento de toda la familia a la nueva localidad.

En ese orden de ideas, se estima que la autoridad accionada, al momento de disponer el traslado del actor, no tuvo en cuenta la situación familiar y personal del servidor público, la cual era conocida, el impacto negativo en la unidad familiar, ni la salud emocional y la educación de sus hijos, quienes podrán verse afectados por la pérdida de continuidad en los estudios, pasando por alto que el artículo 45 de la Resolución 0-1501 de 19 de abril de 2005, aplicable a la Fiscalía General de la Nación dispone que *“el trasladado tendrá su origen en las necesidades del servicio o a solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no*

implique condiciones menos favorables para el servidor o perjudicados para la buena marcha del servicio"

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 excepcional situación familiar del servidor, específicamente frente a los derechos de sus hijos.

De esta manera y teniendo en cuenta que los escenarios posibles se vislumbran perjudiciales de uno u otro modo para los hijos del señor y las circunstancias que rodean el caso bajo estudio, es decir: i) el reciente desplazamiento del grupo familiar desde la ciudad de Madrid España; ii) el proceso de adaptación que adelantan en Bogotá y: iii) que se afecta a unos menores de 18 años que cuentan con la prevalencia que se le brinda como sujeto de especial protección constitucional (art. 44, Constitución Política), la Sala, considera pertinente la intervención del juez constitucional a fin de garantizar los derechos invocados en la solicitud de amparo.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que la situación especialísima en la que se encuentra el accionante reúne los requisitos para configurar un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales y principalmente de su núcleo familiar, pues la orden dada en el acto acusado implica la separación de su unidad familiar, situación que está generando graves afectaciones emocionales a sus hijos, además interrumpe gravemente el proceso de aprendizaje de estos niños y genera grandes obstáculos para su proyecto de vida.

Las razones descritas conllevan a la Sala a confirmar el fallo impugnado, pero bajo el entendido que el amparo se concede no respecto al derecho al debido proceso del actor, sino frente a los derechos fundamentales a la unidad familiar y a la educación de los menores Nicolás, Gabriela y Esteban Rincón Bacca, como en efecto se procederá en la parte motiva de esta providencia.

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: CONFÍRMASE el fallo de 24 de octubre de 2013, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, a través del cual se accedió al amparo solicitado, pero en el entendido que el amparo se concede frente a los derechos fundamentales a la unidad familiar y a la educación de los menores Nicolás, Gabriela y Esteban Rincón Bacca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese copia de esta sentencia al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, ARCHÍVESE Y CÚMPLASE

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