

ACCION DE TUTELA - Noción / ACCION DE TUTELA - Presupuestos

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos en que indica el Decreto 2591 de 1991. Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado. El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental, salvo que el interesado invoque y demuestre estar sufriendo un perjuicio irremediable, hecho que haría procedente la tutela como mecanismo transitorio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991

IUS VARIANDI - Concepto / IUS VARIANDI - Características / IUS VARIANDI - Generalidades en las entidades estatales / EJERCICIO DEL IUS VARIANDI - Entidades del estado / FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de trabajadores por contar con una planta global y flexible / IUS VARIANDI - Los movimientos de personal deben obedecer a los requerimientos del servicio y salvaguardar los derechos fundamentales de los servidores públicos

El ius variandi es una de las expresiones o manifestaciones del poder de subordinación que sobre los trabajadores ejerce el empleador y se concreta en la facultad de éste para variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo. En el ámbito de las entidades estatales pueden existir plantas de carácter global y flexible que facilitan los movimientos de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y optimizar la prestación del servicio. Este tipo de organización de la planta de personal confiere un mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de trabajadores, cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo cual no vulnera, per sé, preceptos constitucionales...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 traslados territoriales; pero incluso en instituciones como ésta, los movimientos de personal deben obedecer a los requerimientos del servicio y salvaguardar los derechos fundamentales, lo que implica la imposibilidad de crear condiciones menos favorables y el deber de respetar ciertas garantías mínimas para el empleado.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver Corte Constitucional, sentencias T-797 de 2005 y T-1498 de 2000

TRASLADO DE TRABAJADORES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Puede tener origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado / TRASLADO DEL SERVIDOR PUBLICO - Condiciones / FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Procedimiento para el traslado de trabajadores / TRASLADO DE TRABAJADORES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Procedimientos administrativos internos no pueden desconocer derechos de rango constitucional del trabajador / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA - Mecanismos ordinarios para solicitar el traslado de

la tutelante no son idóneos ni eficaces para salvaguardar sus derechos fundamentales / ACCION DE TUTELA - Mecanismo idóneo para amparar los derechos fundamentales del servidor público amenazados o vulnerados por el acto administrativo que disponga su traslado o que lo niegue siempre que se cumplan ciertos requisitos / IUS VARIANDI - Límites / TRASLADO DE TRABAJADORES - Un empleador en el ejercicio del ius variandi no puede desconocer los derechos fundamentales de las personas que prestan un servicio público

De conformidad con el artículo 45 de la Resolución No. 1501 de 2005, el traslado puede tener origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el servidor o perjuicios para la buena marcha del servicio. Adicionalmente, la Circular No. 0002 de 28 de febrero de 2011, expedida por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, el trámite del traslado se debe dar en los siguientes términos...En primer lugar, el funcionario debe solicitar el traslado, para lo cual es preciso i) diligenciar el formato FGN-30000-F-04, y (ii) anexar el dictamen o recomendación médica que certifique la necesidad de reubicar al servidor por razones de salud. En segundo lugar, la Oficina de Personal, los Directores Seccionales Administrativos y Financieros, la Secretaría General y los servidores (solicitantes), deberán verificar que se cumpla los elementos señalados, que admiten la que se proceda a efectuar el traslado. Entonces, en caso de que todos consideren que se cumple con los mencionados requisitos, podrá expedirse el acto administrativo de traslado. A pesar de que la actora no ha realizado el procedimiento administrativo señalado, la Sala observa que en este caso, los mecanismos ordinarios previstos para solicitar el traslado de la tutelante no son idóneos ni eficaces, pues la respuesta negativa a su solicitud por esa vía resulta previsible...Por consiguiente, para la Sala es claro que, en caso de acudir a los mecanismos administrativos previstos para solicitar el traslado, estos resultan ineficaces, de modo que se trata de un caso excepcional en el que procede la tutela como mecanismo definitivo, a pesar de no haberse agotado los mecanismos previstos para obtener la protección de los derechos presuntamente conculcados. Adicional a lo expuesto, no es dable anteponer procedimientos administrativos internos de la entidad para desconocer derechos de rango constitucional, como el que es objeto de análisis por la Sala...La Corte Constitucional ha sido enfática en manifestar que un empleador, en el ejercicio del ius variandi, no puede desconocer los derechos fundamentales de las personas que prestan un servicio público...Entonces, todo servidor público que vea amenazados gravemente sus derechos fundamentales, en una de las tres hipótesis planteadas, por un acto administrativo que disponga su traslado o que lo niegue, puede acudir a la acción de tutela para efectos de garantizar su protección y evitar la consumación de dicho perjuicio...estableció que al ejercer el ius variandi, la entidad debía tener en cuenta las repercusiones y la trascendencia que ello tendría en los aspectos personales, filiales, sociales y clínicos que rodeaban a la tutelante, especialmente la relación con su grupo familiar

