

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA TRASLADO DE PERSONAL / ORDEN DE TRASLADO / RUPTURA DE LA UNIDAD FAMILIAR - Inexistencia

[A]unque se acreditó en el proceso de tutela que la esposa del accionante, la señora [M.C.G.L.], padece una enfermedad (...) no se demostró que de trasladarse a la ciudad de Maicao su situación médica pueda empeorar, que no existan los servicios asistenciales adecuados para tratar su padecimiento, ni se probó que la cónyuge del accionante presenta algún impedimento para valerse por sí misma, o que requiera de acompañamiento permanente debido a su estado de salud. Asimismo, en el escrito de tutela tampoco se acreditó que exista una situación que conlleve a la afectación de los derechos fundamentales del núcleo familiar del accionante, pues este se limitó a allegar parte de la historia clínica de su esposa y unos certificados escolares de su hijo de 10 años, sin que de alguno de dichos documentos se pueda inferir que el traslado del actor conlleva a la ruptura de la unidad familiar. (...) cuando se pretende alegar la ruptura de la unidad familiar en casos de traslado, el accionante debe acreditar en el trámite de tutela, que la reubicación territorial de la cual fue objeto a través de la figura del traslado, generó una afectación de las circunstancias reales familiares, o si existe alguna imposibilidad para que se lleve a cabo el desplazamiento de toda la familia al nuevo sitio de trabajo.

NOTA DE RELATORÍA: La providencia desarrolla el concepto de ius variandi, su alcance y manifestaciones más usuales, así como sus límites.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00146-01(AC)

Actor: JESÚS ENRIQUE ESCALANTE SALAZAR

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE LA GUAJIRA

Acción de tutela – Fallo de segunda instancia

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de La Guajira.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud y las pretensiones

El señor Jesús Enrique Escalante Salazar, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, solicita la protección de los derechos al debido proceso, a la integridad familiar, al trabajo y a la salud de su esposa, María Celeste Gómez, y los demás que oficiosamente se encuentren vulnerados, los cuales estima lesionados por la Dirección Seccional de Fiscalías de La Guajira.

En amparo de los derechos invocados solicita:

*“[...] Con fundamento en los argumentos anteriores, por medio del presente muy respetuosamente solicito a los señores Magistrados de la sala penal del Tribunal de Riohacha, o a quien le corresponda el conocimiento del presente asunto; se digne **TUTELAR** mis derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, LA INTEGRIDAD FAMILIAR, EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO A LA SALUD** de mi esposa; y los demás derechos fundamentales que oficiosamente se consideren vulnerados, frente a las decisiones tomadas por la Dirección Seccional de Fiscalías de la Guajira y la Subdirección Seccional de apoyo a la Gestión de la Guajira; y en su defecto, se deje sin efectos la **RESOLUCIÓN 116 del 28 de Junio de 2016** de la Subdirección Seccional de apoyo a la gestión, y demás resoluciones o actos administrativos complementarios proferidos por la Dirección Seccional de Fiscalías de la Guajira; ordenándose en el término que ese Tribunal considere pertinentes, se me **REUBIQUE** en una Fiscal (sic) Seccional de Riohacha. [...]”*

2. Los Hechos

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

El actor señala que hace parte de la planta global de la Fiscalía General de la Nación y que ingresó al régimen de carrera de dicha entidad, ocupando diferentes cargos, siendo el último de ellos el de Fiscal Seccional o Delegado ante los Jueces Penales del Circuito.

Agrega que prestó sus servicios en diferentes seccionales, y que por solicitud propia fue trasladado a la Seccional de Riohacha en el año 2000, y desde esa fecha tiene su vivienda en ese municipio, en la cual reside con su esposa y su hijo de 10 años.

El actor manifiesta que su esposa, María Celeste Gómez, padece una enfermedad cerebral denominada “cisticercosis crónica” que se caracteriza por presentar de forma sorpresiva convulsiones epilépticas, lo que exige una constante vigilancia, situación que le impide hacerse cargo de los cuidados del hogar y de su hijo menor de edad, por lo que dicha responsabilidad recae en el accionante, que es quien debe velar por la protección de su núcleo familiar, pues no tiene ningún pariente en dicho municipio que pueda prestar apoyo en esas circunstancias.

Manifiesta que el 29 de junio del año en curso, sin previo aviso, se le notificó la Resolución núm. 116 del 28 de junio de 2016, mediante la cual se dispuso su traslado a la ciudad de Maicao, sin tener en cuenta su condición de empleado de carrera, ni sus condiciones familiares, sino que dicha decisión se fundamentó en la necesidad del servicio.

Argumenta que mediante oficio del 29 de junio de 2016 solicitó la revocatoria de la decisión de traslado, la cual fue negada bajo el argumento que el traslado se efectuó por petición de la Directora Seccional de Fiscalías – Seccional La Guajira, y que dicha actuación cumplía con los requisitos formales previstos en la Resolución núm. 0922 del 8 de mayo de 2014.

La Directora Seccional de Fiscalías de La Guajira manifestó que el traslado se lleva a cabo teniendo en cuenta lo señalado en la Resolución 0001165 del 16 de junio de 2016, con el fin de dar cumplimiento a una orden dictada en el fallo de tutela del 7 de abril de 2016 que dispone sobre la reubicación del funcionario Walter Naranjo Salazar.

A juicio del actor, aunque la administración puede modificar las condiciones de prestación del servicio, no existe discrecionalidad absoluta para ello, pues deben tenerse en cuenta las condiciones particulares del funcionario que ha ejercido su cargo por años, o de lo contrario podría presentarse una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, así como de su núcleo familiar.

El actor advierte que las órdenes emanadas por el Tribunal Administrativo de La Guajira en el caso del señor Walter Naranjo Salazar son claras, por lo que es claro que no era necesario efectuar el traslado del actor para dar cumplimiento a lo allí dispuesto.

Indica que en el trámite de desacato abierto dentro de dicha acción de tutela se

ordenó a la Fiscalía General de la Nación realizar el estudio necesario para la ubicación del empleo desempeñado por el señor Walter Naranjo Salazar, o el traslado de dicho funcionario a la ciudad de Riohacha “[...] *teniendo en cuenta el cargo de Fiscal delegado ante los Jueces del Circuito de la Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad ciudadana que se encuentra vacante en la sede de Riohacha de conformidad con la resolución 0893 del 06 de abril de 2016. [...]*”.

La parte actora pone de presente que la Resolución núm. 0893 del 6 de abril de 2016, emanada por la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, sobre la designación de unos encargos, se refiere a la provisión de la vacante existente en la Seccional de Fiscalías de La Guajira, y con base en dicho acto se designa en encargo a Leonor Vélez Vega en la Unidad Seccional de Fiscalías de Riohacha, en el cargo de Fiscal Quinta Seccional de Riohacha.

Por lo anterior, considera que al existir un cargo vacante en dicha seccional, no se presentó la necesidad del servicio alegada para efectuar su traslado a la Seccional de Maicao, sino que a su juicio la decisión se adoptó con el fin de favorecer a Leonor Vélez Vega (Asistente Judicial del Fiscal I de la Seccional del Atlántico), pues era en el cargo ocupado por ella en encargo (Fiscal Quinta de la Seccional de Riohacha) que debía reubicarse a Walter Naranjo en cumplimiento del fallo de tutela.

Igualmente, argumenta que la Directora Seccional de Fiscalías de La Guajira no se encontraba facultada para crear un cargo de Fiscal Seccional en Maicao, por lo que no era posible que dicha funcionaria adoptara la decisión de crear la vacante para la cual fue trasladado el actor.

Manifiesta que la actuación adelantada para trasladarlo vulnera el derecho fundamental al debido proceso, pues dicha decisión se adoptó pese a que podía efectuarse la reubicación del señor Walter Naranjo en la Seccional de Maicao, sin tener que alegar la existencia de razones del servicio para mover de ciudad de trabajo al accionante.

Adicionalmente, advierte que la decisión de su traslado ha afectado no solo sus derechos, sino que también se ha visto perturbado el desarrollo armónico e integral de su hijo de 10 años, así como su rendimiento académico.

3. Trámite en primera instancia

Mediante auto del 19 de julio de 2016 (fols. 85-87) el Tribunal Administrativo de La Guajira admitió la demanda, ordenó la notificación a las partes y terceros interesados, para que hicieran las consideraciones que estimaran pertinentes y, solicitó unas pruebas.

Walter Naranjo Salazar, tercero interesado en la presente acción de tutela (fols. 110-111) solicitó que se despache de manera favorable el amparo constitucional invocado.

Afirmó que tiene conocimiento que el actor ocupa un cargo en carrera. Que en el incidente de desacato adelantado dentro de la acción de tutela interpuesta por su esposa (Nayke Pimienta Reverol) se dispuso su traslado a la ciudad de Riohacha, al cargo de Fiscal delegado ante los Jueces del Circuito de la Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana que se encuentre vacante en dicha sede, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución núm. 893 del 6 de abril de 2016.

Igualmente, advirtió que la Subdirección vinculó a Leonor Vélez Vega en encargo, en la Seccional de Riohacha, pudiendo suplir dicha vacante con el nombramiento de una persona de carrera o en provisionalidad.

Finalmente, resaltó que la Subdirección de la Fiscalía desconoció el debido proceso al vincular al cargo de Fiscal Seccional a una persona en encargo, y no dar cumplimiento a lo dispuesto en el fallo de tutela, violentando con dicha conducta un procedimiento preestablecido.

La Directora Seccional de Fiscalías – Seccional de La Guajira (fols. 112-117) previo recuento de la situación administrativa que se presentó al interior de esa entidad y que dio origen a la presente acción de tutela, indicó que el traslado del accionante se llevó a cabo teniendo en cuenta que debía darse cumplimiento a la acción de tutela que disponía la reubicación como Fiscal Seccional en Riohacha de Walter Naranjo Salazar.

Asimismo, en relación con la enfermedad cerebral que padece la esposa del accionante y al cuidado requerido por su hijo menor de edad, señaló que es una situación que ha tenido que afrontar el actor durante su vinculación laboral en la Fiscalía General de la Nación, y afirmó que no existe recomendación médica que indique que la paciente tiene que estar acompañada de su esposo todo el tiempo.

Agregó que la ciudad de Maicao se encuentra a 45 minutos de Riohacha, situación que no le impide a Jesús Enrique Escalante desplazarse de manera diaria, como lo hacen todos los servidores que laboran en la sede de Maicao y tienen su núcleo familiar en Riohacha.

Finalmente, manifestó que dicha entidad se encuentra facultada para reubicar al actor aunque sea funcionario de carrera, en otro despacho dentro de la misma categoría en el departamento de La Guajira, toda vez que la planta de la Fiscalía es global y flexible y la decisión del traslado se encuentra enmarcada dentro de las normas y procedimientos exigidos entre otros, en el artículo 31 del Decreto núm. 016 del 9 de enero de 2014, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública; y el artículo 3 de la Resolución núm. 0001 del 10 de abril de 2014 de la Dirección Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana.

Jesús Enrique Escalante, actor en la presente acción de tutela, presentó dos escritos de fecha 27 de julio de 2016 (fols. 196 y 197), para que se requiera al Subdirector de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía Seccional de La Guajira con el fin que allegue una información solicitada; y pide que se adicione el auto admisorio de tutela, teniendo en cuenta que en el mismo no se ordenó en la parte resolutive el informe solicitado por el Despacho al colegio en el cual se encuentra inscrito el hijo del accionante.

El Tribunal Administrativo de La Guajira mediante auto del 27 de julio de 2016 (fols. 199 y reverso) ordenó oficiar a la institución educativa del menor con el fin de indagar sobre la situación del hijo del accionante.

4. La providencia impugnada

Mediante sentencia del 2 de agosto de 2016 el Tribunal Administrativo de La Guajira resolvió: (i) amparar transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso, integridad familiar, trabajo y el derecho a la salud de la esposa del actor; y, (ii) ordenar a la Fiscalía General de la Nación – Dirección Seccional de Fiscalías de La Guajira – Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión que iniciara las actuaciones tendientes a la reubicación del actor en la Unidad de Fiscalía Seccional de Riohacha, sin que ello implique la afectación de los derechos de otros funcionarios de carrera judicial de esa entidad.

Previo recuento de los hechos probados dentro de la acción constitucional de la

referencia, el A quo consideró que aunque en principio podría concluirse que el amparo solicitado es improcedente porque se ataca un acto administrativo, pero como se plantea la posible vulneración de los derechos fundamentales del actor y de su núcleo familiar, es procedente analizar los supuestos presentados por el señor Jesús Enrique Escalante Salazar.

Asimismo, añadió que el traslado del actor a la ciudad de Maicao tiene como trasfondo la reubicación de Walter Naranjo Salazar ordenada dentro de un incidente de desacato, sin embargo, dicha situación no puede afectar los derechos de otro funcionario de carrera, máxime cuando existían otras medidas administrativas con las cuales se podía dar cumplimiento a lo ordenado por el juez constitucional.

A juicio del Tribunal, aunque se presentaron diferentes movimientos en la planta de personal de la Unidad Seccional de Fiscalías de La Guajira, esa situación no era impedimento para que el señor Walter Naranjo fuera reubicado en Riohacha sin tener que trasladar al accionante (quien también tenía derechos de carrera), pues en dicha unidad se creó un cargo de igual denominación que estaba siendo ocupado en encargo por Leonor Vélez Vega.

Por lo anterior, advirtió el A quo que pudo realizarse la reubicación a dicho cargo, previa solicitud ante el nivel nacional de la Fiscalía, teniendo en cuenta que la orden dada dentro del incidente de desacato en el que se dispuso la reubicación del señor Walter Naranjo Salazar es contra la Fiscalía General de la Nación, como entidad pública.

Finalmente, resaltó que el traslado del actor afectó las condiciones de su núcleo familiar, pues en el plenario existen pruebas del menoscabo psicosocial del que es objeto su menor hijo, el cual ha presentado alteración en su comportamiento escolar con posterioridad al traslado del accionante a la ciudad de Maicao. De igual forma, teniendo en cuenta la patología padecida por la esposa del actor, concluyó que es razonable que este deba permanecer cerca para atender los eventuales contratiempos que pudieren presentarse por la enfermedad.

5. Impugnación

Mediante escritos radicados el 5 y 8 de agosto de 2016 (fols. 222-234) la Dirección Seccional de Fiscalías, Seccional La Guajira presentó impugnación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de La Guajira, en la cual

solicitó la nulidad de la actuación desde el auto admisorio de la misma, al considerar que era claro que debía vincularse como sujeto procesal al doctor Luis González León, Director Nacional de Fiscalías, porque se trata de un tercero con interés legítimo.

Igualmente, pidió la revocatoria de la decisión de primera instancia por falta de motivación e inexistencia de pruebas, pues solo tuvo en cuenta los documentos allegados por la parte accionante, y no se pronunció sobre los argumentos y pruebas allegadas por esa entidad con la contestación de la tutela.

Señaló que la condición médica de la esposa no afecta su situación laboral, pues el actor no es médico y no se acreditó que durante el tiempo que ella ha padecido esa enfermedad, el accionante haya tenido que adoptar medidas para garantizar su protección, pues no ha solicitado permisos para atender a su cónyuge debido a su estado de salud.

Advirtió también que no existe prueba en el expediente que acredite que debido al traslado se ha presentado un menoscabo psicosocial en el menor de edad, hijo del actor, o que exista una alteración de su comportamiento escolar.

Igualmente, aseguró que el Tribunal no tuvo en cuenta que los cargos ocupados por el accionante, el señor Walter Naranjo y Leonor Vélez Vega, tienen denominación y número diferente, por lo que no era procedente ordenar la reubicación del Fiscal Walter Naranjo en el cargo ocupado por Leonor Vélez Vega, situación que fue alegada desde la contestación de la demanda, pero que el juez de tutela no tuvo en cuenta al momento de resolver la impugnación.

Finalmente, agregó que esa entidad está adoptando las medidas para dar cumplimiento a lo dispuesto en el fallo de tutela de la referencia, pero que dicha decisión genera un desgaste administrativo, teniendo en cuenta que ya se había dispuesto el reparto de procesos en la ciudad de Maicao con el fin de descongestionar la carga laboral existente en dicha unidad.

6. Actuación en segunda instancia

Mediante auto del 25 de octubre de 2016 se ordenó vincular al Director Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana y a la doctora Leonor Vélez Vega, para que hicieran las manifestaciones que estimaran pertinentes.

Leonor Vélez Vega, Fiscal 5ª delegada ante los Jueces Penales del Circuito (fols. 271 y reverso) manifestó que ingresó a prestar sus servicios a la Fiscalía General de la Nación a través de concurso de méritos el 1 de septiembre de 2010, como Asistente de Fiscal I.

Que después de haber ocupado diferentes cargos al interior de la misma entidad, fue nombrada en encargo mediante Resolución núm. 0893 del 6 de abril de 2016, para ocupar el cargo de Fiscal 5ª Seccional de Vida de la ciudad de Riohacha.

Igualmente, agregó que debido a su buen desempeño fue nombrada en provisionalidad para ocupar el mismo cargo mediante Resolución núm. 0-3318 del 26 de octubre de 2016, tomando posesión en el cargo el 3 de noviembre del presente año.

Luis González León, en su calidad de Director Nacional de Seccionales y de Seguridad Ciudadana (fols. 275-285) advirtió que el traslado efectuado al actor se llevó a cabo al mismo cargo y con el mismo nivel salarial y prestacional y, atendiendo las necesidades del servicio, por lo que al ubicarse su empleo en otro municipio en la misma Dirección Seccional, no se vieron afectadas sus condiciones laborales.

Afirmó que el actor desde el momento de vincularse a la planta de la Fiscalía General de la Nación, tenía conocimiento que en cualquier momento podía disponerse su traslado, toda vez que se trata de una planta global y flexible.

Agregó que no se presenta una afectación de la unidad familiar del actor, pues dicho concepto no hace relación solamente a la unidad física, sino que se refiere a todos los otros lazos espirituales que llevan al desarrollo de esa institución y señala que la distancia entre Maicao y Riohacha es de solo 1 hora y 8 minutos.

Igualmente, adujo que el traslado ordenado no tenía implícita una vulneración del derecho a la salud de la cónyuge del actor, pues no se estaba impidiendo el acceso a este derecho ni se demostró que en Maicao, ciudad a la que fue trasladado el señor Jesús Escalante Salazar y a la cual pudo movilizarse junto con su núcleo familiar de haberlo querido, no era posible obtener la atención médica necesaria para tratar la patología diagnosticada.

Finalmente, señaló que en el caso bajo estudio no es procedente la acción de tutela para controvertir los actos administrativos que resolvieron sobre el traslado

del actor a la ciudad de Maicao, pues para ello el legislador dispuso otro medio de defensa judicial como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y por tanto, este mecanismo constitucional solo es procedente cuando se acredita la existencia de un perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Generalidades de la acción de tutela

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

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

3. Problema jurídico

En los términos del escrito de impugnación, a la Sala le corresponde decidir si se debe confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, o si, como lo alega la Directora Seccional de Fiscalías de La Guajira, se debe revocar el fallo cuestionado, por cuanto no se observa la vulneración de los derechos fundamentales del señor Jesús Enrique Escalante Salazar con la actuación administrativa que lo trasladó de la Unidad de Riohacha a Maicao.

4. La acción de tutela como mecanismo para controvertir los actos administrativos referentes a traslados de personal

En lo que respecta a las decisiones de la administración pública referentes a traslados, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela, en principio, es improcedente para controvertirlas, ya que el ordenamiento jurídico cuenta con vías procesales especiales para ello, como lo son, el medio de control de nulidad y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. La Corte manifestó al respecto en la Sentencia T-965 de 2000:

“[...] la acción de tutela no es el medio judicial adecuado para controvertir la legalidad del acto administrativo que ordenó el traslado en cuestión, ni tampoco se puede por esta vía excepcional, pretender revocar, suspender o reformar dicho acto, pues esta facultad corresponde de manera exclusiva y excluyente al juez contencioso administrativo, función que es indelegable, y que por ningún motivo puede abrogarse el juez constitucional, pues carece de competencia para ello. [...]”¹

Sin embargo, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones de la administración pública referentes a traslados, cuando tengan lugar situaciones fácticas especiales, en las que se presente una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar².

En la sentencia T-965 de 2000, la Corte hizo referencia a las situaciones en las que procede la acción de tutela como mecanismo para controvertir decisiones de la administración pública referentes a traslados, en los siguientes términos:

“[...] (1) Que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido³; (2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables⁴; (3) cuando

¹ Cfr. Sentencia T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Ver, entre otras, las Sentencias: T-016 del 30 de enero de 1995. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-715 del 16 de diciembre de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-288 del 04 de junio de 1998. MP. Fabio Morón Díaz, T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz, T-355 del 27 de marzo de 2000. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1498 del 02 de noviembre de 2000. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-077 del 29 de enero de 2001. MP. Fabio Morón Díaz, T-346 del 30 de marzo de 2001. MP. Jaime Araújo Rentería, T-468 del 13 de junio de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

³ “Ver Sentencias: T-330 del 12 de agosto de 1993. MP. Alejandro Martínez Caballero, T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-131 del 24 de marzo de 1995. MP. Jorge Arango Mejía, T-181 del 30 de abril de 1996. MP. Alejandro Martínez Caballero, T-514 del 09 de octubre de 1996. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-516 del 14 de octubre de 1997. MP. Hernando Herrera Vergara, T-208 del 14 de mayo de 1998. MP. Fabio Morón Díaz y T-532 del 29 de septiembre de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell.”

⁴ “Sentencia T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz.”

quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia⁵. No sobra advertir que, para que la acción de tutela pueda proceder, las circunstancias alegadas deben encontrar pleno respaldo probatorio en el correspondiente expediente^{6,7}.

Posteriormente, en la sentencia T-468 de 2002, reiteró lo manifestado anteriormente, al señalar:

*“[...] la procedencia de la acción sólo opera cuando el acto (i) sea ostensiblemente arbitrario, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) fuere adoptado en forma intempestiva y (iii) afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. Ahora bien, esto último puede darse de diversas formas, como cuando el traslado genera serios problemas de salud, ‘especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido’, cuando pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia, o en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria y es originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables⁸. **Solamente en estos eventos queda autorizada la intervención mediante tutela: lo contrario significa una intromisión ilegítima en la competencia del juez administrativo [...]**^{9,10} (Negritas fuera de texto).*

De modo que si se presenta alguna de las situaciones aludidas, el juez de tutela podría reconocer y permitir discriminaciones positivas a favor de los trabajadores, para que se garanticen sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la unidad familiar¹¹.

5. Alcance del *ius variandi*

El *ius variandi* ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como la potestad en cabeza del empleador para modificar las condiciones de modo, cantidad, tiempo y lugar de trabajo de sus empleados, en ejercicio de su poder de subordinación¹², y se aplica tanto a las relaciones de derecho privado, como a las de derecho público, dado que el ejercicio de esta potestad no se circunscribe al tipo de vínculo o la clase de empleador, sino al reconocimiento del trabajador como sujeto de derechos.

⁵ “Sentencia T-120 del 12 de marzo de 1997. MP. Carlos Gaviria Díaz.”

⁶ “Sentencia T-353 del 13 de mayo de 1999. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.”

⁷ Cfr. Sentencia T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ “Ver Sentencias: Ibídem. T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1498 del 02 de noviembre de 2000. MP. Martha Victoria SÁCHICA Méndez y T-346 del 30 de marzo de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería.”

⁹ “Las Sentencias T-1156 del 18 de noviembre de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-543 del 06 de agosto de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, reiteran lo expresado en la presente sentencia.”

¹⁰ Cfr. Sentencia T-468 del 13 de junio de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹ Sentencia T-486 del 20 de mayo de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería.

¹² Sentencia T-468 del 13 de junio de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Una de las manifestaciones más usuales en el ejercicio del *ius variandi* es la orden de traslado, y tal orden se concretará siempre que no se configure una afectación negativa en la situación laboral del trabajador. Si bien el *ius variandi* se aplica tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público, al intervenir una entidad estatal, se inmiscuye el interés general y los principios de la función pública, que posibilitan, en ciertas circunstancias, tomar determinaciones que implican, necesariamente, la valoración y primacía del interés general, razón por la cual algunas entidades cuentan con plantas globales y flexibles, que permiten que el empleador cuente con mayor discrecionalidad al valorar las circunstancias para ordenar un traslado, sin que dicha potestad se considere arbitraria.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-048 de 2013¹³ señaló:

“[...] El ius variandi, tal como lo ha venido interpretando la Corte Constitucional, es una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador sobre sus empleados, y se concreta en la variación que se hace sobre las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, tales como el lugar, el tiempo y el modo de trabajo.”¹⁴

En las entidades estatales colombianas, pueden existir plantas de origen global y flexible, que facilitan la movilidad de los empleados en aras de garantizar los fines del Estado y optimizar la prestación del servicio. Esta Corporación ha indicado que ese tipo de organización, confiere un mayor grado de discrecionalidad para ordenar la reubicación territorial de sus trabajadores, cuando así lo demande la necesidad del servicio, actuación que en principio no vulnera preceptos constitucionales.

Al respecto, la Corte ha considerado de la adopción de las plantas de personal global y flexible al interior de algunas entidades colombianas, no afectan por sí mismas el derecho al trabajo, sino que suponen la armonía que debe existir entre las necesidades del servicio público y el interés general. [...]”

6. Límites al *ius variandi*

El *ius variandi* encuentra sus límites en el respeto por los derechos fundamentales del trabajador y la dignidad humana; de modo que carece de carácter absoluto y ostenta un carácter condicional, dado que la potestad de alterar las condiciones de trabajo, se sujeta a necesidades razonables de la entidad, siempre que ellas no impliquen una desmejora de las condiciones laborales del trabajador¹⁵. La Corte manifestó al respecto en la sentencia T-483 de 1993:

¹³ Sentencia T-048 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁴ Sentencia T-797 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

¹⁵ Ver, entre otras, las Sentencias: T-407 del 05 de junio de 1992. MP. Simón Rodríguez Rodríguez, T-593 del 09 de diciembre de 1992. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Ibídem T-715 del 16 de diciembre de 1996. MP.

“[...] El ius variandi no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. [...]”¹⁶

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha reiterado¹⁷ que la potestad que permite al empleador modificar las condiciones de trabajo en el curso de la relación laboral no es absoluta, y ha precisado que puede ser violatoria de derechos fundamentales cuando se ejerce arbitrariamente y sin justificar las razones que hacen necesario el cambio de condiciones.

Igualmente, el *ius variandi* debe ejercerse considerando: i) las circunstancias que afectan al trabajador; ii) su situación familiar; iii) su estado de salud y el de sus allegados; iv) el lugar y el tiempo de trabajo; v) las condiciones salariales; y, vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado¹⁸. Así, el ejercicio del *ius variandi* implica que en cada caso el empleador observe los parámetros señalados, para que pueda tomar una decisión adecuada y coherente, y no se vulneren los derechos fundamentales del trabajador.

La Corte también ha señalado que las consideraciones con relación al *ius variandi* se aplican, bien sea cuando la administración pública ordena trasladar a un funcionario a otro lugar, como cuando es el funcionario quien solicita el traslado y le es negado.

7. Caso concreto

El señor Jesús Enrique Escalante Salazar acudió a través de la acción de tutela con el fin de solicitar la protección de los derechos al debido proceso, a la integridad familiar, al trabajo y a la salud de su esposa, María Celeste Gómez Lizarazo, los cuales considera vulnerados por la Dirección Seccional de Fiscalías

Eduardo Cifuentes Muñoz, Ibídem T-532 del 29 de septiembre de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell, Ibídem T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶ Cfr. Sentencia T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁷ Ver, entre otras, las Sentencias: Ibídem T-355 del 27 de marzo de 2000. MP. José Gregorio Hernández Galindo y T-611 del 08 de junio de 2001. MP. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸ Ver, entre otras, las Sentencias: Ibídem T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Ibídem T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz, T-1156 del 18 de noviembre de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-797 del 03 de agosto de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.

de La Guajira, por cuanto dispuso su traslado de Riohacha a la ciudad de Maicao, motivando su decisión en la necesidad del servicio.

Al respecto, el actor señala que la motivación real de la decisión de trasladarlo a la Unidad de Fiscalías de Maicao no es otra que dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de La Guajira en el auto proferido el 31 de mayo de 2016 dentro del incidente de desacato adelantado en la acción de tutela instaurada por Naike Yanina Pimienta Reverol y otra, contra la Fiscalía General de la Nación, en la cual se ordenó ubicar o trasladar al señor Walter Naranjo Salazar a Riohacha, desconociendo con dicha decisión que existía una vacante en esa seccional que está siendo ocupada en encargo por Leonor Vélez Vega.

Adicionalmente, resalta que con el traslado efectuado a otra ciudad se desconoce que María Celeste Gómez, cónyuge del actor, padece una enfermedad denominada “cisticercosis crónica” que ocasiona de manera sorpresiva y permanente convulsiones epilépticas, situación que le exige una continua y cuidadosa vigilancia con el fin de evitar la ocurrencia de accidentes.

Advierte también que tiene un hijo de 10 años de edad, Jesús David Escalante Gómez, que está viendo afectada su formación académica debido a su traslado a la ciudad de Maicao.

El Tribunal Administrativo de La Guajira mediante sentencia del 2 de agosto de 2016 amparó de manera transitoria los derechos al debido proceso, integridad familiar, trabajo y el derecho a la salud de su esposa, María Celeste Gómez Lizarazo, al considerar que aunque la Fiscalía General de la Nación tenía la posibilidad de adoptar unas medidas administrativas para dar cumplimiento a la orden de tutela de ubicar a Walter Naranjo en la unidad de Riohacha en el cargo ocupado por Leonor Vélez Vega en encargo, optó por trasladar al accionante a la ciudad de Maicao, para ubicar en su cargo a Walter Naranjo, situación con la cual se materializó la afectación de los derechos fundamentales del accionante.

Igualmente el Tribunal concluyó:

“[...] con el traslado del demandante también se advierte la afectación de las condiciones de su núcleo familiar, pues obran en el plenario pruebas referentes al menoscabo psicosocial de que es objeto su menor hijo, JESÚS ESCALANTE GÓMEZ, el cual ha presentado alteración en su comportamiento escolar, con posterioridad al traslado de su padre, quien además es el responsable de los compromisos educativos.”

Asimismo, la patología padecida por su esposa MARÍA CELESTE GÓMEZ a nivel neuro-cerebral, da lugar entender razonable la necesidad de permanecer cerca de su núcleo familiar, para atender los eventuales contratiempos que pudieren presentarse con las manifestaciones de dicha enfermedad, refiriéndose el Tribunal a los episodios epilépticos que son comunes en este tipo de afecciones. [...]”

Contra la anterior decisión la Directora Seccional de Fiscalías – Seccional La Guajira presentó escrito de impugnación, bajo los siguientes argumentos: (i) no se realizó una adecuada valoración de las pruebas allegadas por la parte accionada, en especial las relacionadas con la diferencia entre los cargos ocupados por Walter Naranjo Salazar y Leonor Vélez Vega; (ii) la condición médica de la esposa no afecta la situación laboral del actor, por cuanto no se acreditó que requiriera de cuidados especiales; y (iii) la no existencia de prueba que acredite que por el traslado del actor se ha presentado un menoscabo psicosocial en su hijo, quien es menor de edad.

Por su parte, el Director Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana planteó lo siguiente: (i) la posibilidad de trasladar a los empleados de la Fiscalía General de la Nación, teniendo en cuenta que se trata de una planta global y flexible; (ii) la no afectación de la unidad familiar del actor, por cuanto el actor pudo trasladarse con su familia; (iii) la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de traslado.

Mediante Resolución núm. 0171 del 8 de agosto de 2016 la entidad accionada dio cumplimiento a lo ordenado el 2 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de La Guajira, en el sentido de revocar la Resolución núm. 128 de 28 de junio de 2016 y trasladó la Fiscalía 2ª Seccional de la Unidad de CAIVAS (cargo al cual fue trasladado el actor) a la ciudad de Riohacha.

Ahora bien, con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala revisará si se presenta una afectación de los derechos invocados por el actor con su traslado a la ciudad de Maicao, así como los argumentos planteados en el escrito de impugnación.

La Directora Seccional de Fiscalías – Seccional La Guajira manifiesta que en la sentencia de primera instancia no hubo una adecuada valoración probatoria de los documentos allegados por la parte accionada al presente trámite de tutela, con los cuales se pretendía principalmente desvirtuar que existía la posibilidad de trasladar al señor Walter Naranjo Salazar al cargo ocupado por Leonor Vélez Vega, por tratarse de un cargo diferente y con denominación distinta.

La impugnante también señala que por razones del servicio, se tuvo que crear un nuevo cargo de Fiscal delegado ante los Jueces del Circuito en Maicao, al cual fue trasladado el hoy actor en tutela, toda vez que la planta de la Fiscalía es global y flexible, y que con ocasión de ello se trasladó al señor Walter Naranjo Salazar al cargo que ocupaba Jesús Enrique Escalante en la ciudad de Riohacha.

Al respecto, la Sala advierte que mediante Resolución núm. 116 del 28 de junio de 2016 (fols. 36-37) *“Por medio del cual se realiza un traslado”*, acto administrativo mediante el cual se trasladó a Jesús Enrique Escalante Salazar, Fiscal 003 Delegado ante los Jueces del Circuito de la Unidad de Patrimonio Económico de Riohacha, a la Unidad de Fiscalías Delegada ante los Jueces del Circuito de Maicao, a partir del 1 de julio de 2016, según se señaló que el traslado del actor se dio por necesidades del servicio.

Como prueba de lo anterior la Sala observa que, en la Resolución núm. 0-0128 del 28 de junio de 2016 expedida por la Directora Seccional de La Guajira, se estableció la necesidad de crear un cargo en la unidad de Maicao (al cual fue trasladado el actor en tutela) bajo los siguientes argumentos: *“[...] a través de oficio DS-08-043-01-000852 fechado 23 de junio del presente año, se solicitó autorización para la creación de un Despacho de Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Maicao, atendiendo la carga laboral de las dos Fiscalías existentes en esa Unidad: la Fiscalía 01 Seccional con 2976 casos activos y la Fiscalía 003 Seccional con 3135 procesos activos, para un total de 6111 procesos con corte a 20 de junio de 2016, totalizando entre ambos 1186 casos de Homicidio, lo que hace viable destacar un Despacho de conocimiento exclusivo para este delito, que es el principal flagelo que afecta la Seguridad Ciudadana en el municipio de Maicao. [...]”*

Igualmente, se resalta que entre los actos administrativos mediante los cuales se dispuso el traslado del actor y del señor Walter Naranjo Salazar no existe una relación de causalidad ni temporal ni sustancial, toda vez que el traslado de Jesús Enrique Escalante Salazar, actor en la presente tutela, se motivó en necesidades del servicio; mientras que la reubicación de Walter Naranjo Salazar se llevó a cabo teniendo en cuenta que se presentó una vacante en la ciudad de Riohacha.

Con el fin de tener claridad sobre los hechos que dieron origen a la presente acción de tutela, se hace un breve recuento de la situación presentada en relación con Walter Naranjo y Jesús Enrique Escalante Salazar.

Walter Naranjo Salazar	Jesús Enrique Escalante Salazar
<p>Resolución No. 094 de 25 de enero de 2016 – Se reubica en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito- Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana – Putumayo.</p>	
<p>Sentencia de 7 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira – ampara el derecho a la unidad familiar – Se ordena a la Fiscalía General de la Nación que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo adopte las medidas tendientes a la realización de los estudios necesarios para la ubicación del empleo desempeñado por el sr. Naranjo o el traslado de dicho funcionario a Riohacha o, en su defecto, en una ciudad perteneciente a la región caribe.</p>	
<p>Resolución núm. 893 de 6 de abril de 2016 - Se encarga a Leonor Vélez Vega como Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito – La Guajira. (No se tiene conocimiento si el encargo se realiza sobre un cargo que se encuentra vacante transitoria o definitivamente).</p>	
<p>Resolución núm. 685 de 19 de abril de 2016 – Se dispone la reubicación del señor Naranjo en la Seccional de Fiscalías de Sucre, en cumplimiento del fallo de tutela.</p>	
<p>Incidente de desacato – Auto del 31 de mayo de 2016 – Ordena a la Fiscalía realizar estudio necesario para la ubicación del empleo desempeñado por el señor Naranjo o el traslado de dicho funcionario a Riohacha, teniendo en cuenta el cargo de Fiscal ante Jueces del Circuito que se encuentra vacante en esa dependencia según la Resolución 0893 de 6 de abril de 2016.</p>	
<p>Resolución núm. 1165 de 16 de junio de 2016 - Se deja sin efectos la Resolución núm. 685 de 2016; y se dispone que el Sr. Naranjo deberá seguir prestando sus servicios en la dependencia donde venía haciéndolo con anterioridad a la expedición de la</p>	

Resolución núm. 94 de 25 de enero de 2016.	
	Resolución núm. 0-0128 de 28 de junio de 2016 – i) Se ordena la Especialización de las Unidades de Fiscalías Delegadas ante Jueces Penales del Circuito de Maicao, en busca de la optimización del recurso humano y priorización de la carga seccional en el departamento de La Guajira – ii) Se crea la Fiscalía Segunda Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Maicao.
	Resolución núm. 116 de 28 de junio de 2016 – Se traslada al Sr. Escalante de la Fiscalía Delegada ante los Jueces del Circuito de Riohacha a Maicao, por petición de la Directora Seccional de Fiscalías.
	Oficio de 28 de junio de 2016 - El Sr. Escalante manifiesta su desacuerdo con su traslado a la ciudad de Maicao. El 29 de junio de 2016 la Directora de Fiscalías Seccionales de La Guajira le informa que: <ul style="list-style-type: none"> • El cargo provisto en encargo está destinado a las diferentes estrategias de fortalecimiento de personal, entre ellas la de destacar un fiscal para la conducta punible de homicidio. • Se considera que el mejor perfil para el cargo creado en Maicao es el del Sr. Escalante.
Resolución núm. 0135 de 1 de julio de 2016 - Se ordena ubicar al Sr. Naranjo en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Riohacha.	Resolución núm. 136 de 1 de julio de 2016 - Se ubica al Sr. Escalante en la Fiscalía Segunda Delegada ante los Jueces del Circuito de la Unidad de Seguridad y Salud Publica de Maicao.

Así las cosas, se concluye que en el presente asunto no se sabe con certeza si el cargo ocupado por Leonor Vélez Vega estaba vacante transitoria o definitivamente, situación que fue tenida en cuenta por el Tribunal Administrativo de La Guajira en la decisión adoptada dentro del trámite incidental por desacato iniciado para obtener el cumplimiento del fallo dictado a favor de Walter Naranjo Salazar, pues en dicha providencia se ordenó a la Fiscalía General de la Nación que realizara un estudio para establecer la viabilidad de su ubicación en el cargo vacante, y no se dispuso que de forma inmediata se debía realizar su traslado a este cargo.

Al respecto, se observa que en la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira dentro del trámite incidental por desacato se señaló lo siguiente:

“[...] En la orden dada en la providencia de fecha 07 de abril de 2016, se determinó como primera opción la ubicación del empleo desempeñado por el señor Walter Naranjo Salazar a la ciudad de Riohacha, frente a ello, aun cuando la entidad accionada manifiesta haber realizado el estudio y llegar a la conclusión de la conveniencia en razones del servicio de la reubicación a la ciudad de Sucre, considerada esta Corporación que ello no se acompasa con las pruebas allegadas al plenario, toda vez que, mediante resolución 2-0893 del 06 de abril de 2016 se efectuaron unos encargos en cargos que se encuentran vacantes entre los que se tiene el de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito en la Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana de La Guajira, cargo que es desempeñado por el señor Walter Naranjo Salazar, actualmente en la ciudad de Sucre.

Para el Tribunal, aun cuando el acto administrativo 0893 del 06 de abril de 2016 fue expedido antes de que se profiriera el fallo de primera instancia, esa situación de vacancia debió ser tomada en cuenta para la expedición de la resolución No. 0000685 del 19 de abril de 2016 por medio de la cual se dio cumplimiento a la orden judicial del 07 de abril de 2016, pues la misma tenía incidencia directa en el cumplimiento a cabalidad de la providencia enunciada.

[...]

De igual manera, el artículo 8º ibídem, señala que el término máximo de duración del encargo será el término de duración de aquella y que el encargo puede darse por terminado anticipadamente mediante acto administrativo, por lo que considera el Tribunal que al existir un cargo de igual nomenclatura y atribuciones al desempeñado por el señor Naranjo Salazar, debió ponerse en consideración el mismo en atención a la orden judicial impartida, aun cuando el encargo fuese de manera temporal pues no se cuenta en el plenario con el material probatorio suficiente para determinar cuál es la condición de la vacancia si temporal o definitiva, como tampoco cuales fueron las razones por las cuales no se tuvo en cuenta por la Fiscalía General de la Nación ese cargo como opción principal para el señor Naranjo Salazar. [...]”

Por lo expuesto, a juicio de la Sala no es posible en el caso bajo estudio analizar si el acto administrativo que ordenó el traslado del actor por razones estrictamente relacionadas con el servicio se encuentra viciado por falsa motivación y desviación de poder, toda vez que este cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dentro del cual puede solicitar la suspensión provisional del acto que dispuso su traslado a la ciudad de Maicao si considera que debe adoptarse una medida inmediata para procurar la protección de sus derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en casos excepcionales la acción de tutela procede para controvertir decisiones de la administración pública referentes a traslados, siempre y cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones¹⁹:

- (i) Que el traslado conlleve a 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 existen condiciones adecuadas para brindarle el cuidado al médico requerido;
- (ii) Que la decisión de traslado sea intempestiva y arbitraria y que implique la ruptura del núcleo familiar;
- (iii) Que se demuestre que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia.

Se advierte entonces que no se encuentra el cumplimiento de alguna de las casuales anteriormente señaladas, pues aunque se acreditó en el proceso de tutela que la esposa del accionante, la señora María Celeste Gómez Lizarazo, padece una enfermedad denominada “cisticercosis crónica” que le provoca episodios epilépticos, no se demostró que de trasladarse a la ciudad de Maicao su situación médica pueda empeorar, que no existan los servicios asistenciales adecuados para tratar su padecimiento, ni se probó que la cónyuge del accionante presenta algún impedimento para valerse por sí misma, o que requiera de acompañamiento permanente debido a su estado de salud.

Asimismo, en el escrito de tutela tampoco se acreditó que exista una situación que conlleve a la afectación de los derechos fundamentales del núcleo familiar del accionante, pues este se limitó a allegar parte de la historia clínica de su esposa y unos certificados escolares de su hijo de 10 años, sin que de alguno de dichos documentos se pueda inferir que el traslado del actor conlleva a la ruptura de la unidad familiar.

En relación con el certificado allegado por el Jardín Infantil Disneylandia, expedido el 28 de julio de 2016 (fol. 202) que señala “[...] *En cuanto al desempeño escolar, el niño **JESÚS DAVID ESCALANTE GÓMEZ** ha mostrado unos resultados bastante buenos, pero en las 3 últimas semanas llega tarde y se presenta sólo al*

¹⁹ Sentencia T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*colegio, desconociéndose quien lo transporta, ya que llega cuando ya se iniciaron las clases; se muestra desconcentrado y algunas veces rebelde, lo cual ha incidido en su rendimiento académico de manera negativa; y algunas veces se le nota triste y con muy poco interés en sus obligaciones escolares; lo cual hace necesario que se le haga seguimiento por un sicólogo, pues al parecer dichos comportamientos obedecen al retiro inesperado de su padre y acudiente en su orientación y apoyo escolar, pues se tiene conocimiento que el señor **JESÚS ENRIQUE ESCALANTE**, quien desde preescolar cumple con ese rol de acudiente, fue trasladado en su trabajo fuera de la ciudad de Riohacha. [...]*”, para la Sala no constituye una prueba válida de la afectación del menor por el traslado de su padre, pues las observaciones allí consignadas resultan contradictorias, en la medida en que se pone de presente que el alumno tiene un buen desempeño escolar, pero concluye que su rendimiento académico se ha visto afectado de manera negativa; y toda vez que se trata de percepciones de la directora de la institución educativa, quien recomienda que el menor sea valorado por una psicóloga para establecer la causa de su cambio de comportamiento, lo cual no fue probado en el presente trámite, pues a la fecha no se acredita que se haya llevado a cabo dicha valoración.

Ahora bien, la Sala resalta que cuando se pretende alegar la ruptura de la unidad familiar en casos de traslado, el accionante debe acreditar en el trámite de tutela, que la reubicación territorial de la cual fue objeto a través de la figura del traslado, generó una afectación de las circunstancias reales familiares, o si existe alguna imposibilidad para que se lleve a cabo el desplazamiento de toda la familia al nuevo sitio de trabajo.

Sobre este tema la Corte Constitucional en la sentencia T-1498 de 2000 señaló:

[...] Igualmente, respecto a la presunta lesión de su derecho a la unidad familiar, el demandante no indica las razones por las cuales el traslado podría implicar una afectación grave y decisiva de su relación familiar. En consecuencia, no puede la Corte conceder el amparo cuando el actor no aportó siquiera un indicio de que su reubicación territorial causaría necesariamente la ruptura grave de la unidad familiar, pues no se conocen las condiciones reales familiares o si es viable el desplazamiento de toda la familia a la nueva localidad. [...]”.

En ese orden de ideas, la Sala considera que el señor Jesús Enrique Escalante Salazar no cumplió con la carga probatoria correspondiente para acreditar la vulneración de los derechos fundamentales invocados, toda vez que no se demostró que la orden de traslado fuera arbitraria, ya que se motivó en las

necesidades del servicio teniendo en cuenta la carga laboral existente en Maicao; ni que con ella se viera afectado su derecho a la salud o el de algún miembro de su núcleo familiar, pues no existe constancia que en la nueva localidad no se puedan prestar atención médico-asistencial a la esposa del accionante para tratar la patología que le fue diagnosticada.

Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira y, en su lugar, negará el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Jesús Enrique Escalante Salazar.

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

FALLA

Primero: REVÓCASE la sentencia proferida el 2 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de La Guajira y, en su lugar:

Segundo: NIÉGASE el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Jesús Enrique Escalante Salazar, teniendo en cuenta lo expuesto en la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Envíese copia de esta providencia al despacho de origen. Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER