

Sentencia T-528/17

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL-Casos en que procede

La acción de tutela será procedente para revocar una orden de traslado siempre y cuando se satisfaga lo siguiente: (i) que el traslado sea arbitrario, en tanto: (i.i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, o (i.ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador que resultaban absolutamente relevantes para la decisión, o (i.iii) implique una clara desmejora en las condiciones de trabajo ,y (ii) que el traslado afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.

IUS VARIANDI-Discrecionalidad limitada de empleador para modificar condiciones laborales del trabajador

El ius variandi es una potestad radicada en cabeza del empleador público o privado, que se concreta en la facultad de alterar las condiciones del trabajador en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo, respetando los derechos mínimos del mismo.

IUS VARIANDI-Límites constitucionales

TRASLADO DE DOCENTES DEL SECTOR PUBLICO-Regulación

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Discrecionalidad en ordenar traslado por necesidades del servicio

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL-Improcedencia por cuanto la decisión de traslado no fue arbitraria

La posibilidad que tiene la accionante de viajar del municipio de donde está ubicada la institución educativa a la cual fue asignada al municipio del domicilio actual de la menor para vivir con su hija, le permite atender de forma apropiada las necesidades médicas y emocionales de la menor, quien como consta en su historia clínica le fue diagnosticado estrés postraumático que le ha generado cefalea crónica y bajo estado anímico, por lo que requiere del acompañamiento de sus padres.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL-Procedencia por cuanto la negativa ante la solicitud de traslado es arbitraria, en tanto, si bien obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, no consultó la situación particular del núcleo familiar

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL-Orden a la Fiscalía General de la Nación efectuar traslado

Referencia: Expediente T-6.093.967 y T-6.107.521
(Acumulados)

Expediente T-6.093.967. Acción de tutela instaurada por Luz Nelly Urrutia Benítez en representación de su hija Blancelly Camila Vente Urrutia contra la Administración Temporal del Sector Educativo del Chocó.

Expediente T-6.107.521. Acción de tutela instaurada por Olga Lucía Céspedes Díaz, a nombre propio y en representación de sus hijos Sara Lucía y Mauricio Andrés Remolina Céspedes contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Libardo Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Primero Familia del Circuito de Quibdó, el tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), y en segunda instancia, por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, el dieciséis (16) de enero de dos mil diecisiete (2017), dentro de la acción de tutela promovida por Luz Nelly Urrutia

Benítez en representación de su hija Blancelly Camila Vente Urrutia contra la Administración Temporal del Sector Educativo del departamento del Chocó; y en primera instancia, por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017), y en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017), dentro de la acción de tutela promovida por Olga Lucía Céspedes Díaz, actuando a nombre propio y en representación de sus hijos Sara Lucía y Mauricio Andrés Remolina Céspedes contra la Fiscalía General de la Nación.

En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó Justicia remitieron a la Corte Constitucional los expedientes T-6.093.967 y T-6.107.521, respectivamente. Posteriormente, los expedientes T-6.093.967 y T-6.107.521 fueron seleccionados para revisión por medio de auto del veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección Número Cuatro, y se dispuso acumularlos, al presentar unidad de materia. Por reparto correspondieron al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

I. ANTECEDENTES

Las señoras Olga Lucía Céspedes Díaz (Expediente T-6.107.521) y Luz Nelly Urrutia Benítez (Expediente T-6.093.967), actuando en nombre propio y en representación de sus hijos, presentaron acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación y la Administración Temporal de Educación Departamental del Chocó, respectivamente, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de sus representados y propios a la unidad familiar y protección especial de los niños, niñas y adolescentes.

A continuación la Sala Octava de Revisión realizará una exposición de los antecedentes de cada caso, la respuesta de las autoridades accionadas y las decisiones objeto de revisión:

Expediente T-6.093.967. Acción de tutela formulada por la señora Luz Nelly Urrutia Benítez, actuando en representación de su hija Blancelly Camila Vente Urrutia, contra la Administración Temporal para el Sector Educativo en el Departamento del Chocó.

1. Hechos

1.1. La señora Luz Nelly Urrutia Benítez se encuentra vinculada como docente en propiedad, en la planta de cargos del Chocó mediante Decreto No. 0720 del 27 de diciembre de 2007.

1.2. Por medio de la Resolución No. 224 de 25 de enero de 2016,¹ expedida por la Administración Temporal para el Sector Educativo del Chocó, fue trasladada de la Institución Educativa Antonio Ricaurte del municipio de Riosucio, Chocó, a la Institución Educativa Manuel E Rivas Lobon sede San Miguel, del municipio de Medio San Juan, Chocó.

1.3. Indica que su núcleo familiar está integrado por su compañero permanente el señor Cecilio Vente Saavedra y sus hijas Blancelly Camila y Farley Camila Vente Urrutia², de 12 y 18 años de edad respectivamente.³

1.4. Aduce que no cuenta con una persona cercana que se haga cargo de su hija menor pues era su madre quien vivía con ella en el municipio de Istmina, Chocó. Sin embargo, esta falleció el 3 de septiembre de 2015. Adicionalmente, el padre de la menor se desempeña desde el año 2014 como minero en el municipio de Timbiquí, Cauca, donde actualmente reside, por lo que no puede cuidar a su hija; y la hija mayor Farley Camila, vive en la ciudad de Cali, Valle del Cauca. Por esto, la peticionaria viaja cada 8 días de su lugar de trabajo a su hogar para acompañar a la menor y brindarle los cuidados por ella requeridos.

1.5. Resalta la peticionaria que su hija Blancelly Camila presenta un cuadro clínico de cefalea crónica y estado de ánimo bajo, el cual, de acuerdo con lo diagnosticado por el pediatra, es consecuencia: (i) del estrés postraumático desencadenado por un evento que vivió la menor en el año 2014, cuando uno de sus compañeritos del colegio desapareció y posteriormente fue encontrado sin vida; y (ii) de la separación de su familia.

2. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos expuestos, la señora Luz Nelly Urrutia Benítez formuló acción de tutela reclamando la protección de los derechos de su hija y propios a la unidad familiar y protección especial de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, solicitó al juez constitucional se le ordene a la entidad accionada trasladarla a una Institución Educativa en la ciudad de Istmina, Chocó para poder estar cerca de su hija menor y brindarle los cuidados necesarios.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

3.1. Copia del Decreto 720 de 27 de diciembre de 2007 “*por el cual se nombra en propiedad a unos docentes Etnoeducadores Afrocolombianos pagados con recursos del Sistema General de Participaciones*”, en el cual se nombró como docente en propiedad del área de Básica Primaria a la señora Luz Nelly Urrutia

¹ Folio 19. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

² Quien actualmente vive en la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

³ A folio 21, obra copia de la Cédula de Ciudadanía de Blancelly Camila Vente Urrutia.

Benítez en la Institución Educativa Manuel E Rivas Lobon, en la sede Escuela Nva el Guasimo del municipio de Medio San Juan⁴.

3.2. Copia del Acta de Posesión del 8 de febrero de 2007, de la señora Luz Nelly Urrutia Benítez en periodo de prueba en la Institución Educativa Manuel E Rivas Lobon, sede Escuela NVA Dipurdu el Guasimo del municipio de Medio San Juan, Chocó.⁵

3.3. Copia de la Resolución No. 224 de 25 de enero de 2016 *“Por la cual se efectúa un traslado ordinario a un docente de la planta global de cargos del sector educativo, del Departamento del Chocó financiado por el Sistema General de Participaciones SGO-Sector Educativo”*⁶, en la cual se resuelve trasladar a la señora Luz Nelly Urrutia Benítez del Establecimiento Educativo Antonio Ricaurte sede las américas del municipio Riosucio, Choco, al establecimiento educativo Manuel E Rivas Lobon, sede San Miguel, del municipio de Medio San Juan, Chocó.

3.3. Copia de la historia clínica de Blancelly Camila Vente Urrutia, donde se indica que la menor vivió un evento estresante en el año 2014, desde entonces presenta cefalea persistente y estado de ánimo bajo.⁷

4. Respuesta de la entidad accionada

La apoderada General de la Administración Temporal del Sector Educativo en el Departamento del Chocó, en la contestación de la tutela, solicitó negar la tutela de la referencia, al considerar que la entidad que ella representa no ha conculcado los derechos de la accionante ni de su núcleo familiar.

Para tal efecto, afirmó que la peticionaria se *“encuentra asignada para la prestación del servicio docente en la I.E Manuel E Rivas Lobon sede San Miguel del municipio del Medio San Juan-Chocó, de igual manera la expedición de la Resolución No. 000224 del 25 de enero de 2016, es como consecuencia de la solicitud que hiciera la actora para su traslado a esa institución educativa”*⁸.

Sumado a esto manifestó que *“en el plenario no existe la menor prueba que llegue a demostrar que la hija menor de la actora para este año 2016, haya sido objeto de atención médica por el padecimiento médico aludido, situación que la pone ante la inexistencia de un perjuicio real a su estado de salud”*⁹.

5. Decisiones objeto de revisión

⁴ Folios 15 a 16.

⁵ Folio 17.

⁶ Folio 19.

⁷ Folios 22 a 32.

⁸ Folio 47.

⁹ Folio 43.

5.1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero de Familia del Circuito de Quibdó, mediante sentencia del tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), negó el amparo solicitado en la acción de tutela al considerar que no se vulneró el derecho fundamental a la unidad familiar.

En primer lugar, señaló que el presente asunto “*se contrae a determinar si la Administración Temporal del Sector Educativo del Chocó desconoce los derechos fundamentales invocados por la accionante en la presente acción, al no ser reubicada en una institución educativa que le permita si es posible ir y regresar el mismo día a su lugar de domicilio en el municipio de Istmina, para poder estar con su hija menor de edad que requiere cuidados*”¹⁰.

Para resolver el problema jurídico planteado, el juez de instancia señaló que la accionante no hizo uso de los mecanismos de defensa ordinarios, tales como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por medio de la cual podía atacar el acto administrativo de traslado. Posteriormente citó la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la unidad familiar, y concluyó que de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que:

*“las pretensiones no están llamadas a prosperar, teniendo en cuenta por un lado que el municipio del Medio San Juan se encuentra ubicado a media hora, si no es menos, del municipio de Istmina lo que le permitiría a la accionante ir y regresar el mismo día a su lugar de domicilio para atender a su hija. De otro lado, la historia clínica de la niña Blancelly Camila da cuenta-como advierte la accionada en su contestación- que la crisis de cefalea crónica presentadas por ésta fueron en el año 2015, en lo que va corrido del presente año no ha tenido crisis o al menos no obra prueba en el plenario de lo contrario, valga decir, una recaída”*¹¹.

En virtud de lo anterior, el juez de primera instancia declaró improcedente la acción de tutela de la referencia.