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 1501 DE 2005 - ARTICULO 45 / CIRCULAR 0002 DE FEBRERO 28 DE 2011

NOTA DE RELATORIA: En relación con los tres eventos en los cuales procede la acción de tutela contra el acto de traslado, consultar, Corte Constitucional, sentencias: T-120/97; T-532/96, y T-264/2005. Sobre el alcance y aplicación del ius variandi, ver, Corte Constitucional, sentencias: T-715/96, T-288/98, T-330/93, T-503/99, T-120/97 y T-264/2005, entre otras

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06730-01(AC)

Actor: CAROLINA BLANDON BERMUDEZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

La Sala procede a decidir la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la providencia de 18 de diciembre de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda, Subsección "A"- concedió el amparo solicitado por la señora Carolina Blandón Bermúdez.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El 5 de diciembre de 2013 la señora Carolina Blandón Bermúdez, en nombre propio, ejerció acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación para reclamar el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, al trabajo en condiciones dignas, a la *"estabilidad laboral"* y a la *"protección de la unidad familiar"*.

1.2. Hechos

- Mediante Resolución No. 222 de 2 de febrero de 2006, la señora Carolina Blandón Bermúdez fue nombrada en el cargo de Técnico Administrativo II¹ de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación CTI en la ciudad de Medellín.

- En el mes de junio de 2008, la señora Blandón, quien para esa época se

¹ La accionante no especificó si se trataba de un cargo de carrera, ni el tipo de su nombramiento.

desempeñaba en el cargo de Profesional Especializada II en provisionalidad, en la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Medellín, fue trasladada a la ciudad de Bogotá, por necesidades del servicio, para ocupar el mismo cargo en el Programa de Protección a Víctimas y Testigos.

- Indicó que desde el mes de noviembre de 2010 padece trastorno depresivo mayor severo, motivo por el cual ha debido someterse a un tratamiento farmacológico y psicoterapéutico.
- En los tres (3) años que la actora ha vivido en la ciudad de Bogotá, su EPS ha expedido incapacidades en varias ocasiones, tanto por motivos psiquiátricos, como por espasmos cervicales y dorsales debido a “*stress extremo*”².
- Distintos médicos laborales de la EPS SANITAS recomendaron en dos (2) ocasiones³ al Director del Programa de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación y, en cinco (5) oportunidades⁴, al Departamento de Recursos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, efectuar su traslado de la Oficina de Protección y Asistencia, a otra unidad, en la que tuviera menos factores de riesgo psicosocial y su trabajo estuviera acorde con su preparación académica y perfil profesional.
- Mediante petición radicada el 27 de septiembre de 2013, la actora solicitó a la Sección de Bienestar Social de la Fiscalía General de la Nación, efectuar su traslado⁵.
- En comunicación de 3 de octubre de 2013 -Radicado Número 20133100062741-,⁶ la Sección de Bienestar Social de la Fiscalía manifestó

² Obran en el expediente 10 incapacidades, con las siguientes fechas: 4, 9, 16, 23, y 30 de septiembre; 7, 15, 21, y 28 de octubre, y 5 de noviembre de 2013.

³ La primera, con fecha de 5 de diciembre de 2011 (Folio 11) y la segunda con fecha de 13 de enero de 2012 (Folio 12).

⁴ Las fechas de las recomendaciones han sido las siguientes: 25 de enero de 2012 (Folio 13), 6 de marzo de 2012 (Folio 14), 21 de agosto de 2012 (Folio 15), 6 de septiembre de 2013 (Folio 16), 12 de noviembre de 2013 (Folio 34).

⁵ Folios 38-40.

⁶ Folios 41-43.

que para efectuar su traslado era necesario consultar al Jefe de la Oficina de Protección y Asistencia, para que tramitara su solicitud, conforme a las reglas de gestión de calidad. Por ende, se dio traslado de la petición al Jefe de la citada dependencia para que gestionara la solución más adecuada a su situación laboral.⁷

No obstante, advirtió “(...) de acuerdo con la Circular 018 del 23 de agosto de 2013, expedida por el Despacho del Señor Fiscal General de la Nación, que los traslados y comisiones, están prohibidos hasta tanto se elaboren los diagnósticos que requiere el proceso de modernización.”⁸

- Mediante escritos radicados el 9⁹ y 14¹⁰ de noviembre de 2013, la actora solicitó a la Sección de Bienestar Social de la Fiscalía General de la Nación, tener en consideración las 6 recomendaciones de reubicación laboral expedidas hasta la fecha por los médicos laborales de la EPS y efectuar su traslado.¹¹
- En escrito de 18 de noviembre de 2013¹², la Defensoría del Pueblo solicitó a la Oficina de Recursos Humanos de la Fiscalía General de la Nación prestar atención a la actora y dar una solución pronta a su situación.¹³
- Asevera que su enfermedad empeoró desde el mes de noviembre de 2013, debido a que su madre¹⁴, con quien residía en la ciudad de Bogotá, se trasladó a Medellín porque, como consecuencia de las afecciones de salud que padece -cáncer, artrosis y artritis-, su médico tratante recomendó que se trasladara a “*tierra caliente*”.

⁷ No obra en el expediente fecha de la comunicación de este oficio a la actora, ni alguna prueba de que la solicitud se hubiera trasladado a la dependencia competente.

⁸ Folio 43.

⁹ Folio 26.

¹⁰ Folios 35-37.

¹¹ No obra en el expediente alguna respuesta a las solicitudes mencionadas.

¹² Folio 56.

¹³ De las pruebas que obran en el expediente se deduce que la Fiscalía General de la Nación no expidió alguna respuesta a la recomendación de la Defensoría del Pueblo.

¹⁴ En el Folio 55 obra declaración extrajudicial de la señora Amparo Bermúdez Silva, quien manifestó bajo juramento depender económicamente de la accionante.

- Manifestó la accionante que no tiene familia en esta ciudad y, por lo tanto, no existe una “*red de apoyo intrafamiliar*” que la acompañe en su tratamiento.

1.3. Fundamentos de la solicitud

La tutelante señaló que la Fiscalía General de la Nación vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, al trabajo en condiciones dignas, a la “*estabilidad laboral*” y a la “*protección de la unidad familiar*”, en razón a que, a pesar de las recomendaciones del médico laboral y a las solicitudes elevadas, la entidad no ha dispuesto su traslado.

1.4. Petición de amparo constitucional

La señora Carolina Blandón Bermúdez solicita i) que le sean amparados sus derechos a la dignidad humana, a la salud, al trabajo en condiciones dignas, a la estabilidad laboral y a la unidad familiar; ii) que se ordene a la Fiscalía General de la Nación, su traslado a la ciudad de Medellín, donde están radicadas su madre y su familia extensa, quienes contribuirán en su recuperación; y iii) que sea trasladada a un cargo en el que pueda desempeñar labores de acuerdo a su perfil profesional¹⁵.

1.5. Trámite de la acción de tutela

Por auto de 6 de diciembre de 2013¹⁶, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección “A”, admitió la demanda de tutela y ordenó la notificación al Fiscal General de la Nación; al Director del Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación y al Gerente de la ARP Colmena en Bogotá, para que rindieran informe sobre los hechos de la presente acción.

1.6. Contestación de la Oficina de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación

¹⁵ Economista del Desarrollo, Especialista en Alta Gerencia.

¹⁶ Folio 59.

Mediante Oficio No. 13183 de 9 de diciembre de 2013 el Jefe de la Oficina señaló que el traslado de los servidores de la Fiscalía sólo puede ser determinado por la Secretaría General de aquella entidad. Agregó que la actora no ha realizado solicitud a la Oficina de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación para que, a través de ésta, se solicite a la Secretaría General su traslado a la ciudad de Medellín.

Por consiguiente, manifestó que la accionante *“pretende con la demanda saltarse el conducto regular respecto a los traslados de funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.”*¹⁷

Adujo que, la actora no acreditó que existiera una decisión negativa sobre el traslado, ni haber agotado los recursos de la vía gubernativa ante tal acto. Por consiguiente, solicitó que se negara la petición de amparo, al considerar que *“[N]o ha existido violación de derechos fundamentales en perjuicio del accionante por parte de la Oficina de Protección y Asistencia.”*¹⁸

1.7. Contestación de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación

Por oficio con Radicado No. 20133100076311, el Jefe de la Oficina de Personal de la entidad (i) manifestó que es cierto que mediante Oficio No. 20133100148833, la actora solicitó que le fuera concedida una comisión de servicios y/o el traslado definitivo de la Oficina de Protección y Asistencia, pero le fue respondido que no se agotó el procedimiento previsto para su traslado, ni existen vacantes para la eventual procedencia de éste, y (ii) solicitó *“desestimar”* la petición de amparo, en razón a que existe un procedimiento administrativo específico, previsto para solicitar el traslado, que no fue adelantado por la accionante.

1.8. Contestación de la ARL Colmena

En escrito presentado el 11 de diciembre de 2013¹⁹, la entidad manifestó (i) que la

¹⁷ Folio 65.

¹⁸ Folio 68.

¹⁹ Folios 84-87.

señora Carolina Blandón Bermúdez se encontraba afiliada a esa ARL hasta el 28 de febrero de 2013, fecha a partir de la cual la Fiscalía General de la Nación afilió a sus empleados a otra ARL; (ii) que en el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esa administradora, no fue reportado que sufriera alguna enfermedad.

1.9. Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda -Subsección "A", mediante sentencia de 18 de diciembre de 2013, concedió el amparo solicitado por la señora Carolina Blandón Bermúdez y ordenó a la Fiscalía General de la Nación realizar el traslado de la actora a la ciudad de Medellín o a un lugar cercano a dicha ciudad, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia.

Para arribar a la decisión mencionada, analizó el funcionamiento de los traslados de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, entidad que cuenta con una planta global flexible en la que opera una mayor discrecionalidad para ordenarlos.

Sobre el particular, consideró que el artículo 95²⁰ del Decreto 261 de 2000 estableció que el traslado sería procedente siempre y cuando no implicara condiciones menos favorables para el trabajador.

En este orden de ideas, aunque en el caso objeto de análisis el traslado de la tutelante respetó el grado salarial, el nivel del empleo y las funciones y requisitos para su desempeño, las circunstancias que se presentaron deterioraron su salud y, en esa medida, generaron condiciones menos favorables.

Adicionalmente, señaló que la actora realizó siete (7) requerimientos ante el Jefe de Personal de la Fiscalía y aportó distintos conceptos de especialistas en medicina psiquiátrica en los que se recomendó su traslado a la ciudad de Medellín para favorecer su manejo terapéutico.

²⁰ "ARTICULO 95. El traslado se producirá cuando un funcionario o empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción se designe para suplir la vacancia definitiva de un cargo o para intercambiarlo con otro cuyas funciones sean afines al que desempeña, de la misma naturaleza, categoría, nomenclatura y remuneración.

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

Concluyó que “[c]onfrontado el contenido de las pruebas documentales aportadas por la parte demandante y las contestaciones de la demanda y siguiendo los parámetros de la Corte Constitucional para el caso concreto la Sala advierte que en el expediente se evidencian sin duda alguna, circunstancias especiales que ameritan la intervención del juez de tutela para solucionar el traslado de la señora Carolina Blandón a la ciudad de Medellín o aun [sic] sitio cercano al mismo y no desmejorando el cargo que ostenta actualmente.”²¹

1.10. Impugnación

La Oficina de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, inconforme con la decisión anterior, la impugnó y manifestó que el trámite de tutela está viciado de nulidad, dado que no se vinculó a la Secretaría General de la entidad.

Agregó que la decisión del *a quo* se ocupó de determinar si el traslado de la actora de la ciudad de Medellín a Bogotá, ocurrido en el año 2008, transgredía sus derechos fundamentales. En consecuencia, considera el impugnante que la decisión desconoció el requisito de la inmediatez.

Por otro lado, manifestó que no se cumplió con el requisito de la subsidiariedad, por cuanto la tutelante no ha realizado el procedimiento legal establecido para solicitar su traslado.

Por lo anteriormente expuesto solicitó: (i) declarar la nulidad del trámite de tutela o (ii) subsidiariamente, revocar la sentencia de primera instancia y negar el amparo, por cuanto no se probó que se hubieran vulnerado los derechos de la actora.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la impugnación de la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda, Subsección “A”-, de conformidad con lo establecido en los artículos 32

²¹ Folio 104.

del Decreto 2591 de 1991 y 2º de Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "A"-, el 18 de diciembre de 2013, que concedió el amparo de los derechos a la dignidad humana, a la salud, al trabajo en condiciones dignas, a la "*estabilidad laboral*" y a la "*protección de la unidad familiar*", invocados por la señora Carolina Blandón Bermúdez pues, a pesar de las recomendaciones del médico laboral y las solicitudes elevadas por ella para ser trasladada a la ciudad de Medellín, la entidad no ha dispuesto su traslado ni le ha dado respuesta.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sección se referirá a: i) las generalidades de la acción de tutela; ii) el ejercicio del *ius variandi* en plantas de personal de carácter global y flexible; iii) la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela e improcedencia de la misma cuando existen otras vías judiciales y finalmente, iv) abordará el análisis del caso concreto.

