



MEMORANDO

PARA: JHON FREDDY LOPEZ ALVAREZ
Secretario de Comité de Asuntos Docentes

DE : CAMILO BLANCO LÓPEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

FECHA: 04/05/2015

ASUNTO: Respecto a los criterios para los traslados de docentes determinados por la Resolución 073 de 2013

Respetado señor;

Teniendo en cuenta los criterios establecidos por la Resolución 073 de 2013 por medio de la cual se establece el procedimiento para efectuar traslados y permutas del personal docente y directivo docente de la planta de personal de la Secretaría de Educación Bogotá, D.C., al respecto considera este despacho importante sugerir algunas subreglas, a tener en cuenta por parte del Comité de Asuntos Docentes, en el momento en que se aborde el estudio de los casos sometidos a análisis y que se originen en situaciones diferentes a las reguladas por el Decreto 520 de 2010, por lo que se ve preciso aclarar:

I. NORMATIVIDAD QUE RIGE LA MATERIA

En materia de traslado de docentes, el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 prescribe:

"ARTÍCULO 22. TRASLADOS. Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, este se ejecutará discrecionalmente y por acto debidamente motivado por la autoridad nominadora departamental, distrital o del municipio certificado cuando se efectué dentro de la misma entidad territorial. Cuando se trate de traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados se requerirá, además del acto administrativo debidamente motivado, un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales.

27 MAY 2015
9:30 am
I-2015-29042

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA INTERNA	
Fecha	
No. Referencia	

27 MAY 2015

Las solicitudes de traslados y las permutas procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio y no podrán afectarse con ellos la composición de las plantas de personal de las entidades territoriales."

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 111 de la Ley citada anteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley No. 1278 de 2002, en cual estableció que el traslado se produce "cuando se provee un cargo docente o directivo docente vacante definitivamente, con un educador en servicio activo que ocupa en propiedad otro con funciones afines y para el cual se exijan los mismos requisitos aunque sean de distintas entidades territoriales", prescribiendo los eventos en que procede:

"ARTÍCULO 53. MODALIDADES DE TRASLADO. Los traslados proceden:

- a) Discrecionalmente por la autoridad competente, cuando para la debida prestación del servicio se requiera el traslado de un docente o directivo docente dentro del mismo distrito o municipio, o dentro del mismo departamento cuando se trate de municipios no certificados, con el fin de garantizar un servicio continuo, eficaz y eficiente;
- b) Por razones de seguridad debidamente comprobadas;
- c) Por solicitud propia.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará las modalidades de traslado y las condiciones para hacerlas efectivas, teniendo en cuenta que los traslados prevalecerán sobre los listados de elegibles del concurso dentro de la respectiva entidad territorial certificada; que deben responder a criterios de igualdad, transparencia, objetividad y méritos tanto en relación con sus condiciones de ingreso al servicio y a la carrera docente, como en el desempeño de sus funciones y en las evaluaciones de competencias; y que el traslado por razones de seguridad debe prevalecer sobre cualquier otra modalidad de provisión de los empleos de carrera docente."

En desarrollo de la Ley 715 de 2001 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 520 de 2010 el cual reglamenta el artículo 22 de la citada ley en la siguiente forma:

"Artículo 1°. Objeto y ámbito de aplicación. Con el fin de garantizar igualdad de oportunidades, transparencia y agilidad en la adopción de las decisiones correspondientes, el presente decreto reglamenta el proceso de traslado de los servidores públicos docentes y directivos docentes que atienden el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, administrados por cada una de las entidades territoriales certificadas en educación.

Artículo 2°. Proceso ordinario de traslados. Adoptada y distribuida la planta de personal docente y directivo docente de conformidad con los artículos 6° y 7° de la Ley 715 de 2001, cada entidad territorial certificada en educación deberá implementar el proceso para tramitar los traslados que tengan origen en solicitud de los docentes o directivos docentes, el cual debe desarrollarse así:

1. El Ministerio de Educación Nacional fijará cada año, antes de la iniciación del receso estudiantil de que trata el Decreto 1373 de 2007, el cronograma para la realización por parte de las entidades territoriales certificadas del proceso de traslados ordinarios de docentes y directivos docentes al

servicio de las entidades territoriales certificadas, con el fin de que al inicio del siguiente año escolar los docentes trasladados se encuentren ubicados en los establecimientos educativos receptores para la oportuna prestación del servicio educativo.

2. Cada entidad territorial certificada expedirá un reporte anual de vacantes definitivas, por establecimiento educativo, considerando las sedes, haciendo uso del sistema de información de recursos humanos del que disponga, con corte a 30 de octubre de cada año para calendario A y 30 de mayo para calendario B.

3. Con base en el cronograma fijado por el Ministerio de Educación Nacional y el reporte anual de vacantes, antes de la iniciación del receso estudiantil previsto en el Decreto 1373 de 2007, la entidad territorial certificada convocará al proceso de traslado mediante acto administrativo, en el cual detallará las necesidades del servicio educativo por atender mediante traslado ordinario de docentes y directivos docentes, con la indicación del cargo directivo o del área de desempeño para el caso de los docentes, localización del establecimiento educativo, considerando las sedes, requisitos, oportunidad y procedimiento para la inscripción en el proceso de traslados, información sobre los criterios de priorización para la definición de los mismos, fechas para la verificación del cumplimiento de los requisitos y de expedición de los actos administrativos de traslado.

