

Cartagena de Indias D. T. y C., cuatro (04) de julio de dos mil veintitrés (2023).

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

|                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|---------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Acción</b>             | <b>TUTELA</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| <b>Radicado</b>           | <b>13-001-33-33-014-2023-00227-01</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <b>Accionante</b>         | <b>J.M.M.R. Y OTROS</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| <b>Accionado</b>          | <b>DIAN</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <b>Tema</b>               | <i>Revoca - Procede la tutela ante la advertencia de la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable y una discusión constitucional - la negativa a ordenar el traslado solicitado, fue arbitraria, pues en ella no se tuvieron en cuenta las circunstancias particulares del actor y su núcleo familiar - Si bien, no se allegó la recomendación del médico tratante exigida por dicha circular, junto con la autorización del superior inmediato, los trámites y requisitos administrativos no pueden constituir barreras ante la protección real y efectiva de los derechos, que incidan en la ruptura de la unidad familiar, pues ello desconoce la prevalencia del interés del menor y su garantía constitucional autónoma, a la luz del art. 44 de la Carta Política.</i> |
| <b>Magistrado Ponente</b> | <b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |

## II. PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 de este Tribunal decide la impugnación presentada por la parte accionante<sup>1</sup>, señor J.M.M.R en su nombre y bajo la representación de su hijo menor de edad G.M.P.<sup>2</sup>, contra el fallo de tutela de fecha diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)<sup>3</sup>, proferido por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se declaró improcedente la acción de tutela.

## III. ANTECEDENTES

### 3.1. Pretensiones<sup>4</sup>.

En ejercicio de la acción de tutela, el señor J.M.M.R., elevó las siguientes pretensiones:

*"1. Se amparen los derechos de J.M.M.R. (...) el menor G.M.R. (...) y los señores B.M.T. (...) y Y.R.S., A LA UNIDAD FAMILIAR Y A LA SALUD, EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA, EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA, DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA DIGNA*

<sup>1</sup> Fol. 2 – 7, Doc. 16, Exp. Digital.

<sup>2</sup> Debido a que en el presente caso se estudia la situación de un padre y su hijo menor de edad, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, se suprimirá de esta providencia y de toda futura publicación, el nombre del niño y el de sus padres, así como los datos e información que permitan conocer su identidad. Por tanto, en esta versión se reemplazarán sus nombres por las iniciales de estas.

<sup>3</sup> Doc. 14, Exp. Digital.

<sup>4</sup> Fol. 2, Doc. 07, Exp. Digital.

**13-001-33-33-014-2023-00227-01**

Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA DE ADULTO MAYOR, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, ASÍ COMO LOS PRINCIPIOS DE: MÉRITO, LIBRE CONCURRENCIA, IGUALDAD EN EL INGRESO, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGÍTIMA Y BUENA FE, AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, DERECHO A LA IGUALDAD, DERECHOS ADQUIRIDOS Y SOLIDARIDAD Y EL RESPETO POR LA DIGNIDAD HUMANA DE LOS COLABORADORES DE LA UAE DIAN, vulnerados por U.A.E DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN de conformidad con lo expuesto en la presente acción constitucional.

2. Se ordene a la U.A.E DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN a que, en el menor tiempo posible, inicie con los trámites administrativos necesarios para realizar el traslado o reubicación del empleo del funcionario J.M.M.R. (...) ubicado en el Grupo Interno de Trabajo de Operación Logística de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena D.T. y C, hacia la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de la ciudad de Neiva (H)"

### **3.2 Hechos<sup>5</sup>**

Indicó el accionante que, mediante Resolución No. 467 del 28 de abril de 2022, fue nombrado en período de prueba en el empleo denominado GESTOR III, Código 303 Grado 03, ubicado en la DIAN Cartagena, en el cual se posesionó debidamente mediante Acta No. 119 del 18 de julio de 2020.

Señaló que, desde el año 2017 es responsable económicamente de sus padres, quienes, según éste, no gozan de pensión alguna o apoyo económico adicional al que provee, además de padecer problemas de salud que requieren un cuidado especial; por otra parte, en el año 2021 inició convivencia marital con la señora L.Y.P.L., unión de la cual, el día 5 de enero de 2023 nació, prematuramente, su hijo G.M.P., por complicaciones en el embarazo de su pareja. Debido al delicado estado de salud de su hijo, éste fue internado en la Unidad de Cuidado Intensivo Neonatal de la Clínica UROS de la ciudad de Neiva Huila.

Ante tal situación, le fue concedida licencia de paternidad mediante Resolución No. 038 del 19 de enero de 2023 emanada por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, comprendida entre los días 5 al 18 de enero de 2023; por la condición de salud de su pareja, y al ser ésta quien se dedica al cuidado del niño, el accionante resaltó ser quien asume las responsabilidades económicas de su familia, incluidos sus padres y su propia manutención en la ciudad de Cartagena.

Asimismo, el día 17 de enero de 2023, cumplió el periodo de prueba, obteniendo un puntaje de 5 puntos, adquiriendo firmeza dicha calificación el día 30 de enero de los corrientes, por consiguiente, afirmó contar con derechos de carrera administrativa.

Una vez finalizada la licencia de paternidad, tuvo que reincorporarse a sus labores en la DIAN, sin embargo, por el constante estado de tristeza y

<sup>5</sup> Fols. 1 – 3, Doc. 01, Exp. Digital.

preocupación al estar separado de su familia, el 2 de marzo de 2023 presentó solicitud de reubicación del empleo ante la Subdirección de Gestión del Empleo Público, Coordinación de Selección y Provisión del Empleo en el Nivel Central, presentando como fundamento de la misma estar dentro de las causales de reubicación del empleo por condiciones especiales contempladas en la Circular No. 0013 del 24 de diciembre de 2021.

El 28 de marzo de 2023 mediante comunicación electrónica institucional, le fue resuelta la solicitud de reubicación de manera negativa, aduciendo no encontrar cumplidos los requisitos exigidos para ser considerado padre cabeza de hogar, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. El 5 de abril de 2023 presentó solicitud de reconsideración, reafirmando sus argumentos y presentando nuevas pruebas que evidencian las condiciones particulares en las que se encuentra, y, las garantías de protección del empleado que debe ofrecer la DIAN.

El día 18 de abril de 2023 se comunicó mediante comunicación electrónica con el jefe de la División de Talento Humano, con el fin de solicitar orientación frente a los programas internos de prevención en salud, en atención a la lejanía de la cita programada por la EPS Sanitas. En aras de agotar todas las posibles opciones, el accionante verificó el banco de solicitud de cambio de ubicación, tal como se lo recomendó la Coordinación de Selección y Provisión del Empleo, por ello, mediante correo electrónico se comunicó con 4 funcionarios de la DIAN que, encontrándose en distintas ciudades solicitaban cambio de ubicación, sin poder concretar el mencionado traslado.

El departamento de Coordinación de Selección y Provisión del Empleo mediante correo electrónico le informó el día 28 de abril de 2023 que su solicitud de traslado laboral había sido negada nuevamente dadas las necesidades del servicio en la DIAN Cartagena y las reglas del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020; ese mismo día, fue contactado por un funcionario de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Puerto Asís Putumayo, pues cabía la posibilidad de un traslado con otro funcionario en la ciudad de Neiva, sin embargo, al comunicarse con éste le indicó que se encontraba radicado en dicha ciudad y ya no estaba interesado en el traslado.

Por otra parte, el día 2 de mayo de 2023 tuvo lugar la cita psicológica programada por la EPS Sanitas, con la profesional Sandra Benavidez Méndez, quien, de acuerdo con la valoración realizada, concluyó que presentaba *"DIAGNOSTICO PRINCIPAL: F412 – TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN y DIAGNOSTICO RELACIONADO 1: F432 – TRASTORNOS DE ADAPTACIÓN"*, indicando como tratamiento 3 sesiones por psicología y valoración por psiquiatría.

### 3.3. CONTESTACIÓN DIAN<sup>6</sup>

La entidad accionada señaló que, efectivamente, existía petición por parte del señor J.M.M.R., la cual fue presentada el 02 de marzo de 2023 ante la Subdirección de Desarrollo del Talento Humano de la UAE-DIAN, solicitando la reubicación laboral a la ciudad de Neiva con fundamento en una supuesta condición de padre cabeza de familia.

La Coordinación de Selección y Provisión del Empleo de la Subdirección de Gestión del Empleo Público de la UAE-DIAN a través de correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2023 da respuesta a la anterior solicitud indicando que si bien, no se le concedió lo pedido al no cumplir con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para optar por la condición cabeza de hogar, no se le está negando la solicitud de reubicación, por el contrario, se está instando al accionante a que adelante los trámites correspondientes de autorización en su ubicación actual, presentando el Formato 1583 “Solicitud cambio de ubicación de servidores públicos vinculados a la planta de personal” completamente diligenciado y firmado, pues así lo exige la Circular 000013 del 24 de diciembre de 2021.

Empero, indicó que el accionante omitió la respuesta brindada por la entidad, volviendo a presentar la solicitud el día 05 de abril de 2023, reiterando sus argumentos; por tanto, se dio respuesta mediante correo electrónico de fecha 28 de abril de 2023 informándole al actor que la reubicación laboral es procedente y viable solo si se cumplen los requerimientos establecidos por la entidad tendiente a evitar una afectación en el servicio público que la UAE-DIAN presta e invitándolo a que solicite la reubicación a través del mecanismo de oferta y demanda (intercambio entre funcionarios).

Finalmente, solicitó denegar el amparo por improcedencia de la acción de tutela en estudio, dada la inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno.

### 3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>7</sup>

El Juzgado Décimo Cuarto Administrativo de Cartagena, en sentencia del 19 de mayo de 2023, resolvió declarar la improcedencia de la acción de tutela.

En primer lugar, el A – quo advirtió la falta de legitimación por activa de los señores Baldomiro Martínez Tamayo y Yineth Ríos Soriano, pues a pesar de ser padres del accionante, éste no se encuentra legitimado para presentar la tutela en representación suya, ya que no demuestra su representación, ni alega condición especial que impida a los mismos ejercer la defensa de sus

<sup>6</sup> Fols. 2 – 22, Doc. 12, Exp. Digital.

<sup>7</sup> Doc. 14, Exp. Digital.

**13-001-33-33-014-2023-00227-01**

derechos y permita al actor hacer uso de la figura de la agencia oficiosa respecto de aquellos, por tanto, debieron presentar la acción en estudio, de manera conjunta y a nombre propio. Respecto del niño G.M.P., indicó que sí es posible la representación a través del tutelante por ser su hijo menor de edad.

Como fundamento de su decisión, señaló cual es el criterio de la Corte para habilitar la procedencia de la acción de tutela en casos de reubicación laboral; seguidamente, procedió a estudiar las situaciones fácticas que rodean al actor a fin de determinar si efectivamente se cumplía con el requisito de subsidiaridad, así pues, aludió a la revisión realizada a las respuestas, de fecha 28 de marzo y 28 de abril de 2023, de la DIAN a las solicitudes presentadas por el accionante, concluyendo que las mismas no denotan haber sido arbitrarias pues su argumento central reside en la necesidad del servicio en la DIAN -Cartagena, además, puntualizó que era de conocimiento del actor desde su inscripción al proceso de selección No. 1461 de 2020, la posibilidad de ser ubicado en cualquiera de las ciudades objeto de la convocatoria, dependiendo de su posición en la lista de elegibles.

En ese sentido, añadió que la entidad sí tuvo en cuenta las condiciones particulares del señor Martínez Ríos y su núcleo familiar, pues plantearon la posibilidad de un intercambio con un funcionario de la ciudad de Neiva como una solución alternativa. Asimismo, en referencia al derecho a la salud del niño G.M.P., y los padres del actor, el Juez manifestó que no se ve afectado en tanto todos reciben tratamiento permanente acorde a sus afecciones, y no evidencia que las condiciones de salud de estos se vean directamente alteradas por la prestación del servicio del accionante en Cartagena o requieran su presencia física, máxime cuando este goza de estabilidad laboral la cual le permite solventar los gastos de su núcleo familiar.

Por otra parte, respecto a la condición de salud que padece el tutelante, se le está prestando el tratamiento acorde con su padecimiento psicológico por parte de la entidad empleador como de su EPS, por lo anterior, no encontró vulneración alguna a los derechos fundamentales invocados.

Frente a la ruptura de la unidad familiar, estimó que la situación familiar del señor Martínez Ríos no se subsume a lo indicado por la Corte como quiera que en el escrito de tutela éste manifestó tener cercanía con su núcleo familiar, además, no se probó la imposibilidad, debido a condiciones laborales, físicas y/o económicas, de realizar traslados periódicos a la ciudad de Neiva para estar con su familia, adicionalmente, no demostró que el salario devengado actualmente le imposibilita costear la obligación bancaria enunciada, su manutención y la de sus familiares.

Finalmente sostuvo que la negativa a su solicitud es de carácter transitorio y se dio en cumplimiento de las condiciones establecidas en la Circular No. 13 de 2021, por ello, cuenta con la posibilidad de solicitar la reubicación por intercambio de personal o una vez cumplidos los requisitos de la mentada circular.

### **3.5. IMPUGNACIÓN<sup>8</sup>**

En contraposición a los argumentos esgrimidos por el A – quo, el accionante indicó que el evidente deterioro en su salud por la situación en la cual se encuentra, ha ocasionado el desarrollo de dos patologías de índole psicológico, requiriendo una solución urgente, habilitando así la procedencia de la acción de tutela como vía principal; situación que, a su juicio, el Juez de primera instancia no tuvo en cuenta, pues, se limitó a indicar que existe un medio de defensa idóneo y eficaz para controvetir la decisión adoptada por la DIAN, lo cual generaría una mora injustificada en la solución a corto plazo de sus padecimientos de salud, poniendo la misma en inminente riesgo.

En ese sentido, señaló que el perjuicio mencionado cumple con todos los requisitos para ser considerado como irremediable según la jurisprudencia constitucional, además de existir suficiente material probatorio para demostrar la amenaza a sus derechos fundamentales y los de su núcleo familiar.

Frente a las condiciones expuestas sobre el proceso de selección DIAN No. 1461 de 2020, manifestó que al momento de su inscripción ya sostenía una relación con su pareja, y solo hasta el 03 de agosto de 2022 tuvo conocimiento del embarazo de ésta, siendo un hecho nuevo y posterior a su nombramiento en la Dirección Seccional de Cartagena, el cual tuvo lugar el día 18 de julio de 2022, asimismo, el A – quo desconoció la aseveración sobre la condición de padre cabeza de familia al no emitir pronunciamiento sobre este aspecto.

Indicó que, en su escrito de tutela explicó haber agotado todas las alternativas posibles para la realización del traslado, incluido el intercambio con un funcionario de la ciudad destino, sin tener éxito, de igual forma, la prestación del servicio en la Seccional Cartagena no se vería afectada realmente por cuanto actualmente se está llevando un nuevo proceso de selección en la entidad.

Por otra parte, el A – quo no tuvo en cuenta en su análisis sus padecimientos de salud y los de su núcleo familiar, pues se limitó a afirmar que los mismos no eran en esencia graves y estaban recibiendo atención médica, especialmente, en el caso del accionante cuando su enfermedad es de

---

<sup>8</sup> Fols. 2 – 7, Doc. 16, Exp. Digital.

**13-001-33-33-014-2023-00227-01**

orden psicológico, dejando de lado la importancia que adquiere la red de apoyo familiar en esos casos.

Por ultimo, mencionó que el contar con una estabilidad laboral no resta valor a la necesidad de estar junto a su familia, y al no disponer de los recursos económicos para solventar los gastos de su núcleo familiar, se le imposibilita desplazarse frecuentemente a la ciudad de Neiva. además, por los compromisos económicos que tiene.

### **3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Por auto de fecha 31 de mayo de 2023<sup>9</sup>, se concedió la impugnación interpuesta por el accionante, siendo asignado el conocimiento del asunto a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 02 de junio de 2023<sup>10</sup>, por lo que se admitió mediante auto de dicha calenda<sup>11</sup>.

## **IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.**

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1 Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### **5.2 Problema jurídico**

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en esta instancia es el siguiente:

*¿Se encuentran reunidos los requisitos de procedencia de la acción de tutela?*

Una vez resuelto lo anterior, se entrará a resolver el siguiente interrogante:

*¿Hay lugar a ordenar la reubicación laboral solicitada por el accionante ante la respuesta negativa emitida por la DIAN, por resultar violatoria de sus derechos fundamentales y los de su núcleo familiar?*

---

<sup>9</sup> Doc. 17, Exp. Digital.

<sup>10</sup> Doc. 19, Exp. Digital.

<sup>11</sup> Doc. 20, Exp. Digital.

## 5.2. Tesis de la Sala

Una vez verificados los requisitos de procedibilidad de la tutela, esta Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, pues si bien se discute la negativa de un traslado, se advierte la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, por estar involucrados los derechos fundamentales de un menor de edad de escasos meses de vida y con condiciones de salud especiales, por ello el mecanismo ordinario si bien podría ser idóneo no resultaría eficaz como quiera que la discusión suscitada no es de orden legal sino constitucional.

Frente al caso concreto, se demostró que la negativa a ordenar el traslado solicitado fue arbitraria, pues en ella no se tuvieron en cuenta las circunstancias particulares del actor y su núcleo familiar, tales como su situación de salud, las recomendaciones médicas sobre esta, la condición de prematuro de su hijo menor de edad, G.M.P., y las afectaciones que esta situación conllevan en su salud, ni la carga que tendría que asumir la madre del menor ante la asistencia y el cuidado de su hijo enfermo bajo condiciones de ausencia paternal, ni valoró el impacto que representaría la negativa en la unidad familiar, sus vidas, en la posible recuperación de ambos, , pese a que la condición de salud de su hijo menor de edad se encuadra dentro de las causales que le permitirían un traslado temporal, conforme lo dispone el literal c <sup>12</sup> de la Circular 000013 del 24 de diciembre de 2021, ante la necesidad del acompañamiento de un familiar.

Si bien, no se allegó la recomendación del médico tratante exigida por dicha circular, junto con la autorización del superior inmediato, los trámites y requisitos administrativos no pueden constituir barreras ante la protección real y efectiva de los derechos, que incidan en la ruptura de la unidad familiar, pues ello desconoce la prevalencia del interés del menor y su garantía constitucional autónoma, a la luz del artículo 44 de la Carta Política.

En suma, se accede al amparo y se adoptan órdenes de protección a los derechos fundamentales invocados en favor del accionante y su hijo menor de edad.

## 5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver los problemas jurídicos planteados abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se ordena o niega un traslado laboral - Reiteración jurisprudencial; y (iii) Caso concreto.

### 5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

---

<sup>12</sup> Fol. 27 doc. 12 exp. Dig. Informe DIAN.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos Resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza De que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

#### **5.4.2. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se ordena o niega un traslado laboral - Reiteración jurisprudencial.**

Por regla general, y en aplicación del principio de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha sostenido la improcedencia de la acción de tutela cuando se reclama la protección de derechos fundamentales que se estiman vulnerados como consecuencia de una orden de traslado o su negativa, efectuado en ejercicio del *ius variandi*, pues el ordenamiento jurídico consagra mecanismos de defensa idóneos mediante los cuales se pueden controvertir dichas decisiones, como lo son las acciones laborales y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa

administrativa<sup>13</sup>. Sin embargo, en virtud del carácter fundamental de los derechos del accionante, la Corte indicó que puede habilitarse, de forma excepcional, su protección en sede de tutela en casos cuando (i) existe una amenaza de perjuicio irremediable o (ii) los mecanismos ordinarios de defensa no resultan idóneos en el caso concreto<sup>14</sup>.

Asimismo, expresó que si bien en principio, se cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo que ordene un traslado o lo niegue, y este se erige entonces como un medio adecuado e idóneo, la acción contenciosa administrativa no resulta eficaz, cuando lo que se debate es la vulneración de un derecho fundamental y no la legalidad del acto que ordena el traslado de funcionarios; puesto que *“el objeto de análisis del juez ordinario de una orden de traslado no verifica la vulneración de derechos fundamentales sino la legalidad de la orden”*<sup>15</sup>.

En ese orden, el Alto Tribunal ha precisado que el juez constitucional, al momento de estudiar si la tutela presentada con el objeto de obtener una orden de traslado o su negativa, supera el requisito de subsidiariedad, debe atender las condiciones particulares de cada caso en concreto, pues de encontrarse *“(i) que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, en el sentido que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo; y (ii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”*<sup>16</sup>, este mecanismo se torna procedente.

Referente al último requisito, la jurisprudencia desarrolló sub-reglas a partir de las cuales se puede establecer que un derecho es afectado en forma grave. En este sentido, ha indicado lo siguiente<sup>17</sup>:

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

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

*c. En los eventos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la constitucionalidad del traslado.*

<sup>13</sup> Corte Constitucional, ver las Sentencias [T-236 de 2013](#), [T-200 de 2013](#), [T-048 de 2013](#), [T-961 de 2012](#), [T-946 de 2012](#), [T-247 de 2012](#).

<sup>14</sup> [Corte Constitucional, sentencia T-653 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.](#)

<sup>15</sup> [Corte Constitucional, sentencia T-514 de 1996 MP. José Gregorio Hernández Galindo; sentencia T-420 de 2005 MP. Manuel José Cepeda Espinosa](#)

<sup>16</sup> [Corte Constitucional, sentencia T-065 de 2007 MP. Rodrigo Escobar Gil.](#)

<sup>17</sup> Corte Constitucional, [sentencia T-503 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz](#); [sentencia T-095 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub](#); [sentencia T-528 de 2017 MP. Alberto Rojas Ríos.](#)

13-001-33-33-014-2023-00227-01

d. Y, en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria, ha sido originada por causas distintas al traslado mismo o se trata de circunstancias de carácter superable<sup>18</sup>.

El alto tribunal de lo constitucional, en reciente pronunciamiento emitido en sede de revisión de tutelas mediante la Sentencia T-363 de 2022, resaltó la labor judicial desarrollada por el Tribunal Superior Sala Civil de Bogotá, por haberse ajustado su decisión en segunda instancia, al precedente constitucional en materia de traslados de servidores públicos, pues al analizar la procedencia del amparo, consideró las circunstancias particulares del actor y su núcleo familiar, atendiendo a (i) la situación de salud de su esposa, y (ii) las recomendaciones de los galenos acerca de un entorno más apropiado para el tratamiento de sus patologías.

Los aspectos anteriores, fueron considerados como elementos que podrían configurar un perjuicio irremediable, el cual debía ser evitado mediante la acción de tutela. Frente al caso concreto, estimó que el conocimiento de la entidad sobre dicha situación, su posibilidad de disponer el traslado, así como su renuencia a ordenar el traslado a pesar de la insistencia del accionante, y la situación de salud de su esposa, daban cuenta que la entidad accionada al disponer el traslado del actor, no tuvo en cuenta sus condiciones particulares y al de su núcleo familiar, vulnerando con ello sus derechos fundamentales.

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

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, 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<sup>19</sup>.

En ese orden de ideas, el margen de discrecionalidad con el que cuenta el empleador para el ejercicio del *ius variandi* aumenta o disminuye dependiendo de la naturaleza de la actividad desarrollada; así, cuando se trata de un trabajador que hace parte de entidades del sector público, donde la planta de personal es global y flexible, la Corte ha señalado que

<sup>18</sup> Al respecto, en la [sentencia T-922 de 2008](#) la Corte indicó que “es lógico suponer que la mayoría de los traslados ordenados por necesidad del servicio implican un margen razonable de desequilibrio en la relación familiar porque supone reacomodar las condiciones de vida y cambios en la cotidianidad de las labores del trabajador, la jurisprudencia ha aclarado que la vulneración o amenaza de un derecho fundamental del docente o de su familia no corresponde a situaciones razonables o “normales” de desajuste familiar o personal en la medida en que correspondan a cargas soportables, sino que se presenta en eventos en que, de las pruebas obtenidas o allegadas al expediente de tutela, se desprendan situaciones que resulten cargas desproporcionadas para el trabajador”.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, [sentencia T-797 de 2005](#); [sentencia T-247 de 2012](#); [sentencia T- 048 de 2013](#).

dicho margen es más amplio por la necesidad de cumplir los fines esenciales del Estado.

No obstante, dicha facultad no es absoluta pues debe darse de forma justificada en la necesidad del servicio y protegiendo las garantías laborales mínimas del trabajador, tal como lo expresó el Alto Tribunal en su sentencia T – 483 de 1993:

*"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."*

De esa forma, la facultad legal de la cual dispone el empleador para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores debe realizarse teniendo en cuenta, entre otros aspectos, (i) las circunstancias que afectan al trabajador; (ii) la situación familiar; (iii) su estado de salud y la de sus allegados; (iv) el lugar y el tiempo de trabajo; (v) las condiciones salariales; (vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado<sup>20</sup>. De manera que frente al ejercicio del *ius variandi*, en cada caso particular el empleador tiene la carga de observar el conjunto de estos condicionamientos, y en especial de los derechos fundamentales del empleado, y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente.

Por último, cabe señalar que las consideraciones sobre el *ius variandi* han sido aplicadas, tanto en casos en los cuales la administración pública decide trasladar a un funcionario a otro lugar, como cuando es éste quien, habiéndolo solicitado, le ha sido negado.

## **5.5 CASO CONCRETO**

### **5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

Teniendo en cuenta los hechos planteados en el escrito de tutela, su contestación, y los argumentos expuestos en la impugnación presentada, corresponde a la Sala dar respuesta al primer problema jurídico del asunto,

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, [sentencia T-483 de 1993 MP. José Gregorio Hernández](#); [sentencia T-503 de 1999 MP. Carlos Gaviria](#); [sentencia T-1156 de 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra](#); [sentencia T-797 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería](#).

consistente en la verificación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela, así:

(i) Legitimación por activa: Se encuentra en cabeza del señor J.M.M.R., por ser quien desempeña el cargo GESTOR III, Código 303, Grado 03 en la DIAN Seccional Cartagena, además presentó solicitud de reubicación laboral para la Dirección Seccional de Aduanas en la ciudad de Neiva<sup>21</sup>. Por otra parte, se encuentra legitimado el accionante para actuar en representación del niño G.M.P., por ser éste su hijo menor de edad<sup>22</sup>.

En lo que respecta a su actuar en nombre y representación de los señores B.M.T. y Y.R.S., la Sala advierte la falta de legitimación por activa, pues no demostró ser su representante ni se desprende de su escrito de tutela razones por las cuales los mismos no se encuentran en condiciones físicas o mentales para ejercer su propia defensa, ni se evidencia ratificación por parte de sus padres acerca de los hechos y pretensiones consignadas en la presente acción de tutela ni se exponen las razones que le asisten a él como posible agente oficioso para actuar en nombre y representación de éstos.

(ii) Legitimación por pasiva: La ostenta la DIAN Seccional Cartagena, por ser la entidad con la cual el accionante tiene un vínculo laboral, además, por ser quien resolvió las solicitudes de reubicación laboral ante las cuales emitió respuesta negativa.

(iii) Inmediatez: En el presente asunto, se reitera que, el accionante presentó distintas peticiones ante la DIAN<sup>23</sup>, con la intención de que se le concediera la reubicación laboral solicitada hacia la ciudad de Neiva. Como puede observarse, la última solicitud elevada ante la entidad, fue radicada el 05 de abril de 2023, siendo resuelta y notificada mediante correo electrónico del 28 de abril de 2023<sup>24</sup>; habiéndose interpuesto la acción de tutela el 05 de mayo de 2023<sup>25</sup>, esto es, a menos de un mes desde la expedición de dicha respuesta, y dentro de los seis (6) meses siguientes, previstos como término razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>26</sup> y el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>27</sup>, por lo que resulta evidente el cumplimiento de este requisito.

(iv) Subsidiariedad: De una lectura preliminar del objeto de estudio de la presente tutela, podría concluirse que la misma, en principio, resulta improcedente para controvertir ordenes de traslado de los servidores públicos o su negativa, pues de forma pacífica, la jurisprudencia de la Corte

<sup>21</sup> Fols. 14-20, Doc. 02 Exp. Digital.

<sup>22</sup> Fols. 408-411, Doc. 02 Exp. Digital.

<sup>23</sup> Fols. 14-20 Doc. 02 Exp. Digital.

<sup>24</sup> Fol. 13 Doc. 02 Exp. Digital.

<sup>25</sup> Doc. 03, Exp. Digital.

<sup>26</sup> [Corte Constitucional, Sentencia T-461 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.](#)

<sup>27</sup> [Consejo de Estado, Sentencia de unificación del Consejo de Estado, exp. 2012-02201-01, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.](#)

Constitucional, ha determinado que para ello, el accionante dispone de otros mecanismos judiciales de carácter ordinario para la defensa de sus intereses. Conforme a la misma línea jurisprudencial, se ha decantado que, en aquellos casos en los cuales los traslado o su negativa, afectan gravemente las garantías fundamentales del accionante o su núcleo familiar, al encontrarse en una situación de extrema vulnerabilidad por condiciones de salud o socioeconómicas, o ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, la tutela se torna procedente, pues resulta necesaria la intervención del juez de tutela para conjurar la eventual afectación de los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.

En ese orden, se reitera que, tratándose de la procedencia de la tutela con el propósito de obtener la reubicación solicitada, es necesario tener en cuenta si la negativa de la entidad es arbitraria e injustificada frente a las razones planteadas por el interesado, al no considerar sus situación particular o la de su núcleo familiar, causando con ella, una vulneración cierta, clara y directa de los derechos fundamentales del trabajador, de uno o más miembros de su familia, relacionados con la salud, la seguridad personal o la unidad familiar.

Bajo ese entendido, una vez revisado el expediente, se observa que, el accionante padece de una afectación a su salud diagnosticada como *“trastorno mixto de ansiedad”* y *“trastornos de adaptación”* según historia clínica aportada<sup>28</sup>, y está recibiendo atención médica actualmente, ya que fueron prescritas sesiones de psicología<sup>29</sup> y valoración de psiquiatría<sup>30</sup> por el médico tratante. En esta instancia, también se presentó informe psicosocial de la Coordinación de Bienestar y Riesgos Laborales de la entidad<sup>31</sup>, donde se dictamina que dada la sintomatología y los factores de riesgo manifestados por el señor J.M.M.R., este se encuentra en acompañamiento psicosocial se le hizo remisión para valoración por medicina laboral de la entidad y se recomendó contemplar *“las alternativas administrativas que soporten el mejoramiento de los síntomas actuales del servidor”*.

De igual forma, en la tutela el actor reclama la protección de los derechos fundamentales de su hijo menor de edad G.M.P., que tiene escasos meses de vida, además, se encuentra acreditada su condición de salud en relación a las circunstancias de su nacimiento y los inconvenientes médicos que esta trae consigo, como están documentados, tales como posibles problemas respiratorios, pulmonares, de visión, auditiva, la necesidad de vitaminas, hierro y otros suplementos. Todas estas condiciones, exigen de sus padres una mayor atención y un acompañamiento integral en favor del menor pues son estos los adultos responsables obligados a cuidar y proteger a su hijo menor

<sup>28</sup> Fols. 23-24, Doc. 02 .Exp. Digital.

<sup>29</sup> Fol. 25, Doc. 02 Exp. Digital.

<sup>30</sup> Fol. 26, Doc. 02 Exp. Digital.

<sup>31</sup> Fol. 5, Doc. 23 Exp. Digital.

de edad. En ese orden, resulta clara la condición de sujeto de especial protección del menor antes mencionado, que se refuerza en atención a su situación de salud.

Los supuestos anteriores, dan cuenta de la procedencia de la tutela, dados los derechos fundamentales involucrados y sus titulares, quienes son sujetos de especial protección, pues en este caso concreto, el medio de nulidad y restablecimiento del derecho no tiene la eficacia requerida para garantizar los derechos fundamentales del accionante y su familia, como quiera que la discusión aquí suscitada no es de orden legal sino constitucional, pues no se limita a la validez o no del acto administrativo por medio del cual se negó el traslado, por el contrario, se aprecia la posible existencia de un perjuicio irremediable. Ello, hace necesario el estudio de fondo del asunto por parte del Juez de tutela, para advertir posibles vulneraciones y evitar la ocurrencia de un riesgo a sus garantías constitucionales, especialmente aquellas que corresponde al menor de edad.

Descendiendo al sub examine, se discute si la negativa de la DIAN en ordenar el traslado en favor del accionante de la ciudad de Cartagena a Neiva, vulnera sus derechos fundamentales y las de su núcleo familiar a la unidad familiar, la salud, en conexidad con el derecho a la vida, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella.

En primer lugar, se destaca que, tal como quedó sentado en el marco normativo y jurisprudencial de este proveído, la facultad legal de la cual dispone el empleador para determinar y modificar las condiciones laborales de sus trabajadores no es absoluta, por tal razón no puede ser arbitraria, sino que debe atender las circunstancias que afectan al trabajador, dentro de las cuales se halla su situación familiar, su estado de salud y la de sus allegados, y en especial la posible afectación clara, grave y directa de los derechos fundamentales del empleado y su familia, para en virtud a ello, adoptar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente.

Así pues, de las respuestas brindadas por la DIAN<sup>32</sup> ante las solicitudes del accionante, es posible evidenciar que las mismas comportan un carácter arbitrario, pues la negativa se fundamentó estrictamente en la necesidad del servicio en la planta de la ciudad de Cartagena, sin considerar en forma integral la situación particular del funcionario y su núcleo familiar, específicamente, su situación de salud, la condición de prematuro de su hijo menor de edad, G.M.P., y las afectaciones que esta situación conllevan en su salud, así como en la salud de su padre, quien razonablemente, preocupado por su hijo menor, vio afectado su bienestar mental, al desarrollar distintas patologías como el trastorno mixto de ansiedad y el trastorno de adaptación, pues es dable comprender que un padre alejado

<sup>32</sup> Fols. 13-15, Doc. 02 Exp. Digital.

de su hijo enfermo, sufriría angustia al no poder estar presente y brindar su apoyo a su compañera, quien a su vez, asumiría la carga física y emocional absoluta que exige la atención, cuidado y acompañamiento del menor prematuro; por ello, tampoco podría sentirse plenamente cómodo al desarrollar sus funciones laborales.

La entidad tampoco tuvo en cuenta las recomendaciones médico-psicológicas emitidas frente a la condición de salud del accionante, pese a que en el informe psicosocial de la Coordinación de Bienestar y Riesgos Laborales de la entidad se recomendaron adoptar *“las alternativas administrativas que soporten el mejoramiento de los síntomas actuales del servidor”*.

Tampoco valoró el impacto que representaría la negativa en la unidad familiar, sus vidas, en la posible recuperación de ambos, ni la carga que tendría que asumir la madre del menor ante la asistencia y el cuidado de su hijo enfermo bajo condiciones de ausencia paternal, pese a que la condición de salud de su hijo menor de edad se encuadra dentro de las causales que le permitirían un traslado temporal, conforme lo dispone el literal c<sup>33</sup> de la Circular 000013 del 24 de diciembre de 2021. En estos casos, es dable la reubicación laboral por condiciones especiales de salud, ante la necesidad del acompañamiento de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad del servidor público, este podrá solicitar a la Subdirección de Gestión del Empleo Público, reubicación por el término que se requiere para la recuperación o el tratamiento.

Si bien, no se allegó la recomendación del médico tratante exigida por dicha circular, junto con la autorización del superior inmediato, los trámites y requisitos administrativos no pueden constituir barreras ante la protección real y efectiva de los derechos, que incidan en la ruptura de la unidad familiar, pues ello desconoce la prevalencia del interés del menor y su garantía constitucional autónoma, a la luz del artículo 44 de la CP, que menciona entre los derechos fundamentales de los niños y las niñas el tener una familia y no ser separados de ella al igual que el cuidado y el amor, atribuyendo a la familia una función básica como institución fundamental para el sostenimiento, el cuidado y la protección hacia los niños y las niñas, al ser sujetos de especial protección constitucional, máxime cuando se demuestran condiciones especiales de salud, que exigen de sus padres un mayor cuidado, atención, y presencia para su recuperación; sin embargo, al negarse el traslado se impone una carga desproporcionada con incidencia en la unidad del núcleo familiar, afectando los vínculos de amor y solidaridad requeridos para el desarrollo integral del menor.

---

<sup>33</sup> Fol. 27 doc. 12 exp. Dig. Informe DIAN.

13-001-33-33-014-2023-00227-01

En suma, es dable entender que la entidad accionada desconoció la obligación de proteger, el derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas, la salud y la unidad familiar, el cual guarda una relación intrínseca con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, previstos en los artículos 42 y 45 de la Constitución Política, afectándolos en forma clara, grave y directa.

Todos los factores anteriores, no solo habilita al Juez de tutela para emitir una orden de amparo, sino que se hace imperativo, en aras de proteger las garantías constitucionales del accionante y su hijo menor de edad. Por tal razón, esta Sala REVOCARÁ el fallo de primera instancia, para en su lugar ACCEDER al amparo solicitado.

En consecuencia, se ORDENARÁ a la DIAN, que dentro del término de (48) horas siguientes, inicie los trámites pertinentes para autorizar el traslado del señor J.M.M.R. de la seccional de Cartagena a la seccional de Neiva, sin que se afecte la prestación del servicio brindado por la entidad. Así mismo, deberá expedir el acto administrativo que así lo disponga, para lo cual no podrá exceder de diez (10) días siguientes a la notificación de este proveído.

## VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

### FALLA:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En su lugar, **AMPARAR** los derechos fundamentales del actor y su núcleo familiar a la salud, trabajo en condiciones dignas y justas, unidad familiar, así como el interés superior del niño G.M.P., conforme a las consideraciones expuestas.

**TERCERO:** En consecuencia, **ORDENAR** a la DIAN que, dentro del término de (48) horas siguientes, inicie los trámites pertinentes para autorizar el traslado del señor J.M.M.R. de la seccional de Cartagena a la seccional de Neiva, sin que se afecte la prestación del servicio brindado por la entidad.

Así mismo, deberá expedir el acto administrativo que así lo disponga, para lo cual no podrá exceder de diez (10) días siguientes a la notificación de este proveído, atendiendo a las razones aquí plasmadas.

13-001-33-33-014-2023-00227-01

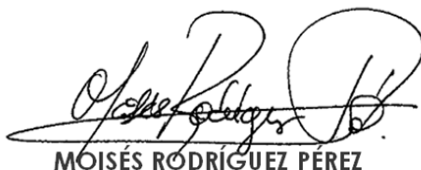
**CUARTO: NOTIFÍQUESE** las partes en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

**QUINTO: REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.043 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