2.3. Generalidades de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos en que indica el Decreto 2591 de 1991.

Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado.

El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental, salvo que el interesado invoque y demuestre estar sufriendo un perjuicio irremediable, hecho que haría procedente la tutela como mecanismo transitorio.

2.4. El ejercicio del *ius variandi* en plantas de personal de carácter global y flexible

El *ius variandi* es una de las expresiones o manifestaciones del poder de subordinación que sobre los trabajadores ejerce el empleador y se concreta en la facultad de éste para variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo²².

En el ámbito de las entidades estatales pueden existir plantas de carácter global y flexible que facilitan los movimientos de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y optimizar la prestación del servicio.

Este tipo de organización de la planta de personal confiere un mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de trabajadores, cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo cual no vulnera, *per sé*, preceptos constitucionales. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

“El empleador, ya sea privado o público, tiene, en principio, la atribución de ordenar el traslado de sus trabajadores cuando las necesidades del servicio así lo requieran, siempre y cuando con ello no se desmejoren las condiciones del empleado. De igual manera, la Corte ha señalado que en el sector público existen ciertas entidades que en razón de las funciones que les corresponde cumplir, necesitan una planta de personal global y flexible y, por lo tanto, requieren de un mayor grado de discrecionalidad en materia de traslados. Dentro de este grupo de entidades se encuentra la Fiscalía General de la Nación, la cual en ejercicio de la mencionada facultad discrecional, puede determinar la reubicación territorial de sus funcionarios y empleados, con el fin de mejorar la prestación del servicio y, como se expresó, sin que el ejercicio de dicha facultad pueda implicar una desmejora de las condiciones laborales.”²³

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 traslados territoriales; pero incluso en instituciones como ésta, los movimientos de personal deben obedecer a los requerimientos del servicio y salvaguardar los derechos fundamentales, lo que implica la imposibilidad

²² Consultar, entre otras, la Sentencia T-797 de 2005.

²³ Sentencia T – 1498 de 2000. M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez

de crear condiciones menos favorables y el deber de respetar ciertas garantías mínimas para el empleado.

2.5. Naturaleza subsidiaria de la acción de tutela e improcedencia de la misma cuando existen otras vías judiciales

El inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra el requisito de subsidiariedad como presupuesto de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, precepto reglamentado por el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991²⁴

Del texto de la norma referida se evidencia que, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona recurre a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia.²⁵

²⁴ARTICULO 6o. “CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”

²⁵ En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: “En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”

No obstante lo anterior, existiendo un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita (i) que este no es idóneo ni eficaz, o (ii) que “*siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela.*”²⁶

En relación con el primer supuesto, se ha señalado que para determinar si el medio de defensa alternativo es eficaz e idóneo, hay que analizar entre otros aspectos, los siguientes: “(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela” y, “(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales”²⁷; elementos que permiten concluir, una vez analizadas las circunstancias concretas del caso, si el mecanismo judicial alterno de protección es conducente o no para la defensa de los derechos que se dicen lesionados.

De conformidad con los parámetros señalados por la jurisprudencia, se analizará si la acción de tutela ejercida en el *sub examine* es o no procedente teniendo en cuenta para ello el grado de eficiencia y efectividad de los mecanismos administrativo y judicial ante las específicas circunstancias en que se encuentra la señora Blandón Bermúdez al momento de invocar la protección de los derechos presuntamente conculcados por la Fiscalía General de la Nación.

2.6. Análisis del caso concreto

La tutelante presentó solicitud de amparo constitucional contra la Fiscalía General de la Nación, porque estima vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, al trabajo en condiciones dignas, a la “*estabilidad laboral*” y a la “*protección de la unidad familiar*” al omitir efectuar su traslado a pesar de las múltiples recomendaciones de la EPS, la solicitud de la Defensoría del Pueblo y las peticiones radicadas por ella ante la Sección de Bienestar de la Fiscalía General de la Nación.

²⁶ Cfr. Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002.

2.6.1. Cuestión previa

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la Oficina de Protección a Víctimas de la Fiscalía General de la Nación en el escrito de impugnación, corresponde a la Sala establecer si, de conformidad con el numeral 8º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil²⁸, se presenta una causal de nulidad por no haberse practicado en legal forma la notificación a la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, del auto que admitió la solicitud de amparo.