4. Cada entidad territorial certificada deberá realizar la difusión de la convocatoria durante un periodo mínimo de quince (15) días hábiles, anteriores a la fecha en la cual dé inicio a la inscripción en el proceso ordinario de traslados, a través de los medios más idóneos de que disponga. En todo caso, realizará la difusión en el sitio web de la secretaría de educación correspondiente y en lugar de fácil acceso al público.

5. Cumplidas las actividades programadas en el cronograma del proceso de traslados, la autoridad nominadora de cada entidad territorial certificada adoptará la decisión que corresponda y la comunicará al docente o directivo docente, así como a los rectores o directores rurales de los establecimientos educativos donde se hayan de producir los cambios.

Parágrafo 1°. Antes de la expedición de los actos administrativos que dispongan los traslados a los que haya lugar, la entidad territorial publicará por lo menos durante cinco (5) días hábiles, la lista de traslados por realizar como resultado del proceso ordinario de traslados, con el fin de recibir las solicitudes de ajuste que los docentes y directivos docentes participantes en el proceso y la organización sindical respectiva quieran formular, las cuales serán evaluadas y resueltas por la entidad territorial dentro del cronograma fijado.

Parágrafo 2°. Los traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados, solicitados por docentes o directivos docentes, se tramitarán por el proceso dispuesto en este artículo y requieren adicionalmente convenio interadministrativo entre las entidades territoriales remitora y receptora, en el cual se convendrán entre otros aspectos las fechas de efectividad del traslado y de producción de efectos y responsabilidades fiscales.

Cuando se trate de permuta, con estricta sujeción a la atención de las necesidades del servicio educativo, según lo establecido en el inciso 3° del artículo 22 de la Ley 715 de 2001, no será autorizado el traslado por la autoridad nominadora si a uno de los dos solicitantes le faltan cinco (5) años o menos de servicio para alcanzar la edad de retiro forzoso.

Parágrafo 3°. El traslado en ningún caso implica ascenso en el Escalafón Docente, ni interrupción en la relación laboral, ni puede afectar la composición de la planta de personal.

Artículo 3°. *Criterios para la inscripción.* Para la inscripción en el proceso ordinario de traslados a que se refiere este decreto, la entidad territorial certificada deberá garantizar condiciones objetivas de participación de los docentes y directivos docentes interesados y adoptará, por lo menos, los siguientes criterios:

1. Lapso mínimo de permanencia del aspirante en el establecimiento educativo en el cual se encuentra prestando el servicio como docente o directivo docente.

2. Postulación a vacantes del mismo perfil y nivel académico.

Artículo 4°. *Criterios para la decisión del traslado.* En el acto administrativo de convocatoria se deberán hacer explícitos, por lo menos, los siguientes criterios para la adopción de las decisiones de

traslado y orden de selección:

- Obtención de reconocimientos, premios o estímulos por la gestión pedagógica.
- Mayor tiempo de permanencia en el establecimiento educativo en el cual se encuentra prestando el servicio docente o directivo docente el aspirante.

- Necesidad de reubicación laboral del docente o directivo docente a otro municipio, por razones de salud de su cónyuge o compañero (a) permanente, o hijos dependientes, de conformidad con la ley.

Cuando dos o más docentes o directivos docentes estén en igualdad de condiciones para ser trasladados al mismo lugar de desempeño de funciones, el nominador adoptará la decisión previo concepto del rector o director rural del establecimiento educativo receptor cuando se trate de docentes, o del consejo directivo del establecimiento educativo receptor cuando se trate de directivos docentes. Si tal concepto no se produce dentro de los cinco (5) días siguientes a su requerimiento, el nominador adoptará la decisión del caso.

Artículo 5°. Traslados no sujetos al proceso ordinario. La autoridad nominadora efectuará el traslado de docentes o directivos docentes mediante acto administrativo debidamente motivado, en cualquier época del año lectivo, sin sujeción al proceso ordinario de traslados de que trata este decreto, cuando se originen en:

1. Necesidades del servicio de carácter académico o administrativo, que deban ser resueltas discrecionalmente para garantizar la continuidad de la prestación del servicio educativo.

En tal caso, el nominador de la entidad territorial debe adoptar la decisión correspondiente considerando, en su orden, las solicitudes que habiendo aplicado al último proceso ordinario de traslado no lo hayan alcanzado.

2. Derogado por el art. 23, Decreto Nacional 1782 de 2013. Razones de seguridad fundadas en la valoración de riesgo adoptada con base en la reglamentación que establezca el Ministerio de Educación Nacional.

3. Razones de salud del docente o directivo docente, previo dictamen médico del comité de medicina laboral del prestador del servicio de salud.

