

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

STP375-2018

Radicación n.º 95831

Acta 10

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación formulada por Leila Patricia Rojas Acosta frente a la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual le negó la tutela interpuesta contra la Fiscalía General de la Nación, por la presunta vulneración de sus derechos al trabajo, a la salud y a la unidad familiar.

Al presente trámite fueron vinculados la Direcciones Seccionales de Fiscalías de San José del Guaviare y de Tunja, la Nueva EPS, la Subdirección de Talento Humano y la Dirección Nacional de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la acción

Fueron narrados por el A quo de la siguiente manera:

[...] Dijo la accionante que es Profesional de Gestión II de la Fiscalía General adscrita a la

seccional de Guaviare, cargo al que ingresó por concurso en junio de 2016; que reside con su familia en Tunja, Boyacá, no obstante, aceptó su nombramiento en San José del Guaviare porque era una oportunidad laboral por ser madre de 2 hijas. Que el 16 de noviembre de 2016 y por su estado de salud deteriorado por los viajes que se ve obligada a realizar a su lugar de trabajo, solicitó a la Fiscalía General su traslado a Tunja, Boyacá, donde reside su familia; que la Dirección Nacional le respondió que no era posible su traslado por estricta necesidad del servicio, sin tener en cuenta su estado de salud ni la afectación de su familia.

Que volvió a solicitar su traslado, pero nuevamente le fue negado el 29 de agosto de 2017 por necesidad del servicio, y tampoco fue tenido en cuenta su diagnóstico de coxartrosis primaria bilateral de cadera, escoliosis dorsal derecha de 11 grados y curvatura lumbar izquierda de 12 grados, por lo que el especialista de ortopedia Dr. HECTOR WILCHES, adscrito a su EPS que la valoró. Él recomendó:

“...paciente que se beneficia de reubicación laboral en vista de los trayectos largos en transporte intermunicipal por su afección de cadera y columna vertebral...”. Antes de esta recomendación, la Dra. MARÍA SUAREZ sugirió en su historia clínica: “... se recomienda evitar viajes largos...”.

Que el neurocirujano JUAN RODRIGUEZ, adscrito a la Nueva EPS, el 18 de septiembre de 2017 señaló: “... paciente con lumbalgia mecánica, con desancondicionamiento muscular (...) se considera evaluar reubicación laboral por patología de cadera (...) que se prescribe plan de terapia física y se requiere seguimiento estricto por medicina especializada...”.

Que en San José del Guaviare, donde labora, no hay la especialidad médica para ser atendida; que en sus reiteradas solicitudes de traslado anexó exámenes y su historia clínica con las recomendaciones que le han dado. Sin embargo, continúa viajando por 24 horas, ida y regreso, cada 15 días de Tunja al Guaviare para trabajar. Que además de su estado de salud, su solicitud de traslado también la hizo bajo un contexto familiar, pues sus hijas

residen en Tunja, quienes ante su ausencia han tenido que asumir responsabilidades y emociones injustificadas, como la atención por psicología de una de sus hijas.

Que el 14 de octubre de 2017 la psicóloga ANA BARRERA, adscrita a la EPS, en el diagnóstico de su hija de 16 años, refirió: "... femenina de 16 años para valoración de afectación emocional por madre que labora en San José del Guaviare (...) sin presencia de ninguna figura filial cercana constante y permanente, que le genera sentimiento de soledad, desatención, extraña mucho madre (...) se evidencia gran afectación emocional cuando se refiere a su madre (...) presenta riesgo psicosocial de afectación emocional por inasistencia física permanente de madre...". Lo cual tampoco tuvo en cuenta la accionada para su traslado. Que no cuenta con un mecanismo alternativo a la tutela para garantizar su pretensión, pues ya le fue negado por la entidad. Por lo que solicitó el amparo de sus derechos para que se le ordene a la accionada el traslado a Tunja de la accionante por su salud y la afectación de su núcleo familiar.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó el amparo al considerar que desde que la actora decidió participar en la Convocatoria 0004 de 2008, conocía las condiciones del concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación, entre ellas, que podía ser ubicada en cualquier seccional del país dependiendo de la necesidad del servicio, pues la entidad posee una planta global a nivel nacional, por lo que cuando aceptó el cargo de Profesional de Gestión II en San José del Guaviare, ya tenía la situación familiar que aduce como razón de su traslado, de modo que ella no fue producto de una situación sobreviniente ni en virtud de un traslado ordenado por la accionada.

Adujo que la accionante tiene posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, con el fin de cuestionar los fundamentos del acto administrativo mediante el cual la Fiscalía General de la Nación le negó la reubicación de su lugar de trabajo.

LA IMPUGNACIÓN

Leila Patricia Rojas Acosta presentó memorial con el que reiteró los planteamientos de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Corte determinar si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos al trabajo, a la salud y a la unidad familiar de la interesada, por negarse a ordenar el traslado de su lugar de trabajo de San José del Guaviare a Tunja.

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

2. 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 judicial¹.

2.1. En el presente caso, se observa que la actora se equivocó al elegir la tutela como ruta

para censurar la decisión mediante la cual la Fiscalía General de la Nación le negó el cambio de su lugar de trabajo de San José del Guaviare a Tunja, ya que es claro que el camino al que debe concurrir es a la Jurisdicción Contencioso 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 la jurisdicción ordinaria, 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 irremediable², el cual no se vislumbra en este asunto.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por la peticionaria es el juez de lo contencioso administrativo, quien podrá decretar la nulidad de la determinación en la que le negaron su traslado laboral de la ciudad de San José del Guaviare a Tunja; con la posibilidad de solicitar, además, la suspensión del mismo, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011³ y que en virtud del artículo 233 ejúsdem se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

Sobre la suspensión provisional, la Corte Constitucional en sentencia CC SU-355-2015, 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 conocer frente a la legalidad del cuestionado acto administrativo.

3. Aunque lo anterior sería suficiente para mantener la decisión de primera instancia, se aprecia que, tal y como lo señaló el A quo, Leila Patricia Rojas Acosta superó el concurso de méritos previsto en la Convocatoria 0004 de 2008, razón por la que aceptó el cargo de «Profesional de Gestión II» en la Dirección Seccional de Fiscalías de San José del Guaviare.

Bajo ese entendido, la Sala observa que pese a que la interesada pretendía ocupar el cargo aludido en el Departamento de Boyacá, pues allí reside su familia, accedió a ocupar la mentada plaza en la ciudad en la capital del Departamento del Guaviare, 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 de que hacen parte del sector público, específicamente aquéllas 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 Fiscalía 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 empleo de «Profesional de Gestión II» en la Dirección Seccional de Fiscalías de San José del Guaviare, 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

Fernando León Bolaños Palacios

Luis Guillermo Salazar otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 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.

2 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.

3 Nuevo Código Contencioso Administrativo.