

Sentencia T-770/05

IUS VARIANDI-Definición doctrinal/IUS VARIANDI-Discrecionalidad limitada para modificar condiciones laborales del trabajador/IUS VARIANDI EN EMPLEADOR DEL SECTOR PUBLICO-Las razones de la administración priman sobre las subjetivas que oponga el empleado contra el traslado

La figura del “Ius Variandi” ha sido definida doctrinalmente como la potestad patronal de variar unilateralmente algunos aspectos de la prestación de servicios del trabajador, derivada del ejercicio del poder de subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos. El reconocimiento de la licitud en el ejercicio de esta potestad, que no es absoluta, depende de su sujeción a los límites señalados expresamente en el ordenamiento jurídico, y en los establecidos en el desarrollo interpretativo que hace la jurisprudencia, así como en los contractuales, de ser el caso. La jurisprudencia ha establecido diferencias en la rigurosidad de los límites y demás exigencias que condicionan el ejercicio de esa facultad, bien si se trata de empleador del sector privado, o si pertenece al sector público; pero, reclama en todos los casos el respeto por la dignidad, el honor, y los derechos mínimos del trabajador. Dentro de los aspectos susceptibles de variación a través de esta figura, está el del cambio de lugar de ejecución del contrato laboral, traslado, o movilidad geográfica, que tampoco puede ser fruto de la arbitrariedad y el capricho del empleador, sino, que debe obedecer a razones objetivas y válidas bien de índole técnicas, operativas, organizativas o administrativas que lo hagan ineludible o al menos justificable. Tratándose de un empleador del sector público, la jurisprudencia ha considerado que estas razones se representan suficientemente y se encuentran implícitas en la necesidad de satisfacer un servicio público, con una buena realización del mismo, siempre y cuando se respeten los derechos objetivos del trabajador a conservar las condiciones del empleo. De ahí, que las razones del buen servicio público que tenga la Administración, priman sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, ya que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no puede estar condicionado o sometido a los intereses personales de cada uno de sus servidores, pues así, la movilidad geográfica en la función pública sería absolutamente imposible, aunque es de advertir, que en ese desarrollo interpretativo no se ha desconocido que una determinación en tal sentido, alguna incomodidad genera para quien se le ordena.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Limitaciones para el traslado de cargos

IUS VARIANDI-Traslado arbitrario en plantas de personal de carácter global y flexible

Como en recientes pronunciamientos lo ha reiterado la Corte, que en el ejercicio del “ius variandi” en plantas de personal de carácter global y flexible para el evento de los traslados, la decisión se volvería arbitraria solo cuando no obedece a razones del servicio o con esta se desconocieran los derechos adquiridos y las condiciones laborales del funcionario.

ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL-Condición jurisprudenciales para que proceda la acción de tutela

Referencia: expediente T-1084709

Acción de tutela instaurada por Marillac Consuelo Moreno, contra, las Direcciones Seccional de Fiscalías de Cundinamarca y Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil cinco (2005).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasuga y la Sala Civil- Agraria del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Marillac Consuelo Moreno, contra, las Direcciones Seccional de Fiscalías de Cundinamarca y Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones:

La señora Marillac Consuelo Moreno, interpuso acción de tutela el día 15 de diciembre de 2004, contra las Direcciones Seccional de Fiscalías de Cundinamarca y Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca, para que le fueran protegidos los derechos fundamentales propios, los de su señora madre y los de sus tres hijas menores, a la familia, al trabajo en igualdad de condiciones, dignidad humana, salud y vida, que consideró en inminente riesgo de vulneración por el traslado de que fue objeto de la ciudad de Fusagasuga, donde desde hace 9 años prestaba sus servicios como Secretaria Judicial I en la Unidad Local de Fiscalías, a la ciudad de Leticia, sin atender su situación de madre cabeza de familia, responsable tanto del cuidado de sus hijas menores como de su señora madre que se encuentra enferma.

Solicitó que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, se ordenara la inmediata suspensión de la aplicación del acto administrativo que disponía su traslado, habida cuenta que por la proximidad de la vacancia judicial, la acción impetrada no alcanzaba a ser tramitada antes de que ella debiera presentarse a laborar en su nuevo puesto de trabajo, so pena de que le compulsaran copias por abandono del cargo. Igualmente, pidió que al concedérsele la tutela, se ordenara a las accionadas revocar directamente la orden de traslado y definir su permanencia en la ciudad de Fusagasuga o en alguna de las unidades cercanas del mismo circuito judicial.

Manifiesta que podría pensarse en que para solucionar su caso existe una vía judicial distinta a la tutela, que sería la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero, alega que si bien es cierto es la acción judicial ordinaria para el efecto, no es la idónea en su caso por la reconocida lentitud de esa justicia, que implicaría que para cuando esa produzca un fallo, ya se haya producido una efectiva violación a sus derechos que hoy apenas considera están amenazados.

La accionante funda sus peticiones en los siguientes hechos:

Manifiesta que desde la infancia reside en la ciudad de Fusagasuga, donde se desarrolla su entorno personal y social, junto con el de su núcleo familiar que lo componen tres hijas menores

de edad, de 15, 13 y 9 años, actualmente estudiantes de bachillerato, económicamente dependientes de ella en forma exclusiva y, su señora madre que está enferma y bajo su cuidado. Igualmente afirma que está cursando un postgrado en derecho probatorio.

Informa que mediante Resolución 01191 del 16 de noviembre de 2004, la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca y a solicitud de la Dirección Seccional de Fiscalías del mismo circuito judicial, dispuso su traslado a la ciudad de Leticia, para continuar en el cargo de Secretaria Judicial I, que venía desempeñando desde noviembre de 1995 en la Unidad Local.

Que el día 18 de ese mes, fue informada que debía desplazarse a la ciudad a la que había sido trasladada, el día 30 de noviembre de 2004, atendiendo la disponibilidad de un vuelo de apoyo de la Fuerza Aérea de Colombia para el efecto.

Asegura que por el estado de angustia que le produjo la decisión y la inminencia de su cumplimiento, pensando en que sus hijas concluyeran el año lectivo y ella su postgrado, el 22 del mismo mes, se apresuró a solicitar tanto al Fiscal General de la Nación como a la Directora Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, el aplazamiento del traslado para el mes de enero de 2005 y con la alternativa de que fuera modificado para los municipios de Sylvania, Pandi o Arbeláez.

Sostiene que la respuesta de la Directora Seccional de Fiscalías de Cundinamarca fue negativa, con los argumentos de que por motivos eminentemente presupuestales, debía desplazarse en el vuelo de la FAC del 30 de noviembre de 2004 puesto que era el último de ese año y que las razones del servicio que motivaron el traslado debían anteponerse a las personales que para el aplazamiento ella esgrimía. Respecto de estas últimas, le recomendaba que acudiera a las directivas de la institución en que adelantaba el postgrado para que le adelantaran las evaluaciones y que para la culminación del año de las niñas y matrículas, poniéndose en contacto con los directivos del colegio, encargara a una persona idónea.

Manifiesta que ante la anterior respuesta, reiterando su condición de madre cabeza de familia que debía atender la etapa de adolescencia de sus hijas, y el hecho que no fue posible lograr que le adelantaran los módulos del postgrado, propuso a la mencionada Dirección Seccional que ella sufragaría los gastos de desplazamiento, a lo que se le respondió negativamente, y dando traslado de la petición a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera, por la naturaleza de petición, teniendo en cuenta que jurídicamente los gastos de traslado debían ser asumidos por la Entidad.

Asegura que por la llegada de la fecha del viaje sin solución positiva a sus requerimientos, el día 30 de noviembre de 2004 se vio obligada a pedir vacaciones a partir del 6 de diciembre del mismo año; que telefónicamente le respondieron que debía irse para Leticia a las 5 de la mañana del día siguiente, es decir, del 1° de diciembre.

Asevera que ante esa situación, por el desespero, se vio obligada a presentar renuncia de su cargo el día 1° de diciembre de 2004, con adición el 2 de los mismos de la justa causa por parte del trabajador, para lo que invocó jurisprudencia y de la Constitución Política, los artículos 2, 11, 13, 16, inciso segundo del 43, 44, 46, inciso final del 53 y 93. Que consideró para esta decisión, el que tenía que abandonar a sus hijas a su progenitora, sus estudios y/o que sus hijas tuvieran que dejar su medio cultural y coartar su libre desarrollo de la personalidad.

Afirma que en la misma fecha de aclaración de la renuncia, la llamaron de la Dirección Seccional de Fiscalías para que desistiera de la misma ya que posiblemente la Dirección

Seccional Administrativa y Financiera reconsideraría el traslado, y para comunicarle que las vacaciones le habían sido concedidas a partir del 6 de diciembre, motivo por el cual, ese mismo día desistió de su dimisión.

Dice que posteriormente, la Coordinadora de la Unidad Local la enteró de que ya figuraba en la planta de personal de Leticia, lo que la hizo inferir que no habría reconsideración de su traslado y con ello, se patentizaba inminente violación o riesgo de los siguientes derechos fundamentales[1]:

Derecho a la dignidad humana: Considera herida su dignidad humana con el traslado inconsulto porque no tuvo en cuenta su condición de madre cabeza de familia y de estudiante, la situación de sus hijas menores de edad, ni el estado de salud de su progenitora. Por tanto, estima vulnerado este derecho consagrado como valor fundante y constitutivo del orden jurídico, ya que la integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal, que las autoridades están llamadas a proteger como vida plena, es decir física, psíquica y espiritualmente. Que en materia laboral, esta dignidad no solamente se circunscribe al reconocimiento del empleador de un salario, si no a permitir y brindar las condiciones necesarias para que este pueda desarrollar, en debida forma, la actividad que le ha sido encomendada, con primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales y protección especial de la mujer. Que igualmente, los derechos sociales son derechos humanos.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad: cuyas limitaciones para no redundar en arbitrarias, deben tener un fundamento constitucional que prime, pues no bastan el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad aunque estén basados en normas jurídicas válidas. En consecuencia, las simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales o de los derechos ajenos no son suficientes para limitar su alcance. Afirma que en este contexto, sus hijas y ellas se verían afectadas por el cambio cultural y de entorno viendo truncados sus sueños o sin poder lograr sus expectativas de vida.