5.2. Impugnación

La señora Luz Nelly Urrutia, mediante escrito presentado el 10 de noviembre de 2016, impugnó la decisión de primera instancia. Para esto reiteró los argumentos de la tutela y añadió que la situación de desprotección de su hija se vio agravada por la muerte de su madre, abuela de la menor, ya que era ella quien la cuidaba y velaba por su bienestar. Con base en esto, solicitó se revoque la decisión del *a quo*, y en su lugar se amparen los derechos de la menor.

5.3. Decisión de Segunda instancia

¹⁰ Folio 51.

¹¹ Folio 57.

En sentencia del 16 de enero de 2017 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, Sala Única, confirmó la decisión de primera instancia. Indicó, que (i) la peticionaria cuenta con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y (ii) no se evidencia una situación grave que amerite la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Expediente T-6.107.521. Acción de tutela formulada por la señora Olga Lucía Céspedes Díaz, actuando a nombre propio y en representación de su hija Sara Lucía Remolina Céspedes, contra la Fiscalía General de la Nación.

1. Hechos

1.1. Manifiesta la accionante que su núcleo familiar lo conforman su cónyuge, el señor Pedro Emilio Remolina Martínez, y dos hijos menores de edad, Sara Lucía y Mauricio Andrés Remolina de 12 y 6 años de edad, respectivamente.

1.2. La señora Olga Lucía Céspedes Díaz y sus dos hijos residen en el municipio de Florida Blanca, Santander, separados del señor Pedro Emilio Remolina Martínez, el cual desde el año 2016 se mudó a la ciudad de Arauca, departamento de Arauca, con ocasión de su nombramiento.

1.3. El señor Remolina participó en la Convocatoria 004-2008 de la Fiscalía General de la Nación. Después de aprobar las etapas del concurso de méritos para proveer cargos en dicha entidad, fue nombrado en propiedad en el empleo de Profesional de Gestión II en la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión Arauca. Posteriormente, el Director Seccional de Arauca, nombró al señor Remolina en la Subdirección Seccional de Policía Judicial CTI- Arauca, en virtud de la Resolución No. 2801 de 23 de diciembre de 2016¹².

1.4. Indica la accionante que no pudo trasladarse junto con sus hijos a la ciudad de Arauca, debido a que su hija, Sara Lucía Remolina, requiere cuidados especiales en tanto que desde los 6 meses de vida le fue diagnosticada Toxoplasmosis congénita, que le ocasionó microcefalia, epilepsia focal sintomática, trastornos de aprendizaje, hipotonía muscular generalizada que ha originado trastornos de postura; razón por la cual requiere constantes controles médicos por especialistas y un colegio que le brinde enseñanza especializada con apoyo psicopedagógico y terapias física, ocupacional y psicológica.

1.5. El 8 de noviembre de 2016, el señor Remolina solicitó a la Fiscalía General de la Nación transferencia a la ciudad de Bucaramanga. En el escrito presentado manifestó que su familia vive actualmente en el municipio de Florida Blanca, departamento de Santander y no han podido trasladarse a Arauca, por las siguientes circunstancias:

¹²¹² Folios 31 a 34.

“esa ciudad no cuenta con los servicios de salud especializada para niños y adultos y de educación personalizada para niños; estas desventajas no han permitido el traslado de mi núcleo familiar a esta ciudad, porque en mi situación, al tener una hija de 12 años con toxoplasmosis congénita, microcefalia, epilepsia focal sintomática, discapacidad intelectual, TDHA tipo inatento secundario, trastorno de aprendizaje, hipotonía muscular generalizada, que ha originado trastornos de postura y marcha e hipercifosis torácica hiperlordosis lumbar postural- hipotónica a tratar con corset milwakee, necesita de controles permanentes especializados con el pediatra, neuropediatra y ortopedista, y requiere de un colegio que le brinde una enseñanza personalizada con apoyo psicopedagógico y terapias físicas, ocupacional y de psicología, así como el apoyo psicopedagógico desde el hogar para la nivelación académica”.¹³

Adicionalmente, señaló:

“en Bucaramanga y Florida blanca la EPS y la medicina prepagada realizan todos los controles y procedimientos que ha requerido mi hija desde los seis meses de edad cuando le diagnosticaron la enfermedad. De igual manera, en la ciudad de Bucaramanga mi hija estudia en una institución que le brinda todas las recomendaciones de enseñanza dadas por los especialistas”.¹⁴

1.6. El 30 de noviembre de 2016, el Subdirector de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación indicó que al estudiar la solicitud de traslado del señor Pedro Emilio Remolina como Profesional de Gestión II de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Arauca, a la misma subdirección con sede en la ciudad de Bucaramanga, consideró que esta *“no es viable (...) por estrictas necesidades del servicio”*¹⁵.

1.7. Indica la señora Céspedes que debido a los esfuerzos físicos realizados para el cuidado de su hija, empezó a presentar fuertes dolores musculares y pérdida de la fuerza en los miembros superiores. Por esto, se realizó una resonancia magnética que dio como resultado *“una extrusión del contenido discal en el nivel C6-C7 de localización paramediana izquierda que comprime el cordón medular el origen de la raíz izquierda en c7”*¹⁶.

Manifiesta que debido a estos padecimientos cada día se le dificulta más atender adecuadamente las necesidades de la menor, pues se le dificulta colocarle el *Corsé de Milwaukee* requerido para corregir la hipercifosis torácica que aqueja a la menor.

1.8. Aduce que la negativa de traslado por parte de la entidad accionada se traduce en la separación de su núcleo familiar, debido a que no puede desplazarse de forma permanente a la ciudad de Arauca, al no contar con los

¹³ Folio 18.

¹⁴ Folio 20.

¹⁵ Folio 21.

¹⁶ Folio 58.

especialistas necesarios para tratar las patologías de su hija, ni con un colegio que le pueda brindar la educación en modalidad de inclusión.

2. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos expuestos, la señora Olga Lucía Céspedes Díaz formuló acción de tutela reclamando la protección de los derechos fundamentales propios y de sus representados a la unidad familiar y protección especial de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, solicitó al juez constitucional se le ordene a la entidad accionada trasladar a su cónyuge a la ciudad de Bucaramanga, a un cargo con la misma denominación al que se encuentra actualmente.

La acción de tutela es coadyuvada por el señor Pedro Emilio Remolina, mediante escrito radicado ante la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 31 de enero de 2017, en el cual reitera la veracidad de los hechos narrados por la peticionaria.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

3.1. Copia de la solicitud de traslado presentada por el señor Pedro Emilio Remolina, el 8 de noviembre de 2016 ante la Fiscalía General de la Nación, en donde expone las razones por las cuales estima debe ser trasladado de la ciudad de Arauca a Bucaramanga¹⁷.

3.2. Copia de la respuesta de la Fiscalía General de la Nación el 30 de noviembre de 2016 a la solicitud de traslado, en la cual se niega la petición por estrictas necesidades del servicio¹⁸.

3.3. Copia de la Historia Clínica de Sara Lucía Céspedes, donde consta el diagnóstico de las siguientes enfermedades: toxoplasmosis congénita, trastorno de aprendizaje, epilepsia focal sintomática, microcefalia y cifosis dorsal¹⁹.

3.4. Copia de la Resolución No. 00496 de 18 de febrero de 2016 *“por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación”*²⁰.

3.5. Copia del Acta de posesión No. 000106 de 11 de abril de 2016, en la cual consta la posesión del señor Pedro Emilio Remolina Martínez en el cargo de Profesional de Gestión II de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Sección de Arauca²¹.

¹⁷ Folios 19 a 20.

¹⁸ Folio 21.

¹⁹ Folios 39 a 57.

²⁰ Folios 24 a 25.

²¹ Folios 26 a 27.

3.6. Copia de la Resolución No. 03256 de 26 de octubre de 2016 “*por medio de la cual se efectúa un nombramiento en propiedad en la planta global de la Fiscalía General de la Nación*”²².

3.7. Copia del Registro Civil de Nacimiento de Sara Lucía Remolina, donde consta que nació el 24 de febrero de 2004, cuyos padres son Olga Lucía Céspedes y Pedro Emilio Remolina Martínez²³

4. Respuesta de la entidad accionada

El subdirector de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación solicitó, en la contestación de la tutela, negar la protección de los derechos fundamentales invocados como vulnerados, al considerar que la entidad que él representa no ha conculcado los derechos de la accionante ni de su núcleo familiar.

Indicó que la acción de tutela es improcedente, teniendo en cuenta que la accionante no agotó los mecanismos de defensa judicial que tenía a su alcance. En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la unidad familiar, manifestó lo siguiente:

“En primera medida, resulta necesario referirse a la aceptación libre y voluntaria del nombramiento efectuado al señor PEDRO EMILIO REMOLINA MARTÍNEZ en el cargo Profesional de Gestión II de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Arauca, en virtud de su participación en el concurso de méritos del área administrativa y financiera de la entidad.

Este es un caso absolutamente diferente al que se plantea comúnmente en los eventos en que la administración ordena el traslado de servidores en ejercicio del ius variandi, porque los actos administrativos de nombramiento no se perfeccionan sino con el concurso de voluntades entre el nominador y el nombrado, lo cual se materializa con la aceptación voluntaria de la designación y posterior posesión.

En este orden de ideas, en el presente asunto no existen condiciones familiares “nuevas” o que hayan acontecido con posterioridad al nombramiento en la subdirección (...), las cuales hayan podido ser imprevisibles para el señor Pedro Emilio Remolina para efectos de aceptar su designación”²⁴.

Con base en lo anterior, concluyó que en el caso bajo estudio fue el señor Remolina quien decidió voluntariamente trasladarse a la ciudad de Arauca, sin analizar las posibles implicaciones que ello podía acarrear para su núcleo familiar. Por último, resaltó que en la ciudad de Arauca existe una red hospitalaria que puede brindarle a la menor Sara Lucía Céspedes la atención médica requerida.

²² Folios 28 a 29.

²³ Folio 16.

²⁴ Folio 75 y 76.

5. Decisiones objeto de revisión

5.1. Decisión de primera instancia

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia del ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017) accedió a las pretensiones de la tutela²⁵.

En primer lugar, manifestó que se cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa, pues si bien es el señor Pedro Emilio Remolina quien debía acudir directamente ante el juez de tutela, *“teniendo en cuenta que es el quien ha elevado, por su propia cuenta, solicitudes de traslado ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (...). El interesado ratificó los hechos y pretensiones expuestos por la señora Olga Lucía Céspedes, de lo que se colige que su voluntad coincide con la de su esposa y, por ende, la faculta para iniciar el trámite de marras (...)”*²⁶.

En segundo lugar, el juez de instancia trajo a colación la línea jurisprudencial decantada por la Corte Constitucional relativa a la protección del derecho a la unidad familiar ante la negativa en las solicitudes de traslados laborales. Con base en lo cual, concluyó que debido a la difícil situación de salud en que se encuentra la menor, el apoyo de su padre es fundamental. Adicionalmente indicó que *“frente al argumento relacionado con las “necesidades del servicio”, que si bien en otros casos puede resultar plausible, no en aquellos como el presente, en el que se hallan en juego necesidades tan graves de una menor”*²⁷.