4. Necesidad de resolver un conflicto que afecte seriamente la convivencia dentro de un establecimiento educativo, por recomendación sustentada del consejo directivo. (...)."

II. ACERCA DEL IUS VARIANDI

La normatividad mencionada sobre traslado de los servidores públicos docentes y directivos docentes, se basa en el principio del *Ius Variandi*, entendido como la facultad de la que goza el empleador para modificar las condiciones laborales de sus empleados en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar y carga de trabajo, entre otras.

Con respecto al tema la Corte Constitucional ha sido enfática en reiterar que esta facultad del empleador de ningún modo es absoluta, sino que se encuentra limitada por los derechos fundamentales del trabajador y de su familia, de tal suerte que en el evento de que el ejercicio del *ius variandi* afecte de alguna manera estos derechos, la acción de tutela surgirá como el mecanismo adecuado para la defensa de los derechos fundamentales del trabajador y de su núcleo familiar¹

¹ Sentencia T- 326 de 2010

Ahora bien, respecto al *Ius Variandi* en el servicio público de educación, ha dicho la Corte Constitucional:

"El Estado se encuentra en la obligación constitucional de garantizar su prestación eficiente a la todos los habitantes del territorio nacional y de suplir las necesidades insatisfechas que en este campo existan (artículos 365 y 366 Constitución Nacional), por esta razón el ejercicio del *Ius Variandi* en el servicio público de educación se encuentra limitado por el deber del Estado de garantizar la debida prestación del servicio en la totalidad del territorio nacional.

En este sentido, en lo que respecta al ejercicio del *Ius Variandi* específicamente frente a la modificación del lugar de trabajo en el servicio público de Educación, el legislador dispuso mediante la ley 715 de 2002, artículo 22, lo siguiente:

"Artículo 22. Traslados. Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, este se ejecutará discrecionalmente y por acto debidamente motivado por la autoridad nominadora departamental, distrital o del municipio certificado cuando se efectúe dentro de la misma entidad territorial.

Quando se trate de traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados se requerirá, además del acto administrativo debidamente motivado, un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales.

Las solicitudes de traslados y las permutas procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio y no podrán afectarse con ellos la composición de las plantas de personal de las entidades territoriales.

El Gobierno Nacional reglamentará esta disposición."

Tal como lo dispuso la norma en mención, posteriormente el Gobierno Nacional procedió a reglamentar el citado artículo 22 de la ley 715 de 2001, mediante la expedición del Decreto N° 3222 de 2003. El artículo 2 del mencionado Decreto estableció:

"Artículo 2. Traslados por necesidades del servicio. Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, la autoridad nominadora efectuará el traslado mediante acto administrativo debidamente motivado. Para todo traslado la autoridad nominadora deberá tener en cuenta las necesidades del servicio y la disponibilidad presupuestal.

Los traslados por necesidades del servicio son de carácter discrecional y pueden tener origen en: a) disposición de la autoridad nominadora, b) solicitud de los docentes o directivos docentes.

Para los traslados solicitados por los docentes o directivos docentes, la entidad territorial certificada hará pública la información sobre los cargos de docentes y directivos docentes disponibles en los establecimientos educativos de su jurisdicción, como mínimo dos (2) meses antes de la finalización del año lectivo, conforme al calendario académico adoptado. Estos traslados se harán efectivos en el primer mes del año lectivo siguiente.

Para decidir sobre los traslados solicitados por los docentes o directivos docentes, la autoridad nominadora tendrá en cuenta los siguientes criterios: a) El docente o directivo docente debe haber prestado como mínimo tres (3) años de servicio en el establecimiento educativo, b) La evaluación de desempeño del año anterior debe ser satisfactoria de acuerdo con la metodología establecida por el Ministerio de Educación Nacional.

Las solicitudes de traslado que se sustenten en razones de salud, y estén verificadas por la entidad territorial teniendo en cuenta el concepto de la entidad prestadora de salud, podrán ser atendidas en cualquier época del año y no se sujetarán a las disposiciones establecidas en el inciso anterior.

La decisión sobre traslado por permutas solicitadas por docentes o directivos docentes se ejecutará discrecionalmente, procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio según lo establecido en el inciso 3 del artículo 22 de la Ley 715 de 2001, y requieren previa disponibilidad presupuestal cuando exista diferencia salarial. El traslado por permuta que implique un cambio de entidad territorial certificada, se tramitará de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del presente decreto.

Parágrafo 1. Cuando la autoridad nominadora efectúe un traslado de un docente o directivo docente, deberá garantizar la continuidad de la prestación del servicio en el establecimiento educativo.

Parágrafo 2. El traslado por permuta no será autorizado por la autoridad nominadora si a uno de los dos solicitantes le faltan cuatro (4) años o menos de servicio, para alcanzar la edad de retiro forzoso.

Parágrafo 3. El traslado no procederá cuando el docente o directivo docente deba permanecer en el municipio por orden judicial o de autoridad policiva."

5. Se observa como las normas en mención exponen la posibilidad que tiene la administración de hacer uso del *ius variandi* para modificar las condiciones del docente en cuanto al lugar de prestación del servicio, de manera discrecional, y como resultado del ejercicio de la potestad de organización administrativa, en aras de garantizar la efectiva y adecuada prestación del servicio público de educación y de cubrir las necesidades básicas insatisfechas en materia de educación[3].

Se resalta, además, como la normatividad expuesta le otorga la posibilidad al docente para que *motu proprio* solicite a la administración su traslado hacia otro lugar de prestación del servicio, atendiendo ciertos requisitos establecidos, los cuales no deben ser observados cuando la solicitud sea realizada por motivos de salud.

Entonces, resulta claro que la potestad discrecional de la administración para realizar traslados de docentes no puede ser arbitraria sino que se encuentra limitada por:

- i) condiciones objetivas que responden a necesidades reales en el servicio de educación, y por
- ii) condiciones subjetivas que atienden a las necesidades personales del docente y/o su familia, cuando estas comprometan derechos fundamentales del trabajador o de su familia.

Por esta razón, al decidir sobre un traslado, el empleador deberá motivar su acto ponderando los elementos en tensión: por una parte la necesidad de garantizar la adecuada prestación del servicio educativo, y de otro lado, las necesidades y derechos del trabajador y de su familia”²

Así las cosas lo primero que debe advertir este despacho es que al hacer uso del ius Variandi, la administración, en este caso la Secretaría de Educación tiene una potestad discrecional que se encuentra limitada por condiciones objetivas que responden a necesidades reales en el servicio de educación y condiciones subjetivas que atienden las necesidades personales del docente y su familia.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE TRASLADO DE DOCENTES:

La sentencia T- 042 de 2014 del 31 de enero de 2014, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, expresó:

“El Ministerio de Educación expidió el Decreto 520 de 2010, mediante el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001[7], en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes. En esta reglamentación se sujeta el ius variandi, es decir, la posibilidad del empleador de determinar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que el empleado ejercerá su labor a dos posibilidades: i) al proceso ordinario de traslados y ii) a los traslados no sujetos al proceso ordinario.

En el primer evento, con la ayuda de un cronograma y el reporte anual de vacantes elaborado por las entidades territoriales, se debe expedir un acto administrativo que contenga: *“las necesidades del servicio educativo por atender mediante traslado ordinario de docentes y directivos docentes, con la indicación del cargo directivo o del área de desempeño para el caso de los docentes, localización del establecimiento educativo, considerando las sedes, requisitos, oportunidad y procedimiento para la inscripción en el proceso de traslados, información sobre los criterios de priorización para la definición de los mismos, fechas para la verificación del cumplimiento de los requisitos y de expedición de los actos administrativos de traslado.”* Así la autoridad administrativa, en aras de cumplir con la prestación del servicio educativo, en términos de calidad y cobertura, puede adelantar una convocatoria para suplir las vacantes que requiere. Este proceso está mediado por la publicidad y la participación de los docentes y directivos docentes en razón a los criterios de priorización legalmente definidos.

² Sentencia T- 326 de 2010

En segundo lugar, en los traslados no sujetos al proceso ordinario, el artículo 5° del mencionado decreto, señaló que la autoridad nominadora efectuará el correspondiente traslado mediante acto administrativo debidamente motivado, en cualquier época del año lectivo, cuando el mismo se origine en:

Necesidades del servicio de carácter académico o administrativo, que deban ser resueltas discrecionalmente para garantizar la continuidad de la prestación del servicio educativo. En tal caso, el nominador de la entidad territorial debe adoptar la decisión correspondiente considerando, en su orden, las solicitudes que habiendo aplicado al último proceso ordinario de traslado no lo hayan alcanzado.

Razones de seguridad fundadas en la valoración de riesgo adoptada con base en la reglamentación que establezca el Ministerio de Educación Nacional.

Razones de salud del docente o directivo docente, previo dictamen médico del comité de medicina laboral del prestador del servicio de salud.

Necesidad de resolver un conflicto que afecte seriamente la convivencia dentro de un establecimiento educativo, por recomendación sustentada del consejo directivo."

En suma, como lo reconoció la sentencia T-664 de 2011[8], en los traslados de docentes existen criterios objetivos y particulares que debe verificar tanto la autoridad administrativa a quien se le solicita como el juez de tutela que conoce el caso: "(...) la potestad discrecional de la administración para ordenar traslados de docentes no puede ser arbitraria sino que se encuentra limitada, de una parte por elementos **objetivos** que responden a necesidades reales en el servicio de educación, y por otra por elementos **particulares** que atienden a las necesidades personales del docente y/o su núcleo familiar. De esta manera, en las solicitudes que estudie la administración pública de traslado de personal perteneciente al servicio público educativo y de forma residual el juez de tutela al momento de revisar una solicitud de amparo, deberán verificarse los elementos descritos, para satisfacer la necesidad de garantizar la adecuada prestación del servicio educativo y de los derechos del trabajador y de su núcleo familiar [9]".

Encuentra la Corte entonces que la autoridad administrativa, en este caso la Secretaría de educación, debe verificar al momento de estudiar una solicitud de traslado los elementos objetivos y particulares de los que ya se habló, para satisfacer la necesidad de garantizar la adecuada prestación del servicio y los derechos del trabajador y su núcleo familiar

En ese mismo sentido conviene revisar la sentencia T- 326 de 2010 con ponencia del Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, donde la Corte Constitucional observó:

“ Abundante ha sido la jurisprudencia de la Corte en la cual se ha considerado como perfectamente viable ordenar por medio de la acción de tutela el traslado de docentes cuando la ubicación laboral del trabajador vulnera de algún modo los derechos fundamentales del docente o de su familia, en especial los derechos a la vida digna, al trabajo en condiciones dignas y justas, a la salud en conexidad con la vida y a la integridad personal[5].

En su jurisprudencia, la Corte no se ha limitado a conceder o evitar traslados de docentes cuando se encuentran en peligro los derechos del propio trabajador, sino que ha extendido la protección constitucional a aquellos eventos en los cuales algún miembro del núcleo familiar del docente padezca alguna enfermedad o situación que socave sus derechos fundamentales y que demande el cambio de lugar de prestación de servicio del docente.

En este sentido, encontramos la sentencia T-815 de 2003, en la cual se ordenó el traslado de una docente que requería estar cerca de su hijo quien padecía una enfermedad neurológica y sufría de dificultades de aprendizaje que requerían sesiones de terapia ocupacional, psicología y fisioterapia, 3 veces por semana. En esta misma línea, en la sentencia T-825 de 2003 se tuteló el derecho al trabajo de una docente cuyo traslado generaba “consecuencias dramáticas respecto de la situación” de su hijo gravemente enfermo y que no contaba con el apoyo de su padre. En idéntico sentido, encontramos la sentencia T-909 de 2004, en la que se concedió la tutela de una docente que vivía en Manizales, pero fue trasladada al municipio de Villamaría, por cuanto requería estar cerca de su esposo discapacitado quien necesitaba frecuentemente atención médica especializada y de su hija menor cuyo cuidado no podía compartirse con el padre por sus condiciones de salud. Más reciente se encuentra la sentencia T-922 de 2008 en la cual se concedió la tutela a una docente cuyo hijo padecía graves problemas neurológicos y coronarios, que exigían el constante desplazamiento de la accionante y su hijo a la ciudad de Medellín y a otros lugares, necesidades que se habían visto gravemente afectadas con el traslado de la docente al Municipio de Atrato, por lo cual la Corte ordenó el traslado de la docente al municipio de Quibdó.

Sin embargo, también existen pronunciamientos de la Corte en los cuales se ha negado el amparo solicitado. Por ejemplo, en la sentencia T-1046 de 2004, si bien se demostró que el esposo de la accionante tenía una dolencia y que en el lugar donde ella fue trasladada no existían condiciones para atenderlo médicamente, no se pudo probar que el mantenimiento de la salud del cónyuge dependía de la atención que la profesora pudiera darle ni que el traslado le generara serios problemas de salud. Del mismo modo, la sentencia T-1156 de

2004, negó el amparo de una docente que pretendía dejar sin efectos la decisión de trasladarla de la ciudad de Puerto Carreño al municipio de Nueva Antioquia por dificultades de salud de su esposo, por cuanto el mantenimiento de su salud no dependía de la atención de la accionante ni estaba demostrado que el traslado ocasionara serios problemas de salud para el cónyuge.

En la construcción de esta línea jurisprudencial sobre las condiciones de salud del docente o de su familia la Corte ha establecido que *"no toda enfermedad o alteración física o mental autoriza a suspender el traslado, pues para que proceda el cambio de sede o jornada laboral es indispensable que se encuentre probado, en cada caso, que: "(i) en la localidad de destino no sea posible brindarle el cuidado médico requerido o no existan las condiciones ni la capacidad médica para ello, (ii) la afectación a la salud sea de una entidad importante; (iii) el traslado o su negativa, guarde una relación tal con la afectación de la salud del familiar, que para alcanzar la mejoría física y emocional de éste o para evitar su deterioro, sea necesaria la presencia constante del empleado; y (iv) exista una relación de dependencia entre el familiar y el trabajador"[6]. De todas maneras, debe estar demostrado el nexo de causalidad entre la afectación del derecho a la salud del docente o de su miembro de familia y la necesidad de la reubicación o cambio de lugar de trabajo"[7].*

Ahora bien, en un caso en lo que se pretende no es la suspensión de un traslado, sino por el contrario su otorgamiento, la Corte manifestó en la sentencia T- 815 de 2003 que *"cuando los docentes, sus hijos, o algún otro miembro de la familia padecen quebrantos de salud, ya sea a nivel físico o mental, que evidencien la necesidad de un cambio de sede o de jornada como en este caso, no sólo para la (sic) lograr la recuperación del docente, sino también para alcanzar la mejoría física y emocional que demanden quienes depende del docente, es deber de la administración, y llegado el caso del juez constitucional, dar un trato diferencial positivo, garantizando con ello los derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la salud en conexidad con la vida. Esta jurisprudencia ha ido acompañada de ciertos condicionamientos operativos y presupuestales de la administración pública, como la ausencia de vacantes o la carencia de recursos. En estos casos, a menos que se demuestre fehacientemente la impostergabilidad del traslado o la reubicación, la medida consistirá en una orden de atención prioritaria a la persona, una vez exista la vacante o se apropien recursos para el efecto."* (Se subraya)

Como se observa en todos estos pronunciamientos, entratándose de traslados de docentes la postura de la Corte ha buscado ponderar y armonizar los derechos a la salud, la vida, y el trabajo en condiciones dignas con los principios que rigen la prestación del servicio público de salud como lo son el deber de garantizar un servicio eficiente, cubrir las necesidades básicas insatisfechas en el sector, y garantizar el acceso a la educación de los niños. Esto, sin perjuicio de asegurar según las

circunstancias de cada caso concreto la materialización de tratos diferenciales positivos hacia algunos habitantes o sectores de población que por sus condiciones de debilidad manifiesta frente al resto de la sociedad requiere una especial protección por parte del Estado.

De los casos estudiados por la Corte y en aplicación de las reglas derivadas del *ius variandi*, se han establecido como aspectos fundamentales a tener en cuenta para que la decisión de traslado sea considerada arbitraria y que implique una clara desmejora de las condiciones de trabajo, esto es; que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha elaborado las siguientes subreglas que deben verificarse en cada asunto específico cuando:

- (i) El traslado laboral genere serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan las condiciones para brindarle el cuidado médico requerido;
- (ii) El traslado ponga en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia;
- (iii) En los casos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, puedan incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la procedencia del traslado.
- (iv) La ruptura del núcleo familiar vaya más allá de la mera separación transitoria.

IV. CONCLUSIÓN:

De conformidad con el anterior estudio normativo y jurisprudencial este despacho sugiere al Comité de Asuntos Docentes, que para proceder a un traslado diferente a los reglados por el Decreto 520 de 2010, debe necesariamente proceder a tener en cuenta en cada caso concreto:

1. Que la Secretaría de Educación- Comité de Asuntos Docentes tiene una potestad discrecional que se encuentra limitada por condiciones objetivas que responden a necesidades reales en el servicio de educación y condiciones subjetivas que atienden las necesidades personales del docente y su familia
2. Que al decidir sobre un traslado la Secretaría de Educación- Comité de Asuntos Docentes deberá motivar su acto ponderando los elementos en tensión, esto es la

necesidad de prestar un adecuado servicio educativo y, por otro lado, los derechos del trabajador y su familia;

3. Que cuando defina un caso de traslado la Secretaría de Educación- Comité de Asuntos Docentes debe estudiar las circunstancias de cada caso concreto y la necesidad de materializar tratos diferenciales positivos a favor de algunos habitantes o sectores de la población que por sus condiciones de debilidad manifiesta frente al resto de la sociedad requieren una especial atención y protección por parte del Estado.

4. En cada caso concreto la Secretaría de Educación – Comité de Asuntos Docentes debe en cada caso concreto tener presente las reglas derivadas del *ius variandi*, tal y como lo ha determinado la Corte Constitucional, esto es, circunstancias particulares del trabajador, y que no implique una clara desmejora de sus condiciones de trabajo;

5. Que la decisión acerca del traslado puede tornarse arbitraria y puede afectar en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar, teniendo en cuenta las subreglas ya mencionadas, cuando:

1. El traslado laboral genere serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan las condiciones para brindarle el cuidado médico requerido;
2. El traslado ponga en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia;
3. En los casos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, puedan incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la procedencia del traslado.
4. La ruptura del núcleo familiar vaya más allá de la mera separación transitoria.

6. Ahora bien en los casos en que el traslado se sustente en condiciones de salud, habrá que tenerse en cuenta la línea jurisprudencial que sobre la materia ha desarrollado la corte constitucional según la cual:

1. No toda enfermedad o alteración física o mental autoriza a suspender el traslado, pues para que proceda el cambio de sede o jornada laboral es indispensable que se encuentre probado, en cada caso, que:
 - a) En la localidad de destino no sea posible brindarle el cuidado médico requerido o no existan las condiciones ni la capacidad médica para ello,
 - b) La afectación a la salud sea de una entidad importante;
 - c) El traslado o su negativa, guarde una relación tal con la afectación de la salud del familiar, que para alcanzar la mejoría física y emocional de éste o para evitar su deterioro, sea necesaria la presencia constante del empleado;
 - d) Exista una relación de dependencia entre el familiar y el trabajador.

- e) De todas maneras, debe estar demostrado el nexo de causalidad entre la afectación del derecho a la salud del docente o de su miembro de familia y la necesidad de la reubicación o cambio de lugar de trabajo.

De conformidad con lo anterior, este despacho en aras de brindar apoyo en materia jurídica, sugiere que el Comité de Asuntos Docentes de la Secretaría de Educación tenga en cuenta estos criterios y subreglas que a partir de la jurisprudencia ha creado la Corte Constitucional, con el objeto de que cuando se aborde el estudio de cada uno de los casos de traslado se tengan herramientas para hacer un ejercicio ponderando de los elementos en tensión, esto es la necesidad de prestar un adecuado servicio educativo y, por otro lado, los derechos del trabajador y su familia.

Así para los casos en que se tenga como argumento para solicitar el traslado cuestiones referentes a la salud, esto es, argumentos relacionados en los literales c y g del artículo 2 de la resolución 073 de 2013, considera este despacho indispensable que se tenga en cuenta las subreglas establecidas por la Corte Constitucional mencionadas en el numeral 6 del acápite de conclusiones del presente escrito.

Con relación a las otras causales de traslado establecidas en el artículo de la resolución 073 de 2013, considera este despacho indispensable sugerir que se tenga en cuenta para establecer los criterios de traslado el sistema de la tarifa legal, esto es, en términos de Devis Echandia refiere a que el juez o en este caso el operador jurídico -Comité de asuntos docentes este sujeto a reglas abstractas "al juez esta sujeto a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba"³

Frente al sistema de Tarifa legal ha dicho la Corte Constitucional⁴ "El sistema de la *tarifa legal o prueba tasada*, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él.

Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador."

³ DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I. Rubinza-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2000, p. 16.

⁴ Sentencia C-202 de 2005

Así las cosas el Comité de asuntos de personal docente en este sistema se encontrará impedido de formarse un criterio personal sobre los medios de prueba y, consecuentemente, sobre los hechos acreditados, encontrándose eventualmente obligado a aceptar valoraciones en contra de su propio convencimiento razonado".

Teniendo en cuenta lo anterior el Comité de asuntos disciplinarios podrá o no aceptar una solicitud de traslado cuando en cada una de las causales se tengan a bien las siguientes pruebas:

a. Docente reportado sin asignación académica para el año que formule la solicitud.

Prueba: Certificación del Colegio para el cual está asignado el docente donde se determine su asignación académica para el año de la solicitud y la explicación de dicha asignación.

En todo caso al decidir sobre un traslado la Secretaría de Educación- Comité de Asuntos Docentes deberá motivar su acto ponderando los elementos en tensión, esto es la necesidad de prestar un adecuado servicio educativo y, por otro lado, los derechos del trabajador y su familia;

b. La antigüedad del solicitante en el colegio, que no podrá ser inferior a un año

Prueba: certificación del Colegio que debe dar cuenta de la antigüedad del solicitante,

No obstante al decidir sobre el traslado la Secretaría de Educación- Comité de Asuntos Docentes deberá motivar su acto ponderando los elementos en tensión, esto es la necesidad de prestar un adecuado servicio educativo y, por otro lado, los derechos del trabajador y su familia,

c. Docente con Familiar dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con enfermedad o discapacidad que requiera cuidado permanente, de acuerdo con la certificación médica expedida por la entidad competente. Tratándose de familiares que se encuentren en el tercer y cuarto grado de consanguinidad, la situación deberá acreditarse con los documentos que así lo demuestran

Prueba: debe probarse el vínculo de afinidad y consanguinidad de conformidad con lo dispuesto en el código civil

- a) En armonía con lo dispuesto por la corte constitucional debe tenerse en cuenta que la La afectación a la salud sea de una entidad importante;
 - b) El traslado o su negativa, guarde una relación tal con la afectación de la salud del familiar, que para alcanzar la mejoría física y emocional de éste o para evitar su deterioro, sea necesaria la presencia constante del empleado;
 - c) Exista una relación de dependencia entre el familiar y el trabajador.
 - d) De todas maneras, debe estar demostrado el nexo de causalidad entre la afectación del derecho a la salud del docente o de su miembro de familia y la necesidad de la reubicación o cambio de lugar de trabajo
- d. **Ubicación geográfica que afecte gravemente la unidad familiar y el cuidado de los hijos menores, debidamente justificada.**

Prueba. Prueba de la ubicación del colegio donde se encuentra prestando el servicio que indique que los hijos o padres no podrían mantener contacto directo, esto en armonía con lo dicho por la Corte constitucional frente a la Unidad familiar:

"El análisis de la preceptiva en cuestión lleva necesariamente a concluir, como lo hace esta Corte, que los mandatos constitucionales relativos a la familia consagran de manera directa y determinante el derecho inalienable de los niños -aún los de padres separados- a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores"⁵.

e. Ser Madre o padre cabeza de familia

Prueba: La prueba de esta causal por vía interpretativa debe ser entendida de tal forma que la negativa del traslado no viole el núcleo esencial del derecho a la familia y su unidad.

⁵ Sentencia t- 408 de 1995

Así la protección al padre o madre cabeza de hogar según la Corte Constitucional responde no a la mujer por el sólo hecho de ser mujer, sino por el contexto dentro del cual se encuentra, es decir, tener a su cargo la responsabilidad de la familia.

En sentencia C-660 de 2000, la Corte estableció que “el régimen constitucional de la familia, cuya piedra angular es el artículo 42, en concordancia con el artículo 5°, busca hacer de esta institución el ámbito adecuado para que dentro de un clima de respeto, no violencia, e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros. Busca, así mismo, lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tienen derecho cada uno de sus integrantes, aspecto éste donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones. Porque la Constitución Nacional reconoce en la familia una institución esencialmente dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad”.

Dentro de este contexto, debe entenderse que es indiferente quien asume la condición de cabeza de familia, como quiera que los sujetos de protección son los menores, cuyos derechos tienen prevalencia sobre los demás conforme al artículo 44 de la Constitución.

Es decir, conforme a lo expuesto, no se protege a la mujer por ser mujer, ni al hombre por ser tal sino, al uno o al otro cuando tengan la calidad de cabeza del hogar, en razón de la protección constitucional a que tiene derecho la familia (artículo 5 de la Carta), y de manera especial los niños, conforme a lo preceptuado, se repite, por el artículo 44 de la Constitución pues ellos, por su condición, han de ser especialmente protegidos en todo lo que atañe a sus derechos fundamentales.

Por lo que la prueba que debe estudiarse por la Secretaría de educación para probar esta causal debe determinar que de no darse el traslado se pone en riesgo la familia y su unidad.

f. Docente con reconocimiento, premios o estímulos por parte de la secretaria de educación

Prueba: EL RECONOCIMIENTO O ESTIMULO OTORGADO

En todo caso al decidir sobre un traslado la Secretaría de Educación- Comité de Asuntos Docentes deberá motivar su acto ponderando los elementos en

tensión, esto es la necesidad de prestar un adecuado servicio educativo y, por otro lado, los derechos del trabajador y su familia;

g. Necesidad de reubicación laboral en el Distrito capital por razones de salud de su compañero permanente o hijos dependientes

Prueba: debe probarse la calidad de compañero o compañera permanente con la respectiva declaración extra juicio y el parentesco con el respectivo registro civil de nacimiento.

No obstante lo anterior en armonía con lo dispuesto por la corte constitucional debe tenerse en cuenta que la La afectación a la salud sea de una entidad importante;

- b) El traslado o su negativa, guarde una relación tal con la afectación de la salud del familiar, que para alcanzar la mejoría física y emocional de éste o para evitar su deterioro, sea necesaria la presencia constante del empleado;
- c) Exista una relación de dependencia entre el familiar y el trabajador.
- d) De todas maneras, debe estar demostrado el nexo de causalidad entre la afectación del derecho a la salud del docente o de su miembro de familia y la necesidad de la reubicación o cambio de lugar de trabajo

h) Padres que se encuentran distantes geográficamente, situación que afecto en forma grave a los hijos menores, su ambiente afectivo familiar, su estabilidad emocional.

Prueba. Prueba de la ubicación del colegio donde se encuentra prestando el servicio que indique que los hijos o padres no podrñan mantener contacto directo, esto en armonía con lo dicho por la Corte constitucional frente a la Unidad familiar:

"El análisis de la preceptiva en cuestión lleva necesariamente a concluir, como lo hace esta Corte, que los mandatos constitucionales relativos a la familia consagran de manera directa y determinante el derecho inalienable de los niños -aún los de padres separados- a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores"⁶.

⁶ Sentencia t- 408 de 1995

i) Necesidad de reubicación por motivos diferentes a los anteriores generados por eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

Prueba: Se debe probar la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho

Sobre los elementos que conforman la institución de la fuerza mayor, es decir, la imprevisibilidad y la irresistibilidad ha señalado el Consejo de Estado:

"En cuanto al primero [imprevisibilidad], se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: "La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado... Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad.

"Y en cuanto a la irresistibilidad, como lo dice la misma sentencia, "el hecho... debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, releva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias."

Pero para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, estos dos elementos deben darse concurrentemente, de modo que si falta uno de ellos, ya no se estaría en presencia de una causal de exculpación de responsabilidad.

Y también como lo dijo la Sala en sentencia de fecha 27 de mayo de 2004⁷, para que pueda tenerse a un hecho como caso fortuito o fuerza mayor, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse indefectiblemente por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable ponderar todas las circunstancias que lo rodearon.

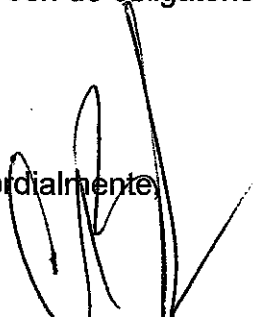
Entonces quien alega una fuerza mayor o caso fortuito debe demostrar la concurrencia de estos dos elementos, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, irresistible." (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Expediente 14667.)

⁷ Expediente No. 13610. C. P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié

En todo caso al decidir sobre un traslado la Secretaría de Educación- Comité de Asuntos Docentes deberá motivar su acto ponderando los elementos en tensión, esto es la necesidad de prestar un adecuado servicio educativo y, por otro lado, los derechos del trabajador y su familia;

Este concepto se rinde de acuerdo con lo establecido en los literales A y B⁸ del artículo 8 del Decreto Distrital 330/08, y en los términos establecidos en el artículo 28 del C.P.A.C.A., según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,


CAMILO BLANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Radicado: Sin radicado

⁸ Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

- A.** Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.
- B.** Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos."