

T-338-13

Sentencia T-338/13

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA TRASLADO DE SERVIDOR PUBLICO-Procedencia excepcional

La jurisprudencia ha determinado que es posible la procedencia de la acción de tutela en estos casos, siempre y cuando, se evidencie que las razones del traslado son ostensiblemente arbitrarias (porque no tiene en cuenta la situación particular del trabajador); el traslado afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales de la parte actora y su núcleo familiar; y/o desmejora las condiciones del trabajador.

IUS VARIANDI-Límites constitucionales

La facultad de trasladar a los trabajadores no es absoluta ya que existen límites constitucionales que exigen proteger unas condiciones mínimas de los derechos fundamentales del trabajador. La aplicación del ius variandi debe darse de forma justificada en la necesidad del servicio y protegiendo las garantías laborales mínimas del trabajador. Todo cambio en las condiciones territoriales de un contrato laboral debe estar ajustado a la necesidad del servicio. En este sentido, este Tribunal ha expuesto que para que la decisión no se torne desproporcionada, el empleador debe tener en cuenta las circunstancias que podrían afectar al trabajador y a su familia en relación al cambio del lugar en dónde se debe dar la prestación laboral.

IUS VARIANDI-Traslados en planta de personal global y flexible

IUS VARIANDI EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Planta de personal global y flexible

ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO DE FUNCIONARIO-Procedencia excepcional de la tutela para controvertir el acto cuando vulnera derechos fundamentales

Cuando el fin de la acción constitucional es atacar un acto administrativo en el cual se ordena un traslado laboral, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que es necesario agotar el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento para solucionar este tipo de controversias, esto es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la

jurisdicción contencioso administrativa. No obstante lo anterior, también se ha concluido que la vía constitucional se torna procedente ante la evidente posibilidad de vulneración de derechos fundamentales. Esta situación se materializa cuando: (i) las razones que llevaron a la decisión del traslado son ostensiblemente arbitrarias y no tuvieron en cuenta la situación particular del trabajador; (ii) el traslado afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales de la parte actora o de su núcleo familiar; y/o (iii) el traslado desmejora las condiciones del empleado.

IUS VARIANDI EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Orden de traslado de funcionaria afecta derechos fundamentales de la madre de la accionante, quien padece alzheimer

Encuentra la Sala que la madre de la tutelante, padece de “demencia tipo alzheimer avanzado” situación que genera una necesidad constante del acompañamiento de la familia para sobrellevar esta enfermedad degenerativa. Hasta el momento esta labor de cuidado y acompañamiento la ha realizado la accionante como hija. Esta situación evidencia la amenaza al derecho a la salud de la madre de la accionante, pues en caso de que el traslado se llevara a cabo, no sería posible continuar con el acompañamiento constante que requiere la señora para el cuidado de su enfermedad en las mismas condiciones que presentaba hasta el momento. Es importante tener en cuenta que el alzheimer es una enfermedad degenerativa en la cual se pierden las capacidades del lenguaje, memoria, conocimiento de tiempo, lugar, entre otros. Quiere decir que es un padecimiento del cual se espera una plena solidaridad por parte de toda la familia para generar un tratamiento y una vida en condiciones dignas.

TRASLADO LABORAL-Orden de trasladar a la accionante al cargo que se encontraba desempeñando o a uno equivalente para la protección de su núcleo familiar, especialmente de su señora madre con alzheimer

Referencia: expediente T-3.769.987

Acción de tutela instaurada por Consuelo Alexandra Montañez Dueñas contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil trece (2013)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luís Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en primera instancia, y la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, en el trámite de la acción de tutela instaurada por la señora Consuelo Alexandra Montañez Dueñas contra la Fiscalía General de la Nación.

Asunto preliminar, aceptación de impedimento.

Previo a la presentación del caso objeto de revisión, resulta pertinente señalar que la Magistrada María Victoria Calle Correa se declaró impedida para fallar la presente acción de tutela, en razón a que su compañero permanente, Consejero de Estado Gustavo Gómez Aranguren, participó en la adopción de una de las decisiones judiciales que conforma el problema jurídico a resolver. De este modo, por parte de los restantes Magistrados de la Sala Octava de Revisión, se aceptó el mencionado impedimento, por lo cual esta Sala aclara que la Magistrada María Victoria Calle Correa no interviene en la presente decisión

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Consuelo Alexandra Montañez Dueñas interpuso acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, a la unidad y estabilidad familiar, al debido proceso, a la vida y a la salud que considera vulnerados por la Fiscalía General de la Nación.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante

sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- La actora tiene a cargo a sus dos hijos Raúl Andrés Ardila Montañez de 24 años y Juan Sebastián Ardila Montañez de 23 años[1], quienes se encuentran realizando sus estudios universitarios[2]. Además, la tutelante es la responsable de su madre Rosa Emilia Dueñas de Montañez de 79 años quien padece “alzheimer avanzado” y quien se encuentra interna dentro del hogar geriátrico Centro de Servicios Gerontológicos El Recuerdo[3].

2.- La accionante laboraba en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos en Bogotá. Sin embargo, por medio de la Resolución No. 0-1246 del 2 de agosto de 2012[4], el Fiscal General de la Nación resolvió trasladar a la señora Consuelo Alexandra Montañez Dueñas, a partir del 15 de agosto de 2012, a la Unidad Nacional contra los Delitos de Desaparición y Desplazamiento Forzado con sede en Quibdó - Chocó.

Dentro de la resolución se realizó una exposición acerca de los motivos por los cuales se tomó dicha decisión y se concluyó sobre la necesidad del traslado toda vez que, (i) para el 24 de julio de 2012, la Oficina del personal de la Fiscalía General de la Nación informó que la Dirección Seccional Fiscalías de Quibdó contaba con cargos vacantes de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados; de igual forma, (ii) se mostró la carga laboral de la Unidad Local de la Seccional Quibdó-Chocó y se evidenció una “carga laboral bastante alta que dificulta el cumplimiento adecuado de las funciones asignadas y el cumplimiento de las labores del Estado en esa zona del país”; y, finalmente, (iii) se determinó que la hoja de vida de la tutelante mostraba su capacidad para desempeñar sus labores en el municipio de Quibdó - Chocó.

3.- La resolución indicada le fue comunicada a la peticionaria el 13 de agosto de 2012[5].

4.- El 14 de agosto de 2012, la peticionaria solicitó una prórroga para hacer efectivo su traslado pues requería tiempo para entregar su cargo y organizar asuntos personales. Sin embargo, el 17 de agosto de 2012, la Fiscalía General de la Nación negó la solicitud debido a la urgencia de la necesidad del servicio y sugirió que para solucionar los asuntos personales, la accionante podía solicitar un permiso o una licencia.

5.- En razón a lo anterior, el 21 de agosto de 2012, la actora solicitó un permiso para los días 22, 23 y 24 de agosto del mismo año. Dicho permiso fue concedido por la Fiscalía General de la Nación[6].

Solicitud de Tutela

En virtud a los hechos narrados, la peticionaria solicitó dejar sin efecto la Resolución No.1246 del 2 de agosto 2012 expedida por la parte accionada, en la cual se ordenó su traslado laboral de Bogotá D.C a la ciudad de Quibdó - Chocó y, de esta forma, amparar los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, a la unidad y estabilidad familiar, al debido proceso, a la vida, a la salud y a su condición de pre pensionada.

Además, la actora solicitó, como medida provisional, ordenar la inmediata suspensión del cumplimiento de la resolución atacada.

Respuesta de la entidad demandada[7]

La Fiscalía General de la Nación solicitó declarar la improcedencia de la acción constitucional debido a la existencia de otro mecanismo judicial por medio del cual se puede acceder a la protección requerida. Adicionalmente, expresó que la acción de tutela no procedía como una medida transitoria para amparar los derechos fundamentales de la actora ya que no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable.

Además, negó la vulneración de los derechos fundamentales de la tutelante en razón a que la Fiscalía cuenta con discrecionalidad para trasladar a sus empleados, pues ostenta una planta global y flexible que permite la aplicación del ius variandi.

Por otro lado, desvirtuó las condiciones expuestas por la peticionaria frente a su presunta condición de madre cabeza de familia toda vez que (i) no tiene a cargo menores de edad o personas incapaces para laborar; (ii) no es una persona de escasos recursos como lo demuestra el hecho de tener a sus hijos realizando estudios universitarios en instituciones privadas y, además, contar con el servicio de medicina prepagada; y (iii) la madre de la accionante cuenta con los servicios médicos adecuados para mantener un nivel de vida en condiciones dignas y tiene otras tres hijas que también pueden responder por ella.

Ahora bien, la accionante afirmó que con el traslado se afectaba su condición pre

pensionada, situación con la que la parte accionada no está de acuerdo pues afirma que la actora continúa con todas las prestaciones sociales. De ahí que tampoco se vulnera el derecho a la salud ya que continúa afiliada a una EPS en la cual puede solicitar la continuación de sus tratamientos médicos.

Tampoco encontró vulnerado el derecho al trabajo toda vez que ésta cuenta con las mismas condiciones laborales que tenía en la ciudad de Bogotá D.C.

Finalmente, la parte accionada menciona que, desde la vinculación de la actora dentro de la Fiscalía General de la Nación, se puso en conocimiento la estructura administrativa de la entidad y su necesidad del servicio a nivel nacional. De ahí que se entienda que ésta tenía conocimiento acerca de la posibilidad de ser ubicada en cualquier lugar dentro del territorio Colombiano.

Sentencia de primera instancia.[8]

La Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca conoció de la presente acción constitucional en primera instancia.

En primer lugar, el juez de instancia determinó que la medida provisional solicitada por la tutelante no era procedente ya que no se evidenció la necesidad y urgencia de la misma.

Ahora bien, en su fallo decidió tutelar el amparo de los derechos fundamentales solicitados por la peticionaria y dejó sin efectos la Resolución No.1246 del 2 de agosto de 2012, mediante la cual se había ordenado el traslado de la señora Montañez Dueñas.

El a quo encontró probado en el proceso de tutela la condición de madre cabeza de familia ya que los hijos de la peticionaria dependen económica y afectivamente de ella. Además, la señora Rosa Dueñas de Montañez, madre de la accionante, tiene serios problemas de salud y requiere del acompañamiento constante de su hija.

Con base en lo expuesto, el juez constitucional determinó que, de las pruebas obrantes en el expediente, se evidenció que el traslado de la tutelante impidió que ésta se ocupara de brindar los cuidados necesarios a su madre e hijos.

En consecuencia, ordenó “al señor Fiscal General de la Nación, proceda dentro de las

cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, a dejar sin efectos la Resolución 0-1246 de 2 de agosto de 2012 mediante la cual se ordenó el traslado de la señora Consuelo Alexandra Montañez Dueñas a la ciudad de Quibdó, y en su lugar disponer su reubicación o reintegro al cargo que ésta desempeñó en dicha entidad hasta el 14 de agosto de 2012 en la ciudad de Bogotá”.

Impugnación del fallo de tutela realizada por la Fiscalía General de la Nación. [9]

La entidad accionada utilizó los mismos argumentos aducidos dentro de la constatación de la acción de tutela. Adicionalmente, alegó una descontextualización del precedente que fundamenta el fallo de tutela toda vez que, de las pruebas obrantes en el expediente no se justificó una condición especial de madre cabeza de familia ya que sus hijos son mayores de edad -situación de la cual se desprende que posean una formación física, psicológica, social e intelectual que no necesite la permanente supervisión de su madre- y, por otro lado, no se demostró un incumplimiento con las obligaciones por parte del padre.

Además, sostuvo que no existe una prueba de la cual se concluya la imposibilidad del traslado de su madre a Quibdo - Chocó y, de otro lado, manifiesta que la actora afirmó contar con otras tres hermanas que se encontraban fuera del país sin haber aportado una prueba que demostrara dicha situación.

Impugnación del fallo de tutela emitida por la señora Consuelo Alexandra Montañez Dueñas[10].

La actora solicitó confirmar el fallo de primera instancia proferido dentro del presente proceso de tutela. Allí expuso que el escrito de impugnación presentado por la Fiscalía General de la Nación no cumplía con los requisitos necesarios para ser considerado como tal ya que, únicamente, se repitieron los argumentos expuestos dentro de la contestación de presenta acción constitucional.

Afirmó que la resolución de traslado tenía una falsa motivación bajo, pues el coordinador de turno había solicitado su traslado por falta de empatía con ella.

Finalmente, manifiesta que el fallo de tutela fue cumplido de manera parcial, toda vez que su traslado a la ciudad de Bogotá D.C. -luego de haber estado aproximadamente 20 días en

la ciudad de Quibdó- se realizó a un cargo diferente al que se encontraba laborando al momento del traslado inicial.

Sentencia de segunda instancia.[11]

La Subsección “A” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 30 de octubre de 2012, confirmó la decisión tomada por el juez de primera instancia en sede de tutela.

El ad quem argumentó que, de los elementos fácticos del presente caso y el material probatorio aportado, se puede determinar que el traslado de la actora fue intempestivo y arbitrario ya que sólo tuvo dos días para dar cumplimiento a la orden del traslado y fue negada la prórroga solicitada por la tutelante.

De ahí que dicha situación le generara una afectación a su núcleo familiar frente al cuidado de su madre, quien es un sujeto de especial protección constitucional. En éste sentido el juez de instancia afirmó que “a pesar de que la madre de la actora esté recluida en un hogar geriátrico, ello no es óbice para que goce del apoyo familiar de su hija a fin de procurarle una mejor calidad de vida”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

Esta Sala es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Fiscal General de la Nación vulneró los derechos fundamentales de la señora Consuelo Alexandra Montañez Dueñas y su familia al haber emitido la Resolución No. 1246, del 2 de agosto de 2012, mediante la cual se ordenó el traslado de la actora desde la ciudad de Bogotá D.C. a la ciudad de Quibdó, sin haber considerado la posible afectación a los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección que se encuentra al cuidado de la persona trasladada.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se ordena un traslado laboral; (ii) la aplicación del ius variandi en la Fiscalía General de la Nación; y finalmente, se procederá a (iii) resolver el caso concreto.

(i) Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se ordena un traslado laboral. Reiteración jurisprudencial

Por regla general, y en aplicación del principio de subsidiariedad[12], la acción de tutela resulta improcedente para atacar un acto administrativo en el cual se realiza un traslado laboral, ya que el mecanismo idóneo para controvertir dichos actos es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho[13] ante la jurisdicción contencioso administrativa, procedimiento en el cual se puede solicitar, además, la suspensión provisional del acto.

Sin embargo, sentencias como la T-420 de 2005 han establecido que “la acción contencioso administrativa frente a decisiones de traslado de funcionarios no es un medio adecuado, eficaz e idóneo cuando lo que se debate es la vulneración de un derecho fundamental y no la legalidad de una actuación[14]. El objeto de análisis del juez ordinario de una orden de traslado no verifica la vulneración de derechos fundamentales sino la legalidad de la orden[15]”.

Es así como la jurisprudencia ha determinado que es posible la procedencia de la acción de tutela en estos casos, siempre y cuando, se evidencie que las razones del traslado son ostensiblemente arbitrarias (porque no tiene en cuenta la situación particular del trabajador); el traslado afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales de la parte actora y su núcleo familiar[16]; y/o desmejora las condiciones del trabajador.[17]

(ii) Ius variandi en la Fiscalía General de la Nación cuya planta es global y flexible.

El ius variandi es la facultad que tiene un empleador para modificar las condiciones de modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo del empleado siempre y cuando se preserven los derechos mínimos del mismo. Frente a lo expuesto, la Corte ha expresado que el ius

variandi “es una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados, y se concreta en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo”[18].

Ahora bien, el ejercicio del ius variandi se manifiesta, entre otras formas, dentro de las plantas de carácter global y flexible de algunas entidades públicas. Ello se justifica en la necesidad de cumplir los fines del Estado dentro de todo el territorio Colombiano. Éste tipo de entidades ostentan una mayor discrecionalidad frente al traslado de los servidores públicos cuyas condiciones laborales, en relación al lugar de la prestación laboral, pueden ser modificadas en razón a la “necesidad del servicio”.

Por su lado, la Fiscalía General de la Nación cuenta con una planta de personal global y flexible toda vez que sus funciones deben ser ejercidas en todo el territorio Colombiano, en respuesta a las obligaciones del Estado frente a la población. Ahora bien, la Ley 984 de 2008 “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación” dispone que el Fiscal General de la Nación “podrá trasladar cargos y determinar sus funciones, de acuerdo con la necesidad del servicio” (...).

A su vez, el artículo 16 de la norma mencionada dispuso que la Oficina de Planeación tiene como función, entre otras, “[r]ealizar estudios sobre estructura orgánica, planta de personal, escala salarial y en general sobre todo lo relacionado con el desarrollo organizacional de la entidad en coordinación con las respectivas dependencias”.

De conformidad con la norma analizada, se entiende que la Fiscalía General de la Nación tiene una planta de personal que permite el traslado de sus empleados, siempre y cuando se compruebe la necesidad del servicio.

No obstante a lo manifestado, el presente Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha determinado que esta facultad de trasladar a los trabajadores no es absoluta ya que existen límites constitucionales que exigen proteger unas condiciones mínimas de los derechos fundamentales del trabajador. Es así como el artículo 25 de la Constitución Política dispone que “[t]oda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justa”. De forma similar, el artículo 53 de la carta determina los principios mínimos fundamentales en relación al trabajo.

De lo anterior se desprende que, la aplicación del ius variandi debe darse de forma justificada en la necesidad del servicio y protegiendo las garantías laborales mínimas del trabajador.

En la sentencia T-355 de 2000 se expresó que “la facultad del empleador de modificar las condiciones en una relación laboral (ius variandi) no es absoluta, ya que ésta puede ser violatoria de derechos fundamentales, si se aplica en forma arbitraria y sin justificar los motivos por los cuales se dan los cambios y la necesidad de los mismos”[19].

De todo lo analizado, puede concluirse que todo cambio en las condiciones territoriales de un contrato laboral debe estar ajustado a la necesidad del servicio.

En este sentido, este Tribunal ha expuesto que para que la decisión no se torne desproporcionada, el empleador debe tener en cuenta las circunstancias que podrían afectar al trabajador y a su familia en relación al cambio del lugar en dónde se debe dar la prestación laboral.

La Corte Constitucional ha revisado, en varias ocasiones, casos en los cuales se evalúa la posible afectación de derechos fundamentales como consecuencia de un traslado laboral. El principio de decisión en esos eventos ha sido, además de evaluar las consecuencias directas a la persona que se ordena el traslado, tener en consideración las posibles afectaciones que, con base en el traslado, puedan derivarse para personas o sujetos de especial protección que dependan de este.

Como ejemplo, en la sentencia T-969 de 2005 se estudió un caso en el cual el actor se encontraba realizando terapias físicas que requerían de su estadía permanente en la ciudad de Pasto. Su cónyuge elevó derecho de petición ante la Gobernación del Departamento de Nariño solicitando su traslado a la ciudad de Pasto pues laboraba en una institución educativa rural en el municipio de Puerto Guzmán-Putumayo. Dicha solicitud fue negada por la entidad accionada. Sin embargo, dentro del proceso de tutela se logró demostrar que la ausencia de su familia afectaba a la salud del tutelante. En consecuencia, la Corte consideró que, a pesar de que la negativa de la entidad accionada no se dio por razones arbitrarias, toda vez que esas decisiones consultaron las necesidades del servicio, no se tuvo en cuenta las circunstancias particulares de la docente y su familia que hacían viable su traslado. En razón a lo expuesto, se concedió el amparo y se ordenó la realización de las gestiones

legales tendientes a lograr el traslado de la esposa del actor a la ciudad de Pasto.

En un caso análogo, la sentencia T-777 de 2012 revisó una acción de tutela en contra el INPEC en la que el accionante solicitaba el amparo de sus derechos fundamentales, los cuales, presuntamente, habían sido vulnerados en razón a su traslado de la ciudad de Santa Marta al municipio de Yarumal - Antioquia. El traslado, sustentado en la necesidad del servicio, no había tenido en cuenta la necesidad de procedimientos médicos que no se podían realizar en el municipio de Yarumal - Antioquia. En aquella ocasión se concluyó que “la vulneración se concreta con la expedición de la citada resolución en la que no se consideró el estado de salud del actor, lo que no tendría trascendencia si se hubiese trasladado al actor a un sitio que tuviera la especialidad médica que requiere su padecimiento y donde pudiera ejecutar las recomendaciones elaboradas por el especialista en neurocirugía”, Por tanto, se concedió el amparo transitorio de los derechos fundamentales del accionante, advirtiéndole que debía acudir a la vía contencioso administrativa para solicitar la nulidad del acto administrativo que ordenó el traslado y obtener el restablecimiento definitivo de sus derechos.

De los casos expuestos con anterioridad, se concluye que la Corte ha sido enfática en establecer que el ejercicio del ius variandi no puede desconocer los derechos fundamentales de la persona que se traslada, ni de los familiares que se encuentran a su cargo. Es decir, para que la aplicación del ius variandi no se torne arbitraria, es necesario que se tengan en cuenta todas las condiciones particulares del trabajador y las de su núcleo familiar.

(iii) Caso concreto

1.- En el caso bajo estudio, la señora Consuelo Alexandra Montañez Dueñas consideró que la Fiscalía General de la Nación vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, a la unidad familiar, al debido proceso, a la vida y a la salud al expedir la Resolución No. 1246 del 2 de agosto de 2012. Esta resolución, en razón del servicio y sin tener en cuenta su condición de madre cabeza de familia, ordenó su traslado de la ciudad de Bogotá a la ciudad de Quibdó.

Por lo expuesto, la presente Sala de Revisión debe determinar si el Fiscal General de la Nación vulneró los derechos fundamentales de la tutelante y de su núcleo familiar, al no tomar en consideración la posible afectación a los derechos fundamentales de un sujeto de

especial protección que se encuentra al cuidado de la accionante.

2.- Antes de pasar a desarrollar el problema jurídico, es pertinente analizar la procedencia de la acción de tutela.

Cuando el fin de la acción constitucional es atacar un acto administrativo en el cual se ordena un traslado laboral, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que es necesario agotar el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento para solucionar este tipo de controversias, esto es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante lo anterior, también se ha concluido que la vía constitucional se torna procedente ante la evidente posibilidad de vulneración de derechos fundamentales. Esta situación se materializa cuando: (i) las razones que llevaron a la decisión del traslado son ostensiblemente arbitrarias y no tuvieron en cuenta la situación particular del trabajador; (ii) el traslado afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales de la parte actora o de su núcleo familiar; y/o (iii) el traslado desmejora las condiciones del empleado.

A partir de lo enunciado, y conforme a los elementos fácticos y probatorios que obran dentro del expediente, encuentra la Sala de Revisión que la presente acción de tutela es procedente por cuanto se vislumbra una posible afectación de los derechos fundamentales de la madre de la tutelante quien, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, ha de ser considerada como un sujeto de especial protección; en consecuencia, la separación de su hija, que la atiende y acompaña emocionalmente, puede afectar derechos como la vida en condiciones dignas y la salud de una señora de 79 años.

La amenaza real a los derechos fundamentales de un miembro del grupo familiar de la actora, evidencia la necesidad de que el juez constitucional se pronuncie frente al caso. Por esta razón la Sala procederá al estudio de fondo.

3.- Como se mencionó en la parte considerativa, el Fiscal General de la Nación se encuentra facultado para realizar traslados territoriales de los funcionarios o empleados de dicha institución. No obstante, dichos traslados requieren una argumentación acerca de la necesidad del servicio y un análisis de la situación concreta de la persona que se traslada, para asegurar que no se vulneren los derechos fundamentales de éstos, ni de sus familias.

En el caso de la tutelante, el Fiscal General de la Nación expidió una resolución explicando las necesidades del servicio que justificaban el traslado laboral. Sin embargo, dentro de la resolución atacada no se evidencia un análisis de las circunstancias personales que rodean a la actora. Específicamente, no se tuvieron en cuenta las posibles consecuencias y afectaciones que, con motivo del traslado de su hija, podrían derivarse en el tratamiento y cuidado de la señora Rosa Emilia Dueñas de Montañez.

Para el caso bajo estudio, encuentra la Sala que la señora Rosa Dueñas de Montañez, madre de la tutelante, padece de “demencia tipo alzheimer avanzado” situación que genera una necesidad constante del acompañamiento de la familia para sobrellevar esta enfermedad degenerativa. Hasta el momento esta labor de cuidado y acompañamiento la ha realizado la hija de la señora Dueñas de Montañez, accionante en este proceso; al respecto, dentro del expediente obra constancia del Centro de Servicios Gerontológico “El Recuerdo”, hogar geriátrico en que se encuentra interna la señora Rosa Dueñas, que, refiriéndose a la tutelante, manifiesta:

“Así mismo se deja constancia quien en calidad de hija visita constantemente a su señora madre, ya que ella requiere visita familiar constante”[20]

Esta situación evidencia la amenaza al derecho a la salud de la madre de la accionante, pues en caso de que el traslado se llevara a cabo, no sería posible continuar con el acompañamiento constante que requiere la señora para el cuidado de su enfermedad en las mismas condiciones que presentaba hasta el momento.

Es importante tener en cuenta que el alzheimer es una enfermedad degenerativa en la cual se pierden las capacidades del lenguaje, memoria, conocimiento de tiempo, lugar, entre otros. Quiere decir que es un padecimiento del cual se espera una plena solidaridad por parte de toda la familia para generar un tratamiento y una vida en condiciones dignas. Recuerda la Corte que, en distintos pronunciamientos se ha dejado claro la especial protección de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, resaltando la importancia de la familia dentro del proceso de recuperación o tratamiento de las enfermedades de una persona. En este sentido se afirmó que “[l]a salud es un bien jurídico que debe ser protegido por el Estado y por la sociedad, -ya sea la familia u otras comunidades-, que tienen la obligación de asistir al enfermo,

garantizándole su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”[21].

Teniendo claro el grado de compromiso que debe tener la peticionaria frente al tratamiento y acompañamiento emocional de su madre, es necesario manifestar la relación que tiene lo expuesto con el traslado laboral de la actora.

En este punto, encuentra la Sala que en la resolución que ordena el traslado de la accionante, no se encuentra prueba que demuestre el estudio de los efectos que podría causar esta nueva situación en el tratamiento de la enfermedad que padece su madre y, por consiguiente, en la protección a los derechos fundamentales de ésta. Quiere decir que no se cumplió con las exigencias jurisprudenciales para el desarrollo del *ius variandi* y de ahí que se evidencie la omisión de un deber por parte del Fiscal General de la Nación.

Con base en lo anterior, la Sala confirmará parcialmente la decisión de los jueces de instancia en el sentido de dejar sin efectos la resolución No. 1246 de 2 de agosto de 2012, por medio de la cual se ordenó el traslado de la señora Consuelo Alexandra Montañez Dueñas a la Unidad Nacional contra los delitos de desaparición y desplazamiento forzado, con sede en la ciudad de Quibdó. En consecuencia, ordenará que la accionante sea trasladada al cargo que ocupó hasta el 14 de agosto de 2012 en la Unidad Nacional para la extinción del derecho de dominio y contra el lavado de activos de la ciudad de Bogotá.

Sin embargo, la presente Sala se apartará de la orden impartida a la Fiscalía General de la Nación pues, en el evento en que el cargo mencionado no se encuentre vacante y que, por consiguiente, no sea posible realizar la reincorporación antes ordenada sin, a su vez, afectar el derecho al acceso y desempeño de cargos y funciones públicas de terceros -artículo 40 numeral 7 de la Constitución-, el Fiscal General de la Nación deberá reubicar a la accionante en un cargo equivalente a aquel del cual fue trasladada.

Si el Fiscal General de la Nación considera que persisten las condiciones de necesidad del servicio, y que por lo tanto requiere realizar el traslado de la accionante, deberá expedir una nueva resolución en la cual, además de motivar el acto con base en la necesidad del servicio, realice un análisis de la proporcionalidad o razonabilidad de dicha decisión respecto de los derechos fundamentales de la accionante y de su núcleo familiar, específicamente los de su madre.

De conformidad con todo lo expuesto, la Sala procederá a confirmar parcialmente el fallo proferido el 30 de octubre de 2012 por la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de tutela proferida el 30 de octubre de 2012 por Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por las razones expuestas en la presente providencia, en el sentido de DEJAR SIN EFECTOS la resolución 0-1246 de 2 de agosto de 2012 expedida por el Fiscal General de la Nación.

Segundo.- ORDENAR que se traslade, dentro de los diez días siguientes a la notificación del presente fallo, a la señora Consuelo Alexandra Montañez Dueñas al cargo que se encontraba desempeñando en la ciudad de Bogotá al momento de su traslado o, mediando las condiciones expuestas en la parte motiva, a uno equivalente dentro de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Bogotá.

Tercero.- LÍBRENSSE las comunicaciones de que trata 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.

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Impedimento aceptado

Secretaria General

[1] Folios 12-13, cuaderno principal. En adelante, todos los folios a los cuales se haga referencia en el presente fallo pertenecerán al cuaderno principal a menos que se exprese lo contrario.

[2] Folios 33-34.

[3] Folios 20-22.

[4] Folios 36-37.

[5] Folio 38.

[6] Folio 68.

[7] Folios 47-67.

[8] Folios 87-99.

[9] Folios 102-110.

[10] Folios 117-122.

[11] Folios 140-150.

[12] “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de

cualquier autoridad pública”. (...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (Negrilla por fuera del texto original)

[13] La acción de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra regulada el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Allí se dispone que “[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.” (...)

[14] Sentencia T-514 de 1996 MP: José Gregorio Hernández.

[15] Sentencia T-514 de 1996 MP: José Gregorio Hernández.

[16] Los casos más comunes hacen referencia a la afectación al derecho a la salud, unidad familiar, vida o integridad personal del empleado y su núcleo familiar.

[17] La procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos mediante los cuales se realiza un traslado laboral se ha desarrollado en sentencias como la T-048 de 2013, T-946 de 2012, T-264 de 2005, T-969 de 2005, T-468 de 2002, T-965 de 2000, entre otras.

[18] T-797 de 2005. Véase también en sentencias como la T-247 de 2012 y la T- 048 de 2013.

[19] Véase también en la sentencia T-247 de 2012, T-863 de 2011, T-325 de 2010, entre otras.

[20] Folio 22.

[21] Sentencias T-209 de 1999.