

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Magistrada: Bertha Lucy Ceballos Posada
Referencia: 250002336 000 2017 02170 00
Accionante: Fanny Sánchez Pineda
Accionado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Derechos: Salud, unidad familiar, trabajo en condiciones dignas

ACCIÓN DE TUTELA
(Sentencia de primera instancia)

La Sala resuelve la acción de tutela que instauró la señora Fanny Sánchez Pineda en nombre propio contra la Fiscalía General de la Nación, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, vida, salud, a la unidad familiar y al trabajo en condiciones dignas y justas.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud de tutela

La señora Fanny Sánchez Pineda, presentó solicitud de tutela con el fin de que se protejan los derechos invocados, que aduce vulnerados por la accionada a través de la Resolución 1-0616 que ordenó la reubicación laboral de la accionante (fl.1 a 18 c.1)

Como pretensiones propuso:

Primero. Se tutelen los derechos fundamentales de mi hijo menor Hansy Nicolás Nieto Sánchez, así como los míos a la vida, a la salud, la unidad familiar, al debido proceso y al trabajo en condiciones dignas y justas, vulnerados por la accionada, acorde con los hechos narrados en el respectivo acápite.

Segundo: Que como consecuencia del amparo constitucional se deje sin efecto la resolución 1-0616 del 11 de octubre del presente año y notificada el 17 de octubre de 2017 suscrita por el accionado, mediante el cual se dispuso mi reubicación al municipio de Apartadó, en el departamento de Antioquia, en lo que tiene que ver con la Servidora Pública Fanny Sánchez Pineda, identificada con la cedula 52.076.451 de Bogotá, Asistente de Fiscal II, adscrita a la Dirección Especializada Contra las Organizaciones Criminales.

Tercero: Que se conmine al accionado para que hacia el futuro no desconozca los derechos fundamentales de los Servidores Públicos.

2. Trámite procesal

La solicitud de tutela fue presentada el 21 de noviembre de 2017 y fue admitida en auto del 22 de noviembre del mismo año (fl. 90 c.1). Se notificó a las partes en la misma fecha (fls. 91 a 95 c.1).

Inicialmente el 30 de noviembre de 2017 la Sala de decisión profirió sentencia que resolvió el caso(fl.97 a 101 c.1), la cual fue anulada por esta sala el 12 de diciembre de la misma anualidad a partir de la notificación del auto del 22 de noviembre de 2017 que admitió la solicitud de tutela(fl.125 a 126 c.1) además se decretó la

Radicación: 25 0002336 0002017 02170 00

Accionante: Fanny Sánchez Pineda

Accionada: Fiscalía General de la Nación

medida provisional solicitada por la accionante consistente en ordenar a la Vicefiscal General de la Nación que suspendiera los efectos de la Resolución No 10616 del 11 de octubre de 2017 (fl. 127 c.1).

3. Oposición

La entidad accionada por medio de escrito radicado el 15 de diciembre de 2017 contestó la solicitud de tutela. Manifestó que los derechos de la accionante no fueron vulnerados pues si bien se produjo su reubicación, esta no configuró una carga desproporcionada e intolerable para la servidora, debido a que la Fiscalía General de la Nación cuenta con una planta de personal global y flexible, aunado a ello adujo que la reubicación obedeció a estrictas necesidades del servicio.

Corolario a lo anterior, indicó que no se afectó el derecho a la salud del hijo de la accionante, pues él no presentaba ninguna circunstancia especial que impidiera a la señora Sánchez Pineda trasladarse al municipio de Apartadó - Antioquia, y *que el hecho de que la empresa prestadora del servicio de salud a la que se encontraba afiliada no tuviera cobertura en el municipio de Apartadó, no implica la vulneración al acceso del derecho a la salud, teniendo en cuenta que puede solicitar afiliación a otra EPS que tenga cobertura en dicho municipio* (fl.137 c.1).

Explicó además que no se vulneró el derecho a la unidad familiar de la accionante, puesto que esta no se refiere simplemente a la unidad física sino que va más allá, implica lazos espirituales y que su vulneración debe ser debidamente acreditada, por lo que no existe sustento probatorio que respalde ese argumento.

Por último, indicó que la solicitud de tutela no es el medio procedente, pues el mecanismo idóneo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, más aún porque no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

4. Medios de prueba

En el expediente obra copia simple de los siguientes documentos:

- Resolución 000895 del 07 de julio de 2016 y Resolución 000822 del 24 de mayo de 2017, por medio de las cuales se dispone de un asistente de Fiscal en la EDA, Puerto Berrio (fl19 a 22 c.1).
- Resolución 1099 del 17 de julio de 2017, por medio de la cual se ubica un Asistente de Fiscal II de la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales, a la Fiscalía 14 de la ley 600 de 2000 (fl.23 a 24 c.1).
- Resolución 1098 del 17 de julio de 2017, por medio de la cual se ubica un Fiscal de la Dirección Especializada Contra las Organizaciones Criminales y se le asigna el conocimiento de procesos de ley 600 de 2000 (fl. 25 a 26 c.1).
- Exaltación por virtudes y servicios distinguidos a Fanny Sánchez Pineda, de fecha 07 de septiembre de 2017 (fl. 27 c.1).
- Orden Médica para Cita por Psiquiatría para el Paciente Hansy Nicolás Nieto Sánchez de fecha 3 de agosto de 2017 (fl. 28 a 30 c.1).

Radicación: 25 0002336 0002017 02170 00

Accionante: Fanny Sánchez Pineda

Accionada: Fiscalía General de la Nación

- Diagnóstico de egreso del Paciente Hansy Nicolás Nieto Sánchez, Resultado de Análisis practicado al paciente y Factura de pago realizada a la Clínica de la mujer con fecha 4 de agosto de 2017 (fl.31 a 33 c.1).
- Fotocopia de ordenes clínicas, citas programadas y medicamentos formulados a Hansy Nicolás Nieto Sánchez (fl. 34 a 44 c.1).
- Documentos donde se solicita control de padres diario (fl. 45 c.1).
- Certificado, contrato y pagos de Plan complementario vigente (fl.48 a 62 c.1).
- Fotocopia de la Resolución 1-0616 del 11 de octubre de 2017, mediante la cual se ordena la reubicación de la accionante al municipio de Apartadó-Antioquia (fl. 72 a 75 c.1).
- Fotocopia de la Resolución 1-0744 del 15 de noviembre de 2017, mediante la cual se da respuesta al recurso de reposición interpuesto por la accionante contra la resolución 1-0616 del 11 de octubre de 2017 (fl.76 a 83 c.1).

II. CONSIDERACIONES

5. La sala decide la solicitud de tutela en ejercicio de la competencia prevista en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el numeral 1 del artículo 1 del Decreto 1382 del 2000.

6. Asunto a resolver

Como primera medida, la sala analizará si la solicitud de tutela es procedente o por el contrario se debe tramitar por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

De ser procedente, se debe establecer si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamental invocados por la accionante, al ordenar mediante resolución 1-0616 del 11 de octubre de 2017 la reubicación laboral de la señora Fanny Sánchez Pineda.

Se advierte que los supuestos de hecho en este caso se refieren a la aplicación del *ius variandi*, entendido como la potestad de la administración de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo de sus servidores, que para efectos del presente evento, se da con motivo de la reubicación de la señora Fanny Sánchez Pineda al municipio de Apartadó-Antioquia, por lo cual la Sala analizará la vulneración de los derechos invocados de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

7. Procedencia

Respecto de la procedencia de la acción de tutela para controvertir una orden de traslado, la Corte Constitucional ha sostenido que aquella no constituye el mecanismo ordinario para discutir la legalidad del acto administrativo que así lo dispone, pues el medio de control idóneo para tal efecto, es la nulidad y restablecimiento del derecho.

Radicación: 25 0002336 0002017 02170 00

Accionante: Fanny Sánchez Pineda

Accionada: Fiscalía General de la Nación

No obstante, de manera excepcional, el juez constitucional puede intervenir con el fin de amparar los derechos fundamentales cuando se amenace de manera grave la situación del trabajador o de su núcleo familiar¹.

En ese sentido, la Corte ha considerado que el amparo constitucional resulta procedente cuando se encuentra que el acto de traslado es ostensiblemente arbitrario y adicionalmente, se cumple alguno de los siguientes supuestos²:

“(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia.”

La sala advierte que en los anteriores eventos, la Corte ha enfatizado que no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio y las circunstancias concretas deben revestir particular gravedad, de manera tal que la intervención del juez constitucional es necesaria para conjurar un perjuicio irremediable.

En efecto, exigir a la señora Sánchez Pineda que acuda a la justicia ordinaria para discutir la legalidad de los actos administrativos que ordenaron su traslado, se tornaría en una carga excesiva para aquella pues precisamente, por la afectación a sus derechos, es necesario que por este medio se analice la vulneración de aquellos, es decir que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para su caso no es la vía adecuada para resolver sobre el presente asunto³.

Por lo tanto, como en el caso concreto se alega la vulneración de los derechos fundamentales de un menor de edad y en general de la familia de la accionante, esta sala resolverá de fondo la solicitud de tutela, pues se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para que proceda el análisis de la solicitud.

8. El caso concreto:

8.1. Del ejercicio del *ius variandi* en las plantas de personal de carácter global y flexible.

¹ Al respecto ver: Sentencia T-079/2017, T-468/02, T-346/01, T-077/01, T-1498/00, T-965/00, T-355/00.

² Sentencia: T-264 de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería.

³ En ese sentido ver: Corte Constitucional, Sentencia SU-498 del 14 de septiembre de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Radicación: 25 0002336 0002017 02170 00

Accionante: Fanny Sánchez Pineda

Accionada: Fiscalía General de la Nación

El *ius variandi* se concreta en la potestad que tiene el empleador para modificar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio.

Así, en algunas entidades estatales existen plantas de carácter global y flexible, que pueden ser manejadas con mayor discrecionalidad para ordenar reubicaciones territoriales, en aras de garantizar los fines estatales y optimizar la prestación del servicio, sin embargo, dicha potestad se ve limitada cuando con la reubicación de sus servidores desmejoran las condiciones de aquel⁴.

8.2. De la afectación al *ius variandi* en el caso concreto

8.2.1. La sala advierte que la accionante está vinculada a la Fiscalía General de la Nación, desde el 2 de mayo de 2013, donde ejerce el cargo de Asistente Fiscal II.

8.2.2. Desde el 27 de junio de 2016 hasta el 23 de junio de 2017 fue adscrita en comisión a la Fiscalía 87, de la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada Contra el Crimen Organizado, con sede en Puerto Berrio- Antioquia; una vez terminó la comisión la accionante se presentó a laborar en Bogotá el día 28 de junio de 2017, no obstante, manifestó que al regresar encontró a su hijo menor con graves problemas de salud debido al consumo de sustancias alucinógenas.

8.2.3. Igualmente quedó demostrado que el 07 de julio de 2017 la accionante fue trasladada a un Despacho de ley 600 de 2000 en la ciudad de Bogotá, sin embargo, mediante Resolución No. 1-0616 del 11 de octubre de 2017, fue ordenada su reubicación en el municipio de Apartadó- Antioquia, por lo que la accionante teme se puedan causar perjuicios adicionales en la salud de su hijo menor de edad, ya que requiere de un control diario, que considera solo puede hacer ella.

8.3 Al efecto, la accionante indicó que su reubicación no solo rompe la unidad familiar, sino que sus hijos, *quedan en un estado de indefensión, toda vez que es la única persona que vela por ellos, ahora, mi hijo Hansy Nicolás Nieto Sánchez, el cual se encuentra en desarrollo de su personalidad, carácter y debido a su condición actual requiere del acompañamiento constante de una persona responsable, una cabeza visible que lo guíe, adicional a esto, mi hijo nació en la ciudad de Bogotá, es el entorno al cual está acostumbrado, aquí tiene sus amigos y desarrolla su acceso a la cultura, al deporte y cultiva sus relaciones sociales* (fl.5 c.1).

8.4. Así las cosas, sala encuentra que dicha vulneración tiene como único origen el hecho de que la accionante no puede desplazarse al municipio de Apartadó - Antioquia, puesto que en la ciudad de Bogotá es donde estudia su hijo menor quien sufre de una patología crónica de consumo de sustancias alucinógenas, donde ella labora actualmente y donde tiene su casa de habitación.

Entonces, con los hechos establecidos en el presente proceso, la Sala encuentra que a pesar de la naturaleza flexible de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, ante situaciones individuales objetivas que afecten los derechos fundamentales de uno de sus servidores en la forma como sucede en este caso, se

⁴Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2005, MP: Jaime Araújo Rentería. Ver además la sentencia T-1498 de 2000, MP: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Radicación: 25 0002336 0002017 02170 00

Accionante: Fanny Sánchez Pineda

Accionada: Fiscalía General de la Nación

impone tutelar esos derechos sin que ello implique desconocer los cometidos que orientan a la función pública de esa institución.

En otras palabras, no es suficiente con aludir el carácter global y flexible de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, ante la aspiración de una de sus servidoras de ejercer en propiedad un cargo en la ciudad donde tiene arraigo tanto ella como su familia, sumado al peligro inminente que amenazaría la salud física y mental de su hijo en caso de ser reubicada.

La finalidad del buen servicio público no se afecta por considerar las circunstancias excepcionales y particulares que aquí se han establecido, por lo que resulta desproporcionado y contrario a la dignidad de la servidora que su empleadora le ofrezca como única solución la reubicación, en este caso en el municipio de Apartadó - Antioquia.

9. De la afectación del derecho a la salud del menor de edad

Conforme al material probatorio que obra en el expediente, se encuentra acreditado el deterioro en la salud mental del hijo de la accionante, sumado a que la patología en mención se adquirió cuando la señora Fanny Sánchez Pineda se encontraba fuera de la ciudad de Bogotá en comisión, circunstancias que evidencian que la falta de una figura de autoridad en el hogar de la accionante, aunado a otros factores sociales, indujeron al menor a tomar dicha decisión, tanto así que por el impacto de la ausencia de la accionante la EPS Compensar advirtió sobre la necesidad del control de padre y madre diariamente como red de apoyo y de los medicamentos recetados (fl.45 c.1).

La sala advierte que en el caso *sub examine*, es necesario determinar qué tan eficaz podría resultar el traslado de la accionante y su hijo menor, pues este último ya recibía un tratamiento con el plan complementario de salud del cual es beneficiario, por lo que interrumpir este mismo sería un retroceso en la mejoría del paciente lo que resultaría totalmente ineficaz y en consecuencia vulneraría el derecho a la salud de Hansy Nicolás Nieto Sanchez.

10. Del derecho fundamental a la unidad familiar

Sobre el particular, la Corte Constitucional en reciente sentencia, se pronunció sobre la importancia de la intervención del juez de tutela en casos en los que se pueda ver amenazado el derecho a la unidad familiar⁵, a saber:

“A partir de la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 42 de la Constitución, es posible establecer la existencia de un derecho constitucional a mantener la unidad familiar o a mantener los vínculos de solidaridad familiar. De la caracterización constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, en la cual es necesario preservar la armonía y la unidad, mediante el rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación, y además, consultando el deber constitucional de los padres, consistente en sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos, resulta perfectamente posible derivar normas de mandato, de

⁵ Sentencia T-079 del 07 de febrero de 2017 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Radicación: 25 0002336 0002017 02170 00

Accionante: Fanny Sánchez Pineda

Accionada: Fiscalía General de la Nación

prohibición y de autorización. Siguiendo un razonamiento similar es posible configurar el derecho a mantener la unidad familiar. Este derecho es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familia”.

En ese orden de ideas, las disposiciones internacionales, la ley y la jurisprudencia constitucional han sido enfáticas al momento de rechazar situaciones que comprometan la continuidad de la unidad familiar, primordialmente cuando existan sujetos de especial protección constitucional como son los menores de edad y las personas en situación de discapacidad.

Otro aspecto a tener en cuenta al momento de justificar la intervención del juez constitucional para evitar la vulneración de derechos cuando se esté frente a un sujeto de especial protección constitucional, son las condiciones particulares de salud y el estado de indefensión en el que se encuentre el accionante o su representado.

La Sala advierte que la señora Fanny Sánchez Pineda presenta una situación familiar especial debido a su condición de madre cabeza de hogar, puesto que el mismo está conformado por ella y sus tres hijos - uno de los cuales es menor de edad - y su cónyuge; no obstante, este último no cumple con sus obligaciones de padre, ni presta el apoyo debido. *A contrario sensu, se mantiene ausente y cuando eventualmente hace presencia se comporta de manera agresiva y violenta* (fl. 2 c.1), como también quedó evidenciado en el material probatorio que obra en el expediente, pues en la historia de ingreso se indicó que el *paciente de 16 años de edad ingresa en compañía de la madre Fanny Sánchez. Madre dice “llego de trabajar Nicolás no estaba, le pidió permiso al papá, indica el hijo llego boca seca, no hablaba bien y tembloroso y palido”. Paciente dice consumió un moño de marihuana lo hace 3 veces al día* (fl.28 c.1).

Conforme lo anterior la señora Sánchez Pineda explicó que el acompañamiento de su cónyuge no es eficaz en el proceso de recuperación del menor, situación que no fue desvirtuada por la Fiscalía General de la Nación en el desarrollo del proceso.

Estas circunstancias conducen a establecer que las condiciones de ubicación laboral y familiar de la accionante se han consolidado en la ciudad de Bogotá, de tal forma que su traslado afecta su situación personal, particularmente en su entorno familiar en lo que tiene que ver con su hijo, lo que determina la amenaza de un perjuicio irremediable con la decisión de la accionada de nombrarla en otra sede.

Por todo lo anterior, la sala considera que la decisión de la Fiscalía de reubicar a la señora Fanny Sánchez Pineda en la seccional de Apartadó para el cargo de Asistente de Fiscal II de la Dirección Especializada Contra las Organizaciones Criminales, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la unidad familiar, al trabajo en condiciones dignas y justas.

Así las cosas, la sala concederá la tutela de los derechos fundamentales de la accionante como mecanismo definitivo, en atención a que no puede condicionarse esa protección de manera indefinida hasta la terminación del proceso judicial

Radicación: 25 0002336 0002017 02170 00

Accionante: Fanny Sánchez Pineda

Accionada: Fiscalía General de la Nación

ordinario en el que la discusión ha de centrarse en los aspectos de legalidad del acto administrativo, cuando en este caso se ha evidenciado la necesidad de que el juez constitucional intervenga para garantizar los derechos de rango superior tanto de aquella como de su hijo menor de edad.

En consecuencia, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación dejar sin efecto la Resolución 1-0616 del 11 de octubre de 2017 y la Resolución No. 1-0744 del 15 de noviembre de 2017 que confirmó la primera de ellas, en relación con la reubicación de la señora Fanny Sánchez Pineda al municipio de Apartadó- Antioquia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Tutelar los derechos a la salud y a la unidad familiar de la señora Fanny Sánchez Pineda.

SEGUNDO: En consecuencia, ordenar a la Vicefiscal General de la Nación que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, deje sin efecto la Resolución 1-0616 del 11 de octubre de 2017 y la Resolución 1-744 del 15 de noviembre de 2017, en relación con la orden de reubicar a la señora Fanny Sánchez Pineda en el municipio de Apartadó- Antioquia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la sentencia a las partes, al buzón electrónico oficial de la entidad accionada y a la accionante a través del medio más expedito.

CUARTO: Esta sentencia es susceptible de impugnación ante el Consejo de Estado, dentro de los tres días siguientes a su notificación. Una vez ejecutoriada **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

Magistrada

JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

Magistrado

ALFONSO SARMIENTO CASTRO

Magistrado