El artículo 5 del Decreto 306 de 1992 dispone que todas las providencias que se dicten en el trámite de una acción de tutela se deberán notificar a las partes o a los intervinientes. Sobre el particular, establece que “[el] juez velará porque de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación aseguren la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.”

Así, la Sala advierte que el auto admisorio de la demanda no sólo se notificó al Director del Programa de Protección de Víctimas de la Fiscalía²⁹, sino también al Fiscal General de la Nación.³⁰

En este orden de ideas, no se verifica la causal de nulidad alegada por la impugnante, en razón a que el Fiscal General de la Nación tuvo conocimiento de la solicitud de tutela y por tanto, existió la oportunidad de pronunciarse sobre los hechos, o remitir la solicitud de tutela a la Secretaría General de la entidad o a la dependencia que tuviera la competencia para pronunciarse en torno a la solicitud y ejercer el derecho de contradicción y defensa en representación de la entidad.

Por consiguiente, se negará la nulidad solicitada por la Oficina de Protección a Víctimas de la Fiscalía General de la Nación.

²⁸ Que se aplica a la acción de tutela por integración normativa, de conformidad con lo previsto por el artículo 4º del Decreto 306 de 1992, que estipula: “Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto. (...)”

²⁹ Que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 938 de 2004 es una dependencia adscrita al Despacho del Fiscal General de la Nación.

³⁰ En el expediente se encuentra la constancia de la notificación al Fiscal General de la Nación en la que se verifica el sello de radicación de 6 de diciembre de 2013.

2.6.2. La subsidiariedad en el caso bajo estudio

La impugnante manifestó que no se cumplió con el requisito de la subsidiariedad, por cuanto la tutelante no ha realizado el procedimiento administrativo establecido para solicitar su traslado.

De conformidad con el artículo 45³¹ de la Resolución No. 1501 de 2005, el traslado puede tener origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el servidor o perjuicios para la buena marcha del servicio.

Adicionalmente, la Circular No. 0002 de 28 de febrero de 2011, expedida por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, el trámite del traslado se debe dar en los siguientes términos:

“[...] la Oficina de Personal [...] y demás dependencias competentes deberán verificar previamente a la elaboración del acto administrativo mediante el cual se perfeccionará la figura del traslado, los siguientes aspectos, que

- 1) Se ajuste a las normas legales y se reúnan los requisitos formales y procedimentales establecidos en la entidad para el traslado. (Artículos 8 a 12 de la Resolución No. 0-0013 de 4 de enero de 2005; artículos 44 a 50 de la Resolución No. 1501 de abril 19 de 2005).*
- 2) Sea por necesidades del servicio y/o por solicitud del interesado teniendo en cuenta los requisitos legales y reglamentarios.*
- 3) Exista la disponibilidad de la plaza para efectuar el traslado.*
- 4) No afecte o cause perjuicios para la buena marcha del servicio.*
- 5) No implique condiciones menos favorables para el servidor.*

Lo anterior deberá ser acreditado por los correspondientes superiores inmediatos y por los superiores jerárquicos, tanto de la Dependencia donde el servidor esté prestando el servicio como de la Dependencia donde se surtiría el traslado, quienes además deberán diligenciar el

³¹ ARTÍCULO 45. El traslado puede tener origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el servidor o perjuicios para la buena marcha del servicio.

PARÁGRAFO En cualquiera de los eventos señalados en este artículo, deberán expresarse las razones que justifican el traslado. Adicionalmente, cuando se trate de traslado de fiscales la autoridad competente para expedir el acto administrativo correspondiente, deberá solicitar y obtener previamente el visto bueno del Director Nacional de Fiscalías, quien evaluará y decidirá sobre su procedencia en un término no superior a tres días contados a partir de la fecha de recibo de la solicitud.

formato establecido para el efecto.

*En consecuencia, para que proceda el traslado de un empleado de la Fiscalía General de la Nación es indispensable **se agote y verifique por la Oficina de Personal, los Directores Seccionales Administrativos y Financieros, la Secretaría General, los servidores (solicitantes), los elementos señalados que admiten la posibilidad para que se proceda a efectuar el traslado, de lo cual se deberá hacer mención expresa en el acto administrativo correspondiente***. (Negrillas fuera del texto)

En síntesis, se trata de un procedimiento reglado que requiere que se realicen las siguientes actuaciones:

En primer lugar, el funcionario debe solicitar el traslado, para lo cual es preciso i) diligenciar el formato FGN-30000-F-04, y (ii) anexar el dictamen o recomendación médica que certifique la necesidad de reubicar al servidor por razones de salud.