En virtud de lo anterior, el juez de primera instancia amparó los derechos fundamentales de la señora Olga Lucía Céspedes y de sus hijos menores de edad y, en consecuencia, ordenó a la Fiscalía General de la Nación adelantar los trámites necesarios para efectuar el traslado de Pedro Emilio Remolina al cargo de profesional de gestión II de la Subdirección Seccional de apoyo de la Gestión de Santander²⁸.

²⁵ Al respecto resolvió: **“Primero.-** Se concede la acción de tutela promovida por OLGA LUCÍA CÉSPEDES DÍAZ, quien actúa en nombre propio y en representación de los derechos de sus menores hijos, contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, diligencias a las cuales fueron vinculados, de manera oficiosa, la DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el señor PEDRO EMILIO REMOLINA MARTÍNEZ y la SUBDIRECCIÓN DE POLICÍA JUDICIAL CTI. **Segundo.-** En consecuencia, se ordena a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN que, en el término de 5 días contados a partir de la notificación de la presente providencia, adelante los trámites administrativos y/o interadministrativos necesarios para el traslado del señor PEDRO EMILIO REMOLINA MARTÍNEZ al cargo de profesional de gestión II de la Subdirección Seccional de Apoyo a la gestión de Santander, o a uno de similar naturaleza, siempre y cuando no se vulneren los derechos fundamentales de terceras personas, es decir, en el momento en el que exista una vacante, o se determine que es viable su cambio de locación sin afectar a otro trabajador. Lo anterior no podrá exceder del término máximo de 6 meses”. (folio 85)

²⁶ Folio 83.

²⁷ Folio 85.

²⁸ **“RESUELVE. PRIMERO.-** Se concede la acción de tutela promovida por Olga Lucía Céspedes Díaz, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos, contra la Fiscalía General de la Nación, diligencias a las cuales fueron vinculadas, de manera oficiosa, Dirección de Talento Humano de la Fiscalía

5.2. Impugnación

La Directora Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito presentado el 14 de febrero de 2017, impugnó la decisión de primera instancia. Para tal efecto, señaló que el señor Remolina se presentó voluntariamente al Concurso No. 004 de 2008 de la Fiscalía, siendo posteriormente seleccionado para desempeñarse en periodo de prueba en el cargo de Profesional de Gestión II de la Subdirección Seccional de Apoyo de la Gestión Arauca. Una vez verificado su rendimiento fue nombrado en propiedad. Todo ello con su aquiescencia, por lo que se evidencia que la entidad accionada en ningún momento vulneró los derechos fundamentales del señor al ubicarlo en la ciudad de Arauca.

5.3. Decisión de Segunda instancia

En sentencia del 23 de marzo de 2017, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de primera instancia y negó la protección constitucional solicitada por la señora Olga Lucía Céspedes Díaz. Indicó que Pedro Emilio Remolina se presentó voluntariamente al concurso de méritos previsto en la Convocatoria No. 004 de 2008 y al superar las etapas del mismo, aceptó ser nombrado en propiedad en el cargo de Profesional de Gestión II de la Subdirección Seccional de Apoyo de la Gestión Arauca. En esa medida, manifestó lo siguiente:

*“La Sala observa que el prenombrado señor cuando participó en el citado concurso de méritos y se postuló para el cargo en Arauca, tenía conocimiento de los padecimientos de su hija Sara Lucía y de su esposa Olga Lucía Céspedes Díaz, y a pesar de ello accedió a ocupar la plaza referida, de modo que la Fiscalía General de la Nación, en últimas, no tuvo injerencia en la presunta vulneración aquí alegada, pues iterase, el señor Pedro Emilio aceptó el nombramiento en el cargo aludido, pese a la situación de su núcleo familiar”.*²⁹

Finalmente señaló que la accionante puede trasladarse junto con sus hijos al lugar de residencia del señor Remolina en la ciudad de Arauca.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

General de la Nación, el señor Pedro Emilio Remolina Martínez y la Subdirección de Policía Judicial CTI de Arauca. **SEGUNDO.**- En consecuencia, se ordena a la Fiscalía General de la Nación que, en el término de 5 días contados a partir de la notificación de la presente providencia, adelante los trámites administrativos o interadministrativos necesarios para el traslado del señor Pedro Emilio Remolina Martínez al cargo de Profesional de Gestión Grado II. de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Santander, o a uno de similar naturaleza, siempre y cuando no se vulneren los derechos de terceras personas, es decir, en el momento en que exista vacante, o se determine que es viable su cambio de locación sin afectar a otro trabajador. Lo anterior no podrá exceder del término máximo de 6 meses”.

²⁹ “Por la cual se efectúa un traslado de un docente de la planta global de cargos del departamento del Chocó, financiada por el Sistema General de Participaciones –SGP- sector educación”. (Folio 19)

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto de veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017), expedido por la Sala de Selección Número Cuatro, que decidió someter a revisión el presente asunto.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico a resolver

La señora Olga Lucía Céspedes Díaz, actuando en nombre propio y en representación de su hija, Sara Lucía Remolina Céspedes, presentó acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de sus representados y propios a la unidad familiar y protección especial de los niños, niñas y adolescentes. La solicitud de amparo se origina en la negativa de la entidad accionada para conceder el traslado solicitado por el cónyuge de la peticionaria, el señor Pedro Emilio Remolina Martínez, para poder estar cerca de sus dos (2) hijos menores de edad y de su cónyuge, pues su hija Sara Lucía, debido a diversos padecimientos de salud, requiere cuidados especiales y casi permanentes por parte de sus padres.

Por su parte, la señora Luz Nelly Urrutia Benítez presentó acción de tutela contra la Administración Temporal de Educación Departamental del Chocó por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de sus representados y propios a la unidad familiar y protección especial de los niños, niñas y adolescentes. La solicitud de amparo se origina en la negativa de la entidad accionada para conceder el traslado solicitado por la peticionaria con el fin de poder estar cerca de su hija menor de edad.

Con fundamento en los hechos expuestos y en las decisiones proferidas por los jueces de instancia, la Sala considera que se deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

- (i) ¿Vulnera la Fiscalía General de la Nación los derechos fundamentales de la señora Olga Lucía Céspedes, el señor Pedro Emilio Remolina y de sus hijos a la unidad familiar y especial protección de las personas en situación de discapacidad, al negar la solicitud de traslado de su padre (Pedro Emilio Remolina), argumentando la necesidad del servicio, sin tener en cuenta que la menor se encuentra en situación de discapacidad y actualmente está al cuidado únicamente de la madre, quien padece fuertes dolores musculares y pérdida de la fuerza en los miembros superiores, lo que le dificulta brindarle todos los cuidados que debe darle a la menor, por ejemplo, ponerle el corsé de Milwaukee diariamente?

- (ii) ¿Vulnera la Administración Temporal de Educación del Departamento del Chocó el derecho a la unidad familiar de una docente (Luz Nelly Urrutia Benítez) y de su hija menor de edad (Blancelly Camila Vente), al trasladarla a una institución educativa ubicada en un municipio diferente al de su residencia, con el fin de garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio público de educación, desconociendo que la docente tiene una hija de 12 años de edad, la cual no cuenta con un familiar que pueda vivir con la menor?

Para efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala (i) abordará la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se ordena un traslado laboral; (ii) realizará una breve reiteración jurisprudencial respecto del ejercicio del *ius variandi* por parte del ente nominador; luego (iii) expondrá el marco legal para el traslado de docentes del sector público y de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación; (iv) abordará el tema del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella; finalmente (v) resolverá los problemas jurídicos planteados.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se ordena un traslado laboral

3.1. La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se reclama la protección de derechos fundamentales que se estiman vulnerados como consecuencia de una orden de traslado efectuada en ejercicio del *ius variandi*, el ordenamiento jurídico consagra las acciones mediante las cuales el afectado con la decisión puede controvertir actos de esa naturaleza como lo son las acciones laborales y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho³⁰.

3.2. No obstante, esta Corporación ha reconocido que de forma excepcional la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para controvertir decisiones relacionadas con la reubicación de trabajadores del Estado³¹. Al respecto, en la Sentencia T-514 de 1996 la Corte expresó que la acción contencioso administrativa no es un medio adecuado, eficaz e idóneo cuando lo que se debate es la vulneración de un derecho fundamental y no la legalidad del acto que ordena el traslado de funcionarios; puesto que “*el objeto de análisis del juez ordinario de una orden de traslado no verifica la vulneración de derechos fundamentales sino la legalidad de la orden*”.

³⁰ Ver las Sentencias T-236 de 2013, T-200 de 2013, T-048 de 2013, T-961 de 2012, T-946 de 2012, T-247 de 2012, T-664 de 2011, T-653 de 2011, T-325 de 2010, T-435 de 2008, T-1156 de 2004, T-346 de 2001, T-1498 de 2000, T-965 de 2000, T-288 de 1998, T-715 de 1996, T-016 de 1995 y T-483 de 1993, entre otras.

³¹ En este sentido, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-016 de 1995, T-715 de 1996, SU-559 de 1997, T-288 de 1998, T-503 de 1999, T-355 de 2000, T-346 de 2001, T-468 de 2002, T-1156 de 2004, T-796 de 2005, T-682 y T-210 de 2014.

Para evitar que la acción de tutela desplace el mecanismo principal de protección judicial, este Tribunal fijó las condiciones que deben acreditarse en cada caso particular³² para que proceda vía tutela la protección de derechos fundamentales amenazados o vulnerados con ocasión a una decisión de traslado laboral, a saber:

*“(i) que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, en el sentido que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo; y (ii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”*³³.

Con respecto al último requisito, la jurisprudencia constitucional desarrolló sub-reglas a partir de las cuales se puede establecer que un derecho es afectado en forma grave. En este sentido, esta Corporación ha indicado lo siguiente³⁴:

“a. Cuando el traslado laboral genera serios problemas de salud, “especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido”.

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

c. 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.

*d. 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.*³⁵”³⁶

En el evento de configurarse los anteriores supuestos, la autoridad encargada de ordenar los traslados o el juez de tutela deberán reconocer “un trato diferencial

³² Ver la Sentencia T-965 de 2000.

³³ Sentencia T-065 de 2007.

³⁴ Al respecto, en la sentencia T-922 de 2008 esta Corporación indicó que “es lógico suponer que la mayoría de los traslados ordenados por necesidad del servicio implican un margen razonable de desequilibrio en la relación familiar porque supone reacomodar las condiciones de vida y cambios en la cotidianidad de las labores del trabajador, la jurisprudencia ha aclarado que la vulneración o amenaza de un derecho fundamental del docente o de su familia no corresponde a situaciones razonables o “normales” de desajuste familiar o personal en la medida en que correspondan a cargas soportables, sino que se presenta en eventos en que, de las pruebas obtenidas o allegadas al expediente de tutela, se desprendan situaciones que resulten cargas desproporcionadas para el trabajador”.

³⁵ Por ejemplo, en la Sentencia T-593 de 1992 la Corte concedió la tutela a una trabajadora de una empresa particular que había sido trasladada de Bogotá a Melgar, debido a que en la primera ciudad residían sus cuatro hijos y dos de ellos padecían graves problemas de salud. Así mismo, en la Sentencia T-447 de 1994 la Corte protegió a una docente que pretendía su traslado y el de su cónyuge –también docente- a la ciudad de Bogotá, ya que su hija sufría microcefalia y presentaba problemas de aprendizaje. En la Sentencia T-514 de 1996, la Corte concedió la tutela a dos docentes que habían sido trasladados, debido a que padecían serios quebrantos de salud debidamente acreditados: uno de ellos sufría cáncer y el otro, hipertensión arterial severa y problemas en su columna vertebral. De manera similar, en la Sentencia T-503 de 1999 se otorgó el amparo a un trabajador de una empresa privada que fue trasladado de Sincelejo a Riohacha. En aquella oportunidad, la Corte pudo comprobar que con el paso del tiempo el cambio de sede había afectado el proceso de aprendizaje de uno de los hijos del demandante, debido a la ausencia del padre y el estrecho vínculo afectivo que los unía. Confrontar en este mismo sentido las Sentencias T-503 de 1999, T-965 de 2000, T-1498 de 2000, T-346 de 2001, T- 468 de 2002, T-825 de 2003 y T- 256 de 2003.

³⁶ Sentencia T-065 de 2007.

*positivo al trabajador*³⁷, a fin garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas y a la unidad familiar.

3.3. De las consideraciones realizadas, se desprende que la acción de tutela será procedente para revocar una orden de traslado siempre y cuando se satisfaga lo siguiente: (i) que el traslado sea arbitrario, en tanto: (i.i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, o (i.ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador que resultaban absolutamente relevantes para la decisión, o (i.iii) implique una clara desmejora en las condiciones de trabajo, y (ii) que el traslado afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.

4. El ejercicio del *ius variandi* por parte de la autoridad nominadora. Reiteración de jurisprudencia

4.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional en reiteradas providencias, el *ius variandi* es una potestad radicada en cabeza del empleador público o privado, que se concreta en la facultad de alterar las condiciones del trabajador en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo, respetando los derechos mínimos del mismo³⁸.

El margen de discrecionalidad con el que cuenta el empleador para el ejercicio del *ius variandi* aumenta o disminuye dependiendo de la naturaleza de la actividad desarrollada. Así, cuando se trata de un trabajador que hace parte de entidades del sector público, donde la planta de personal es global y flexible, esta Corporación ha señalado que dicho margen es más amplio por la necesidad de cumplir los fines esenciales del Estado³⁹.

4.2. Descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, nos encontramos frente a funcionarios (etnoeducador⁴⁰ y Funcionario de la Fiscalía General de la

³⁷ Sentencia T-280 de 2009.

³⁸ Esta postura ha sido acogida en las sentencias T-407 de 1992, T-483 de 1993, T-468 de 2002 y T-543 de 2009, entre otras.

³⁹ Sentencias T- 965 de 2000 y T-175 de 2016.

⁴⁰ En la Sentencia C-666 de 2016 esta Corporación estudio la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra el Decreto Ley 1278 de 2002, “[p]or el cual se dicta el Estatuto de Profesionalización Docente”. En esta ocasión, la Corte señaló que los docentes que prestan sus servicios en las comunidades negras, raizales afrocolombianas y palenqueras se encuentran excluidos de la aplicación del régimen general docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, en tanto deben tener un régimen especial en aplicación de lo establecido en el Convenio OIT 169 de 1989, adoptado mediante la Ley 21 de 1991, el cual no ha sido expedido a la fecha. La sala Plena concluyó que “la Corte se encuentra frente a una situación en la cual ha de preferirse una inconstitucionalidad diferida por encima de una sentencia integradora. En el presente caso, la interpretación normativa conforme a la cual el Decreto 1278 de 2002 es aplicable a los docentes que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y en sus territorios es inconstitucional, pero su expulsión del ordenamiento produce consecuencias también contrarias a la Constitución. (...) Ello supone mantener temporalmente dentro del ordenamiento jurídico la interpretación contraria a la Carta, conforme a la cual el Decreto 1278 de 2002 es aplicable a los docentes y directivos docentes que presten sus servicios a las comunidades negras o dentro de sus territorios, dándole tiempo razonable al Legislador para regular la materia.”

Nación) que integran plantas de personal global y flexible, por lo que la autoridad nominadora dispone de un amplio margen de discrecionalidad para variar las condiciones de trabajo de sus funcionarios.

En relación con los docentes, el *ius variandi* se materializa en la posibilidad que tiene la autoridad nominadora de cambiar la sede en que estos prestan sus servicios, con el fin de garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio público de educación. Por su parte, debido a que las funciones propias de la Fiscalía General de la Nación deben ser ejercidas en todo el territorio nacional, el Fiscal General de la Nación puede trasladar a sus funcionarios a diferentes cargos y determinar sus funciones, de acuerdo con la necesidad del servicio⁴¹.

4.3. No obstante lo anterior, esta Corporación ha sido consistente en sostener que la facultad discrecional de trasladar a los trabajadores que hacen parte de entidades con planta global y flexible no es absoluta pues “*como toda atribución discrecional, exige una orientación razonable y un ejercicio ajustado a los fines que persigue*”⁴². Tales límites se encuentran fundamentados, a su vez, en los artículos 25⁴³ y 53⁴⁴ de la Constitución, y pretenden garantizar los derechos fundamentales del trabajador y de su núcleo familiar.

4.4. Como se expondrá a continuación, la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consistente en la cual se han establecido unas “*reglas claras y limitantes a la facultad subordinante, con las que de cierta manera, se busca blindar al trabajador ante posibles actuaciones arbitrarias por parte de su empleador*”⁴⁵.

4.4.1. Así, en la Sentencia T-909 de 2004⁴⁶ la Corte estudió la acción de tutela interpuesta por una docente que estimó vulnerados los derechos fundamentales

⁴¹ Ley 984 de 2008 “*Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*”.

⁴² T-615 de 1992.

⁴³ **Artículo 25.** “*El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas*”.

⁴⁴ **Artículo 53.** “*El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores*”.

⁴⁵ Sentencia T-682 de 2014.

⁴⁶ En esta oportunidad, la Corte consideró que el traslado de la accionante por fuera de la ciudad de Manizales atenta contra su núcleo familiar, pues, al estar imposibilitado el padre para atender a la menor debido a su discapacidad, la responsabilidad por sus cuidados se radica exclusivamente en la madre, quien, en razón de la lejanía del sitio de trabajo, no podría prodigarle a la menor la atención requerida, ni tampoco compartir el tiempo necesario con ella para velar que su desarrollo educativo y social sea el apropiado.

propios y de su familia, al ser trasladada a un municipio alejado de la residencia de su familia. En esta ocasión, la peticionaria manifestó que requería estar cerca de su esposo discapacitado, quien necesitaba frecuentemente atención médica especializada, y de su hija menor cuyo cuidado no podía compartirse con el padre por sus condiciones de salud.

En dicha providencia, se afirmó que es el juez administrativo el competente para conocer las demandas relativas a la legalidad del acto de traslado, *“(n) o obstante, la jurisprudencia de esta corporación ha aceptado la procedencia de la acción de tutela en circunstancias especiales y que demandan con urgencia el amparo constitucional, a saber: (i) cuando el acto de traslado es intempestivo, arbitrario y atenta contra la unidad familiar; (ii) cuando con el mismo se coloca en grave riesgo la vida, la salud o la integridad personal del trabajador o algún miembro de familia; y (iii) cuando atenta contra el derecho de los niños a tener un familia”*.

Con base en tales consideraciones, la Sala Primera de Revisión amparó los derechos fundamentales de la accionante y de su familia y ordenó su reubicación en una institución educativa en la ciudad de Manizales.

4.4.2. En Sentencia T-664 de 2011, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta por la señora Clara Nelly Córdoba Ramos en contra de la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó, tras considerar que al ser trasladada a un municipio diferente del que vivían sus 4 hijos, argumentando necesidad del servicio, se afectaba su entorno y unidad familiar, ya que con las nuevas condiciones laborales no podía atender y cuidar a los menores, especialmente uno de ellos que se encontraba en situación de discapacidad al tener *“parálisis cerebral espástica”* permanente.

En dicha ocasión, la Corte concedió la protección de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas tanto de la accionante como de su núcleo familiar, y reiteró que *“la potestad discrecional de la administración para ordenar traslados de docentes no puede ser arbitraria sino que se encuentra limitada, de una parte por elementos **objetivos** que responden a necesidades reales en el servicio de educación, y por otra por elementos **particulares** que atienden a las necesidades personales del docente y/o su núcleo familiar”*.

4.4.3. En la Sentencia T-961 de 2012, esta Corporación se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por Bárbara Aldenis Ledezma Chaverra contra la Administración Temporal para el Sector Educativo en el Departamento del Chocó, por considerar que al trasladarla a otro municipio, la entidad vulneró sus derechos fundamentales. Para sustentar su petición, la accionante señaló que era madre cabeza de hogar, estaba a cargo de dos menores de edad, quienes vivían en la ciudad de Quibdó y visitaba cada 8 o 15 días. Debido a factores como la inseguridad, la extensa distancia entre Nóvita y Quibdó y los costos económicos que implicaba el trayecto no podía viajar con mayor frecuencia, lo que genera

una afectación a sus hijas, y no contaba con una persona o familiar que se haga cargo de sus hijos.

La Sala Novena de Revisión de la Corte consideró en ese caso concreto, lo siguiente: *“se puede generar una afectación a las menores por no contar con una persona o familiar que se haga cargo de ellas, si se tiene en cuenta además que el padre de las menores no convive con las niñas desde hace once (11) años, y que el familiar más cercano se encuentra enfermo y vive en un lugar distante de su vivienda”*⁴⁷. Con base en lo anterior, se concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud, al trabajo en condiciones dignas y el derecho de petición de la actora, así como el derecho a la unidad familiar de sus menores hijas.

4.4.4. En el mismo sentido de la Sentencia T-664 de 2011, en la Sentencia T-104 de 2013 esta Corporación estudió la acción de tutela interpuesta por una docente en contra de la Secretaria de Educación, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la familia, a la salud y a la vida de su hija de 8 años de edad y de su madre de 69, quienes se encontraban en delicado estado de salud por lo que requieren un cuidado especial que no puede brindar efectivamente dado que trabaja en un municipio distinto a la ciudad donde ellas habitan y acuden a controles médicos.

En la sentencia mencionada, la Corte resaltó que pese al margen de discrecionalidad con que cuenta la administración pública para ordenar los traslados, *“esta no puede ser una decisión arbitraria y debe respetar los postulados constitucionales en relación con la necesidad de desarrollar el trabajo en condiciones de dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. La decisión debe estar plenamente sustentada en verdaderas necesidades del servicio y tener en cuenta las circunstancias particulares de cada trabajador y su familia para no desmejorar de manera sustancial su situación”*. Asimismo, estableció como regla de decisión la siguiente:

“se vulneran los derechos constitucionales a la igualdad material y especial protección constitucional de las personas en situación de discapacidad, cuando el empleador en ejercicio de la figura del ius variandi, ordena el traslado laboral de un trabajador, desconociendo o ignorando las especiales circunstancias de los miembros de su familia que se encuentra en dicho estado de debilidad manifiesta”.

4.4.5. En la Sentencia T-682 de 2014, esta Corporación estudió tres acciones de tutela formuladas por ciudadanos que vieron conculcados sus derechos

⁴⁷ Tal situación, según el informe de visita socio familiar, elaborado al núcleo familiar de la actora por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) - Regional Chocó el veinte (20) de abril de dos mil doce (2012), podría generar perjuicios considerables debido a los fuertes lazos afectivos que existen entre la accionante y sus hijas que se pueden ver *“afectados en el proceso de formación y la etapa por la cual está atravesando, desequilibrando su estado emocional que podría conllevar a malos comportamientos, no contando con persona responsable que pueda ejercer los roles inherentes a la maternidad y/o paternidad”*.

fundamentales por el traslado efectuado por sus empleadores de forma arbitraria. Uno de los casos, fue el de la docente Leonor del Carmen Castro Sarmiento quien solicitó traslado ante el departamento de Córdoba, debido a los graves quebrantos de salud que en ese momento padecía y que no obstante haber acudido directamente ante la autoridad nominadora solicitando el traslado, el mismo le había negado, violentándose con ello sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al debido proceso, al trabajo en condiciones dignas y a la salud.

La Sala Quinta de Revisión encontró satisfechos los requisitos para conceder el amparo invocado por la peticionaria con fundamento en que: *“la decisión que negó el traslado a la señora Leonor del Carmen Castro Sarmiento se adoptó sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares de la actora, concretamente, su delicado estado de salud. Así mismo, con dicha decisión se afectó de forma clara, grave y directa sus derechos fundamentales a la dignidad humana, el debido proceso, el trabajo en condiciones dignas y justas y la salud”*. Con base en tales consideraciones, la Sala ordenó a la entidad demandada efectuar el traslado de la docente a un lugar cercano a su domicilio.

4.5. De la jurisprudencia reseñada, la Sala Octava de Revisión concluye que la potestad discrecional de la autoridad nominadora para ordenar traslados se encuentra limitada, pues esta debe responder a una necesidad real y objetiva del servicio, y a su vez debe consultar la situación particular del empleado y de su núcleo familiar. Y, que la misma no afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y su grupo familiar.

5. Marco legal para el traslado de docentes del sector público y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación

5.1. Tratándose de traslados de funcionarios pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación, el Fiscal General de la Nación tiene la potestad de reubicar y trasladar a sus funcionarios por necesidad del servicio de conformidad con lo establecido en la Ley 270 de 1996 y 938 de 2008, y los Decretos Leyes 016, 018 y 021 de 2014.

El artículo 30 de la Ley 270 de 1996⁴⁸ establece que el Fiscal General de la Nación *“asignará la planta de personal que corresponda a cada dependencia, podrá variarla cuando lo considere necesario y establecerá el manual de requisitos y funciones de cada uno de los empleos”*.

La Ley 938 de 2008⁴⁹ dispone en el artículo 11 que el Fiscal General de la Nación *“podrá trasladar cargos y determinar sus funciones, de acuerdo con la necesidad del servicio”*. A su vez, el artículo 16 de la norma mencionada dispuso

⁴⁸ “Estatutaria de la administración de justicia”.

⁴⁹ “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

que la Oficina de Planeación tiene como función, entre otras, *“realizar estudios sobre estructura orgánica, planta de personal, escala salarial y en general sobre todo lo relacionado con el desarrollo organizacional de la entidad en coordinación con las respectivas dependencias”*.

El artículo 2º del Decreto Ley 018 de 2014 dispone que el Fiscal General de la Nación *“distribuirá los cargos de las plantas en cada una de las dependencias de la Fiscalía General de la Nación, mediante actos administrativos y ubicará al personal teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes, las estrategias y los programas de la entidad”*.

Por su parte, el Decreto Ley 021 de 2014⁵⁰ establece en los artículos 86, 87⁵¹, 91 y 92, que el movimiento de personal al interior de la entidad se puede dar, entre otros, con ocasión de un traslado o una reubicación. El primero, procede, *“de oficio o a petición de parte”*; y el segundo procede *“por necesidades del servicio”*, mediante acto administrativo motivado, proferido por el nominador, o por su delegado.

5.2. Ahora bien, en relación con el traslado de docentes del sector público el artículo 22 de la Ley 715 de 2001⁵² establece que, este procede de forma discrecional, para satisfacer la prestación del servicio educativo y se ejecuta mediante acto administrativo motivado por la autoridad nominadora si se lleva a cabo dentro de la misma entidad territorial. Si *“se trat[a] de traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados se requerirá, además del acto administrativo debidamente motivado, un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales. Las solicitudes de traslados y las permutas procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio y no podrán afectarse con ellos la composición de las plantas de personal de las entidades territoriales”*.

El artículo 53 del Decreto Ley 1278 de 2002⁵³ señala que los traslados proceden de forma discrecional bajo las siguientes circunstancias: *“a. Cuando para la debida prestación del servicio se requiera el traslado de un docente o directivo docente dentro del mismo distrito o municipio, o dentro del mismo departamento cuando se trate de municipios no certificados, con el fin de garantizar un servicio continuo, eficaz y eficiente. b. Por razones de seguridad debidamente comprobadas. c. Por solicitud propia”*. (Negrilla fuera del texto original)

⁵⁰ *“Por el cual se expide el régimen de las situaciones administrativas en las que se pueden encontrar los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”*.

⁵¹ *“Traslado. El traslado es el movimiento de personal a través del cual se provee una vacante definitiva dentro de la misma sede territorial o en otra diferente, con un servidor que ocupa otro empleo de naturaleza equivalente, funciones afines, con una remuneración igual, superior o equivalente y para el cual se exijan requisitos mínimos similares”*.

⁵² *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”*.

⁵³ *“Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”*.

Posteriormente, mediante Sentencia C-734 de 2003, la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo precitado, y concluyó que el literal a) del artículo 53 del Decreto 1278 de 2002, era exequible de manera condicionada “(...) *en el entendido que esa facultad discrecional debe ser consecuencia de la necesidad del servicio, con evaluación de las condiciones subjetivas del trabajador y siempre y cuando se respeten las condiciones mínimas de afinidad funcional entre el cargo al que fue inicialmente vinculado y el nuevo destino*”.

Luego el Decreto 3222 de 2003 al reglamentar el artículo 22 de la Ley 715 de 2011, estableció en su artículo 2º el procedimiento que debe llevarse a cabo cuando se efectúe un traslado por necesidades del servicio, en los siguientes términos:

*“Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, la autoridad nominadora efectuará el traslado mediante acto administrativo debidamente motivado. Para todo traslado la autoridad nominadora deberá tener en cuenta las necesidades del servicio y la disponibilidad presupuestal. **Los traslados por necesidades del servicio son de carácter discrecional y pueden tener origen en: a) disposición de la autoridad nominadora, b) solicitud de los docentes o directivos docentes.** (...)”*. (Negrilla fuera del texto original)

El Decreto Ley 520 de 2010⁵⁴ establece en el artículo 2º el procedimiento ordinario a seguir para el traslado de docentes.⁵⁵ En concordancia con ello, el artículo 5º, define las situaciones en las cuales la solicitud de traslado no está sujeta al proceso ordinario antes mencionado.⁵⁶

⁵⁴ “Por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes”.

⁵⁵ El artículo 2º del Decreto Ley 520 de 2010 establece: “[...] 3. Con base en el cronograma fijado por el Ministerio de Educación Nacional y el reporte anual de vacantes, antes de la iniciación del receso estudiantil previsto en el Decreto 1373 de 2007, la entidad territorial certificada convocará al proceso de traslado mediante acto administrativo, en el cual detallará las necesidades del servicio educativo por atender mediante traslado ordinario de docentes y directivos docentes, con la indicación del cargo directivo o del área de desempeño para el caso de los docentes, localización del establecimiento educativo, considerando las sedes, requisitos, oportunidad y procedimiento para la inscripción en el proceso de traslados, información sobre los criterios de priorización para la definición de los mismos, fechas para la verificación del cumplimiento de los requisitos y de expedición de los actos administrativos de traslado. 4. Cada entidad territorial certificada deberá realizar la difusión de la convocatoria durante un periodo mínimo de quince (15) días hábiles, anteriores a la fecha en la cual dé inicio a la inscripción en el proceso ordinario de traslados, a través de los medios más idóneos de que disponga. En todo caso, realizará la difusión en el sitio web de la secretaría de educación correspondiente y en lugar de fácil acceso al público. 5. Cumplidas las actividades programadas en el cronograma del proceso de traslados, la autoridad nominadora de cada entidad territorial certificada adoptará la decisión que corresponda y la comunicará al docente o directivo docente, así como a los rectores o directores rurales de los establecimientos educativos donde se hayan de producir los cambios”.

⁵⁶ El artículo 5º del Decreto Ley 520 de 2010 consagra: “La autoridad nominadora efectuará el traslado de docentes o directivos docentes mediante acto administrativo debidamente motivado, en cualquier época del año lectivo, sin sujeción al proceso ordinario de que trata este Decreto, cuando se originen en: 1. Necesidades del servicio de carácter académico o administrativo, que deban ser resueltas discrecionalmente para garantizar la continuidad de la prestación del servicio educativo. En tal caso, el nominador de la entidad territorial debe adoptar la decisión correspondiente considerando, en su orden, las solicitudes que habiendo aplicado al último proceso ordinario de traslado no lo hayan alcanzado. 2. Razones de seguridad fundadas en la valoración de riesgo adoptada con base en la reglamentación que establezca el Ministerio de Educación Nacional. 3. Razones

6. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella

6.1. La Constitución de 1991 consagra a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad⁵⁷ y reconoce el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella, así como la especial protección constitucional de la que son titulares⁵⁸.

6.2. A nivel legal, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el artículo 8°, definió el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como *“el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*.

Luego, en el artículo 9° estableció la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que (i) *“en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”*; y (ii) *“en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”*.

Por último, en el artículo 22, se estableció el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a tener y crecer en una familia, a no ser separado de ella, en los siguientes términos:

“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

de salud del docente o directivo docente, previo dictamen médico del comité de medicina laboral del prestador del servicio de salud. 4. Necesidad de resolver un conflicto que afecte seriamente la convivencia dentro de un establecimiento educativo, por recomendación sustentada del consejo directivo”.

⁵⁷ La Constitución Política hace referencia expresa a la familia en los siguientes once artículos: 5, 13, 15, 28, 42, 43, 44, 46, 49, 67 y 68.

⁵⁸ Artículo 44. *“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*.

6.3. A nivel internacional, en Declaración Internacional sobre los Derechos del Niño, se consagra la importancia de la familia para propiciar el ambiente de amor y de cuidado que el desarrollo infantil requiere.⁵⁹

Adicionalmente, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁶⁰ establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral. Según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento.

Finalmente, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que *“para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.”*

6.4. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que la familia es un componente fundamental para el crecimiento y desarrollo armónico de los menores. En tal sentido, ha resaltado que *“[t]odos los miembros de una familia tienen derecho a conservar su unidad, ya que aquella es la célula de la sociedad. El interés general recae sobre la unidad familiar, no sólo por razones elementales de conveniencia, sino porque el vínculo familiar no puede ser disuelto sin justa causa”*⁶¹.

En la Sentencia T-961 de 2012 este Tribunal expresó lo siguiente:

“La protección del derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes, implica una garantía para su desarrollo integral, dado que en estas etapas, necesitan del apoyo moral y psicológico de su familia, fundamentalmente el de sus padres, para evitar cualquier trastorno que pueda afectar su desarrollo personal, de manera que solo excepcionalmente, dicha unidad podría ser afectada, por causas legales, como puede suceder con una decisión judicial relacionada con la privación de la libertad de uno de los padres, o cuando medie una decisión judicial o

⁵⁹ Por ejemplo, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral; según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento. A su vez, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986, establece que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil (art. 1), y que el bienestar de los niños depende del bienestar de su familia (art. 2). En el mismo sentido, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que *“para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.”*

⁶⁰ Adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959.

⁶¹ Sentencia T447 de 1994.

*administrativa que determine la separación del hijo de sus progenitores o de uno de ellos”.*⁶²

7. Caso concreto

7.1. La Administración Temporal para el Sector Educativo en el Departamento del Chocó no vulneró los derechos fundamentales de Luz Nelly Urrutia Benítez y Blancelly Camila Vente Urrutia, al reubicarla en el municipio de medio San Juan, Chocó. Expediente T-6.093.697

7.1.1. En esta oportunidad la accionante considera que la Administración Temporal para el Sector Educativo del Departamental del Chocó vulneró los derechos fundamentales propios y de su hija menor Blancelly Camila Vente Urrutia a la unidad familiar y protección especial de los niños, niñas y adolescentes, con la orden contenida en la Resolución No. 224 de 25 de enero de 2016, mediante la cual efectuó su traslado a la Institución Educativa Manuel E Rivas Lobon sede San Miguel, municipio de Medio San Juan, Chocó, retirándola del municipio de Itsmina, Chocó, donde reside su hija menor de edad.

La señora Luz Nelly Urrutia funda su solicitud de amparo en el reconocimiento de los derechos de la menor a crecer en el seno de una familia, pues manifiesta que no cuenta con un familiar o persona allegada a la familia que pueda vivir con su hija Blancelly Camila Vente y procurarle los cuidados propios de su edad, así como la debida protección y asistencia requerida por padecer cefalea crónica y bajo estado anímico. Lo anterior, en tanto el padre de la menor, el señor Cecilio Vente Saavedra, por razones de trabajo vive en el municipio de Timbiquí, Cauca; y la abuela de la menor, quien se encargaba de su cuidado, falleció en el año 2015.

Con base en lo expuesto, indica la accionante, que el hecho de encontrarse viviendo en un municipio diferente al de su hija le impone la necesidad de trasladarse cada ocho días para visitarla y compartir con ella, dado que no puede viajar diariamente. A la presente acción, la señora Urrutia anexó copia de la historia clínica de Blancelly Camila Vente, donde consta la cefalea crónica y el bajo estado de ánimo, sin embargo, la entidad accionada, en la contestación de la tutela, solicitó que se negara la prosperidad de las pretensiones al considerar que la historia clínica allegada data del año 2015 y no del 2016, año en el cual se efectuó el traslado. Con base en ello, concluyó que no existen pruebas que permitan afirmar que la menor actualmente presente tal diagnóstico.

⁶² Ver Sentencia T-488 de 2011. En esta oportunidad, mediante la acción de tutela el accionante cuestionó un acto administrativo que ordenaba el traslado de labores del accionante, padre cabeza de hogar, de un establecimiento carcelario de Bogotá a uno de la ciudad de Jamundí - Valle por necesidades del servicio, sin que se tuviera en cuenta su situación familiar. La decisión implicaba la interrupción de los estudios especiales de los hijos menores del actor. Con base en los hechos expuestos, la Sala de Revisión correspondiente ordenó suspender provisionalmente la decisión administrativa con el fin de evitar la afectación en el proceso de aprendizaje de los hijos del actor, para que al finalizar el año escolar si se procediera con el traslado del actor con sus hijos, con el objeto de no quebrantar su derecho a tener familia y a no separarse de ella.

7.1.2. Del precedente jurisprudencial citado en el acápite 3° de las consideraciones de esta providencia, se concluyó que la acción de tutela procede para revocar una orden fundada en el ejercicio del *ius variandi* siempre y cuando el traslado o la negativa del mismo sea arbitrario, en tanto: (i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, (ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador, o (iii) implica una clara desmejora en las condiciones de trabajo; y con tal decisión se afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.

De los hechos expuestos y de las pruebas obrantes en el expediente, esta Sala encuentra que la decisión de la Administración Temporal para el Sector Educativo adoptada mediante Resolución No. 224 de 25 de enero de 2016,⁶³ obedece a que la accionante se inscribió al proceso ordinario de traslado de docentes y directivos docentes convocado por el Ministerio de Educación Nacional mediante Resolución No. 16431 del 2 de octubre de 2015⁶⁴. Pues con anterioridad a dicha Resolución, la señora Luz Nelly Urrutia se encontraba prestando sus servicios de docente en la Institución Educativa Antonio Ricaurte en el municipio de Riosucio, Chocó, el cual queda a diez horas y media aproximadamente del municipio de Itsmina.

7.1.3. De lo anterior, se desprende que el traslado realizado al municipio del Medio San Juan, Chocó, **no fue arbitrario ni vulneró los derechos fundamentales de la accionante y de su hija**, por el contrario, se evidencia que la entidad accionada al efectuar el proceso de ordinario traslado valoró las particularidades del núcleo familiar de la señora Urrutia quien si bien no es madre soltera, su compañero permanente y padre de la menor vive en el municipio de Timbiquí, Cauca, por lo que es ella quien puede brindarle la protección, cuidado y el cariño necesario. Al ser trasladada del municipio de Riosucio, Chocó, a la Institución Educativa Manuel E Rivas Lobon, sede San Miguel, ubicada en el municipio de Medio San Juan, puede ir y regresar el mismo día de su lugar de trabajo al municipio de Itsmina por carretera terciaria en la cual tarda aproximadamente tan solo 25 minutos para llegar de un lugar a otro, para un recorrido total del 8.9 Km⁶⁵.

En este orden de ideas, la Sala advierte que la posibilidad que tiene la accionante de viajar del municipio de Medio San Juan (donde está ubicada la institución educativa a la cual fue asignada) al municipio de Itsmina (domicilio actual de la menor) para vivir con su hija, le permite atender de forma apropiada las

⁶³ Folio 19. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

⁶⁴ “Por la cual se fija el cronograma para la realización del proceso ordinario de traslados de docentes y directivos docentes oficiales con derechos de carrera que laboran en instituciones educativas de las entidades territoriales certificadas en educación”.

⁶⁵ Información extraída de Google Maps (<https://goo.gl/maps/hjaVfvgpqGE2>) y ratificada por la Policía Nacional mediante comunicación telefónica realizada por el Despacho Sustanciador.

necesidades médicas y emocionales de Blancelly Camila Vente, quien como consta en su historia clínica le fue diagnosticado estrés postraumático que le ha generado cefalea crónica y bajo estado anímico, por lo que requiere del acompañamiento de sus padres.

Entonces, si la accionante pretende ser reubicada en una Institución Educativa localizada en el municipio de Itsmina, el procedimiento que debe adelantar es realizar una solicitud de traslado ante la Administración Temporal para el Sector Educativo del departamento del Chocó, de conformidad con el artículo 53 del Decreto Ley 1278 de 2002. No obstante, como se advirtió en esta oportunidad, la accionante acudió directamente ante el juez constitucional, saltándose con ello, el procedimiento establecido para tal efecto.

Debido al carácter excepcional de la acción de tutela como mecanismo judicial para invocar la protección de derechos fundamentales amenazados o vulnerados con ocasión a una decisión de traslado laboral, la misma resulta improcedente en el caso bajo estudio, dado que la decisión de la entidad accionada no fue arbitraria. Lo anterior, por cuanto la accionada consultó las necesidades y circunstancias particulares de la docente, adicionalmente no afecta los derechos fundamentales de la accionante ni de su hija Blancelly Camila Vente ya que ambas pueden tener el mismo domicilio. Lo anterior, permite concluir que no se encuentran satisfechos los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Ver consideraciones) para amparar derechos fundamentales invocados como vulnerados con ocasión del ejercicio del *ius variandi* por parte de la entidad nominadora.

7.1.4. En este orden de ideas, la Sala confirmará el fallo proferido por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó el 16 de enero de 2017, que confirmó la sentencia del 3 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Primero Familia del Circuito de Quibdó que negó el amparo constitucional invocado por la señora Luz Nelly Urrutia Benítez en nombre propio y en representación de su hija Blancelly Camila Vente.

7.2. La Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales de la señora Olga Lucía Céspedes Díaz y su hija Sara Lucía Remolina Céspedes, al negar el traslado solicitado por el señor Pedro Emilio Remolina. (Expediente T-6.107.521).

7.2.1. En el caso bajo estudio, la señora Olga Lucía Céspedes Díaz consideró que la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales propios y de su hija, Sara Lucía Remolina, a la unidad familiar, a la protección especial de los niños, niñas y adolescentes, al negar la solicitud de traslado radicada por su cónyuge el 8 de noviembre de 2016, mediante oficio del 30 de noviembre del mismo año, por “*strictas necesidades del servicio*”; sin tener en cuenta la especial protección de la cual es titular la menor ni su situación de discapacidad.