Derecho al trabajo: Lo considera violado porque se le impide desarrollar su labor donde lo ha hecho con seriedad y compromiso. Agrega que además, por la apartada ubicación geográfica del sitio de traslado, sería muy grande la carga económica que le generaría el desplazamiento para las visitas familiares, inconveniente que no se presentaba en el lugar donde laboraba. Alega que el trabajo como principio informador del Estado Social de Derecho, implica respeto a la dignidad humana; por lo que, cualquier limitación debe contar con una legitimación clara, razonable y explícita, ausente en su situación.

Derecho a la integridad personal: por cuanto no está únicamente referido al aspecto físico, material y corporal de la vida humana, si no que en su intangibilidad y plenitud, comportan en todos los ámbitos de la vida social especiales consideraciones relacionadas fundamentalmente con los mas altos valores sociales y con la dignidad plena de la persona natural sin distingo alguno.

Derecho a la vida: Estima que con el traslado se pone en riesgo la vida de su señora madre porque ella debe cuidarla en su enfermedad y la propia, porque el desvelo por la separación de sus hijas le sería mortal.

Derecho a la igualdad: con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado, pretende que se le de trato igualitario al de similares situaciones en las que esa Corporación precisó que a términos del

inciso 2 del artículo 76 del Decreto Ley 2699 de 1991, el traslado de un servidor de la Fiscalía puede tener origen en las necesidades del servicio y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el trasladado o perjuicios para la buena marcha del servicio. Que igualmente, ese organismo al decidir un caso de traslado en que el afectado tenía hijos menores y estaba haciendo una especialización, consideró para fallar a su favor, que para efectos de los traslados, deben atenderse factores como la seguridad social del empleado, su bienestar que comprende también el vínculo familiar, el medio en el cual vive y sus incidencias económicas, por lo que al Estado no le pueden ser indiferentes las condiciones en que se desarrollan las prestaciones principales y secundarias del trabajador a su servicio, y por ello, no puede darle un tratamiento que no sea humano con el solo y materialista argumento de que el salario no le fue disminuido.

Derechos fundamentales de sus niñas a tener una familia y a no ser separadas de ella.

Desconocimiento de la protección prioritaria a adolescentes, a las personas de la tercera edad y a las madres cabeza de familia.

El Juzgado de conocimiento de la tutela, consideró procedente la solicitud de aplicar como medida provisional de urgencia, la suspensión de la ejecución del acto administrativo de traslado, y así lo ordenó en auto de apertura de la actuación, proferido el 16 de diciembre de 2004[2].

Respuesta de las accionadas:

2.1. La Directora Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca, niega que la entidad que representa haya vulnerado los derechos invocados por la accionante al expedir el acto administrativo con el que muestra inconformidad, por cuanto la vinculación legal y reglamentaria que aquella ostenta, que es la de libre nombramiento y remoción, permite la adopción de tal determinación que se soporta legalmente en el artículo 95 del Decreto Ley 261 de 2000 que dispone: “El traslado se producirá cuando un funcionario o empleado de carrera o de libre nombramiento o remoción se designe para suplir la vacancia definitiva de un cargo o para intercambio con otro cuyas funciones sean afines al que desempeña de la misma naturaleza, categoría, nomenclatura y remuneración. El traslado podrá tener origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el traslado o perjuicios para la buena marcha del servicio”. Estas exigencias se reproducen desde los artículos 37 y 38 de la Resolución 0-1280 del 6 de junio de 1995 expedida por el Fiscal General de la Nación.

Informa como procedimiento para el efecto, que la Dirección Seccional de Fiscalías solicite el traslado de acuerdo con la realidad existente en las dependencias a su cargo y en atención a garantizar el derecho de acceso a la justicia y la prevalencia del interés general sobre el particular, atendiendo la necesidad objetiva del servicio. Asegura que así se procedió en el asunto objeto de examen, y en las mismas condiciones laborales de cargo, nivel jerárquico y grado salarial, estrictamente por necesidades del servicio, se dispuso el traslado de la accionante de la Unidad de Fiscalía Delegada ante Jueces Municipales y Promiscuos Municipales de Fusagasuga, Cundinamarca, a la Unidad de Fiscalía Delegada ante Jueces Municipales y Promiscuos Municipales de Leticia, Amazonas.

Sostiene que la calificación de las necesidades del servicio, corresponde a un acto de disposición propio de la facultad discrecional de la Administración, orientada a propender por el buen servicio. Que el marco de jurisdicción y competencia que a esa entidad le confiere la

Constitución, es el que le permite darle a la planta de personal un manejo global y flexible en todo el territorio nacional, para garantizar el acceso y buen funcionamiento de la administración de justicia.

Considera entonces que al cumplirse con las preceptivas anteriores y la observancia de las demás regulaciones normativas pertinentes[3], con en el acto administrativo por el que se decidió el traslado de la señora Moreno, no se le han vulnerado sus derechos, además, porque la circunstancia de un potencial traslado a otra sede geográfica, es conocida por los funcionarios de la Fiscalía desde su posesión, al saber de la condición de planta global a la que pertenecen.

Funda sus argumentos en pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales de las altas Cortes, en los que dice, se precisa que el Estado como empleador no puede asimilarse, tratarse y juzgarse como un empleador privado para el que la regla general de su gestión es el buen resultado económico, pues para ese, la figura del Ius Variandi se aborda desde la perspectiva de las razones de necesidad del servicio y buen servicio público para justificar un traslado como expresión de las mismas, respetándose las condiciones objetivas del empleo del trabajador, y priman sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, pues de lo contrario la movilidad geográfica en la función pública sería absolutamente imposible, toda vez que es lógico partir de la base que una determinación en ese sentido alguna incomodidad genera para quien se le ordena[4].

Cita del Consejo de Estado, la manifestación hecha en el sentido de considerar que el traslado es una medida administrativa no sancionatoria prevista en la Ley, en la que se deben respetar condiciones objetivas del trabajador, referidas a la categoría del empleo, a la percepción de emolumentos, al nivel y rango de ocupación; pues, si se consideraran aspectos subjetivos en la norma, los traslados serían del todo imposibles por cuanto por regla general siempre implican problemas de instalación, discontinuidad en el estudio de los hijos, desadaptación al clima, desconocimiento de la vida social etc.[5]

Igualmente, invoca de la sentencia T-468 de 2002, M.P., Eduardo Montealegre Lynett, el siguiente pronunciamiento: “Con tal propósito, algunas entidades disponen de plantas globales y flexibles que les permite adoptar con la suficiente celeridad las medias necesarias para garantizar el cumplimiento de las funciones a su cargo. En ellas el director goza de un margen de discrecionalidad más amplio al momento de valorar las circunstancias para ordenar un traslado, sin que esa potestad pueda confundirse con arbitrariedad, no solo porque siempre debe atender las necesidades del servicio sino, además, porque las especiales circunstancias de la persona y sus condiciones laborales son aspectos a tener en cuenta en decisiones de esta naturaleza. La Fiscalía General de la Nación, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Aeronáutica Civil, los cuerpos de la Fuerza Pública y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, son algunas de esas entidades.”

Alega que no se demostró por la accionante que con el traslado se le hayan lesionado o amenazado los derechos invocados, y rebate los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, así:

La decisión de la Fiscalía por si sola no implica deterioro de la armonía y unidad familiar, ni resquebrajamiento del amor, afecto o ruptura de los vínculos familiares, ya que la unidad familiar no es solo unidad física, de techo y lecho, si no que va mas allá, a lazos espirituales de amor y afecto para los cuales no existe lejanía ni imposibilidad en la distancia, y porque de todos modos se cumple la finalidad social de esa entidad[6].

En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, niega que haya vulneración porque cuando la persona acepta el cargo en una entidad como esa, fue libre en direccionar su vida; sabe que es susceptible de prestar el servicio en cualquier lugar del país donde se le requiera, es decir, tuvo libertad de escoger el trabajo y de conocer las reglas a las que se sometería. Argumento que manifiesta, tiene fundamento en la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado que ha citado.

Respecto del derecho a la integridad personal, sostiene que un traslado no significa ninguna de las conductas que describe el artículo 12 Superior para definir la contravención a este derecho y que lo acaecido, corresponde al desarrollo de las funciones de la entidad, que ha estado precedido del respeto a la funcionaria y de la observancia del procedimiento establecido para ello.

Tratándose del derecho a la dignidad humana, manifiesta que tampoco se ha vulnerado porque no obstante el traslado, el Estado no la ha desprotegido al preservarle las condiciones laborales que ostentaba y ofrecerle las condiciones necesarias para efectuar de manera digna sus labores. Por tanto, se ha cumplido con el mandato de la norma que establece el derecho y en los términos en que la jurisprudencia constitucional lo ha desarrollado.

Del derecho a la vida propio y de la progenitora de la accionante invocados como puestos en peligro, se admite que un traslado causa traumatismos de tipo familiar y afecta sentimientos, pero insiste en que hay deberes y obligaciones prevalentes entre los que se encuentra el prestar los servicios como funcionaria en cualquier parte del territorio nacional donde la entidad disponga.

Concluye su intervención, recalcando que con su proceder, la entidad que representa no vulneró ni amenazó derecho alguno a la accionante, pues se limitó a cumplir con sus deberes constitucionales y legales de competencia en la administración del personal de su jurisdicción, en procura de garantizar el derecho de acceso a la justicia y su buena prestación.

2.2. A su turno, la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, descurre el traslado como accionada refiriendo a cada uno de los argumentos de violación expuestos por la demandante, para oponerse a ellos y solicitar que no sean admitidos para acceder a la tutela, así:

La dirección Seccional de Fiscalías, tiene la competencia legal de dirigir, asignar y controlar las actividades de investigación y acusación adelantadas por las Unidades de Fiscalías adscritas y en ejercicio de las mismas, esa dependencia expidió el oficio DSFC No. 5042 del 16 de noviembre de 2004, solicitando a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca unos traslados de personal, por necesidades del servicio, entre ellos el de la señora Marillac Consuelo Moreno, el cuál fue dispuesto para la ciudad de Leticia, mediante la Resolución 001191 de esa fecha, para hacerse efectivo a partir del 18 de noviembre de 2004 en el mismo cargo. La fecha de efectividad fue modificada para el 30 de ese mes, mediante circular 0167 del 17 de noviembre de 2004 en atención a la realización del vuelo de la Fuerza Aérea que transportaría a los funcionarios.

Confirma el contenido de las comunicaciones cruzadas entre la accionante y la entidad, referidos en los hechos de la demanda, relativas a las solicitudes de aplazamiento de la efectividad de la anterior decisión.

Informa que como la Seccional tiene la obligación de cubrir el servicio en el Departamento del Amazonas, son muchos los funcionarios que ha ubicado allá para el efecto, por periodos fijos de un año calendario para garantizar entre ellos el principio de igualdad y en razón a que en esa población no se cuenta con personal capacitado y con experiencia para cubrir las demandas de

los usuarios en la materia. Dice que Marillac Consuelo Moreno, siempre ha permanecido en Fusagasuga desde su inicio como servidora de la Fiscalía, año 1995, por lo que considera que el revocar la decisión de su traslado, ante los argumentos de la accionante, colocaría a la Entidad en una abierta desatención al fundamental derecho a la igualdad que cobija a todos los funcionarios a su cargo y que le obliga a darles un tratamiento idéntico, máxime cuando las razones alegadas para ello (tener hijos y estar estudiando), no son distintas a las que tendrían los demás funcionarios y esto hace necesaria la ponderación de los derechos fundamentales en igualdad de condiciones y no anteponiendo particularidades, que finalmente resultan comunes, sobre los intereses del Estado. Pone en conocimiento que no obstante, en ocasiones anteriores la accionante ha sido designada para efectuar reemplazos como Fiscal en lugares distintos de Fusagasugá por periodos superiores a los 50 días, sin que se haya opuesto a ello.

Que el acto administrativo de traslado fue expedido con fundamento en las necesidades del servicio de la entidad, adecuado a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, además, que en él se tuvieron en cuenta las disposiciones legales que obligan a preservar las condiciones laborales de la accionante y las internas que reglamentan el procedimiento para su emisión.

Sobre los derechos que la accionante considera afectados o en riesgo de vulneración, efectúa el siguiente análisis sobre los supuestos riesgos en que la accionante dice, los ha colocado la administración:

Derecho a la Dignidad Humana: no ha sido vulnerado por cuanto, la accionante al optar por prestar sus servicios a la Fiscalía General de la Nación, fue informada sobre la naturaleza de los cargos en la entidad que abarca todo el territorio nacional, donde para el cumplimiento de sus funciones, los servidores adscritos a ella se sujetan para su ubicación, a las necesidades del servicio; y, en el caso concreto, el Departamento del Amazonas pertenece a la jurisdicción de la accionada. Funda este argumento, en decisiones de la Corte Constitucional[7] en que se estima que la capacidad especial de discernimiento del ser humano le permite optar entre varias alternativas, entre ellas la de escoger la actividad que le de proyección a su ser y realización como persona, condición presente en la elección del trabajo, donde el individuo puede emplearse en la actividad, profesión u oficio que ha considerado apropiado para su crecimiento.

En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, sostiene que tampoco ha sido vulnerado; pues considera que del texto constitucional se deduce que solamente se trasgrede cuando se impone sobre los derechos de los demás o se altera el orden jurídico. Cita como fundamento jurisprudencial, los siguientes apartes de la Sentencia T-429 de 1994, M.P., Antonio Barrera Carbonell:

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, implica el reconocimiento de la aptitud física y moral que tienen todas las personas a realizarse individual y autónomamente, sin imposiciones o forzamientos de ninguna clase y sin controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, incluido el Estado, a menos que exista una obligación legal o contractual legítima o un deber social o cuando las respectivas acciones atenten contra los derechos de las demás personas o quebranten el orden público o contraríen una disposición jurídica que tenga la virtualidad de poder limitar válidamente el ejercicio del derecho aludido.

Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad comporta la capacidad de desplegar las aptitudes, talentos y cualidades de que dispone alguien para su autoperfeccionamiento, sin

restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico, se configura su vulneración cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”.

En lo que atañe a la alegada violación del derecho al trabajo, cita jurisprudencia constitucional que precisa la relación entre los traslados y las necesidades del servicio, para indicar que en aplicación del *Ius Variandi*, o potestad del patrono para cambiar las condiciones de trabajo, solo procede por motivos razonables y justos, preservándole el honor, dignidad, intereses y derechos mínimos y la seguridad al trabajador.[8] Al tiempo, soporta la negativa de violación al derecho de la accionante, tomando como fundamento de la sentencia 016 de 1995, M.P., José Gregorio Hernández Galindo, los siguientes párrafos que transcribe:

“En verdad, aunque puede ocurrir en algunos casos (Cfr. Sentencias T-593 del 9 de diciembre de 1992, T-483 y T-484 del 27 de octubre de 1993), no puede afirmarse como regla general la de que todo cambio en las condiciones laborales, particularmente el que se refiere a la variación del sitio donde generalmente se presta el servicio personal, genere el desconocimiento de derechos fundamentales. Debe examinarse el caso particular, dentro de las circunstancias en medio de las cuales tiene ocurrencia.

En lo referente a entidades públicas, los expresados límites de ***ius variandi*** no pueden entenderse como la pérdida de la autonomía que corresponde al nominador en cuanto al manejo del personal a su cargo, ni como la absoluta imposibilidad de ordenar traslados, pues éstos resultan indispensables para el adecuado desarrollo de la función pública y para la oportuna atención de las necesidades del servicio.

Adicionalmente, por razón de la naturaleza y la finalidad de sus funciones dentro de la estructura del aparato estatal, ciertos organismos y entidades deben gozar de un mayor grado de discrecionalidad para el ejercicio del ***ius variandi***. Tal es el caso de la Policía (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-615 del 18 de diciembre de 1992), el Ejército, los entes investigativos y de seguridad, entre otros”.

Sobre la supuesta amenaza al derecho a la vida e integridad personal, la considera inexistente, porque tales derechos en el contexto en que los desarrolla la Carta Suprema y ante la actuación de su representada, conservan su real plenitud, ya que los valores sociales como persona e integrante de una sociedad no han sido modificados en razón del traslado. Tampoco vislumbra que existan amenazas materiales y objetivas que impliquen un peligro cierto sobre la persona de la accionante, ya que con el hecho de requerir sus servicios en un lugar distinto a donde los venía prestando, no hay peligro para su vida ni integridad.

El derecho de los niños a que tengan una familia, tampoco lo estima vulnerado, al advertir que para la jurisprudencia nacional la unidad familiar en la construcción de una sociedad es importante, pero que no se basa solo en aspectos físicos, si no que van a aspectos espirituales no perjudicados por la sola distancia. Así, replica que el hecho del traslado por si solo, no viola este derecho, no implica deterioro en la armonía y unidad de vida familiar ni resquebrajamiento del amor, afecto y otros fines comunes de todo núcleo familiar que los ate y vincule. Cita como fundamento, estos apartes[9]: “...como quiera que corresponden a materias vinculadas con sanos y estrechos lazos de amor maternal y filial sin carencias materiales esenciales, lo lógico es concluir que los menores sigan el domicilio y el techo de la madre con la que comparten un destino común y que ella, como ser racional cabalmente dotado pueda y quiera seguir

proporcionándolos., lo cierto es que sin que medie otro factor reprobable de alteración de la anterior situación de asentamiento territorial de la familia, que comporte una forzada e ilegítima ruptura de los vínculos domésticos y de familia entre los menores y sus familiares inmediatos, no es posible pensar ni admitir que se han violado los derechos constitucionales de los menores a tener una familia y a disfrutar del amor y de la protección a que se refiere la Constitución Nacional”.

Finalmente, para rebatir el argumento consistente en que la solicitante es mujer cabeza de familia, la accionada considera que efectivamente las dificultades que debe afrontar la madre cabeza de familia ante la ejecución del acto administrativo que dispone su traslado o otra población, son propias de esa situación, pero no por ello se produce alguna vulneración de sus derechos preferentes o de los fundamentales de sus hijos menores, máxime cuando se trata de una carga que debe afrontar al encontrarse vinculada a la administración de justicia, y a la que debe responder con objetividad. Dice que el traslado no implica u obliga a los integrantes de la familia a alejarse entre sí ni a fragmentar los vínculos que existían antes de generarse el acto administrativo que lo dispone[10].

Pruebas:

Se indican como relevantes los siguientes documentos que reposan en el expediente de la acción de tutela, en fotocopias simples:

3.1. Aportados por la accionante:

Resolución 001191 del 16 de Noviembre de 2004, emitida por la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca en la que se dispone el traslado de siete funcionarios de esa jurisdicción entre distintas ciudades, entre los cuales el del artículo cuarto se refiere a la accionante (f.2).

Circular 0167 del 18 de noviembre de 2004 emanada de la Directora Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, por medio de la cual se modifica la fecha de los traslados anteriormente dispuestos. (fl.3).

Solicitud de aplazamiento del traslado hasta la terminación del año 2004, dirigida por la demandante a la Directora Seccional de Fiscalías de Cundinamarca (fl.4). La respuesta negativa obra a folio 6.

