

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado ponente

STP10496-2018

Radicación n.º 99662

Acta 260

Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación formulada por Eini Cecilia Martínez Escudero, frente a la sentencia proferida el 25 de junio de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, mediante la cual le negó la tutela interpuesta contra la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración de su derecho «a la unidad familiar».

ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

Consigna la accionante en el libelo de tutela, que la Procuraduría General de la Nación mediante resolución 332 del 12 de agosto de 2015 dio apertura y reglamentó la convocatoria para proveer 739 empleos de carrera en la entidad, entre la que se encontraba

la convocatoria 114 para proveer 21 cargos técnicos de sustanciador código 4SU grado 8 en distintas plazas del país. Que se presentó en esta última escogiendo como sedes de preferencia las ciudades de Barranquilla, Cartagena, Montería y Medellín. Que mediante resolución 199 del 17 de mayo de 2017 se publicó la lista de elegibles, dentro de la cual ocupó el puesto N° 11 con una puntuación de 83.64, procediéndose por parte del Procurador General de la Nación a realizar su nombramiento a través del Decreto 3234 del 15 de junio de 2017 pero este no fue realizado en su sede de preferencia sino en la ciudad de Montería, tercera opción de las cuatro elegidas, específicamente en la Procuraduría 10 Judicial II Ambiental y Agraria.

Explica, que no obstante la ruptura de la unidad familiar que consecuentemente se daría con la aceptación del nombramiento, se vio obligada a hacerlo en atención a la peyorativa situación económica que su familia afrontaba conformada junto a su esposo e hijo, además por la confianza legítima que se tiene sobre las actuaciones administrativas que indica que su nombramiento era un imposible por la inexistencia de vacantes definitivas ante la ocupación de estas por concursantes que se encontraban con mejor derecho.

Que una vez se trasladó a la ciudad de Montería para asumir sus funciones, su menor hijo comenzó a presentar cambios en su conducta lo que la obligó a asistir a la Psicóloga Especialista en Desarrollo Familiar.

Que superado el periodo de prueba y efectuada la inscripción en carrera administrativa, de la Procuraduría General de la Nación, procedió a solicitar mediante escrito ante la Comisión de Personal de la Entidad traslado de sede a la ciudad de Barraquilla, o en su defecto a Santa Marta o Cartagena teniendo en cuenta la cercanía de estas con su ciudad natal, lo cual le permitía los viajes semanales para mantener la unión familiar, frente a lo cual se le informó mediante oficio del 16 de enero hogaño, que su caso sería estudiado y, posteriormente, los informes recibidos en los meses de enero y marzo dan cuenta de la inviabilidad del traslado dada la inexistencia de vacantes plenas disponibles.

Que mediante oficio del 2 de marzo de 2018, se le informó que existen dos cargos de sustanciador 4SU Grado 8 nombrados en provisionalidad en las sedes territoriales de Barranquilla y Santa Marta, por lo que pidió su traslado al cargo que se encuentra ocupado en provisionalidad en Barranquilla resaltando que se encontraban de por medio los derechos de su menor hijo, pero por oficio del 21 de mayo del año que transcurre, la Comisión de Personal le responde negativamente la petición manifestando que a pesar de no haber sido ofertado el cargo de sustanciador grado 08 código 4SU de la Procuraduría 5 Judicial II de Familia, este "será provisto definitivamente con ocasión de la 4o fase de la recomposición de la citada lista, situación que ocurriría ... una vez culminada la 3o fase de agotamiento (realizados los nombramientos de quienes han sido nombrados dos veces, no han aceptado la designación pero solicitaron no ser excluidos del proceso), se procederá con la provisión de TODOS LOS CARGOS que se encuentran vacantes, teniendo en cuenta que la lista excedió el número de cargos convocados, tal como los disponen los artículos 190 y 216 inciso 5° del Decreto Ley 262 de 2000".

Asegura, que aceptar la solicitud de traslado no implica la ignorancia de los derechos de quienes continúan integrando la lista de elegibles, como tampoco el desconocimiento del mérito como mecanismo primario para el ingreso y permanencia en carrera administrativa, pues precisamente ingresó a carrera en razón al puntaje obtenido el cual fue superior a los que actualmente se encuentran a la espera de nombramiento, como tampoco implica la desaparición de la vacante definitiva, en vista que se habilitaría la que actualmente ocupa¹.

SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Montería negó el amparo porque consideró que el caso no encaja en ninguna de las excepciones que ha consagrado la jurisprudencia nacional para conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio o defensivo, y además porque la accionante tiene a su alcance otros medios de defensa judicial aptos para ventilar

la controversia planteada, sin que se vislumbre un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo constitucional ni siquiera en forma transitoria.

LA IMPUGNACIÓN

La actora reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la entidad accionada vulneró el derecho al debido proceso de la interesada, con la negativa en acceder a su traslado.

Para resolver, previamente se verificará si se satisface el principio de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción.

2. Improcedencia de la tutela por ruptura del principio de subsidiariedad

2.1. La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

De su naturaleza se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, el interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos

constitucionales fundamentales.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial².

2.2. En el presente caso, la Sala considera que, tal y como lo señaló el Tribunal Superior de Montería, la actora se equivocó al elegir la tutela como ruta para censurar la decisión mediante el cual se resolvió de manera negativa su solicitud de traslado, ya que es claro que el camino al que debe concurrir es a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda; ello, porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de esa instancia, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional.

Lo anterior se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «de otros recursos o medios de defensa judiciales», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³, el cual no se vislumbra en este asunto.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por la accionante es el Juez de lo contencioso administrativo, quien previa demanda podrá decretar la nulidad de la sanción disciplinaria que se le impuso y así restablecer el derecho; con la posibilidad de solicitar, además, la suspensión de la misma, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011⁴ y que en virtud del precepto 233 ejúsdem se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

Sobre la suspensión provisional, la Corte Constitucional en sentencia CC SU-355/15, señaló:

La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código -al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación –no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del “análisis”, indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación.

La mencionada medida precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por ello, descarta la viabilidad de la demanda constitucional, incluso, como mecanismo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones que no le está permitido frente a la legalidad del cuestionado acto administrativo.

3. Aunque lo anterior sería suficiente para mantener la decisión de primera instancia, se aprecia que, Eini Cecilia Martínez Escudero superó el concurso de méritos previsto en la Convocatoria 114 de 2015, razón por la que aceptó el cargo de «Sustanciador código 4SU Grado 8» en la Procuraduría 10 Judicial II Ambiental y Agraria en ciudad de Montería.

Bajo ese entendido, la Sala observa que pese a que la interesada pretendía ocupar el cargo aludido en la ciudad de Barranquilla, pues allí reside su familia, accedió a ocupar la mentada plaza en la capital del Departamento de Córdoba, sin que la entidad convocada tuviese injerencia alguna en dicha decisión, por lo que mal puede ahora endilgársele a ésta quebrantamiento alguno respecto de sus garantías fundamentales porque no se accedió al traslado pretendido por aquélla.

Ahora, la jurisprudencia constitucional ha otorgado la protección de tutela en materia de traslados laborales en los casos en que la administración pública hace uso de la facultad del «ius variandi», esto es, es

«una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados, que se concreta en la facultad de variar o de modificar las condiciones en las que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, las condiciones de modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo» (Corte Constitucional, sentencia CC T-565-2014).

Cuando se trata de entidades que hacen parte del sector público, específicamente aquellas que cuentan con una planta de personal global, 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» (ibídem).

Asimismo, se ha señalado que la facultad del empleador de reubicar a un trabajador en un lugar diferente por motivo de necesidad del servicio no es absoluta, y en ese sentido, se ha orientado a proteger a las personas que estén en especiales condiciones, y que por tal motivo se vean afectadas con la medida de traslado,

Esta situación se materializa cuando: (i) las razones que llevaron a la decisión del traslado son ostensiblemente arbitrarias y no tuvieron en cuenta la situación particular del trabajador; (ii) el traslado afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales de la parte actora o de su núcleo familiar; y/o (iii) el traslado desmejora las condiciones del empleado. (Corte Constitucional, Sentencia CC T-338-2013).

De conformidad con lo anterior, resulta claro que en el caso bajo estudio la Procuraduría General de la Nación no ejerció su facultad para trasladar a la accionante al cargo que actualmente ostenta, por el contrario, aquella aceptó libremente el nombramiento en el cargo de «Sustanciador código 4SU Grado 8» en la Procuraduría 10 Judicial II Ambiental y Agraria en ciudad de Montería, motivo por el cual, en el presente asunto, no es procedente aplicar los precedentes mencionados.

Por las anteriores consideraciones se ratificará el fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal

de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 63 a 66, cuaderno del Tribunal.

2 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49, 752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

3 Sentencia T226/07 de la Corte Constitucional (...)Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas

inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.

4 Nuevo Código Contencioso Administrativo.