

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP5399-2020

Radicación N° 111780

Acta 165

Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil veinte (2020).

#### ASUNTO

Procede la Corte a resolver la impugnación interpuesta por el accionante HENRY OSWALDO PRIETO TOVAR contra la sentencia de tutela proferida el 17 de julio de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual declaró improcedente el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y la unidad familiar, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación- Fiscal General y Vicefiscalía.

#### PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Corresponde a la Corte determinar si con el traslado laboral dispuesto por el Fiscal General de la Nación al accionante a la ciudad de Cravo Norte (Arauca) se vulneraron sus derechos constitucionales a la salud y a la unidad familiar.

#### ANTECEDENTES PROCESALES

Mediante auto de 6 de julio de 2020 se avocó el conocimiento de la acción de tutela por parte de una Magistrada de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, la cual dispuso surtir los

traslados respectivos a efectos de garantizar el derecho de defensa y contradicción de la autoridad accionada.

## RESULTADOS PROBATORIOS

1. La directora ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación expuso que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 018 de 2014, la planta laboral de esa institución tiene el carácter de global y flexible y faculta a su titular o al funcionario al que este delegue a ubicar el personal teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes, las estrategias y las políticas de la entidad.

A su vez, el numeral 22 del artículo 4º del Decreto Ley 016 de 2014 asigna la función al Fiscal General de la Nación de decidir sobre las situaciones administrativas de los servidores de esa institución, dentro de las cuales se encuentra la reubicación de los empleos de la planta de personal, máxime cuando los servidores al aceptar el cargo en el que fueron designados tienen conocimiento de la facultad *ius variandi* de la entidad debido al carácter global y flexible y que conforme a ello pueden ser reubicados en cualquier parte del territorio nacional de acuerdo a las necesidades del servicio, situación que no es ajena para el actor.

Señaló que, tal facultad ya ha sido objeto de control por parte de las Altas Cortes, las que han fijado como posición mayoritaria, que este tipo de actos administrativos son susceptibles de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en consecuencia, el demandante puede acudir a la vía ordinaria para solicitar dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho las medidas cautelares que considere pertinentes, entre las que se encuentra la suspensión de efectos del acto administrativo, tornando la acción de tutela improcedente frente a las pretensiones solicitadas.

Finalmente, indicó que la Resolución N°. 1-0275 de 16 de mayo de 2019 cobró ejecutoria el 16 de septiembre de 2019, sin que el accionante la hubiera recurrido, asunto frente al que

se configura la improcedencia de la acción.

## LA SENTENCIA IMPUGNADA

La profirió la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 17 de julio de 2020, mediante la cual declaró improcedente el amparo tutelar por el incumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

Lo anterior comoquiera que consideró la tardanza entre la emisión del acto administrativo y la interposición de la acción de tutela, sino que, además el mismo no fue recurrido, teniendo incluso la oportunidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertirlo.

## LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la determinación el accionante la impugnó, sobre los mismos hechos y pretensiones de su demanda inicial, esto es, la vulneración de sus derechos constitucionales a la salud y a la unidad familiar.

En primer lugar, mencionó que presenta diversas patologías urinarias, sin poder tener acceso al sistema de seguridad social en salud en el municipio de Cravo Norte, Arauca, pues allí únicamente hay un puesto de salud de nivel I sin personal asistencial especializado.

Insistió en que, su derecho a la unidad familiar se ha visto quebrantado, pues desde su partida, su menor hija de 9 años ha presentado episodios de depresión y su rendimiento escolar ha desmejorado. Además de ello, se han incrementado sus gastos, debido a que debe costear su vivienda en un municipio lejano a la ciudad de Bogotá, sin que pueda acudir permanentemente a encontrarse con sus dos hijas y su esposa por los costos de traslado.

Con todo, consideró que el acto administrativo que dispuso su traslado es arbitrario ya que

no se consultó con las situaciones subjetivas del trabajador.

## CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por el accionante HENRY OSWALDO PRIETO TOVAR contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.
2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o si existe cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.
3. Pacíficamente esta Corte ha considerado que la acción de tutela es improcedente para debatir las decisiones de la administración pública referentes al traslado, pues al tratarse éste de un acto de carácter administrativo, la vía judicial idónea prevista en el ordenamiento jurídico es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, para solicitar allí la suspensión provisional de la decisión de la administración que considera por demás arbitraria.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha admitido su prosperidad en situaciones fácticas singulares o especiales, toda vez que:

«La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se reclama la protección de derechos fundamentales que se estiman vulnerados como consecuencia de una orden de traslado efectuada en ejercicio del ius variandi, el ordenamiento jurídico consagra las acciones

mediante las cuales el afectado con la decisión puede controvertir actos de esa naturaleza como lo son las acciones laborales y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.2. No obstante, esta Corporación ha reconocido que de forma excepcional la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para controvertir decisiones relacionadas con la reubicación de trabajadores del Estado. Al respecto, en la Sentencia T-514 de 1996 la Corte expresó que la acción contencioso administrativa no es un medio adecuado, eficaz e idóneo cuando lo que se debate es la vulneración de un derecho fundamental y no la legalidad del acto que ordena el traslado de funcionarios; puesto que “el objeto de análisis del juez ordinario de una orden de traslado no verifica la vulneración de derechos fundamentales sino la legalidad de la orden”.

Para evitar que la acción de tutela desplace el mecanismo principal de protección judicial, este Tribunal fijó las condiciones que deben acreditarse en cada caso particular para que proceda vía tutela la protección de derechos fundamentales amenazados o vulnerados con ocasión a una decisión de traslado laboral, a saber:

“(i) que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, en el sentido que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo; y (ii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”.

Con respecto al último requisito, la jurisprudencia constitucional desarrolló sub-reglas a partir de las cuales se puede establecer que un derecho es afectado en forma grave. En este sentido, esta Corporación ha indicado lo siguiente:

“a. Cuando el traslado laboral genera serios problemas de salud, “especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido”.

b. Cuando el traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia.

c. En los eventos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la constitucionalidad del traslado.

d. Y, en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria, ha sido originada por causas distintas al traslado mismo o se trata de circunstancias de carácter superable”

En el evento de configurarse los anteriores supuestos, la autoridad encargada de ordenar los traslados o el juez de tutela deberán reconocer “un trato diferencial positivo al trabajador”, a fin garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas y a la unidad familiar.

3.3. De las consideraciones realizadas, se desprende que la acción de tutela será procedente para revocar una orden de traslado siempre y cuando se satisfaga lo siguiente: (i) que el traslado sea arbitrario, en tanto: (i.i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, o (i.ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador que resultaban absolutamente relevantes para la decisión, o (i.iii) implique una clara desmejora en las condiciones de trabajo ,y (ii) que el traslado afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familia»<sup>1</sup>.

4. En el presente asunto, no se discute la facultad del nominador para efectuar el traslado, razón por la cual no se profundizará en dicha temática, empero con la impugnación se cuestiona esa decisión y se tacha tanto de arbitraria como de ajena a las realidades familiares del funcionario afectado.

Para la Sala resulta importante definir si el traslado del demandante fue ordenado por la existencia cierta de la necesidad del servicio o si, por el contrario, es el producto del ejercicio abusivo de la potestad de modificar las condiciones de la relación laboral, tal y como lo planteó el actor.

4.1. Se tiene entonces que, por medio de la Resolución N°. 1-0275 de 16 de mayo de 2019, el Vice Fiscal General de la Nación dispuso, trasladar a HENRY OSWALDO PRIETO TOVAR a la Dirección Seccional de Fiscalías de Arauca quien viene ejerciendo el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos de Bogotá y en su remplazo trasladó de esa seccional a Fabián Mauricio Montenegro Oviedo.

Esa decisión, en sí, no es más que la manifestación concreta de la voluntad de la entidad pública, legalmente facultada para proceder de ese modo, con una motivación cierta y expresamente contenida en el acto administrativo. Sin embargo, dicha decisión debe analizarse al tamiz de las subreglas jurisprudenciales citadas.

4.2. En el trámite de la acción de tutela, la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, en punto de la necesidad del servicio que motivó el traslado, afirmó que la orden de reubicar al accionante se dio «con el fin de optimizar la prestación del servicio en la dependencia de destino en pro de los objetivos institucionales generando equilibrio entre el interés general, representado en el servicio de justicia, y su situación personal» además de que “para el caso concreto, tenemos que para la conformación de la Dirección Seccional Arauca se tuvieron en cuenta los perfiles de aquellos servidores que no presentaban ninguna condición de especial protección constitucional, en concordancia con la facultad ius variandi, con el fin de garantizar la prestación del servicio de justicia en la citada dependencia».

Así las cosas, se estima que el acto administrativo sí se encuentra debidamente motivado, empero cuestión distinta es que el accionante no comparta tal fundamentación, máxime que el cargo al que fue reubicado es idéntico al que ejercía en la ciudad de Bogotá con diferencia de la dependencia en la que prestaba sus servicios, sin que se pueda predicar una desmejora de sus condiciones laborales, más allá de la ciudad en la que ahora ejerce sus funciones.

Lo anterior, sin perjuicio del control de legalidad que pueda adelantar el juez natural de la controversia.

5. Efectuadas las anteriores precisiones, refulge evidente que la acción de tutela contra las decisiones que ordenen el traslado laboral de servidores públicos procederá en aquellos eventos en los que el cambio sea arbitrario y afecte derechos fundamentales.

5.1. En punto de la supuesta arbitrariedad de la decisión, al igual que el a quo, la Sala estima que la decisión no resiste tal calificativo, en tanto es la expresión de una facultad legalmente reconocida y que se fundamentó, precisamente, en las necesidades del servicio argüidas, en su momento.

5.2. No existe en la actuación y tampoco ha sido así alegado una evidencia que sugiera o permita inferir que las condiciones laborales del trabajador se vean afectadas negativamente o disminuidas con el traslado, razón por la cual tampoco se cumple con este requisito.

5.3. Ciertamente, el traslado laboral no tuvo en cuenta, al menos de manera expresa, las circunstancias particulares del trabajador, en forma adecuada y coherente, empero esa simple circunstancia no implica automáticamente el amparo de los derechos invocados por las razones que proceden a detallarse, pero que se circunscriben a que la situación específica del demandante no se adecua a alguna de las hipótesis jurisprudenciales que hacen viable la protección.

5.4. Ni los derechos del funcionario ni los de su núcleo familiar se ven gravemente afectados, por cuanto el traslado:

5.4.1. No genera serios problemas de salud, pues no es la hipótesis invocada por el accionante; no se acreditó la existencia de considerables padecimientos que exijan un tratamiento que no puede ser ofrecido en la ciudad de destino; el eventual manejo



psicológico de su menor hija de 9 años, no fue probado, así como el cuidado y la formación de ella pueden garantizarse en Arauca o en Bogotá por parte de su progenitora.

5.4.2. El traslado no pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia, toda vez que nada en la actuación permite afirmar esa eventualidad.

5.4.3. No se tiene conocimiento de condiciones de salud de los familiares del trabajador (madre, hija) que en razón de su gravedad e implicaciones, desaconsejen la decisión, ni cuestionen la constitucionalidad del traslado. Ello tampoco fue demostrado.

El énfasis del accionante radica en las implicaciones familiares y económicas del traslado de una ciudad a otra, periodo de adaptación, incomodidad de su núcleo familiar y adecuación de su menor hija, entre otras situaciones personales ya detalladas, empero que carecen del calificativo de gravedad de relevancia constitucional para los actuales fines.

5.4.4. No genera la ruptura del núcleo familiar, sino que se trata de una separación transitoria, de carácter eminentemente superable, pues se trata de ciudades que tienen comunicación terrestre y aérea y, dado que, tal y como lo expuso el accionante, no resulta irrazonable considerar como viable su reubicación ya que por su corta edad podrá adaptarse a las nuevas realidades.

Dado que en el presente asunto no se configura ninguno de los anteriores supuestos, el juez de tutela no se encuentra habilitado para reconocer un trato diferencial positivo al trabajador vía tutela.

6. De otra parte, es importante resaltar que el accionante cuenta con vías judiciales ordinarias para cuestionar la decisión administrativa y por tal razón no puede el juez de tutela desplazar las competencias y procedimientos previstos por el legislador para dirimir ese tipo de controversias.

Adicionalmente, se pudo establecer que la orden de traslado sí obedeció a la necesidad del servicio, no debía considerar situaciones subjetivas irrelevantes para la decisión, no implica una desmejora en las condiciones de trabajo, no entraña la configuración de un perjuicio irremediable y tampoco afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.

7. Al no estar demostrada la inminencia de un perjuicio irremediable, ni la concurrencia de los supuestos que hacen viable el amparo en este tipo de casos, pero además ante la existencia de los mecanismos idóneos para controvertir la orden de traslado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo procedente es confirmar el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá de declarar improcedente el amparo constitucional invocado por el demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

1. Confirmar el fallo recurrido, por los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.
2. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente proveído.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Corte Constitucional, Sentencia T - 528 de 2017.