7.2.2. Antes de resolver el problema jurídico planteado en este caso concreto, es pertinente analizar si la señora Olga Lucía Céspedes estaba legitimada para interponer la acción de tutela, en tanto es su cónyuge, el señor Pedro Emilio Remolina, quien se encuentra vinculado a la Fiscalía General de la Nación y por ende quien solicita el traslado.

Así, se recuerda que uno de los requisitos de procedencia de la acción de tutela es el de la legitimación para interponer la acción⁶⁶, el cual busca garantizar que la persona que acuda a este mecanismo de defensa judicial sea el titular del derecho cuya protección se pretende.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar judicialmente la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. En desarrollo del artículo precitado, el Decreto 2591 de 1991⁶⁷ dispone en su artículo 10, lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

La jurisprudencia constitucional interpretando el alcance del artículo 86 Superior y 10° del Decreto 2591 de 1991, ha considerado que la solicitud de amparo puede ser promovida, no solo por quien considera vulnerados o amenazados sus derechos, sino también, por quien demuestre tener un interés legítimo para actuar en su nombre. En este sentido, en la Sentencia T-541 A de 2014 la Corte señaló que se configura tal legitimación en los siguientes eventos:

“(i) cuando la tutela es ejercida directamente y en su propio nombre por la persona afectada en sus derechos; (ii) cuando la acción es promovida por quien tiene la representación legal del titular de los derechos, tal como ocurre, por ejemplo, con quienes representan a los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) también, cuando se actúa en calidad de apoderado judicial del afectado, “caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo”; (iv) igualmente, en los casos en que la acción es instaurada como

⁶⁶ “La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.” (Sentencia T-416 de 1997)

⁶⁷ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

*agente oficioso del afectado, debido a la imposibilidad de éste para llevar a cabo la defensa de sus derechos por su propia cuenta, como sucede, por ejemplo, con un enfermo grave, un indigente, o una persona con incapacidad física o mental. Finalmente, (v) la acción de tutela puede ser instaurada a nombre del sujeto cuyos derechos han sido amenazados o violados, por el Defensor del Pueblo, los personeros municipales y el Procurador General de la Nación, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales”.*⁶⁸

En esta oportunidad, la acción de tutela es promovida por la señora Olga Lucía a nombre propio y en representación de su hija Sara Lucía de 12 años de edad, quien se encuentra en situación de discapacidad. La Sala considera que la señora Céspedes goza de legitimidad (i) para promover la defensa de su hija, en su condición de representante legal, al tratarse de una menor de edad, que adicionalmente se encuentra en situación de discapacidad, y (ii) a nombre propio como parte del núcleo familiar afectado, en tanto sus derechos se encuentran amenazados al estar a cargo de sus hijos sin el apoyo de su cónyuge.

Sumado a lo anterior, mediante escrito radicado ante la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 31 de enero de 2017, el señor Pedro Emilio Remolina ratificó los hechos narrados por la peticionaria en la acción de amparo por ella impetrada⁶⁹.

7.2.3. Del precedente jurisprudencial citado en el acápite 3° de las consideraciones de esta providencia, se reitera que la acción de tutela procede para revocar una orden de traslado siempre y cuando el traslado o la negativa del mismo sea **arbitrario**, en tanto: (i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, (ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador, o (iii) implica una clara desmejora en las condiciones de trabajo; y con tal decisión **se afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales** del accionante y su núcleo familiar.

Encuentra la Sala que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo y eficaz de protección, en tanto se advierte la posible afectación de los derechos fundamentales de la accionante y de su hija menor de edad- quien por encontrarse en situación de discapacidad es un sujeto de especial protección constitucional- a la Unidad Familiar, igualdad y la especial protección de los niños, niñas y adolescentes. Lo anterior permite concluir que los mecanismos ordinarios de defensa ante la jurisdicción contenciosa administrativa son ineficaces e inidóneos dadas las condiciones anteriormente descritas.

Descendiendo al caso concreto, por medio de la Resolución 3256 de 26 de octubre de 2016 se nombró en propiedad al señor Remolina en el empleo de Profesional de Gestión II de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Arauca. Tal nombramiento es el resultado de la Convocatoria realizada para

⁶⁸ Sentencia T-176 de 2011.

⁶⁹ Folio 72.

proveer empleos del área administrativa en la Fiscalía General de la Nación, donde el señor Remolina participó en la Convocatoria 004 de 2008 y superó todas las etapas del mismo.

Ahora bien, la decisión de negar el traslado del señor Pedro Emilio Remolina, por parte de la Fiscalía General de la Nación, se sustentó en las estrictas necesidades del servicio, como consta en el oficio de 30 de noviembre de 2016⁷⁰. Sin embargo, en este acto administrativo no se evidencia un análisis de las circunstancias personales que rodean al accionante y a su familia. Específicamente, la situación de discapacidad de su hija menor Sara Lucía Remolina, quien está al cuidado únicamente de su madre, a quien, adicionalmente, le diagnosticaron desde el año 2014 *“una extrusión del contenido discal en el nivel C6-C7 izquierdo con migración caudal y compresión de la raíz izquierda de C6 y del cordón medular”*.

De las pruebas obrantes en el expediente, encuentra la Sala que la menor Sara Lucía Remolina Céspedes, cuando se encontraba en el vientre de su madre contrajo una infección por Toxoplasmosis la cual deja muchas secuelas, entre las que se destacan daños cognitivos, motores y físicos. En el caso concreto de Sara, consta en su historia clínica que tal infección le ocasionó microcefalia, epilepsia focal sintomática, trastornos de aprendizaje y posturales.

Es palmario que Sara Lucía Remolina Céspedes requiere cuidados especiales, en aras de garantizar su salud física y emocional, por lo que es fundamental que sean sus padres quienes le brinden el acompañamiento apropiado para hacer frente a su situación actual. Sin embargo, ante la imposibilidad del padre para atender a la menor, la responsabilidad por sus cuidados radica exclusivamente en la madre, para quien tal labor ha sido físicamente muy desgastante, al punto que, como manifiesta en la tutela, está perdiendo la fuerza muscular de sus miembros superiores, debido a la extrusión discal que le fue diagnosticada desde el año 2014.

Con base en lo expuesto, la Sala afirma que la negativa ante la solicitud de traslado elevada por el señor Pedro Emilio Remolina es arbitraria, en tanto, si bien obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, no consultó la situación particular del señor Remolina ni de su núcleo familiar. Sumado a esto, con tal decisión se afectaron de forma grave y directa los derechos fundamentales de su hija menor, dada la gravedad de sus padecimientos y las implicaciones que ello tiene en su núcleo familiar.

En adición a las omisiones a las que se han hecho referencia, la Sala Octava de Revisión considera que la carga argumentativa de la entidad accionada para negar el traslado solicitado es mayor, al estar de por medio un menor de edad en situación de discapacidad y por ello titular de una especial protección

⁷⁰ Folio 21.

constitucional. Por esto, no es suficiente afirmar que el traslado no puede efectuarse únicamente por razones del servicio, sin consultar la situación particular del actor ni la de su núcleo familiar.

De acuerdo con el análisis del caso, la Corte Constitucional considera que la Fiscalía General de la Nación vulneró el derecho a la unidad familiar de Olga Lucía Céspedes Díaz, Pedro Emilio Remolina Martínez, Sara Lucía y Mauricio Andrés Remolina Céspedes, la especial protección de los niños, niñas y adolescentes y a la especial protección debida por el Estado a las personas en situación de discapacidad, al negarse a trasladar a su cónyuge a la ciudad de Bucaramanga.

7.2.4. Ahora bien, en relación con la afirmación realizada por el juez de segunda instancia, referente a la posibilidad con que cuenta la accionante de trasladarse junto con sus hijos al lugar de residencia del señor Remolina en la ciudad de Arauca, esta Corporación considera que no puede desconocerse que (i) la menor actualmente se encuentra inscrita en la Institución Educativa Colegio Reggio Amelia, cursando el grado quinto en la modalidad inclusión y (ii) cuenta con todas las atenciones médicas de los sub especialistas requeridos para tratar sus padecimientos de salud que se encuentran ubicados en la ciudad de Bucaramanga y en Florida Blanca.

No obstante lo anterior, la Sala estima que en relación con los tratamientos médicos, la menor puede perfectamente recibirlos en la ciudad de Arauca, pues allí existen las redes hospitalarias y especialistas que pueden tratar sus patologías. Sin embargo, someterla a un cambio de ciudad, de institución educativa y de entorno social, constituye una carga desproporcionada para un sujeto de especial protección constitucional y un cambio drástico en su forma de vida que puede ser difícil de asimilar para la menor y significar un riesgo en su tranquilidad y estabilidad emocional, y en consecuencia poner en riesgo su estado de salud. Además, no existe prueba alguna que demuestre que la red de servicios hospitalarios de la ciudad de Arauca cuenta con todos los servicios médicos requeridos por la menor.

Si bien la entidad accionada goza de autonomía para efectuar los movimientos de personal necesarios para garantizar la prestación del servicio, en el caso *sub examine* el traslado del señor Remolina al departamento de Santander se fundamenta en la necesidad de acompañar a la accionante en el cuidado de su hija, debido a los especiales cuidados requerido por ésta última.

7.2.5. Con base en lo anterior, la Sala revocará el fallo de segunda instancia proferido por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- del 23 de marzo de 2017, que revocó la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Civil Familia- y negó la protección invocada en la acción de tutela de la referencia. En su lugar,

confirmará parcialmente la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Civil Familia- del 8 de febrero de 2017, en tanto amparó los derechos fundamentales de la ciudadana Olga Lucía Céspedes Díaz y de su hija Sara Lucía Remolina Céspedes a la unidad familiar, igualdad y la especial protección de los niños, niñas y adolescentes.

Por último, se revocarán las demás órdenes contenidas en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Civil Familia- del ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017); para, en su lugar, ordenar a la Fiscalía General de la Nación que, en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta decisión, adelante los correspondientes trámites administrativos para efectuar el traslado del ciudadano Pedro Emilio Remolina Martínez, al cargo de Profesional de Gestión Grado II de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Santander o a uno de similar naturaleza.

Finalmente, a pesar que la Defensoría del Pueblo no haya sido vinculada a este proceso, esta Sala solicita su concurso para que en desarrollo de su labor de veeduría y protección de los derechos y garantías constitucionales, haga seguimiento de las órdenes que se impartirán en esta sentencia, a efecto de materializar la eficacia de los derechos fundamentales reclamados en el marco de la acción de tutela formulada por la ciudadana Olga Lucía Céspedes Díaz a nombre propio y en representación de su hija Sara Lucía Remolina Céspedes.

8. Síntesis

8.1. En la presente oportunidad, la Sala Octava de Revisión estudió las acciones de tutela formuladas por Olga Lucía Céspedes Díaz y Luz Nelly Urrutia Benítez, contra la Fiscalía General de la Nación y la Administración Temporal del Sector Educativo del departamento del Chocó, respectivamente. Dichas acciones se presentaron ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales propios y de sus hijos menores de edad, a la unidad familiar y protección especial de los niños, niñas y adolescentes, en ejercicio del *ius variandi* por parte de las entidades nominadoras.

8.2. Para lograr un adecuado entendimiento de la controversia, se abordó, (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se ordena o niega un traslado laboral; (ii) la jurisprudencia constitucional relativa al ejercicio del *ius variandi* por parte del ente nominador; (iii) el marco legal para el traslado de docentes del sector público y de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación; y, (iv) el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella.

8.3. Del precedente jurisprudencial relativo a la procedibilidad de la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados con ocasión del ejercicio del *ius variandi* por el empleador, se concluye que la acción de amparo es procedente cuando: (i) la decisión es arbitraria, en el sentido que fue adoptada sin consultar las circunstancias particulares del trabajador, (ii) no obedece a necesidades del servicio y desmejora las condiciones de trabajo; y (iii) afecta de forma clara, grave y directa los derechos del accionante y su núcleo familiar.

8.4. Aplicando dicho análisis a los casos bajo estudio, la Sala identificó en cada uno de los expedientes lo siguiente:

8.4.1. La decisión adoptada mediante Resolución No. 224 de 25 de enero de 2016 por la Administración Temporal para el Sector Educativo del departamento del Chocó, es el resultado de la solicitud elevada por la accionante de ser trasladada a un municipio más cercano al municipio de Itsmina (Chocó), donde reside con su hija menor (Expediente T-6.093.967).

La Sala advierte que el traslado realizado al municipio del Medio San Juan, Chocó, por parte de la accionada cumple los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, en tanto se evidencia que la entidad tuvo en consideración la situación particular del núcleo familiar de la señora Urrutia al ser trasladada del municipio de Riosucio, Chocó, a la Institución Educativa Manuel E Rivas Lobon, sede San Miguel, ubicada en el municipio de Medio San Juan, Chocó, de donde puede ir y regresar el mismo día de su lugar de trabajo a su hogar, por carretera terciaria en la cual tarda aproximadamente tan solo 15 minutos para llegar de un lugar a otro.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de segunda instancia, que a su vez se acogió a la decisión del fallo de primera instancia, en la que se negó el amparo solicitado por la señora Luz Nelly Urrutia Benítez.

8.4.2. La decisión de la Fiscalía General de la Nación de negar el traslado del señor Pedro Emilio Remolina, se sustentó en las estrictas necesidades del servicio, dejando de lado las circunstancias personales que rodean al accionante y a su familia, las cuales resultaban fundamentales para adoptar la decisión del traslado. Desconoció que uno de los hijos del señor Remolina se encuentra en situación de discapacidad, por lo que requiere cuidados médicos especiales y atención de la familia. Sumado a esto, la menor se encuentra actualmente al cuidado exclusivamente de su madre, a quien, le diagnosticaron *una extrusión del contenido discal* que le genera fuertes dolores, pérdida de la fuerza en los miembros superiores y la necesidad de observar ciertos cuidados especiales (Expediente T-6.107.521).

Por lo anterior, se revocará la sentencia de segunda instancia y se confirmará parcialmente la decisión de primera instancia, en tanto concedió el amparo solicitado por la señora Olga Lucía Céspedes Díaz.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Expediente T-6.093.967. **CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó -Sala Única- el dieciséis (16) de enero de dos mil diecisiete (2017), que confirmó la sentencia adoptada por el Juzgado Primero Familia del Circuito de Quibdó el tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), que había denegado el amparo invocado dentro de la acción de tutela formulada por la ciudadana Luz Nelly Urrutia Benítez en nombre propio y en representación de su hija Blancelly Camila Vente Urrutia, contra la Administración Temporal del Sector Educativo del Chocó.

Segundo.- Expediente T-6.107.521. **REVOCAR** la providencia de tutela proferida en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, el veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017), que revocó el fallo de tutela de primera instancia adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Civil Familia- del ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017), y negó la protección de los derechos fundamentales a la unidad familiar, igualdad y la especial protección de los niños, niñas y adolescentes de la ciudadana Olga Lucía Céspedes Díaz y su hija Sara Lucía Remolina Céspedes. En su lugar, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de tutela de primera instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Civil Familia- del ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017), en tanto amparó los derechos fundamentales de la ciudadana Olga Lucía Céspedes Díaz a la unidad familiar e igualdad y de su hija Sara Lucía Remolina Céspedes a tener una familia y no ser separada de ella; y **REVOCAR** las demás órdenes contenidas en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Civil Familia- del ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017). En su lugar, **ORDENAR** a la Fiscalía General de la Nación que, en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta decisión, adelante los correspondientes trámites administrativos para efectuar el traslado del ciudadano Pedro Emilio Remolina Martínez, esposo de la accionante Olga Lucía Céspedes y padre de la menor Sara Lucía Remolina Céspedes, al cargo de Profesional de Gestión Grado II de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Santander o a uno de similar o superior naturaleza, como se indicó en las consideraciones del presente fallo.

Tercero.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, **REMÍTASE** copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo para que, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, verifique el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral segundo de la parte resolutive de esta providencia, a efecto de materializar la eficacia de los derechos fundamentales reclamados en el marco de la acción de tutela formulada por la ciudadana Olga Lucía Céspedes Díaz a nombre propio y en representación de su hija Sara Lucía Remolina Céspedes.

Cuarto.- Por Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e)

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO**

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL-No se configuró el *ius variandi* por cuanto el empleador no alteró las condiciones del actor en lo que respecta al lugar de trabajo *-ius variandi* locativo- (Salvamento de voto)

Resulta impreciso que en la sentencia se aplique la figura del ius variandi, por cuanto, en ningún momento el empleado modificó las condiciones del trabajador aludido en lo que tiene que ver con el lugar de prestación del servicio y, en ese sentido, resultaba procedente analizar el requisito de la subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que, se está en presencia de un acto administrativo que negó el traslado de un trabajador, el cual es susceptible de ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sentencia: T-528 de 2017

Expedientes acumulados T-6.093.967 y T-6.107.521

Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión de Tutela en la sentencia T-528 de agosto 15 de 2017, en los expedientes acumulados de la referencia, me permito presentar Salvamento Parcial de Voto, con fundamento en los siguientes considerandos:

Estoy en desacuerdo con la decisión de revocar la sentencia dictada en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 23 de marzo de 2017, en cuya virtud se revocó el fallo de primera instancia proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 8 de febrero de 2017 y, en su lugar, denegó la protección constitucional de los derechos fundamentales de la señora Olga Lucía Céspedes Díaz y su hija Sara Lucía Remolina, por cuanto, en el asunto *sub examine* no se satisface el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, tal como se explica a continuación:

En primer lugar, en la sentencia T-528 de 2017, luego de explicarse la figura del *ius variandi*, se indicó que dentro del expediente T-6.107.521 la decisión de negar el traslado del señor Pedro Emilio Remolina, por parte de la Fiscalía General de la Nación, se sustentó en las estrictas necesidades del servicio, no obstante, dicha negativa era arbitraria, por cuanto, no consultó la situación particular del señor Remolina, ni mucho menos el de su núcleo familiar. Aunado a ello, se precisó que tal decisión afectó de forma grave y directa los derechos fundamentales de su hija menor, dada la gravedad de sus procedimientos y las implicaciones que ello tenía en su núcleo familiar⁷¹.

Pues bien, en relación con dicha argumentación se debe advertir que en este caso no se configuró la figura del *ius variandi*, de conformidad con las siguientes razones:

La jurisprudencia de esta Corporación sobre los alcances y límites del *ius variandi* fue sentada en la sentencia T-407/92, en la cual se consideró el conflicto entre este derecho del empleador y, el del empleado a un trabajo en condiciones dignas y justas, en los siguientes términos:

"Consiste el jus variandi en la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores. Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo" (Negritas adicionales fuera del texto original).

De la anterior postura jurisprudencial, se desprende que el *ius variandi* es la potestad que tiene el empleador de **alterar** las condiciones de trabajo en lo que tiene que ver con el modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo, lo anterior encuentra sustento en la condición de subordinación o dependencia que tienen estos frente a su empleador.

Al descender al caso concreto, se observa que el señor Remolina participó en un concurso de méritos para proveer el cargo de Profesional de Gestión II en la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión Arauca en la Fiscalía General de la Nación. Como consecuencia de haber superado dicho concurso, el referido servidor público fue nombrado y posesionado en el citado cargo en la ciudad de Arauca.

⁷¹ Página 33 del proyecto.

Pues bien, se advierte que el asunto de la referencia no encuadra dentro de los supuestos para que se configure el *ius variandi*, habida consideración que el señor Remolina tenía pleno conocimiento de que su lugar de trabajo estaba ubicado en la ciudad de Arauca y, en ese sentido, el empleador NO alteró las condiciones del trabajador en lo que respecta al lugar de trabajo –*ius variandi* locativo–, por cuanto, el señor Remolina –se insiste– conocía de antemano que debía trasladarse desde la ciudad de Floridablanca, Santander a la ciudad de Arauca a fin de prestar el servicio para el cual había sido nombrado y posesionado.

Como si fuera poco, debe destacarse que la menor Sara Lucía Remolina padece una enfermedad congénita y hoy día cuenta con 12 años de edad, razón por la cual, se impone concluir que el señor Remolina al momento de presentarse al correspondiente concurso de méritos tenía conocimiento de la situación de salud de su hija, por lo que, ha podido prever la consecuencias que implicaban para él y su familia el cambio de ciudad.

Desde la anterior perspectiva, resulta impreciso que en la sentencia T-528 de 2017 se aplique la figura del *ius variandi*, por cuanto, en ningún momento el empleado modificó las condiciones del trabajador aludido en lo que tiene que ver con el lugar de prestación del servicio y, en ese sentido, resultaba procedente analizar el requisito de la subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que, se está en presencia de un acto administrativo que negó el traslado de un trabajador, el cual es susceptible de ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por último, no se debe dejar pasar desapercibido que en la referida providencia judicial se trajo a colación la sentencia T-682 de 2014, en la cual se señaló que las consideraciones sobre el *ius variandi* podían ser aplicadas “*tanto en casos en los cuales la administración pública o un privado deciden trasladar a un funcionario o trabajador a otro lugar; o en caso contrario, cuando es éste último (el trabajador) quien habiendo solicitado una transferencia, le ha sido negada*”.

No obstante lo anterior, debe advertirse que aun cuando el referido pronunciamiento señaló que las consideraciones sobre el *ius variandi* también aplican a solicitudes de traslado efectuadas por el trabajador que hayan sido denegadas, lo cierto es que este pronunciamiento no puede considerarse un precedente judicial, por cuanto, la postura de la Corte Constitucional en relación con este tema ha sido la de considerar que dicha figura corresponde a la facultad del empleador de modificar y/o alterar las condiciones del empleado en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo.

Atentamente,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado