



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

Cartagena de Indias, D. T y C, veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	TUTELA
Radicado	13001-23-33-000-2018-00205-00
Accionante	GELBER LLERENA ACEVEDO
Accionada	VICEFISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
TEMA	DERECHOS FUNDAMENTALES A LA FAMILIA, MÍNIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA, SALUD, MORALIDAD PÚBLICA Y DEBIDO PROCESO
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela presentada por el señor **GELBER LLERENA ACEVEDO**, en contra de la **VICEFISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la **LA FAMILIA, MÍNIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA, SALUD, MORALIDAD PÚBLICA, TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS y DEBIDO PROCESO**.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Hechos relevantes planteados por la parte accionante

- 1.1.1 Reside en el municipio de Turbaco junto con su esposa ANA MODESTA MACHADO DÁVILA, en una vivienda que fue adquirida a través de un crédito hipotecario con el Banco Popular y que les fue entregada en el mes de noviembre de 2017.
- 1.1.2 Es psicólogo y especialista en criminalística y ciencias forenses.
- 1.1.3 Tanto él como su esposa se encuentran vinculados a la Fiscalía General de la Nación desde el año 2003, como Técnicos Investigadores II, con domicilio laboral en la ciudad de Cartagena y adscritos a la Unidad Especializada Contra la Violación de Derechos Humanos y a la Unidad de Interceptación de Comunicaciones- Sala Esperanza, respectivamente.
- 1.1.4 Desde que viene adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías Bolívar y San Andrés, se ha destacado por distintos reconocimientos a su desempeño.
- 1.1.5 Particularmente, desde el mes de octubre del año pasado, que viene vinculado a la Unidad Especializada Contra la Violación de Derechos Humanos, ha cumplido con sus funciones con disciplina, eficiencia y probidad, sin roces o malos entendidos con sus compañeros y superiores, distinguiéndose por el contrario, por su trabajo en equipo y



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

liderazgo.

- 1.1.6** Fue notificado de la Resolución No. 1 0078 del 21 de febrero de 2018, signada por el Vicefiscal (E), en la que se dispuso su reubicación como Técnico Investigador II de la sede de la Unidad a la que pertenece en Cartagena, a la del Chocó.
- 1.1.7** El acto administrativo que ordenó su reubicación no está motivado, sino que en él simplemente se aducen razones del servicio, pero en la entidad los traslados vienen siendo manejados como una herramienta de castigo en contra de quienes por alguna razón no gozan de la buena voluntad de superiores o de algún compañero o usuario con influencias.
- 1.1.8** Con el proceder de la accionada, se está violentando el derecho a la igualdad pues en la Unidad a la que venía adscrito, son 7 los servidores con su mismo cargo, 3 de los cuales cuentan con estudios inferiores a los suyos.
- 1.1.9** No se realizó un estudio previo de las condiciones particulares de los funcionarios que ocupan los cargos que posiblemente se podían trasladar.
- 1.1.10** La noticia de su traslado ha representado un fuerte impacto para su familia, pues afecta emocional y económicamente su estabilidad, máxime cuando vienen recurriendo a la ciencia médica para poder procrear.
- 1.1.11** Su hogar ha adquirido distintos compromisos financieros que son de conocimiento de la accionada, pues en su mayoría son descontados directamente de la nómina laboral.
- 1.1.12** Está a cargo de la manutención y cuidado de su padre, Juan Llerena Llerena, un adulto mayor de 88 años, residente de la ciudad de Barranquilla, que padece diabetes y que además viene siendo tratado con costosos medicamentos al haber sufrido un cáncer pulmonar que le dejó con un solo pulmón funcional.
- 1.1.13** Desplazarse hasta el Chocó le imposibilitaría o dificultaría gravemente la asistencia y cuidado de su progenitor.
- 1.1.14** Hace aproximadamente 6 años se le realizó una cirugía por artroscopia en su pierna izquierda, por desgarró del menisco y actualmente presenta la misma patología en ambas rodillas, que le genera molestias al caminar y alteraciones en su marcha rápida.
- 1.1.15** A raíz de esto último, desde el año 2017, viene siendo tratado por la



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

especialidad de ortopedia y traumatología, con consultas pendientes y sin que hasta el momento se le haya podido definir la fecha para su intervención quirúrgica y demás procedimientos médicos necesarios, por problemas administrativos de su EPS.

1.1.16 Ante la precariedad del sistema de salud en el departamento del Chocó, su reubicación a esa zona, representaría un atentado en contra de su salud e integridad física y mental.

1.2 Pretensiones:

-Salvaguardar los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, a la moralidad pública, a la dignidad humana, a la unidad familiar, al debido proceso, al mínimo vital y a la salud.

-Ordenar a la Vicefiscal General de la Nación REVOCAR el acto administrativo Resolución No. 1 0078 del 21 de febrero de 2018, por la cual se dispuso la reubicación del actor y del cargo que ostenta a la Seccional Chocó.

-Subsidiariamente, se ordene la suspensión de los efectos de dicha resolución, hasta tanto la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dirima de fondo, sobre la declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho de este acto administrativo.

-Como consecuencia de cualquiera de las dos anteriores solicitudes, se ordene de manera inmediata garantizar la estabilidad laboral del accionante en el cargo y con las funciones que hasta el momento ha venido detentando, sin desmejoramiento alguno.

2. Actuación procesal relevante

2.1 Admisión y notificación

La solicitud de amparo se admitió con auto de fecha catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018)¹ y se resolvió tener en calidad de accionada a la VICEFISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

También, se ordenó notificar a la accionada y se le corrió traslado del escrito de tutela para que dentro del término de un (1) día a partir del recibo de la comunicación, diera respuesta sobre los hechos y pretensiones de la solicitud de amparo, como también para que rindiera informe en relación a si el señor GELBER LLERENA ACEVEDO ha reportado incapacidades por la patología de Meniscopatía Degenerativa Agudizada, tratamientos u otras situación relevante al respecto.

¹ Folios 91-92



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

De igual forma, se advirtió a la señora ANA MODESTA MACHADO DÁVILA, para que dentro de los tres días siguientes a su notificación, manifestara si era su deseo actuar como accionante dentro del presente trámite y si ese era el caso indicara los hechos y pedimentos que la legitiman en la causa por activa.

Así mismo, se dispuso como medida provisional, ordenar a la VICEFISCALÍA GENERAL DE NACIÓN, suspender la orden de reubicación laboral del actor hasta tanto se resuelva la presente acción de tutela.

Las notificaciones ordenadas fueron efectuadas mediante el envío de mensaje de datos², siendo recibidos en debida forma³.

3. Informes rendidos

La entidad accionada no se pronunció dentro de la oportunidad otorgada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia

Conforme lo establecen los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para conocer en primera instancia de la presente acción.

2. Legitimación en la causa por activa

El señor GELBER LLERENA ACEVEDO, como titular de los derechos invocados como vulnerados tiene legitimación en la causa por activa para acudir directamente en sede de tutela, a fin de reclamar la protección de los mismos.

En cuanto a la señora ANA MODESTA MACHADO DÁVILA, se tiene que desde el momento de la admisión de la solicitud de amparo se le requirió para que manifestara si era de su interés acudir a través de la presente acción en defensa de algún derecho fundamental que a su juicio estuviere siendo conculcado, relacionado con los hechos que motivaron el presente trámite, so pena de que se declarara falta de legitimación en la causa por activa en lo que a ella respecta.

En ese orden, habiendo transcurrido el término concedido a la aludida ciudadana y habiéndosele notificado en debida forma⁴, sin que existiera pronunciamiento de su parte, se declarará la falta de legitimación en la

² Folios 93 anverso, 94 anverso, 95 anverso y 97

³ Folios 93 reverso, 94 reverso, 95 reverso y 97

⁴ Folio 97





Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

causa por activa del señor GELBER LLERENA ACEVEDO para acudir en sede de tutela en nombre de la señora ANA MODESTA MACHADO DÁVILA. Esto como quiera que si bien, se encabeza el escrito de amparo en nombre de los referidos señores, tal documento sólo fue suscrito por el señor LLERENA ACEVEDO y conforme al artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la mencionada ciudadana en caso de estimar conculcado alguno de sus derechos fundamentales puede acudir directamente o a través de apoderado judicial, sin que en el presente caso se advierta circunstancia alguna que se lo impida y habilite la figura de agencia oficiosa.