En segundo lugar, la Oficina de Personal, los Directores Seccionales Administrativos y Financieros, la Secretaría General y los servidores (solicitantes), deberán verificar que se cumpla los elementos señalados, que admiten la que se proceda a efectuar el traslado.

Entonces, en caso de que todos consideren que se cumple con los mencionados requisitos, podrá expedirse el acto administrativo de traslado.

A pesar de que la actora no ha realizado el procedimiento administrativo señalado, la Sala observa que en este caso, los mecanismos ordinarios previstos para solicitar el traslado de la tutelante no son idóneos ni eficaces, pues la respuesta negativa a su solicitud por esa vía resulta previsible.

En efecto, en el trámite de esta acción se ha probado que, en caso de llevarse a cabo el trámite administrativo ante la Fiscalía, se negará la solicitud de la señora Blandón Bermúdez, lo anterior si se analizan los medios de convicción allegados, en particular, el oficio de Radicado No. 20133100062741, de 3 de octubre de 2013, en el cual la Sección de Bienestar Social de la Fiscalía³² advirtió a la actora que de acuerdo con la Circular No. 018 del 23 de agosto de 2013, expedida por el Despacho del Señor Fiscal General de la Nación, los traslados y comisiones están

³² Dependencia que carecía de competencia para decidir sobre el traslado de la funcionaria.

prohibidos hasta tanto se elaboren los diagnósticos que requiere el proceso de modernización.

Además, en la respuesta allegada por la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación se le informó a la tutelante que, aunque no agotó el procedimiento administrativo previsto para su traslado y presentó la solicitud sin el lleno de los requisitos, no existen vacantes para la eventual procedencia del traslado.

Por consiguiente, para la Sala es claro que, en caso de acudir a los mecanismos administrativos previstos para solicitar el traslado, estos resultan ineficaces, de modo que se trata de un caso excepcional en el que procede la tutela como mecanismo definitivo, a pesar de no haberse agotado los mecanismos previstos para obtener la protección de los derechos presuntamente conculcados.

Adicional a lo expuesto, no es dable anteponer procedimientos administrativos internos de la entidad para desconocer derechos de rango constitucional, como el que es objeto de análisis por la Sala.

Ahora bien, la Sala observa que los escritos presentados por la actora el 9 y el 14 de noviembre de 2013, en los que solicitó a la Sección de Bienestar Social de la Fiscalía General de la Nación, tener en consideración las 6 recomendaciones de reubicación laboral expedidas por los médicos laborales de la EPS y efectuar su traslado, no fueron respondidas, como tampoco se advierte que se hubiera dado respuesta a la Defensoría del Pueblo, entidad que en uso de sus facultades constitucionales abogó por los derechos fundamentales de la accionante.

2.6.3. La posibilidad de solicitar el traslado en sede de tutela

La Corte Constitucional ha sido enfática en manifestar que un empleador, en el ejercicio del *ius variandi*³³, no puede desconocer los derechos fundamentales de las personas que prestan un servicio público.

Según la jurisprudencia constitucional, esta situación se presenta:

³³ El *ius variandi* ha sido definido por la jurisprudencia constitucional 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” Sentencia T-468 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

“[C]uando se encuentra que el acto de traslado es ostensiblemente arbitrario³⁴ y adicionalmente, se cumple alguno de los siguientes supuestos: “(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido³⁵; (2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables³⁶; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia³⁷.”³⁸

Entonces, todo servidor público que vea amenazados gravemente sus derechos fundamentales, en una de las tres hipótesis planteadas, por un acto administrativo que disponga su traslado o que lo niegue, puede acudir a la acción de tutela para efectos de garantizar su protección y evitar la consumación de dicho perjuicio.

En particular, en la sentencia T-653 de 2011³⁹ la Corte Constitucional estudió el caso de una mujer vinculada al sistema educativo del departamento de Caquetá, a quien el médico especialista diagnóstico síndrome depresivo y recomendó permanecer en la ciudad de Florencia para efectos de continuar el tratamiento en compañía de su familia, dado su delicado estado de salud. En consecuencia, solicitó a la Secretaría de Educación Departamental de Caquetá su traslado a cualquiera de las dependencias del municipio de Florencia y su requerimiento fue negado.

En aquella ocasión el Tribunal Constitucional determinó que la entidad demandada vulneró los derechos a la salud y a la vida digna de la tutelante por no disponer su

³⁴ “T-715/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); T-288/98 (MP Fabio Morón Díaz).”

³⁵ “Sentencias, T-330/93 (MP Alejandro Martínez Caballero), (T-483/93 MP José Gregorio Hernández Galindo), T-131/95 (MP. Jorge Arango Mejía), T-181/96 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-514/96 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-516/97 (MP. Hernando Herrera Vergara), T-208/98 (MP. Fabio Morón Díaz) y T-532/98 (MP Antonio Barrera Carbonell)”

³⁶ “Sentencia T-503/99 (MP. Carlos Gaviria Díaz).”

³⁷ “Sentencia T-120/97 (MP Carlos Gaviria Díaz); T-532/96 (MP Antonio Barrera Carbonell).”

³⁸ Sentencia T-264 del 17 de marzo de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería.

³⁹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

traslado a la ciudad de Florencia, pese a que así lo recomendó su médico tratante. En este orden de ideas, estableció que al ejercer el *ius variandi*, la entidad debía tener en cuenta las repercusiones y la trascendencia que ello tendría en los aspectos personales, filiales, sociales y clínicos que rodeaban a la tutelante, especialmente la relación con su grupo familiar.

2.6.4. Sobre la supuesta vulneración a los derechos fundamentales de la accionante

El *a quo* determinó que el traslado de la actora de la ciudad de Medellín a Bogotá, ocurrido en el año 2008, transgredía sus derechos fundamentales. Sin embargo, la Sala considera que este argumento no puede ser admitido, por cuanto, en el momento del traslado no se disminuyeron las condiciones laborales de la tutelante y la misma no presentaba el problema de salud que constituye el fundamento de la presente acción. Además, tal como lo manifestó el impugnante, si el hecho vulnerador hubiese sido el traslado, no se cumpliría en este caso con el requisito de la inmediatez.

No obstante lo anterior, resulta necesario recordar que una de las facultades del juez constitucional es la de “(...) *interpretar la demanda y proteger derechos no invocados por el actor (principios de iura novit curia, y potestad para pronunciarse ultra y extra petita)*. En ese sentido, la justicia constitucional no es rogada. El orden jurídico no condiciona su ejercicio a la presentación mediante apoderado judicial, ni al cumplimiento de complejos requisitos formales y argumentativos para solicitar la protección de sus derechos, sino que traslada al juez algunas de las cargas procesales, en su condición de garante y vehículo institucional para la eficacia de los derechos de los asociados.^{40,41}

Descendiendo al caso que se analiza, está probado que la Fiscalía General de la Nación ha tenido conocimiento de los quebrantos de salud de la señora Blandón Bermúdez desde el año 2010 hasta la actualidad y, a pesar de las insistentes recomendaciones de su EPS, las solicitudes que personalmente ha elevado la

⁴⁰ “Corte Constitucional, Sentencias T-532 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-310/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-450 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra); T-494 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño); T-622 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-610 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-553 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)”.

⁴¹ Sentencia T-988 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

actora a la entidad, y la petición dirigida por la Defensoría del Pueblo para que le sea ofrecida una solución a su situación, no ha procedido a estudiar su traslado ni desplegado alguna actuación para proteger sus derechos, dando prelación a un procedimiento administrativo interno, sobre sus derechos fundamentales.

Sobre el particular, la Fiscalía justificó sus omisiones en que las múltiples recomendaciones de la EPS no son vinculantes y las solicitudes elevadas por la actora no se han tramitado en debida forma, de manera que no pueden ser tenidas en cuenta hasta tanto se tramite en debida forma una solicitud, la cual, se anticipó, será negada.

La Sala considera que el comportamiento omisivo de la entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, al trabajo en condiciones dignas, y de petición de la señora Blandón Bermúdez, pues es claro que la Fiscalía ha descartado dar una solución a la situación de indefensión en la que se encuentra la actora.

En consecuencia, ante la vulneración de los derechos fundamentales de la tutelante por parte de la accionada se hace necesario que el juez de tutela actúe con el fin de cesar la transgresión a la que se está viendo sometida la señora Blandón Bermúdez, quien es un sujeto de especial protección constitucional, debido a su estado de salud.

En virtud de lo expuesto, la Sala encuentra que se vulneraron los derechos fundamentales de la accionante, razón por la cual se confirmará el fallo impugnado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. NEGAR la solicitud de nulidad efectuada por el impugnante, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia de 18 de diciembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda -Subsección "A", mediante la cual se concedió el amparo solicitado por la señora Carolina Blandón Bermúdez.

TERCERO. NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

ALBERTO YEPES BARREIRO
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA