

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

STP 5113-2019

Radicación n° 103706

Acta 96

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por Campo Elías Figueroa Ponnefz, contra el fallo proferido el 15 de febrero de año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que declaró improcedente la dispensa constitucional interpuesta en protección de los derechos fundamentales al trabajo digno, salud, unidad familiar, honra, mínimo vital, igualdad y la protección del adulto mayor, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación, trámite al que fueron vinculados la Vicefiscal General, el Subdirector Regional Caribe, el Director Ejecutivo y la Directora Seccional Sucre, dependencias estas de la entidad mencionada.

II. HECHOS, FUNDAMENTOS Y PRETENSIONES DE LA ACCIÓN

Los sucesos y pretensiones que motivaron la solicitud de amparo constitucional, fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en los siguientes términos¹:

Señala el actor que para el año 2018 concursó para el cargo de Técnico 1 especialidad contable, en la Convocatoria No.08-2008, para el área administrativa y financiera de la FGN, que una vez quedó en la lista de elegibles fue nombrado por resolución No.0-2786 del 9 de agosto de 2016 para la Subdirección de Apoyo a la gestión en Sucre, en donde inició y culminó su periodo de prueba, obteniendo un puntaje de 93.48.

Por resolución No.0-3036 del 23 de octubre y Acta No.0135 del 4 de noviembre de 2017, fue nombrado en propiedad en el Cargo técnico 1- especialidad contable en el área administrativa, encontrándose actualmente inscrito en carrera por resolución No.0047 del 26 de abril de 2018.

Refiere que radicó derecho de petición el 28 de junio de 2017, en el que solicitaba reubicación laboral a la ciudad de Cartagena, -por motivos de arraigo y unidad familiar, esto, aunado al estado de salud que dice, padece su señora madre-, el cual fue respondido por oficio de julio 18 de 2017, no accediéndose a su solicitud.

Que para el mes de agosto de 2017, solicitó traslado recíproco con una empleada de la FGN en Cartagena, mismo que fue rechazado en razón a que no se trataba de cargos del mismo nivel.

Añade, que su estabilidad económica se ha visto menguada al igual que su salud por encontrarse residenciado en otra ciudad distinta a Cartagena, Vg. Gastos de manutención, vivienda, transporte, además, le ha producido insomnio y ansiedad la separación con su familia por más de dos años.

Manifiesta que el 12 de enero de 2018, radicó derecho de petición ante el Fiscal General de la Nación, reiterando su petición de reubicación laboral, la cual fue respondida mediante oficio No.0000380 del 18 de marzo de la misma anualidad en forma negativa.

Relata que ha sido reubicado en tres ocasiones, la primera, por resolución No.0280 del 26

de julio de 2018, al grupo de desaparecidos y desplazados del CTI- Sincelejo; la segunda, el 1 de noviembre de 2018, mediante oficio DSS 91-1019 del 16 de octubre de 2018, a la unidad local del CTI- en Corozal, Sucre, y la tercera, mediante oficio DSS 91-1275 del 18 de diciembre de 2018 en el cual fue comunicado de reubicación en el CTI- Sincelejo.

Por lo anterior, manifiesta que ha sido objeto de dichas reubicaciones en un periodo inferior a 6 meses, pese a haber solicitado a sus superiores la reubicación a la ciudad de Cartagena, igualmente, que en menos de 90 días ha sido reubicado en municipios distintos, lo que le causa daño a su peculio, en arriendos, mudanzas, enseres u transportes, los que considera injustificados.

Resalta su desempeño, disposición y actitud dentro del servicio, más considera que dichos traslados aparte de ser injustificados, socavan su dignidad, salud y mínimo vital, tanto para él como para su familia.

Añade que las funciones que le fueron asignadas han sido distintas a las de la especialidad del cargo que tiene en propiedad, al tiempo que describe que durante su periodo de prueba se dieron dichas inconsistencias, además de referir presuntos tratos burlescos por parte de sus compañeros y condiciones laborales nocivas para él.

Además manifiesta que le fue negada, por parte de la directora seccional de Sucre, una vacante para nombramiento en encargo de Profesional en gestión III, pues se le dio relevancia a nombramientos provisionales que se hicieron por encima de los de carrera administrativa.

El accionante, pretende la protección a sus derechos: al TRABAJO DIGNO, SALUD, UNIDAD FAMILIAR, HONRA, PROTECCION AL ADULTO MAYOR, MÍNIMO VITAL, DEBIDO PROCESO e IGUALDAD.

Teniendo como fin su demanda, que se ordene a la FGN reubicarlo laboralmente en la

ciudad de Cartagena en un término inferior a 30 días, para desempeñar funciones iguales o similares a las que viene desempeñando, además que la accionada se abstenga de trasladarlo en un término inferior a un año, y que de hacerlo después se haga en la ciudad de Cartagena, asignándosele funciones coherentes a las de su perfil y que no se sigan presentando tratos injustos o episodios de acoso laboral en su contra.

III. DEL FALLO RECURRIDO

1. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, declaró improcedente el amparo invocado, al estimar que en lo que atañe al cuestionamiento del actor referente al último traslado al municipio de Sincelejo, es un asunto que le compete ser resuelto por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través del ejercicio de la «...acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011...Además, de acuerdo con el artículo 229 de ese mismo Estatuto, en el trámite de esa acción el demandante tiene la posibilidad de solicitar, incluso antes de que sea notificado del auto admisorio de la demanda, que se decreten las medidas cautelares...».

2. Conforme a ello, precisó que los diversos traslados no pueden considerarse como violatorios de derechos fundamentales, puesto que son facultades propias de la Fiscalía reubicar a los empleados pertenecientes a las plantas globales y flexibles en virtud de la necesidad del servicio, además, no se advierte la producción de un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del juez constitucional.

3. Agregó que tampoco se puede dejar de lado el hecho de que fue el mismo actor quien de forma voluntaria se inscribió en la convocatoria cuya planta de personal es de tal índole, y aceptó el nombramiento en el departamento de Sucre, sin oposición alguna.

4. En lo que atañe a la negativa de no ser transferido a Cartagena, adujo que ésta se dio atendiendo las condiciones personales del actor, no ha sido caprichosa, puntualizando que la última que elevó, se resolvió el 20 de marzo de 2018, dejando transcurrir un tiempo muy

amplio para la presentación de la tutela, lo que desdibuja el presupuesto de inmediatez, sin que se evidencie actuación alguna desplegada por el actor que justifique su inactividad frente a lo decidido.

5. Finalmente, respecto de la posible configuración de un acoso laboral, indicó que Figueroa Ponnefz tiene la posibilidad de acercarse al ente encargado de tales asuntos, esto es, el Comité de Convivencia Laboral de la Fiscalía.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por la parte accionante, quien sustentó el disenso sobre el mismo recuento fáctico expuesto en la acción tuitiva; y reiteró sus argumentos con la finalidad de lograr la protección de los derechos superiores que estima vulnerados. De otro lado agregó que al ser la Fiscalía un ente con planta flexible «...debería facilitarse, aun mas, el traslado a mi ciudad de arraigo...».

V. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente la Corte para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, cuyo superior funcional es esta Corporación.

2. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos que reglamentaron su ejercicio, la demanda de tutela fue establecida para reclamar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente previstos por la ley, siempre y cuando no exista otro medio de defensa

judicial, a no ser que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No es, entonces, una figura de la cual se pueda abusar, ni sustituir con ella las vías naturales diseñadas por el legislador.

3. En el caso bajo estudio, el problema jurídico a resolver se contrae en determinar si la Fiscalía General de la Nación, la Vicefiscal General, el Subdirector Regional Caribe, el Director Ejecutivo y la Directora Seccional Sucre, dependencias éstas de la entidad mencionada, lesionan o amenazan los derechos fundamentales al trabajo digno, la salud, la unidad familiar, la honra, el mínimo vital, la igualdad y la protección del adulto mayor de Campo Elías Figueroa Ponnefz, como consecuencia de (i) los diversos traslados laborales y (ii) la negativa de no transferirlo a la seccional de Fiscalías de Cartagena.

4. El reclamo del suplicante resulta improcedente por este sendero, pues, frente a la primera inconformidad planteada, como acertadamente lo indicó el fallador de primera instancia, el actor hace parte de una planta de personal global y flexible, lo que faculta a la Fiscalía a efectuar los traslados que sean pertinentes por la necesidad del servicio, sin que ello signifique entonces la vulneración de derechos.

5. Igualmente, es notoria la falta de subsidiariedad del presente diligenciamiento, si se tiene en cuenta que la inconformidad respecto a los traslados puede tramitarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con la posibilidad de solicitar medidas cautelares que a bien tenga, de conformidad con lo previsto en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2012, y que en virtud del canon 233 ejúsdem se pueden resolver, incluso, desde la admisión de la demanda.

6. Recuérdesse que en los procesos declarativos que se adelantan en la mencionada jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte, debidamente sustentada, el Juez o Magistrado podrá

decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, siendo, una de ellas, la suspensión provisional de los actos administrativos cuestionados, de conformidad con lo establecido en los numerales 1º y 3º del artículo 230 del referido estatuto adjetivo, petición que debe ser resuelta dentro del término máximo de quince (15) días, tal y como lo preceptúa el canon 233 de la misma obra.

7. Es más, el CPACA trascendió en ese sentido y consagró las llamadas medidas cautelares de urgencia, previendo para ellas un trámite expedito y muy ágil, en los términos del canon 234:

Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

8. Luego, entonces, tal y como quedó demostrado, existe en nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito contencioso administrativo, instrumentos de defensa judicial eficaces, expeditos e idóneos para resolver la controversia planteada y obtener lo que por vía de amparo constitucional se pretende, específicamente a través del medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho, instancia en la que, además, el petente, se itera, cuentan con la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares urgentes o preventivas, en un término menor, incluso, que el dispuesto en la Constitución Nacional para la resolución de las solicitudes de amparo.

9. Por intermedio de aquella herramienta, que se ofrece adecuada (CC SU-355-2015), puede el memorialista esgrimir las argumentaciones que equivocadamente intentan

plantear por este sendero y propiciar un pronunciamiento al interior del cauce natural del diligenciamiento, sin que sea procedente que se proponga por este accionamiento para lograr la suspensión de los actos administrativos atacados.

10. Ahora, respecto de la negativa de transferencia a la ciudad de Cartagena, se ha de indicar que esto ha obedecido a motivos fundados, tales como la conformación de la planta de personal de las Subdirecciones Regionales de Apoyo, que impedían para el momento de la solicitud, el movimiento de empleados, y de igual forma, el hecho de que el traslado recíproco no era viable entre cargos que no pertenecen al mismo nivel.

11. De igual manera, véase que esas peticiones datan del año 2017 y enero de 2018, lo que descarta la consumación de un perjuicio irremediable e inminente.

12. Aunado a lo anterior, se considera que las determinaciones de transferencia no vulneran de forma grave y directa los derechos fundamentales del accionante ni de su familia, pues como bien lo señaló el fallador de primera instancia, no se probó en el trámite de tutela que ello implique una afectación a su salud, un peligro para su vida o la de los miembros de su familia, que la determinación incida en el estado de salud de algún miembro de su núcleo familiar o que éste se rompa de forma definitiva (CC T-325-2010, CSJ STP3000, 28 feb.2019, rad.102924), pues lo único que alegó son las consecuencias lógicas y razonables que implica el acto de traslado.

13. En ese orden de ideas, el traslado ordenado no impone cargas desproporcionadas e irrazonables sobre el accionante ni sus familiares, pues si bien supone reacomodar las condiciones de vida y cambiar la cotidianidad de sus actividades, ello no desborda el margen soportable de desequilibrio en la relación familiar, que es consecuencia lógica de la separación transitoria a la que deben someterse sus integrantes, a fin de atender compromisos laborales.

14. Aunque para la Sala es comprensible la inconformidad del peticionario, lo cierto es que

no se advierte una situación que tenga la entidad suficiente para que se adopten determinaciones en sede constitucional, menos aún, si la procedencia de la tutela en estos casos, es estricta y limitada a aquellos supuestos en los que se ponga en serio peligro la vida o la integridad del servidor público o de su familia, o se afecte su salud de manera grave, lo que no ocurre en este caso.

15. Según lo indicado, se confirmará la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, 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 el fallo impugnado.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folio 54 cuaderno tutela primera instancia.

2 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo
Contencioso Administrativo (CPACA).