3. Legitimación en la causa por pasiva

La accionada VICEFISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, está legitimada en la causa por pasiva, conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, al tener incidencia en la ubicación laboral del actor y por tanto estar presuntamente vulnerando sus derechos fundamentales, mediante resolución que ordenó su reubicación de su empleo de Cartagena al Chocó.

4. Problemas jurídicos

Acorde con los hechos expuestos en la solicitud de tutela, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. *¿Es procedente la acción de tutela para controvertir la reubicación de un empleo público?*

En caso de ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante deberá entrarse a estudiar:

2. *¿Viola la accionada los derechos fundamentales a la FAMILIA, MÍNIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA, SALUD, MORALIDAD PÚBLICA, TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS y DEBIDO PROCESO, del señor GELBER LLERENA ACEVEDO, con ocasión del acto administrativo que ordenó la reubicación del empleo público que viene desempeñando, de la ciudad de Cartagena al departamento del Chocó?*

5. Tesis de la Sala

La Sala sustentará como tesis, que en el presente caso se evidenció la vulneración a la unidad familiar, a la salud al trabajo en condiciones dignas y el debido proceso del actor, como quiera que la accionada al expedir el acto administrativo de traslado no realizaron un análisis de la situación particular del actor y de su núcleo familiar, realizando una motivación



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

constitucionalmente arbitraria en la decisión de traslado, que no compagina con jurisprudencia vigente.

En cuanto a los demás derechos fundamentales invocados no se encuentra acreditada violación.

6. Marco jurídico y jurisprudencial

6.1 Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

6.2 Procedencia excepcional de la acción de tutela frente al traslado de un servidor público

En reiteradas oportunidades la H. Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela es improcedente para controvertir un acto administrativo que ordena el traslado de un servidor público⁵, al ser posible recurrir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el marco del cual se puede solicitar la medida cautelar de suspensión provisional del acto.

Sin embargo, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado también, que la acción contencioso administrativa frente a decisiones de traslado de funcionarios no es un medio adecuado, eficaz e idóneo, cuando lo que se

⁵ Entre otras, Sentencias T-715 de 1996, T-288 de 1998, T-503 de 1999, T-1498 de 2000, T-965 de 2000, T-355 de 2000, T-346 de 2001, T-077 de 2001, T-468 de 2002, entre otras.



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

debate es la vulneración de un derecho fundamental y no la legalidad de una actuación⁶.

Al respecto el Máximo Tribunal Constitucional, ha establecido una serie de reglas, que permiten identificar cuándo se está en presencia de un caso en el que se torna procedente la acción de tutela⁷:

- I. El acto sea ostensiblemente arbitrario, es decir que carezca de fundamento en su expedición.
- II. El acto fuere adoptado en forma intempestiva.
- III. El acto afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. Esto puede darse 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 superables.

En ese entendido, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-175 de 2016, reiterando la Sentencia T-825 de 2003, señaló que:

"(..) La procedencia de la tutela para impugnar una orden de traslado depende de la existencia de elementos que demuestren que el cambio de sede compromete en forma grave los derechos del trabajador o de su núcleo familiar. En este sentido, no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado tiene relevancia constitucional para determinar la procedencia del amparo, pues de lo contrario "en la práctica se haría imposible la reubicación de los funcionarios de acuerdo con las necesidades y objetivos de la entidad empleadora".

La intervención del juez de tutela dependerá entonces de las circunstancias que rodean cada caso individualmente considerado y de la debida acreditación de una situación excepcional que amenace de forma grave los derechos del trabajador o de su núcleo familiar. En este sentido, la Corte ha concedido el amparo cuando encuentra demostrada la difícil situación que genera un traslado laboral o la negativa para otorgarlo, con independencia de si se trata de un trabajador público o privado, pero se ha abstenido de hacerlo ante la insuficiencia de soporte probatorio, en virtud de la existencia de otros medios de defensa judicial.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 1996

⁷ Corte Constitucional, Sentencias T- 468 de 2002.





Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

La intervención del juez de tutela dependerá entonces de las circunstancias que rodean cada caso individualmente considerado y de la debida acreditación de una situación excepcional que amenace de forma grave los derechos del trabajador o de su núcleo familiar."

En conclusión, la procedencia de la acción constitucional para revocar una orden de traslado es excepcional y es viable si: (i) las razones del traslado son ostensiblemente arbitrarias (que no se tenga en cuenta la situación particular del trabajador); (ii) el traslado afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar; y/o desmejora las condiciones del trabajador.

6.3 El ejercicio del *ius variandi* en plantas de personal de carácter global y flexible.

El *ius variandi*, o facultad del empleador de modificar unilateralmente ciertas condiciones del trabajador, es una de las expresiones del poder de subordinación jurídica que sobre los trabajadores ejerce el empleador. Dicho en otros términos, dentro de la naturaleza propia de la relación laboral se encuentra la potestad del empleador 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.⁸

Tratándose de entidades públicas que cuentan con una planta de personal global y flexible, la H. Corte Constitucional, en Sentencia T-175 de 2016, reiteró:

*"En el caso de las entidades que hacen parte del sector público, en particular en aquellas que cuentan con una planta de personal global y flexible, la Corte Constitucional ha señalado que el margen de discrecionalidad con el que cuenta el empleador para ejercer la facultad del *ius variandi* es más amplio, en la medida en que debe privilegiarse el cumplimiento de la misión institucional que les ha sido encargada sobre los intereses particulares de los afectados, todo con miras a atender de la mejor manera las necesidades del servicio"*

Es decir que la facultad del empleador de trasladar a sus empleados no tiene carácter absoluto, porque, por un lado, existen límites que impone la Constitución Política que exigen que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas y justas, de conformidad a lo establecido en el artículo 53 de la Norma Superior, y, de otro lado, las decisiones deben sujetarse al principio de proporcionalidad y deben responder a las necesidades del servicio u objeto social de la empresa.

La Fiscalía General de la Nación es, precisamente, una de las instituciones que cuenta con planta global y flexible, lo cual se traduce en que allí opera una mayor discrecionalidad para ordenar traslados territoriales. Esta facultad, se

⁸ Corte Constitucional, sentencias -797 de 2005 y T- 572B de 2014.





Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

encuentra expresamente prevista en el artículo 4 del Decreto 16 de 2014 (Modificado por el Decreto 898 de 2017), "Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación", el cual establece que el Fiscal General puede "[d]istribuir, trasladar y reubicar los empleos dentro de las plantas globales y flexibles de la entidad y determinar sus funciones, de acuerdo con las necesidades del servicio". Dicha facultad también había sido consagrada en las normas que con anterioridad regulaban la materia, específicamente en los artículos 11 de la Ley 938 de 2004⁹ y 17 del Decreto Ley 261 de 2000¹⁰.

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha dicho:

*"[...] en el sector público existen ciertas entidades que en razón de las funciones que les corresponde cumplir, necesitan una planta de personal global y flexible y, por lo tanto, requieren de un mayor grado de discrecionalidad en materia de traslados. Dentro de este grupo de entidades se encuentra la Fiscalía General de la Nación, la cual en ejercicio de la mencionada facultad discrecional, puede determinar la reubicación territorial de sus funcionarios y empleados, con el fin de mejorar la prestación del servicio [...]."*¹¹

No obstante lo anterior, se reitera que la jurisprudencia constitucional también ha establecido que la facultad de modificar las condiciones de los trabajadores, aún en este tipo de entidades, no tiene carácter absoluto, sino que ella se encuentra limitada por las disposiciones de orden superior que protegen al trabajador de manera que éste desarrolle sus funciones en condiciones dignas y justas (artículos 25 y 53 C.P.)¹². En ese sentido, el empleador no goza "de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono"¹³.

A partir de esa consideración, la Corte Constitucional ha señalado que al momento de adoptar una decisión de traslado, la entidad debe considerar los siguientes aspectos: "a) el traslado debe efectuarse a un cargo de la

⁹ "Artículo 11. Funciones. El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

[...] 18. Modificar la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación. Para tal efecto podrá trasladar cargos y determinar sus funciones, de acuerdo con la necesidad del servicio y sin que ello implique cargo al tesoro u obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales."

¹⁰ "ARTICULO 17. FUNCIONES. <Decreto derogado por el artículo 79 de la Ley 938 de 2004> El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público así como frente a los particulares y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

[...] 20. Trasladar cargos en la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con la nomenclatura de empleos y la escala de salarios establecida."

¹¹ Sentencia T-1498 de 2000, Magistrada Ponente (E): Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

¹² A este tema se refirió la Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias T-407 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; T-026 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y T-165 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Sentencia T-483 de 1993, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.





Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

misma categoría y con funciones afines; b) para la concesión o la orden de traslado debe atenderse a las consecuencias que él puede producir para la salud del funcionario; y c) en circunstancias muy especiales la administración debe consultar también los efectos que la reubicación del funcionario puede tener sobre el entorno del mismo"¹⁴.

De manera que, si bien el traslado geográfico o locativo es parte de la facultad que tiene la entidad pública de variar algunos aspectos de la prestación del servicio por parte del trabajador, ella debe ser ejercida consultando las necesidades reales que plantea la misión institucional a cargo del empleador público, y bajo el entendido de que ese traslado no puede significar ni el desmejoramiento de las condiciones laborales del servidor ni tampoco la afectación de sus derechos y garantías fundamentales.

6.4 Derecho a la Familia y de la protección constitucional de las personas de la tercera edad.

La H. Corte Constitucional, ha entendido a la familia como *"aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos"*¹⁵.

La Jurisprudencia constitucional ha protegido la unidad e integridad de la familia, al entenderla como aquella primera institución social que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social. Y es que la familia, en tanto que núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado. En tal sentido, más allá de la definición que de aquella se tenga, las autoridades públicas, en tanto que se está ante un derecho fundamental, deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes¹⁶.

Ahora bien, como integrantes del núcleo familiar, se encuentran las personas de la tercera edad han sido señaladas como sujetos de especial protección constitucional por el artículo 46 de la Constitución Política y en consecuencia, *«deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales»*¹⁷.

En razón de esa especial protección, ha dicho la Corte Constitucional que cuando se está ante la vulneración de un derecho fundamental de una persona de la tercera edad, debe analizarse el estado de salud y la edad

¹⁴ Sentencia T-77

0 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-271 de 2003 y C-577 de 2011

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-572-09

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-485 de 2011.



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

de la persona, pues, el medio ordinario, al no ser expedito, puede tornarse ineficaz¹⁸.

Así entonces, cuando un perjuicio verse sobre la subsistencia en condiciones dignas, la salud o el mínimo vital (entre otros) de una persona de la tercera edad, debe darse una protección constitucional reforzada¹⁹.

6.6 Derecho al trabajo en condiciones dignas

El trabajo, no solo como derecho fundamental sino también como obligación social, goza de especial protección del Estado que implica, necesariamente, la garantía de su realización en condiciones dignas y justas (C.P. art. 25). Pero esta noción de dignidad y justicia no puede concebirse en forma abstracta y meramente axiológica, debido a que el texto Constitucional la reviste, autónomamente, de eficacia jurídica. Con todo, dada la amplitud e indeterminación de esta cláusula, lo cierto es que sus elementos conceptuales los debe concretar y puntualizar el intérprete, siempre en busca de la defensa de un orden colectivo fundado en el respeto de la dignidad humana.²⁰

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha hecho énfasis en algunos de los aspectos que integran la noción de trabajo como derecho y obligación social en condiciones dignas y justas²¹, destacando las siguientes:

- (i) proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad y calidad de trabajo,
- (ii) pago completo y oportuno de salarios, (iii) libertad de escoger sistema prestacional, específicamente en cuanto al régimen de cesantías, (iv) asignación de funciones e implementos de trabajo, (v) no reducción del salario, (vi) aplicación del principio según el cual, a trabajo igual, salario igual, (vii) ausencia de persecución laboral y, (viii) ofrecimiento de un ambiente adecuado para el desempeño de las tareas.

De igual forma, la Corte, refiriéndose al derecho al trabajo en condiciones dignas y en un estudio del artículo 25 Constitucional, ha entendido en sentencia T 791 de 2010, que sobre el asunto existe una doble perspectiva:

“El análisis del anterior criterio puede darse desde una doble perspectiva: la primera, teniendo en cuenta la facultad del empleador para el manejo de su personal atendiendo las necesidades del servicio y, en general, todos aquellos elementos que configuran el denominado *ius variandi*, esto es, la potestad con que cuenta el patrono para modificar las condiciones laborales en virtud de su poder subordinante. Desde este ámbito, dicha facultad, que no es absoluta, está limitada por normas constitucionales como el respeto a la dignidad humana, y toda alteración de dichas condiciones (v.gr. un traslado) está sujeta a la evaluación de factores, como

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.* Ver entre otras: T-518/00, T-443/01, T-288/00, T-360/01.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-791-10

²¹ Corte Constitucional, sentencias T-234 de 1997, T-170 de 1998, T-651 de 1998, T-045 de 1999, T-929 de 1999, T-261 de 2000, T-744 de 2000, T-064 de 2001, T-191 de 2001, T-375 de 2001 y T-750 de 2001





Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

la situación familiar del empleado, su lugar y tiempo de trabajo, el rendimiento demostrado, el ingreso salarial y el estado de salud, entre otros. La segunda, se refiere a la facultad de la persona de reclamar a su empleador la satisfacción de aquellas garantías necesarias para el normal desempeño de sus labores. Aquí ya no se trata de una limitación al ejercicio del *ius variandi*, sino de la potestad del trabajador para demandar de su patrono una conducta activa en su favor. Esta Corporación, por ejemplo, ha señalado que *si el trabajador tiene que arriesgar su integridad física, su salud y su vida en condiciones dignas porque el desplazamiento al lugar de trabajo o éste mismo lo conducen al padecimiento de dolores, incomodidades excesivas y aún peligro para el funcionamiento normal de su organismo, que es parte del derecho a la vida en condiciones dignas, así no conduzca necesariamente a la muerte, es procedente la tutela de tales derechos y el juez constitucional debe proceder de conformidad.*"

7. Caso Concreto

7.1 Hechos relevantes probados

- 7.1.1** Mediante Resolución No. 10078 de 21 de febrero de 2018, la VICEFISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, dispuso la reubicación de unos empleos de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, entre ellos el de Técnico Investigador II, desempeñado por el señor GELBER ENRIQUE LLERENA ACEVEDO, de la Dirección Especializada Contra las Violaciones de los Derechos Humanos Bolívar, a la misma unidad pero con sede en el Departamento del Chocó. Dentro de las motivaciones del acto, se indicó que **"...por estrictas necesidades del servicio..."** (Fls. 12-13).
- 7.1.2** El anterior acto administrativo le fue notificado al actor, **el 2 de marzo de 2018** (Fl. 13 reverso).
- 7.1.3** El accionante viene siendo tratado por la patología de Meniscopatía Degenerativa Agudizada, teniendo pendiente la realización de cirugía artroscópica en ambas rodillas, contando con autorización para la realización de resonancia magnética de miembros inferiores (Fls. 16-17 y 33-37).
- 7.1.4** Los señores GELBER LLERENA ACEVEDO y ANA MODESTA MACHADO DÁVILA, son propietarios del inmueble ubicado en Turbaco, Casa Lote 180 Manzana R Etapa 8 Sector Roble, bien que se encuentra gravado con hipoteca abierta sin límite de cuantía en favor del Banco Popular desde el 22 de agosto de 2017, en razón de préstamo de vivienda por la suma de \$120.000.000 (Fls. 20-21 y 15).
- 7.1.5** Según formatos de Calificación de empleado de la Fiscalía General de la Nación, el señor GELBER LLERENA ACEVEDO, TECNICO INVESTIGADOR II, obtuvo un calificación "Satisfactorio Superior", en el periodo de calificación del 31 de diciembre de 2016 al 30 de



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

diciembre de 2017 (Fl. 22-24).

- 7.1.6** En el mes julio de 2012, la Directora Seccional del CTI de Cartagena, se le hizo un reconocimiento el señor GELBER LLERENA ACEVEDO "Por su invaluable aporte a la investigación penal, en esclarecimiento de la verdad..." (Fl. 14).
- 7.1.7** Según desprendible de nómina de febrero de 2018, el señor GELBER ENRIQUE LLERENA ACEVEDO, se le descuenta por libranza prestamos hechos a los bancos BBVA y Banco de Occidente (Fl. 18).
- 7.1.8** Según extracto de historia clínica del señor JUAN LLERENA LLERENA (quien el accionante manifestó ser su padre), con **88 años de edad**, viene siendo tratado en la ciudad de Barranquilla, por presentar desde el año 2014, un cuadro clínico de "NEFROPATIA DIABETICA", "CON COMPLICACIONES RENALES", "DERRAME PLEURAL DERECHO CON COLAPSO PASIVO DEL 80% DEL PULMON DERECHO", "LITIASIS RENAL IZQUIERDA" (Fl. 81-90).
- 7.1.9** Mediante comunicación recibida el 20 de marzo de 2018, el hoy accionante informó al Despacho que "... el día jueves 15 de Marzo del presente año, horas del medio día, recibí información extra oficial por parte del señor Coordinador de la Dirección Especializada contra las violaciones a los Derechos Humanos, Doctor WILLIAM GOMEZ CORTES, quien me comunica en presente del doctor DAIRO NAVIA CONTRERAS, Asistente del Fiscal, el haber recibido directrices por parte del Nivel Central, donde le informaban que es suscrito servidor adscrito a esta Unidad, no sería trasladado para la Dirección Especializada Contra las Violaciones a los Derechos Humanos sede Choco, indicándome a su vez, que sería reubicado en una Unidad Nacional con sede en la ciudad de Cartagena (Bolívar)." Y que en razón a ello "... está a la espera del acto administrativo correspondiente, el cual una vez sea allegado y notificado en esta sede, se le remitirá a su digno despacho para su conocimiento y fines pertinentes."

7.2 Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico

En el caso bajo estudio, el señor GELBER ENRIQUE LLERENA ACEVEDO consideró que la Vicefiscalía General de la Nación vulneró sus derechos fundamentales a la familia, mínimo vital, dignidad humana, salud, moralidad pública, trabajo en condiciones dignas y debido proceso al expedir la Resolución No. 10078 del 21 de febrero de 2012. Esta resolución, en razón del servicio y sin tener en cuenta su condición de médica actual, así como la de su señor padre quien presenta graves quebrantos de salud, ordenó su traslado de la ciudad de Cartagena al Departamento del Chocó.

En ese orden, la Sala de Decisión debe determinar si el Vicefiscal General de la Nación vulneró los derechos fundamentales del tutelante y de su núcleo



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

familiar, al no tomar en consideración la posible afectación a los derechos fundamentales y la de un sujeto de especial protección que se encuentra al cuidado de éste.

Antes de pasar a desarrollar el problema jurídico central, 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 Constitucional, ha establecido que es necesario agotar el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento para solucionar este tipo de controversias, esto es el medio de control 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 se tuvo 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 que la presente acción de tutela es procedente por las siguientes razones:

Una vez consultada las motivaciones de la Resolución 10078 del 21 de febrero de 2018, por la cual se trasladó al señor GELBER ENRIQUE LLERENA ACEVEDO de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos (Bolívar) a la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos (Chocó), se evidencia que solo se expuso "necesidades del servicio", de lo cual no se puede deducir que se hayan atendido las condiciones particulares del señor LLERENA ACEVEDO al decidir el traslado. Al contrario, la autoridad demandada acudió a una motivación genérica, mediante el uso de la frase de cajón «estrictas necesidades del servicio», que no constituye una real justificación para sacar de su entorno laboral y familiar a una persona con unas condiciones médicas degenerativas en sus extremidades inferiores, así como la obligación para con su ascendiente.

Así entonces, para la Sala, la decisión de trasladar al hoy accionante afecta además de forma clara, grave y directa el derecho fundamental a su salud, así como la de su padre, el señor JUAN LLERENA LLERENA –vínculo que no fue desvirtuado por la accionada-, porque sufre de enfermedades y, que por ser adulto de la tercera edad, requiere de la presencia de su hijo, el cual si bien reside en la ciudad de Barranquilla, es evidente que esta ciudad se encuentra geográficamente más cerca que el Departamento del Chocó y le permite estar cerca para atenderlo y brindarle su apoyo inmediato



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

cuando lo requiera en caso de una urgencia. En ese sentido, y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el padre del hoy accionante debe ser considerado como un sujeto de especial protección; teniéndose que la separación de su hijo, que lo atiende y acompaña emocionalmente, puede afectar derechos como la vida en condiciones dignas y la salud de un señor de 88 años de edad.

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

Como se mencionó en la parte considerativa, el Vicefiscal 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 del tutelante, el Vicefiscal 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 al actor. Específicamente, no se tuvieron en cuenta que actor actualmente se encuentra sometido a tratamientos médicos por presentar un cuadro de Meniscopatía Degenerativa Agudizada, teniendo pendiente la realización de cirugía artroscópica en ambas rodillas, contando con autorización para la realización de resonancia magnética de miembros inferiores, programada para el pasado 13 de marzo de 2018. Tampoco, se tuvo en cuenta por parte de la accionada, las posibles consecuencias y afectaciones que, con motivo del traslado de su hijo, podrían derivarse en el tratamiento y cuidado del señor JUAN LLERENA LLERENA.

Para el caso bajo estudio, encuentra la Sala que el señor JUAN LLERENA LLERENA, padre del tutelante, padece de "NEFROPATIA DIABETICA", "CON COMPLICACIONES RENALES", "DERRAME PLEURAL DERECHO CON COLAPSO PASIVO DEL 80% DEL PULMON DERECHO", "LITIASIS RENAL IZQUIERDA" situación que genera una necesidad constante del acompañamiento de la familia para sobrellevar estas enfermedades, labor de cuidado y acompañamiento moral, que se le dificultaría al accionante si es trasladado al Departamento del Chocó.

En este punto, encuentra la Sala que en la Resolución que ordena el traslado del accionante, no se encuentra prueba que demuestre el estudio de las situaciones médicas que padece el propio accionante y su padre, así como los efectos que podría causar esta nueva situación (el traslado) en el tratamiento de la enfermedad que padece su padre 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*



Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

y de ahí que se evidencie la omisión de un deber por parte del Vicefiscal General de la Nación.

Con base en lo anterior, la Sala ampara los derechos fundamentales a la unidad familiar, a la salud, al trabajo en condiciones dignas y el debido proceso del actor, y ordenará dejar sin efectos parcialmente la resolución No. 10078 de 21 de febrero de 2018, por medio de la cual se ordenó el traslado del señor Gelber Enrique Llerena Acevedo a la Dirección Especializada contra las violaciones a los Decretos Humando de la Fiscalía General de la Nación, con sede en Departamento del Chocó.

Frente a la vulneración los derechos fundamentales al mínimo vital y "moralidad pública" del accionante, no encuentra la Sala que la tales derechos se encuentren amenazados, pues por un lado las condiciones económicas del actor pueden no verse afectadas con la decisión de traslado, y en ese sentido, no estaría en riesgo su mínimo vital; y frente al derecho a la "moralidad pública", debe indicar la Sala que el mismo no existe como derecho fundamental, sino como derecho colectivo que rige a la administración pública, por lo que tampoco cabría su protección vía acción de tutela.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y Constitucionales, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: TUTELAR los dechos fundamentales a la unidad familiar, a la salud al trabajo en condiciones dignas y el debido proceso del señor **GELBER ENRIQUE LLERENA ACEVEDO**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como Medida Afirmativa de Protección de los derechos fundamentales amparado, se **ORDENA** a **VICEFISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la presente providencia, deje sin efectos parcialmente el artículo 1º de la Resolución No. 10078 del 21 de febrero de 2018, y en lo relacionado, únicamente, con la orden de traslado del señor **GELBER ENRIQUE LLERENA ACEVEDO** de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos (Bolívar) a la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos (Chocó).

TERCERO: NO TUTELAR, los derechos fundamentales al **MINIMO VITAL** y **MORALIDAD PÚBLICA**.

CUARTO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa del señor **GELBER LLERENA ACEVEDO** para acudir en sede de tutela en nombre de la señora **ANA MODESTA MACHADO DÁVILA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 1- DESPACHO 003
SENTENCIA No. 017/2018

SIGCMA

Radicado: 13001-23-33-000-2018-00205-00

QUINTO: Notifíquese a las partes, y si no fuere impugnada remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

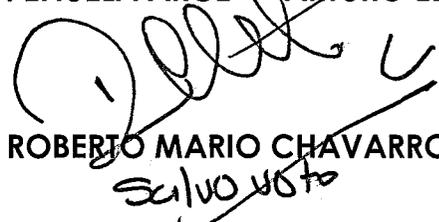
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


 CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


 ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO


 ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Salvo esto

Medio de control	TUTELA
Radicado	13001-23-33-000-2018-00205-00
Accionante	GELBER LLERENA ACEVEDO
Accionada	VICEFISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
TEMA	DERECHOS FUNDAMENTALES A LA FAMILIA, MÍNIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA, SALUD, MORALIDAD PÚBLICA Y DEBIDO PROCESO
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

