

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

Radicación n.º 118327

STP11709-2021

Acta n.º 202

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Se resuelve la impugnación formulada por José Roberto Nieto Gómez frente a la sentencia proferida el 13 de julio de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual le negó la acción de tutela promovida contra la Fiscalía General de la Nación, por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, a la familia, al trabajo, a la dignidad humana y a la igualdad.

Al presente trámite fue vinculada la Dirección Especializada contra la Corrupción.

ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

[...] En el escrito de tutela, José Roberto Nieto Gómez, manifestó que; fue vinculado a la Fiscalía General de la Nación en calidad de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del

Circuito de Bogotá, el día 8 de abril de 2010, mediante Resolución 0812; que el día 9 de marzo de 2021, la entidad le notificó la Resolución 0986 del día 8 del mismo mes y anualidad con la que se dispuso su reubicación en la ciudad de Montería (Córdoba) y que desde entonces, reside y labora en esa ciudad.

Añadió que su domiciliación en la referida ciudad cordobés ha causado que solamente tenga contacto con su núcleo familiar, una vez al mes, pero además ha generado una merma en sus ingresos económicos, de un lado porque los gastos que se causan con su desplazamiento a la ciudad capital, para compartir con sus allegados, deben ser cubiertos por él, y de otro, porque debe costear nuevos gastos de vivienda en la ciudad de Montería.

En ese marco, hizo saber que está a cargo de la manutención propia, la de su compañera sentimental, su hija y sus padres, ambos mayores de 90 años.

De otro lado, informó que desde que se radicó en la ciudad de Montería se ha visto deteriorado su estado de salud por haber contraído el virus del Covid - 19 y además porque ha presentado varios síntomas de afección epidérmica.

Concluyó entonces, que el traslado dispuesto por la entidad demandada ha afectado su familia y su estado de salud, pero que además carece de argumentos administrativos válidos, pues el respectivo acto administrativo no invoca razones que justifiquen, en verdad, la decisión de traslado. En ese punto, resaltó que en el documento se hace un reconocimiento de su desempeño laboral, lo que lo lleva a pensar que en verdad se trata de una represalia de su empleador, por sus buenos resultados en el desempeño de sus funciones.

Advirtió que todas estas situaciones han afectado su estado emocional pues haberse distanciado de sus seres queridos lo tiene en un estado permanente de soledad, angustia y stress, aspectos que redundan negativamente en su estado de salud.

En ese orden de ideas, solicitó la protección de los derechos fundamentales suyos y los de su familia, ordenando a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección Especializada Contra la Corrupción, revoque la Resolución 0986 del 8 de marzo de 2021, disponga su traslado laboral a la ciudad de Bogotá, y se abstenga de tomar represalias contra él.

SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó el amparo al estimar que la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales vulnerados con ocasión a la emisión de actos administrativos de contenido particular, más aun, cuando el interesado cuenta con otros mecanismos de defensa judicial en los cuales puede controvertir las resoluciones proferidas por las partes demandadas, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señaló que el empleador tiene la potestad de modificar las circunstancias de modo, tiempo, lugar y carga de trabajo de sus empleados, siempre y cuando, estas no afecten sus derechos fundamentales por lo que, una vez analizado el material allegado no se evidenció una amenaza o trasgresión a los mismos.

Agregó que pese a que el interesado presenta algunos quebrantos de salud, los mismos no son consecuencia del acto administrativo objeto de reproche.

LA IMPUGNACIÓN

José Roberto Nieto Gómez presentó memorial con el que reiteró los planteamientos de la demanda, los cuales están encaminados a señalar que el cambio de sitio de trabajo trasgrede sus garantías fundamentales y la de su familia.

1. El asunto planteado

Corresponde a la Sala determinar si las autoridades demandadas vulneraron los derechos al debido proceso, a la familia, al trabajo, a la dignidad humana y a la igualdad del interesado, por ordenar el cambio de lugar de trabajo, sin que, al parecer, se tuviera en cuenta su estado de salud y su situación familiar.

Para resolver, previamente 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, la parte actora 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.

2.2. En el presente caso, la Corte considera que razón le asistió al A quo cuando señaló que la ruta para censurar el acto administrativo mediante el cual se ordenó la reubicación laboral, ya que es claro que el camino al que debe concurrir José Roberto Nieto Gómez 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 el actor es el juez de lo contencioso administrativo, quien previa demanda podrá decretar la nulidad de la resolución en la que ordenó su traslado de Bogotá a Montería y así restablecer el derecho; 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. [Subrayas y negrillas fuera de texto original].

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.

2.3. Adicionalmente, la reubicación censurada tuvo ocurrencia en el escenario de una relación de naturaleza laboral, en la cual el empleador tiene la prerrogativa de modificar las condiciones laborales del trabajador en cuanto a cantidad, modo, tiempo y lugar, fenómeno conocido con el nombre de ius variandi, facultad que desde luego no es absoluta, sino que debe encuadrarse en parámetros de razonabilidad, pues deben preservarse los derechos mínimos de los trabajadores y las condiciones dignas y justas que consagran las normas pertinentes.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia CC T- 338-2013:

La facultad de trasladar a los trabajadores no es absoluta ya que existen límites constitucionales que exigen proteger unas condiciones mínimas de los derechos fundamentales del trabajador. La aplicación del ius variandi debe darse de forma justificada en la necesidad del servicio y protegiendo las garantías laborales mínimas del trabajador. Todo cambio en las condiciones territoriales de un contrato laboral debe estar ajustado a la necesidad del servicio. En este sentido, este Tribunal ha expuesto que para que la decisión no se torne desproporcionada, el empleador debe tener en cuenta las circunstancias que podrían afectar al trabajador y a su familia en relación al cambio del lugar en dónde se debe dar la prestación laboral.

[...]

En el caso particular, se observa que no hubo una desmejoría en las condiciones de trabajo del accionante, quien fue reubicado en un puesto igual, esto es, como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Montería.

Además, el interesado no logró demostrar la forma en que el traslado de su actual puesto de trabajo de Bogotá a Montería, afecte su estado de salud, pues de la historia médica aportada se observa que fue diagnosticado con COVID-19, sin que se demuestre alguna relación entre ese padecimiento con la orden de traslado.

Lo mismo sucede en lo que respecta a la unión familiar, pues aunque el accionante mencionó la forma en que estaba conformado su hogar, no indicó estar en unas circunstancias especiales que habiliten la intervención del juez constitucional.

Por las anteriores consideraciones, se ratificará el fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 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

Gerson Chaverra Castro

Diego Eugenio Corredor Beltrán

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 imposterabilidad 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.