Comunicación que en el mismo sentido dirige la petente al Fiscal General de la Nación, en la que además solicita considerar su asenso a Fiscal Local, haciendo notar que en ese momento el traslado le es inconveniente en condiciones de Secretaria Judicial y por su situación familiar. (fl.5).

Comunicación en que la accionante manifiesta estar en disposición de asumir los gastos de traslado en fecha posterior a la que se le ha fijado para el desplazamiento. (Fl.7). La respuesta negativa y de traslado de la solicitud a la Seccional Administrativa y Financiera, reposa a folio 8.

Solicitud de vacaciones de la accionante (f.9). Resolución 001246 de noviembre 30 de 2004, por medio de la cual se conceden. (fl.13).

Renuncia de la accionante al cargo desempeñado.(fl. 10). Motivación de la misma, a folio 11.

Desistimiento de la renuncia por la accionante. (fl. 12).

Registros civiles de nacimiento de las menores Pilar (16 años), Melissa Merillac Lorena (14 años), y Jeimmy Alejandra (10 años) Castellanos Moreno, cuya madre es Marillac Consuelo Moreno.(fls. 14 a 16).

Certificado de estar cursando estudios de especialización en la Universidad Católica de Colombia, Seccional Ibagué, a nombre de la accionante. (fl. 18).

Comunicación de situación del tiquete para desplazamiento de la accionante el día 21 de enero de 2005. (fl.73).

Desprendibles de pago del salario que devenga (fl.76)

En originales, allega con memoriales explicativos, fl.77 y 79, los siguientes documentos:

Certificado de residencia y vecindad de la solicitante, expedido por el Presidente de la Junta de Acción Comunal del barrio Balmoral de Fusagasugá. (fl.75).

Declaración extrajuicio para acreditar situación personal alegada por la accionante.(fl. 76).

Certificaciones de matrícula para estudio durante el año 2005 en la ciudad de Fusagasugá, de las niñas Alejandra y Melissa Castellanos Moreno. (fls 80 y 81).

Aportados por la accionada Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca:

De folios 47 a 55 inclusive, reposan copias idénticas de los documentos aportados por la accionante, relativos a los actos administrativos de traslado y al cruce de comunicaciones referentes a la solicitud de aplazamiento y demás, previas a instaurarse la acción de tutela.

Del oficio DSFC No. 3096 del 6 de diciembre de 1999 en el que el Director seccional de Fiscalías de Cundinamarca de la época, sugiere el traslado de la accionante de Fusagasugá al municipio de Pandi, por solicitud de la misma. (fl.56).

Petición que la accionante formula al Director mencionado, para ser trasladada nuevamente de Pandi a Fusagasugá, por haber satisfecho la necesidad personal de realizar sus preparatorios, que la llevó a pedir el traslado anterior y por dificultades de orden público de la región. (fl.57). A folio 58, reposa la respuesta a esta solicitud en que le manifiestan que no hay disponibilidad en el momento de atenderla, lo cual se hará apenas se presente la oportunidad.

3.3. Aportados por la accionada Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca:

3.3.1. Resolución 0-0768 de marzo 3 de 2004, por medio de la cual el Fiscal General de la Nación nombra a la Directora Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca que suscribe la Resolución de traslado del presente caso y que responde la tutela. (fl.71).

1. Acta de posesión de la funcionaria antes relacionada (fl.72).
2. Copia al carbón de la resolución No. 000073 del 21 de enero de 2005, por la cual se da cumplimiento a la orden de suspensión provisional y parcial del Acto Administrativo de traslado que nos ocupa. (fl 83).

II. DECISIONES OBJETO DE REVISION

1.- Fallo de Primera instancia.

Mediante sentencia del 21 de enero de 2005[11], el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá, dispuso amparar a la demandante Marillac Consuelo Moreno en los derechos fundamentales que le otorga la protección especial constitucional consagrada a las madres cabeza de familia para la protección de su núcleo familiar, en concatenación con el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, entre otros, ordenando a las Direcciones Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca y Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, abstenerse de ejecutar el traslado de la protegida a la ciudad de Leticia, y que ésta deberá permanecer en la localidad de Fusagasugá en el cargo que ocupaba en el momento de la decisión, o atendiendo su petición, eventualmente en los municipios de Silvana, Arbeláez o Pandi.

Se estimó que con el traslado de la accionante se altera la protección especial consagrada para las madres cabeza de familia, hay completa desprotección de su núcleo familiar (sic) en concatenación con el derecho de los niños y que el no traslado, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 de la Constitución

Para adoptar tal determinación, el a-quo consideró que:

La acción de tutela instaurada, era procedente para lograr el amparo de los derechos invocados, ya que se trataba de derechos fundamentales constitucionales que requerían de protección inmediata.

Se advierte que no obstante la discrecionalidad de las accionadas para en ejercicio del Ius Variandi disponer los traslados, éstas decisiones debían consultar la real situación personal y familiar del funcionario cuyo movimiento se pretende o el simple argumento de la necesidad del servicio, (sic), como se argumenta por las demandadas, con miras a que el núcleo fundamental de la familia sufra en la menor medida posible las consecuencias obvias que se derivan de la separación. Por lo que el traslado debe hacerse, en la medida de las circunstancias, a un lugar cercano a donde el empleado tenga su familia. Estimó que en este caso no se tuvo en cuenta que la funcionaria tenía 3 hijas menores de edad, que vivían y dependían de ella económica, afectiva y emocionalmente, puesto que era madre separada, cabeza de familia, hechos que a la vez, consideró probados en la actuación con las declaraciones extrajudiciales arrojadas por la accionante.

Se dice que tampoco se evaluó por las demandadas, la enorme distancia entre el domicilio laboral que se asignaba a la funcionaria y el familiar, o sea el de sus menores hijas, lejanía que acarrea para las niñas consecuencias nocivas sobre sus derechos fundamentales de los niños a la unidad familiar y a no ser separados contra su voluntad de sus padres, por la dificultad y alto costo de los desplazamientos para un reencuentro familiar con relativa frecuencia.

Como consecuencia, se consideró que a tales derechos fundamentales y prevalentes sobre los de los demás por mandato constitucional, no es oponible el argumento frío de la necesidad del servicio esgrimido por las accionadas, pues, se han debido evaluar en el caso particular, las repercusiones que su aplicación tendría sobre los derechos de las niñas de la funcionaria y por contera, sobre los de la mujer cabeza de familia. Como no se hizo, la orden de traslado, en su apreciación, comporta absoluta separación y ruptura del núcleo familiar, y por ella se produciría abandono físico, moral, afectivo y aún económico, ante los escasos recursos que demostró la demandante; pues no se le podría pedir que las visite periódicamente ni que se traslade con sus

hijas a Leticia y además se demostró que ya las había matriculado en Fusagasugá.

Lesivo se estimó entonces el acto de traslado para los mencionados derechos fundamentales de los niños; y se agrega en la Sentencia, que además, se impediría el cuidado y permanente vigilancia que como madre, y padre a la vez, debe procurar de manera directa la accionante sobre sus hijas que son adolescentes.

Se estimó que el desempeño laboral de la accionante siempre se había desarrollado en municipalidades circundantes al sitio de su residencia, lo que le ha permitido el cumplimiento de sus deberes como madre cabeza de familia y proteger así, su núcleo y unidad familiar, participando directamente en su progreso. Se afirma que mantener tales circunstancias, representaría dar aplicación al mandato Superior y a la jurisprudencia constitucional que otorgan protección especial a tal condición femenina, que como grupo específico es prevalente sobre los demás y por ello, no le sería oponible el derecho a la igualdad alegado por un hombre cabeza de familia, ya que lo que quiso el constituyente con tal reconocimiento prioritario, fue establecer una igualdad objetiva ante el desequilibrio real que había hacia el género femenino.

Pero, igualmente se pone de presente en el fallo, que tratándose de dar protección al grupo familiar que dependa de las madres cabeza de familia, en especial a los menores que en salud y cuidado penden de ellas, la sola condición de ser derechos de los niños los que se pretenden proteger, es suficiente para el efecto y por tanto, resulta indiferente el género de quien ostente la dirección de la familia, pues estos derechos tienen prevalencia por orden constitucional. Se afirma que así es como jurisprudencialmente se ha extendido el trato preferencial a los hombres que ostenten la condición de ser cabeza de familia, porque no se justificaría proteger por un lado a los menores si están bajo atención de la madre y desprotegerlos cuando el cuidado debe dárselos un hombre.[12].

Se concluye, que la jurisprudencia constitucional invocada, demuestra cómo en concordancia con la Carta Suprema, las normas deben ir encaminadas a proteger la familia cuya dirección esté radicada en una sola persona, y por ello, el Estado debe propender su garantía. Así lo decide para el caso de Merillac Consuelo Moreno.

Se citan igualmente como fundamento de la decisión, el Principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la ONU.

1.1.- Impugnación.

El fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá, notificado el 24 de enero de 2005 a la accionante[13], se comunica por oficios Nos. 35 y 36 de la misma fecha a las accionadas[14]. No consta en el plenario la fecha de recepción de los mismos y sus anexos por los destinatarios, pero, de acuerdo con el informe secretarial que se registra a folio 138, se produjo impugnación de la decisión en términos.

La Directora Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca apela la decisión[15], solicitando sea revocada, con reiteración de los fundamentos de la contestación, de los que en síntesis se resaltan: (i) se trata de un acto discrecional expedido bajo la legalidad que le otorgan las normas dictadas para el efecto, observando las consideraciones y el procedimiento preestablecido, disposiciones que acreditó ante el a-quo y pide sean tenidas en cuenta al resolver el recurso; así, considera que el acto expedido goza de la presunción de legalidad, que no fue desvirtuada y por tanto, sostiene que cuando hay aplicación del ordenamiento jurídico, no puede

haber violación de derechos, a menos que sea probada, lo que no ocurrió en este caso; (ii) considera que la acción de tutela en este evento era improcedente porque existía para la accionante otro medio de defensa de sus intereses, cual era el agotamiento de la vía gubernativa y posterior acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que hay cabida a la suspensión provisional de la ejecución de los actos administrativos que se consideren lesivos a los intereses particulares, vías que la demandante no agotó, optando por acudir directamente a la tutela, colocándose con ello, en la situación de sustitución de los mecanismos ordinarios por los alternativos o subsidiarios, actuar inadmitido y reprochado reiterativamente por la jurisprudencia constitucional; (iii) porque la vulneración de los derechos fundamentales que la accionante atribuye a la expedición del acto de traslado, que además se ha proferido en miles de casos de madres cabeza de familia, está fundada en consideraciones de carácter subjetivo, como lo es el considerar que por ello se rompe la unidad familiar, y que en esa medida, las razones sobrepasan el campo de la acción de tutela contemplada por el artículo 86 de la Constitución y, (iv) porque la condición personal y familiar de los funcionarios de la Fiscalía no les otorga un fuero especial de inamovilidad ante la planta de personal global y flexible que les rige.

1.2. La accionante pide al ad-quem, que no se modifique la decisión de primera instancia[16], manifestando que las condiciones que originaron la acción de tutela no han variado e insistiendo en que el traslado en esas condiciones, lesionaría los derechos fundamentales suyos y de sus hijas, que ya fueron protegidos.

2.- Fallo de Segunda instancia.

Llega la actuación a la Sala Civil-Familia-Agraria del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, donde se admite la impugnación el 11 de febrero de 2005. En sentencia del 2 de marzo de 2005, esa Corporación revocó la decisión del Juez Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá y negó el amparo constitucional deprecado por Merillac Consuelo Moreno.

En esta oportunidad, el ad-quem confrontando el caso concreto con las condiciones jurisprudenciales de procedibilidad de la acción de tutela para eventos de traslado de los trabajadores[17], estimó que la situación de la accionante no respondía a aquellos supuestos de hecho y por tanto, ésta no era la vía indicada para su reclamación. Estimó el Tribunal que: (i) el acto administrativo que dispuso su traslado contó con los fundamentos de derecho necesarios en su producción y motivación y su finalidad era procurar la buena prestación de un servicio público a cargo de esa entidad, por lo que la actividad desplegada por la accionada respondía al ejercicio del Ius Variandi locativo, en el cuál, hubo observancia plena de las limitaciones jurisprudenciales que su acción comporta, como lo son la justificación en las necesidades del servicio y atender las razones propiamente humanas al preservar las condiciones de trabajo a la accionante; (ii) no fue intempestiva o inesperada la decisión, por cuanto los traslados en la Fiscalía son un proceder cotidiano y necesario para garantizar una eficiente prestación de un servicio público, cuya delicada misión no puede ser sometida a las incidencias de estabilidad o inamovilidad de sus funcionarios; (iii) se concluyó que la situación de ser cabeza de familia, no era circunstancia que impusiera un trato preferencial a su caso para que arrojara protección constitucional, frente a los demás servidores, hombres o mujeres en condiciones similares, pues ha habido reconocimiento jurisprudencial de la igualdad en trato en esa situación[18], toda vez que aunque las condiciones con que se ubica la accionante en esa la categoría fueron probadas, no son suficientes para enervar la decisión del traslado frente a las razones objetivas y técnicas de organización y producción que motivaron el acto, pues no cuentan con ningún grado de excepcionalidad ante

las mismas situaciones que son de común ocurrencia entre todos los funcionarios de la planta global de esa entidad, que como servidores de la administración de justicia, en razón de su alta y delicada misión siendo también padres cabeza de familia, deben asumir el reto de servir a la patria separados de sus familias, sometidos a distancias, a inclemencias del tiempo, a hostigamiento de grupos armados al margen de la Ley, etc., concientes de la gran responsabilidad que les asiste; además, como se dijo, se le preservaron sus condiciones laborales precedentes; (iv) finalmente, se resalta que: la actora ocupa un cargo en provisionalidad y por tal, no le ofrece estabilidad laboral; que es de libre nombramiento y remoción y pertenece a una planta de personal global y flexible; que de su parte hubo inicialmente aceptación del “nuevo” traslado del cual, solamente reclamaba que fuera inmediato y por ello, se limitó a solicitar su temporal aplazamiento, sin oponer las circunstancias de carácter familiar que posteriormente esgrime, revelando esto para el fallador, que de su parte había conciencia y conocimiento de la eventualidad del traslado, además que en otras oportunidades había sido sujeto de ese tipo de movilidad.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer en Revisión de los fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes.

2. Planteamiento del caso y Problema Jurídico.

La Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca, a petición de la Dirección Seccional de Fiscalías de la misma jurisdicción, con utilización de la planta global de personal que rige en la Fiscalía General de la Nación, dispuso el traslado, en el mismo cargo, de la señora Marillac Consuelo Moreno quien en condición de provisionalidad se desempeñaba como Secretaria Judicial I en la Unidad de Fiscalías Locales de Fusagasugá, a la Unidad de Fiscalías Locales de Leticia. La funcionaria considera que con dicha determinación, se ponen en inminente riesgo de vulneración los derechos fundamentales propios, los de los niños de sus tres hijas menores y los de su señora madre, a la dignidad humana, a la familia, al trabajo en igualdad de condiciones, a la salud e integridad personal y a la vida, pues no se tiene en cuenta su situación personal, en que debe darse prevalencia a la condición de ser madre cabeza de familia responsable tanto del cuidado de sus hijas menores como de su señora madre que se encuentra enferma, a la situación de menores adolescentes y de estudiantes de sus hijas y la de tercera edad de su progenitora. Por ello, solicitó su protección por esta vía, junto con la orden a las accionadas de revocar directamente la resolución de traslado, definiendo su permanencia en la ciudad de Fusagasuga o en alguna de las unidades cercanas del mismo circuito judicial.

Las dependencias de la Fiscalía accionadas, consideran mancomunadamente que el acto administrativo que dispuso el traslado de la funcionaria se ajusta a derecho, cuenta con motivación suficiente y no menoscaba los derechos laborales de la misma, puesto que le preserva las condiciones en las que se encontraba antes de ordenar su cambio. Invocan la condición de global y flexible que tiene la planta de personal de esa entidad, el conocimiento previo de tal hecho por parte de quienes a ella se vinculan y el tratamiento que en tal sentido se les imparte a todos los servidores, que en igualdad de condiciones de la accionada son cabeza de familia, por lo que rechazan como excepcional tal argumento.

Coinciden en reprochar la utilización de la vía tutelar para debatir la decisión administrativa, porque existía la acción ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa y por esas razones, solicitan negar el amparo solicitado.

La salvaguarda de derechos solicitada, se concede por el juez de primera instancia, quien estimó que evidentemente con el traslado ordenado, se alteraba la protección especial consagrada para las madres cabeza de familia y había completa desprotección a su núcleo familiar en concatenación con los derechos fundamentales de los niños, como a tener una familia y a no ser separados de ella, los cuales se debían proteger de manera prioritaria ante las mismas necesidades del servicio alegadas por la entidad estatal. Así, le ordenó a las accionadas, abstenerse de ejecutar el traslado de la accionante quien deberá permanecer en el cargo que actualmente ocupa en esa localidad o atendiendo su petición en los municipios de Silvana, Arbeláez o Pandi.

La decisión anterior se revoca por el ad-quem al resolver la impugnación que efectúan las accionadas. El juez de segunda instancia, considera improcedente la vía de tutela para esta reclamación, por existir otro mecanismo judicial para el efecto cual era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, en la que igualmente había podido lograrse la suspensión provisional de la orden de traslado. Igualmente consideró esta superioridad, que si el traslado de la actora no constituye un acto arbitrario e intempestivo, o que afecte su unidad familiar en forma grave e irremediable, como lo concluyó en su análisis del caso en la providencia, tampoco fueron violados ninguno de los derechos cuya protección se solicitaba, luego tampoco prospera la acción de tutela incoada.

Le corresponde entonces a la Sala de Revisión, determinar si en el presente caso las entidades demandadas vulneraron o pusieron en riesgo inminente de vulneración los derechos fundamentales invocados por la actora en su nombre, en el de sus hijas menores y en el de su señora madre enferma, al disponer su traslado del lugar donde venía prestando sus servicios.

Para el efecto, (i) se reiterará la jurisprudencia que desarrolla la potestad de la administración de modificar unilateralmente las condiciones geográficas de trabajo de sus empleados cuando se está frente a una planta de personal global y flexible ; (ii) posteriormente, se abordará el tema relativo a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para controvertir la decisión administrativa de traslado y para obtener la protección solicitada y así verificar la afectación de derechos fundamentales con la decisión de cambio de sede de trabajo de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y, (iii) se procederá al estudio del caso concreto a fin de establecer si bajo las anteriores consideraciones, era procedente la acción y obtener la protección solicitada, adoptando la decisión correspondiente.

3.- Potestad de la Administración de modificar unilateralmente las condiciones geográficas de trabajo de sus empleados cuando se está frente a una planta de personal global y flexible.

La figura del “Ius Variandi” ha sido definida doctrinalmente como la potestad patronal de variar unilateralmente algunos aspectos de la prestación de servicios del trabajador, derivada del ejercicio del poder de subordinación o dependencia[19] del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

El reconocimiento de la licitud en el ejercicio de esta potestad, que no es absoluta, depende de su sujeción a los límites señalados expresamente en el ordenamiento jurídico[20], y en los

establecidos en el desarrollo interpretativo que hace la jurisprudencia, así como en los contractuales, de ser el caso.

La jurisprudencia ha establecido diferencias en la rigurosidad de los límites y demás exigencias que condicionan el ejercicio de esa facultad, bien si se trata de empleador del sector privado, o si pertenece al sector público; pero, reclama en todos los casos el respeto por la dignidad, el honor, y los derechos mínimos del trabajador.

Dentro de los aspectos susceptibles de variación a través de esta figura, está el del cambio de lugar de ejecución del contrato laboral, traslado, o movilidad geográfica, que tampoco puede ser fruto de la arbitrariedad y el capricho del empleador, sino, que debe obedecer a razones objetivas y válidas bien de índole técnicas, operativas, organizativas o administrativas que lo hagan ineludible o al menos justificable.

Tratándose de un empleador del sector público, la jurisprudencia ha considerado que estas razones se representan suficientemente y se encuentran implícitas en la necesidad de satisfacer un servicio público, con una buena realización del mismo, siempre y cuando se respeten los derechos objetivos del trabajador a conservar las condiciones del empleo. De ahí, que las razones del buen servicio público que tenga la Administración, priman sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, ya que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no puede estar condicionado o sometido a los intereses personales de cada uno de sus servidores, pues así, la movilidad geográfica en la función pública sería absolutamente imposible, aunque es de advertir, que en ese desarrollo interpretativo no se ha desconocido que una determinación en tal sentido, alguna incomodidad genera para quien se le ordena.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 122 de la Carta Suprema, el empleo público remunerado se ejerce dentro de una planta de personal. Estas tienen diferentes modalidades que se determinan al interior de cada entidad u organismo público; y así, se habla de planta orgánica y de planta global por entidad o planta global del Estado.

Las plantas de carácter global y flexible, facilitan movimiento de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y en virtud de ellas, les asiste a las entidades un mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de trabajadores cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo cual no riñe en sí mismo con preceptos superiores. Pero aún, en instituciones como estas los movimientos de personal deben obedecer a los requerimientos del servicio y salvaguardar los derechos fundamentales, que se concretan en la imposibilidad de crear condiciones menos favorables y en el deber de respetar ciertas garantías mínimas para el empleado. Así lo ha reconocido en repetidos pronunciamientos esta Corporación, al decir que:

“Con todo, prima facie no se observa una evidente contradicción entre el establecimiento de las plantas globales y la normativa constitucional. La planta de personal global y flexible tiene por fin garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden. Este es, pues, un punto en el que existe tensión entre el interés general y los deberes del Estado, y los derechos de los trabajadores. Sin embargo, no es claro que el establecimiento de una planta global afecte el núcleo esencial de la estabilidad y los derechos de los trabajadores, ya que estos siguen gozando de ellos, pero en una forma tal que se armonizan con el interés de elevar la eficiencia de la administración”[21]

La Fiscalía General de la Nación es una de las instituciones que cuenta con planta global y flexible. En la Sentencia C-1546 de noviembre 21 de 2000, cuando la Corte constitucional decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 261 de 2000 y particularmente contra el artículo 17/20 sobre la atribución que se le asignó al Fiscal General de modificar la localización de las unidades y direcciones de la Fiscalía, se dijo:

"En conclusión, de la jurisprudencia de la Corte sobre traslados se deduce que la administración goza de discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal. No obstante, esta libertad se ve limitada de la siguiente manera: a) el traslado debe efectuarse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines; b) para la concesión o la orden de traslado debe atenderse a las consecuencias que él puede producir para la salud del funcionario; y c) en circunstancias muy especiales la administración debe consultar también los efectos que la reubicación del funcionario puede tener sobre el entorno del mismo".

Con lo anterior, se puede decir que si bien es cierto que el lugar de trabajo involucra relaciones de gran importancia, como las familiares, el ambiente social y cultural, elementos económicos como la vivienda, el transporte y otros, y que el traslado geográfico o locativo del trabajador es parte del derecho de variación o modificación de las condiciones de trabajo que le asiste al empleador público, dadas las repercusiones y trascendencia que tiene para el trabajador en aspectos como los enunciados, la potestad debe ser ejercida con especial cuidado, cuando los requerimientos para la prestación del servicio lo hagan ineludible y respetando las garantías de estabilidad tanto laboral como personal del trabajador, sin que estas últimas injustificadamente se conviertan en óbice para el efecto.

Se concluye entonces, como en recientes pronunciamientos lo ha reiterado la Corte, que en el ejercicio del "ius variandi" en plantas de personal de carácter global y flexible para el evento de los traslados, la decisión se volvería arbitraria solo cuando no obedece a razones del servicio o con esta se desconocieran los derechos adquiridos y las condiciones laborales del funcionario[22].

4. Procedencia de la acción de tutela para controvertir una orden de traslado. Reiteración de jurisprudencia.

En atención a los presupuestos que para el ejercicio de la acción de tutela establece el artículo 86 de la Constitución Política, la Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que ésta no es la vía para discutir un acto administrativo, pues el mecanismo ordinario para el efecto, está en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, que cuenta además con la posibilidad de suspenderlos provisionalmente desde el inicio de la actuación, so pena de desbordarse el ámbito de competencias dispuesto en el ordenamiento supremo.

No obstante, como se señaló, entre otras, en la Sentencia T-264 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería[23], se ha reconocido por el interprete constitucional que en casos de traslados, de manera excepcional y en ciertas situaciones concretas, el juez de tutela puede intervenir con el fin de amparar los derechos fundamentales, cuando se amenace de manera grave la situación del trabajador o de su núcleo familiar, porque: " (i) el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (ii) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no

suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (iii) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia. En los anteriores eventos, la Corte ha enfatizado que no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio. Las circunstancias concretas deben revestir particular gravedad, de manera tal que sea necesario el concurso del juez constitucional para conjurar un perjuicio irremediable”.

Así mismo, la Corte ha advertido que al ser mayor el grado de discrecionalidad para traslados en algunas instituciones, es más restringida la posibilidad de control del juez constitucional sobre los actos que dispongan la reubicación, pues ello será de acuerdo con la naturaleza de la entidad y el tipo de funciones que desarrolla[24].

6. Solución al caso concreto.

En el asunto que se revisa, la señora Marillac Consuelo Moreno, Secretaria Judicial I de la Unidad Local de Fiscalías de Fusagasugá, radicada en esa ciudad, pretende por vía de tutela se disponga la revocatoria de la Resolución 001191 del 16 de noviembre de 2004, por medio de la cual, la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca, a solicitud de la Dirección Seccional de Fiscalías de la misma localidad, dispuso su traslado a la Unidad Local de Fiscalías de Leticia.

Pidió que de manera previa, se diera orden de suspensión provisional de la ejecución del acto administrativo respectivo, toda vez, que por la cercanía de la vacancia judicial, la acción impetrada no alcanzaría a ser tramitada antes de que ella tuviera que presentarse a laborar en su nuevo puesto de trabajo, so pena de que la enjuiciaran por abandono del cargo. A ésta petición se accedió por el juez de primera instancia, desde la admisión del trámite.

Fundamenta su solicitud en el presunto riesgo de violación a sus derechos fundamentales a la dignidad humana en lo laboral; a la integridad personal en lo emocional; a la vida de ella y de su señora madre que se encuentra enferma y bajo su cuidado; a los derechos de los niños de sus tres hijas menores de edad a tener una familia y a no ser separadas de ella, y al libre desarrollo de la personalidad, porque al cumplirse la orden de traslado, se produce automáticamente el rompimiento de la unidad familiar por el distanciamiento de su familia, que además, depende económicamente en forma exclusiva de ella.

Alegó, que cuando se decidió su traslado no se tuvieron en cuenta su condición de madre cabeza de familia y de estudiante, ni la situación de tener hijas menores de edad, ni el estado de salud de su progenitora, cuando debía darse protección especial a los niños, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad y a las madres cabeza de familia de quienes aquellos dependan, y que por tanto, no se le preservan las buenas condiciones para desempeñarse en su trabajo.

Consideró que las simples invocaciones del interés general, de deberes sociales o de derechos ajenos, no son suficientes para limitar los anteriores derechos, y reclama un trato igualitario al de casos similares en que se ha fallado en favor de los trasladados, atendiendo a su bienestar que comprende también el del vínculo familiar, el medio en el cual vive y sus incidencias económicas.

Reconoció en la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, el mecanismo legal y ordinariamente dispuesto para discutir la juridicidad y procedencia del acto administrativo; pero justifica su no utilización en

este caso, diciendo que la reconocida lentitud de esa justicia, implicaría que para cuando se produzca el fallo, ya ha habido una efectiva violación a los derechos que hoy apenas considera están amenazados.

Aportó como elementos probatorios de la composición actual de su núcleo familiar los registros civiles de nacimiento de las 3 menores; sobre su condición de estudiantes, certificación de la matrícula de dos de ellas en Fusagasugá, para el año lectivo 2005; para acreditar que es madre separada económicamente a cargo de sus hijas, allegó declaraciones extrajuicio en las que además se consigna que las menores nunca se han separado de ella. Sobre el estado de salud de la señora madre y los cuidados a su cargo, no se aportó constancia alguna.

Con argumentos concordantes, las dependencias de la Fiscalía accionadas, se oponen a la prosperidad de la acción impetrada, pues consideran que la entidad no ha vulnerado ni puesto en riesgo los derechos fundamentales invocados por la actora, para lo que alegan que:

- i. al ordenar el traslado, se limitan a ejercer la competencia que les ha sido atribuida legalmente para administrar el personal de su jurisdicción dentro de una planta de personal global y flexible previamente conocida por los servidores, a fin de cumplir con el deber constitucional de garantizar el derecho de acceso a la justicia y la buena prestación del servicio, por lo que en la escogencia del trasladado, se da prevalencia al interés general del servicio público sobre el particular que represente la situación personal y subjetiva del funcionario, impartiendo a la vez, trato igualitario entre los servidores que ostenten la misma condición;
- ii. el acto administrativo que dispuso el traslado de la funcionaria no es arbitrario, sino lícito y en tal contexto, no puede predicarse que por su emisión, sea violatorio de derechos; es un acto discrecional del fuero del empleador, que fue expedido bajo la autorización y legalidad que le otorgan las disposiciones del ordenamiento jurídico existente para el efecto, con plena observancia del procedimiento establecido y acatamiento de las limitaciones que imponen las normas y la jurisprudencia a su ejercicio, pues su motivación fue las necesidades del servicio, representadas en que se trata personal capacitado y con experiencia para atender las demandas de los usuarios en la materia, y hubo resguardo de los preexistentes derechos y condiciones laborales de la funcionaria;
- iii. el traslado es una medida administrativa, no sancionatoria prevista en la Ley, que debe respetar condiciones objetivas del trabajador, referidas a la categoría del empleo, a la percepción de emolumentos, al nivel y rango de ocupación; advierten que las situaciones particulares de los funcionarios no les otorga un fuero especial de inamovilidad, pues si para el movimiento habitual de personal se consideraran aspectos subjetivos, serían del todo imposibles los traslados, ya que por regla general, siempre implican problemas de instalación, discontinuidad en el estudio de los hijos, desadaptación al clima, desconocimiento de la vida social etc.; así, estiman que las condiciones personales y familiares alegadas y acreditadas por la accionante, no registran en estos aspectos ninguna circunstancia excepcional que las haga objeto de trato especial ante las similares de otros funcionarios que han sido efectivamente trasladados de lugar para el desempeño de sus funciones;
- iv. el traslado no fue intempestivo, porque la accionante desde su vinculación fue informada de la naturaleza de los cargos en la entidad que abarca todo el territorio nacional, donde para el cumplimiento de sus funciones, los servidores adscritos a ella se sujetan en su ubicación, a las necesidades del servicio y de allí la eventualidad de los traslados, y en tales condiciones aceptó el cargo, en uso de su capacidad de discernimiento; que la

accionante siempre ha tenido en Fusagasuga la base locativa de su desempeño desde hace más de 9 años que inició como servidora de la Fiscalía, aunque ha sido trasladada para ejercer temporalmente el cargo de Fiscal encargada en otras localidades y que en aquellas oportunidades no esgrimió las presentes situaciones; además, indican que los traslados para la generalidad de funcionarios son por periodos fijos de un año calendario;

- v. la violación o puesta en riesgo de los derechos fundamentales expuesta por la accionante, no se ha probado y por ello, los argumentos en que funda sus alegaciones, corresponden a consideraciones de carácter subjetivo motivados tal vez por la comprensible incomodidad que la situación del traslado le representa; que por consiguiente, sobrepasan el campo de la acción de tutela;
- vi. la simple orden de traslado impartida en el acto administrativo, no lesiona los derechos invocados, porque: el libre desarrollo de la personalidad, solamente se trasgrede cuando se le imponen injustamente los derechos de los demás o se altera el orden jurídico; porque el acto no conlleva amenazas materiales y objetivas que impliquen un peligro cierto sobre la persona o integridad de la accionante, no hay peligro para su vida; porque no implica la necesaria ruptura de la unidad familiar, ni el resquebrajamiento del amor, del afecto o el deterioro en la armonía del núcleo familiar, ya que estos no solo se basan en aspectos físicos como la cercanía, si no en los espirituales que trascienden la distancia; porque la madre cabeza de familia al encontrarse vinculada a la administración de justicia, siempre afrontará dificultades ante la ejecución de una orden de traslado a otra población y ello es propio de su condición de tal, es una carga que debe afrontar, y a la que debe responder con objetividad, por tanto, no por eso el acto constituye una vulneración de los derechos fundamentales del núcleo familiar que de ella depende, como es el caso de sus hijos menores;
- vii. como la decisión cuestionada goza de la presunción de legalidad que hace que solo pueda ser retirada de la vida jurídica a través del mecanismo correspondiente, que es la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho incoada ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, en la que también es viable su suspensión provisional, estiman que la accionante omitió recurrir a la vía correcta de reclamación de sus derechos, y ello hace improcedente utilización de la acción de tutela para el efecto, a la luz de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución, que solo reconoce su viabilidad como mecanismo accidental en defecto de uno principal o de su incapacidad protectora de perjuicios irremediables.

En la instancia tutelar, el amparo solicitado fue concedido por el Juez de primera instancia, quien estimó que evidentemente con el traslado ordenado, se alteraba la protección especial consagrada para las madres cabeza de familia y había completa desprotección a su núcleo familiar en concatenación con los derechos fundamentales de los niños como a tener una familia y a no ser separados de ella, los cuales se debían proteger de manera prioritaria ante las mismas necesidades del servicio alegadas por la entidad estatal. Así, le ordenó a las accionadas, abstenerse de ejecutar el traslado de la accionante quien deberá permanecer en el cargo que actualmente ocupa en esa localidad o atendiendo su petición en los municipios de Silvana, Arbeláez o Pandi.

Impugnado el fallo anterior, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, a través de su Sala Civil- Familia- Agraria, revoca la decisión por considerar que la acción de tutela es improcedente, habida cuenta que la actora debió acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que fuera ésta la que decidiera si el acto de traslado proferido por la Fiscalía, requería ser anulado por contener falsa motivación, constituir abuso de poder o por tener vicios

de forma, y así obtener el restablecimiento de sus derechos, vía por la que igualmente había podido lograrse la suspensión provisional de la orden de traslado. Igualmente se consideró por esta superioridad, una vez lo concluyó del análisis del caso efectuado en la providencia, que si el traslado de la actora no constituía un acto arbitrario e intempestivo, y si no afectaba su unidad familiar en forma grave e irremediable, tampoco le fueron violados ninguno de los derechos cuya protección solicitaba, y en tales condiciones, la acción de tutela incoada no prosperaba y por tanto, negó el amparo constitucional solicitado.

Ahora bien, para la Sala decidir el presente caso, confrontará la situación de hecho con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación, a fin de determinar si, la decisión de la Fiscalía General de la Nación a través de sus dependencias accionadas, al ordenar el traslado de la actora a la Unidad de Fiscalías Locales de Leticia, vulneró los derechos fundamentales de la accionante o de sus hijas menores, o necesariamente pone en peligro irremediable la unidad de su núcleo familiar, y con ello, la acción de tutela como mecanismo preventivo de amparo, era procedente.

En primer lugar, la Corte estima que con la citación de las fuentes formales que se tuvieron como fundamento, así como la motivación y condiciones en que se hacía, expresadas en las consideraciones y artículo cuarto de la parte decisiva de la Resolución 001191 del 16 de noviembre de 2004, en que se dispone el traslado de Marillac Consuelo Moreno, se acreditaron los factores mínimos para presumir la legalidad de ese acto administrativo. Como se advirtió, el juez constitucional no puede extender su juicio a los demás factores de legalidad, por ser competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, que en ningún momento puede invadirse a través de esta acción[25].

En segundo término y en relación con los supuestos reclamados por la jurisprudencia constitucional para considerar que por el acto de traslado necesariamente se ponen en peligro irremediable derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar, en el caso concreto la Corte observa que:

(i) No existe constancia en la actuación, que por el traslado de Merillac Consuelo Moreno, se ocasione afectación a su salud o a la de alguno de los miembros de su núcleo familiar y por sustracción de materia, que sea factor determinante el que en la localidad de destino, Leticia, no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido. Evidentemente, aunque la actora en su demanda sugirió que su señora madre estaba enferma y debía cuidarla, no lo acreditó en el proceso. Y su afirmación de afectación de su salud emocional ante la separación física de su núcleo familiar, tampoco tiene el alcance probatorio requerido para anteponer este hecho a la decisión que en función del servicio público se adopta. Corresponde entonces su aseveración, a una apreciación subjetiva que no tiene respaldo probatorio, aunque sea comprensible por la incertidumbre de los resultados que ocasione un distanciamiento físico de su núcleo familiar; pero ante el hecho cierto de que no es la primera vez que es trasladada, toda vez que consta en la actuación que ha sido comisionada para ejercer el cargo de Fiscal encargada en otros municipios por espacios de tiempo considerables, y que en esas oportunidades no han ocurrido estos traumatismos, no es de recibo la argumentación para enervar la decisión de movilidad que la afectó.

(ii) La decisión de traslado Merillac Consuelo Moreno, no es intempestiva ni ante su condición personal, arbitraria. Como se analizó, cuando el trabajador público pertenece a una planta de personal global y flexible, la movilidad territorial por razones del servicio, como ocurrió en este caso, va inmersa en los presupuestos o condiciones de su vinculación a la entidad, además que es

conocida por él cuando decide aceptarla, y en principio, todo el personal debe ser tratado en igualdad de condiciones. La accionante no probó ninguna circunstancia excepcional que la haga beneficiaria de un trato distinto al aplicado a otros funcionarios que también tienen un entorno familiar que depende de ellos como cabeza de familia y que se afecta cuando los trasladan. Nótese además que en el acto administrativo que nos ocupa, se toma similar determinación respecto de otros funcionarios, lo que significa que la relacionada con la actora, no es discriminatoria ni caprichosa. Tampoco la determinación que la cobija es arbitraria, pues hay la correspondencia de la motivación dada, con la exigida jurisprudencialmente para el efecto; pues, el traslado se dice que es por necesidades del servicio, y para ello se tuvieron en cuenta sus aptitudes técnicas, que eran de las requeridas en el lugar de destino, donde al decir de las accionadas, no se cuenta con el suficiente personal idóneo.

(iii) En cuanto a la “necesaria ruptura del núcleo familiar como consecuencia del traslado”, tampoco se encuentra evidenciada en el presente caso. Con el cambio de lugar de trabajo de la accionante, se ocasiona como es obvio una separación física de sus hijas, que debe calificarse como transitoria, máxime si se tiene en cuenta que por parte de las accionadas se advirtió que estos traslados son periodos fijos de un año. Es decir, que por sí mismo este distanciamiento, no debe acarrear la ruptura del núcleo familiar, pues como se ha advertido por la Corte, los lazos de amor y afecto trenzados en una relación filial y materna, no se destruyen por la sola falta de contacto físico entre los miembros de la familia[26].

Como la anterior circunstancia fue planteada por la actora y decidida por el juez de primera instancia en el contexto de los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, merece un mayor detenimiento a fin de analizar si los invocados se ven vulnerados con la decisión del traslado.

Se tiene que la sola orden de traslado, no comporta ni implica que los menores deban separarse de su señora madre con la que forman unidad familiar, pues siempre existe la posibilidad de que se desplacen con ella; lo que de no ser posible por otras circunstancias, no implica que la orden sea violatoria de los derechos fundamentales de los niños, porque como se vio, no es el simple contacto físico el que implica la unidad familiar. Por consiguiente, tampoco es de recibo el planteamiento de tal violación o amenaza de los derechos constitucionales de los menores a tener una familia y a disfrutar del amor y de la protección a que se refiere la Constitución Nacional al no ser separados de ella, por el hecho de ordenar el traslado; pues tendría que mediar, aparte de la orden legítima, otro factor que sea reprobable porque causa la alteración de la situación anterior, con una forzada e ilegítima ruptura de los vínculos domésticos y de familia entre los menores y sus familiares inmediatos por el cambio de asentamiento territorial de la familia[27].

Con las mismas razones de insuficiencia de factores reprochables a las accionadas, ha de establecerse que en el presente caso tampoco es admisible considerar que por el acto del traslado y bajo el argumento de que las menores son estudiantes en un colegio de la ciudad de origen, se violan sus derechos constitucionales, por cuanto además de que es viable que estudiaran en la nueva localidad, como se observa que la actora al parecer lo contempló cuando pedía el aplazamiento de su traslado, la misma accionante procedió a matricularlas en el lugar de arraigo para el año lectivo siguiente, cuando no se le había definido su situación administrativa. Ha dicho la Corte que desde luego, estas son dificultades propias de estas situaciones de traslado, que en buena medida, son una carga que se debe soportar cuando se está vinculado a la administración de justicia, respondiendo en consecuencia a ella con objetividad; pero que no obstante, por ello no hacen que se produzca la violación a los citados derechos constitucionales

de los menores[28].

(iv) Para el supuesto que “el traslado ponga en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia”, se exige que quede demostrado, y ya se analizó en esta providencia, cómo esto no ocurrió.

Del anterior cotejo se puede colegir, que en cada caso particular debe hacerse este análisis puntual y es por ello, que el interprete constitucional ha definido que, no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, per se, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio. Las circunstancias concretas deben revestir particular gravedad, de manera tal, que sea necesario el concurso del juez constitucional para conjurar un perjuicio irremediable. Con fundamento en lo anterior han sido negadas solicitudes de tutela cuando las actividades escolares de los niños dificultan su mudanza, cuando el estado de embarazo de la cónyuge de un trabajador impide el desplazamiento inmediato, o cuando los padres del servidor son de avanzada edad.[29]

Así se ha pronunciado la Corporación sobre el tema:

“[...] no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado tiene relevancia constitucional para determinar la procedencia del amparo, pues de lo contrario “en la práctica se haría imposible la reubicación de los funcionarios de acuerdo con las necesidades y objetivos de la entidad empleadora”[30]

“evidentemente, toda reubicación laboral implica la necesidad de realizar acomodamientos en términos de la vida familiar y de la educación de los hijos y si se aceptara que estos ajustes fueran fundamento suficiente para suspender los traslados, en la práctica se impediría la movilidad de los funcionarios que es requerida por la administración pública y por las empresas privadas para poder cumplir con sus fines”[31]

Se establece entonces en este caso, que por la expedición del acto de traslado de la señora Marillac Consuelo Moreno, no se está frente a un hecho cierto que vulnere o amenace con vulnerar algún derecho fundamental de los que ha invocado la accionante, que amerite la protección por la vía de la tutela; y, que tampoco está justificada la aplicación de la prelación que a la condición personal y particular de ser madre cabeza de familia se dispone en el artículo 43 de la Constitución, frente a la necesidad general del servicio público que de ella se requiere en Leticia y por la situación similar de los demás funcionarios de esa entidad.

Deja por tanto sentado la Sala que la decisión controvertida, cuenta con una justificación técnica y jurídica; que estando la estructura orgánica de la entidad conformada por una planta global, es discrecional de la administración el redistribuir y ubicar los funcionarios de acuerdo a las necesidades del servicio; además, que las condiciones laborales en que se encuentra la actora, no van a ser modificadas en su salario y prerrogativas, de acuerdo con lo que obra en el plenario.

Por consiguiente, la Corte encuentra que en este caso no es procedente la vía de la tutela para enervar la acción de la administración, y advierte a la accionante que si existe alguna inconformidad respecto de las restantes condiciones subjetivas u objetivas afectadas por el traslado, de ser procedente, bien puede hacer ejercicio de las acciones ordinarias instituidas ante la jurisdicción contencioso administrativa para su reclamación.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de segunda instancia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la Sentencia proferida por la Sala Civil- Familia- Agraria del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, el dos (2) de marzo de dos mil cinco (2005), que revocó el fallo emitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá, el veintiuno (21) de enero de dos mil cinco (2005), que concedía el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Marillac Consuelo Moreno, dentro de la acción instaurada por ésta contra las Direcciones Seccionales Administrativa y Financiera y Seccional de Fiscalías, ambas de Cundinamarca, y negó el amparo deprecado.

Segundo: Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Para los argumentos en que funda su concepto de violación o riesgo de los derechos fundamentales que a continuación se sintetizan, la accionante cita , en orden, de esta manera las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional: T-449/92; T-461/98; T-568/99; C-55/99; T-542/92; C-221/92; T-529/92; T-525/92; T-339/94;T-110/95; y, Sentencias del Consejo de Estado de diciembre 2 de 2002, expediente 3717-01 y del 22 de mayo de 1982, expediente 6694.

[2] Folio 33 cuaderno de primera instancia.

[3] Cita los artículos 95 y 96 del Decreto Ley 261 de 2000, capítulo 2, artículos 37 a 44 de la Resolución 0-1280 de 1995 y Resolución 1347, artículo 11 proferidas por la Fiscalía General de la Nación

[4] En ese sentido cita aparte de la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 2 de agosto de 1999, M.P. Fernando Vásquez Botero.

[5] Sentencia de Junio 3 de 1997, Sección Segunda, Subsección A, Sala Contencioso Administrativa , C. P. Clara Forero de Castro

[6] Invoca la Sentencia T-311 de 1993, M.P., Fabio Morón Díaz.

[7] Cita y transcribe apartes de las sentencias T-461 de 1998, M.P., Vladimiro Naranjo Mesa y T-499 de 1992, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz

[8] En este sentido transcribe aparte de la Sentencia T-402 de 1992, M.P., Simón Rodríguez Rodríguez

[9] Argumento que toma de la sentencia T-311 de 1993, M.P., Fabio Morón Díaz

[10] Hace la citación de un aparte de la Sentencia que en la Acción de Tutela 070 de 2003, emitió la Sala Pernal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca .

[11] Obra de folios 85 a 108 del expediente de primera instancia.

[12] Refiere a las sentencias C-10 de 1993, sobre la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia, C-660 de 2000 y C-184 de 2003 respecto del reconocimiento a hombres cabeza de familia.

[13] Según consta a folio 109 vuelto, expediente de primera instancia.

[14]

[15] Memorial obrante a folio 132.

[16] Memorial a folio 6 cuaderno del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

[17] La decisión refiere a los presupuestos que en síntesis se señalan en la sentencia T-468 de 2002, M.P., Eduardo Montealegre Lynett, en que se evaluó la procedencia de la acción de tutela para evitar traslados.

[18] Cita la sentencia C-184 de 2003 , M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[19] Desarrollado por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

[20] El artículo 23 Código Sustantivo del Trabajo dispone que el poder subordinante debe ser ejercido sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

[21] Sentencia Sentencia T- 443 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido Cfr.. sentencias T-468 de 2002, T-346 de 2001, T-077 de 2001, T-1498 de 2000, T-965 de 2000, T-355 de 2000, T-503 de 1999, T-353 de 1999, T-288 de 1998, T-715 de 1996, T-016 de 2005 (sic), T-356 de 1994, T-615 de 1992.

[22] Sentencia T-264 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería

[23] Que a su turno invoca las sentencias T-330 de 1993 M.P., Alejandro Martínez Caballero, T-483 de 1993 M.P., José Gregorio Hernández Galindo, T-131 de 1995 M.P, Jorge Arango Mejía, T-181 de 1996 M.P, Alejandro Martínez Caballero, T-514 de 1996 M.P., José Gregorio Hernández Galindo, T-516 de 1997 M.P., Hernando Herrera Vergara, T-208 de 1998 M.P., Fabio Morón Díaz y T-532 de 1998 M.P., Antonio Barrera Carbonell.

[24] Ver sentencia T-715 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[25] En este sentido, ver entre otras, las sentencias T-399 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía; T-715 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-832 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-503 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-965 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-209 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[26] La unidad familiar no es solo unidad física, de techo y lecho, si no que va mas allá, a lazos espirituales de amor y afecto para los cuales no existe lejanía ni imposibilidad en la distancia. Así lo ha sostenido la Corte desde la sentencia T-311 de 1993, M.P., Fabio Morón Díaz.

[27] Con este fundamento, en la sentencia T-311/93, M.P., Fabio Morón Díaz, se decidió no amparar en tutela los derechos constitucionales de unos menores a tener una familia y a no ser separados de la, que alegaban vulnerados con la orden de traslado de su padre .

[28] *Ibidem*.

[29] Cfr., sentencias T-353 de 1999, T-288 de 1998, T-715 de 1996, T-311 de 1993 y T-615 de 1992, entre otras.

[30] Sentencia T-1498 de 2000. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez

[31] Sentencia T-353 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

