



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, tres (03) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

ACCIÓN: TUTELA

ACCIONANTE: RAMIRO JOSÉ GARCÍA AYALA.

ACCIONADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

RADICADO: 70001-23-33-000-2018-00086-00.

ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Procede el Tribunal, a resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por **RAMIRO JOSÉ GARCÍA AYALA** en contra de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital, debido proceso y trabajo.

I. ANTECEDENTES.

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA.

El señor RAMIRO JOSÉ GARCÍA AYALA, por conducto de apoderado judicial, formuló acción de tutela en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital, debido proceso y trabajo. En protección de sus derechos fundamentales, **PRETENDE:**

Que le amparen los derechos fundamentales invocados y como consecuencia se le ordene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, que proceda a reubicarle en el cargo de TÉCNICO INVESTIGADOR II, nombrado mediante resolución No 05414 de fecha 02 de septiembre de 2008, o a otro cargo compatible con su salud, en el que, además se le deberá garantizar una remuneración mensual igual o mayor al promedio de salarios devengados,

con sus respectivos incrementos, conforme lo dispuesto por el médico tratante de la junta regional de calificación de invalidez;

Que se le ordene a la accionada, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, acatar las recomendaciones médicas dadas en el Dictamen N° 12638 de fecha 19 de Septiembre de 2017, de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, esto es la ciudad de Sincelejo, lugar donde residen sus padres, hermanos, hijos, cónyuge, en aras de la efectiva recuperación de su salud mental.

Como **fundamentos fácticos** de la tutela, la parte accionante afirmó que:

Es servidor de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de TÉCNICO INVESTIGADOR II (actualmente incapacitado por enfermedad psiquiátrica), nombrado mediante resolución No 05414 de fecha 02 de septiembre de 2008.

En la actualidad, le fue diagnosticado TRASTORNO POSTRAUMÁTICO, TRASTORNO DEL PÁNICO, TRASTORNO ANSIEDAD, ESTRÉS, BIPOLARIDAD GRADO 2, TRASTORNO DEPRESIVO.

La Fiscalía General de la Nación desde la fecha anterior a la realización del Dictamen N° 12638 de fecha 19 de septiembre de 2017, de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, lo trasladó para el Departamento del Valle del Cauca, anticipándose y desconociendo la patología presentada.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez, le practicó Dictamen N° 12638 de fecha 19 de septiembre de 2017, en el cual determinó la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje de 22,10%, de origen laboral.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez, dentro del Dictamen N° 12638 de fecha 19 de septiembre de 2017, recomendó que debe ser reintegrado a su cargo o trabajo.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez, dentro del Dictamen N° 12638 de fecha 19 de septiembre de 2017, dispuso algunas recomendaciones médicas de acuerdo con el diagnóstico presentado, como el traslado de su lugar de trabajo cerca de su núcleo familiar, en aras de mejorar el estado de estrés en un ambiente laboral, por cuanto es sabido que las relaciones afectivas entre familiares contribuirían al mejoramiento de la patología.

La accionada, Fiscalía General de la Nación se encuentra notificada en debida forma del Dictamen N° 12638 de fecha 19 de septiembre de 2017, de la junta regional de calificación de invalidez, dictamen que como quiera que no fue recurrido, se encuentra ejecutoriado y en firme.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción de tutela fue presentada el 18 de abril de 2018 (folios 9 y 59), por reparto correspondió al Tribunal Administrativo de Sucre. Conforme nota Secretarial, se le puso en conocimiento de la misma al despacho conductor el 18 de abril de 2018 (folio 60). Mediante auto del 19 de abril de 2018 se admitió la acción, ordenándose la notificación a la entidad accionada y concediéndole el término de (2) días para que se pronunciara frente a lo expuesto (folio 61). La entidad accionada fue notificada el 20 de abril de 2018 (folios 62-63), dando respuesta el 23 de abril de 2018 (folios 65 a 76).

1.2.1. INFORME RENDIDO POR LA ENTIDAD ACCIONADA¹.

La entidad accionada rindió su informe en los siguientes términos:

"(SIC)...

-A LOS HECHOS

PRIMERO.- ES CIERTO. El señor RAMIRO JOSÉ GARCÍA AYALA fue nombrado como Investigador Criminalístico I, hoy Técnico Investigador II, mediante Resolución N° 05414 del 2 de septiembre de 2008.

SEGUNDO.- ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE. Sin embargo, es importante mencionar que a pesar de que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen de fecha 19 de septiembre de 2017 calificó la pérdida de capacidad laboral con un 22,1 %, lo cierto es que el señor GARCÍA AYALA no se ha presentado a laborar ni un solo día con posterioridad a dicho dictamen, por encontrarse incapacitado por su médico particular.

TERCERO.- NO ES CIERTO. A continuación paso a explicar los movimientos de personal de los que ha sido sujeto el señor RAMIRO JOSÉ GARCÍA AYALA, los cuales no han sido cumplidos en la realidad, así:

- Mediante Resolución N° 0002365 del 2 de noviembre de 2016, el señor GARCÍA AYALA fue trasladado a la Subdirección Seccional de Policía Judicial de Buenaventura.

- Mediante la Resolución N° 0-2358 del 1 de julio de 2017, la cual fue expedida con el único fin de distribuir los empleos de la entidad como fruto de la reestructuración prevista en el Decreto Ley 898 del 29 de mayo de 2017, fue ratificada la ubicación del señor GARCÍA AYALA en la Dirección Seccional de Valle del Cauca.

Entonces, es evidente que desde el mes de noviembre del año 2016 el servidor fue trasladado al Valle del Cauca, situación que es conocida por el señor GARCÍA AYALA si se tiene en cuenta el derecho de petición presuntamente radicado en la Fiscalía General de la Nación en el mes de diciembre de 2017, el cual obra a folio 44 de los anexos al escrito de tutela, en cuyo numeral 3o manifiesta que fue trasladado al Valle del Cauca hace más de 7 meses.

¹ Fls. 65 a 76.

Resulta evidente que el apoderado del accionante hace una omisión consciente y deliberada de las resoluciones y las fechas en las cuales fue trasladado el accionante, para obviar el principio de inmediatez que rige la acción constitucional de tutela y para conducir a error al juez constitucional.

Teniendo en cuenta que el pronóstico de recuperación

CUARTO.- ES CIERTO. Mediante dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bolívar-Córdoba - Sucre, de fecha 19 de septiembre de 2017, se calificó la pérdida de capacidad laboral del accionante con un 22,1 %.

QUINTO Y SEXTO.- NO ES CIERTO. En el dictamen de la Junta Regional de Calificación, como es natural, se hace un recuento de las actuaciones médicas en torno al paciente respectivo, en una de ellas, del 21 de febrero de 2017, uno de los médicos recomendó su traslado a un lugar cercano a su núcleo primario, por presunto "estrés importante en su ambiente laboral, debido a la hostilidad y trato excluyente en algunas ocasiones debido muy claramente a perjuicio por padecer una enfermedad mental no discapacitante ni invalidante, con excelente pronóstico y recuperación actualmente vista en el paciente.

Es evidente que el señor GARCÍA AYALA condujo a error al médico que tuvo esa apreciación en febrero de 2017, porque el accionante NUNCA cumplió con su traslado al Valle del Cauca, razón por la cual era imposible que se pudiera determinar un trato discriminatorio en su lugar de trabajo en Valle del Cauca y mucho menos recomendar su retorno a la ciudad de Sincelejo.

Por otra parte, es claro que el recuento de diferentes diagnósticos dentro del dictamen de la Junta Regional, no significa de ninguna manera que dicha Junta esté recomendando su traslado al municipio de Sincelejo, como hábilmente pretende hacerlo creer el apoderado del accionante, básicamente es un concepto aislado de un médico en la larga lista de conceptos citados.

Por ejemplo, si en ánimo de discusión se aceptara que el recuento hecho en el dictamen obedece a recomendaciones médicas, podría este Despacho mencionar el fechado 22 de julio de 2015 cuando formalmente aún pertenecía a la seccional Sincelejo, que a la letra expresa: "Los anteriores trastornos han sido producto de factores desencadenantes de estrés postraumático y estrés laboral por ser víctima de acoso, persecuciones, conflictos socioemocionales internos, sabotaje a nivel laboral y haber sido testigo del suicidio de una compañera lo cierto es que podría concluirse que lo recomendable para el señor GARCÍA AYALA es no pertenecer a la misma dependencia que ha desencadenado sus problemas de salud.

Nuevamente el apoderado pretende hacer creer al juez que la recomendación médica es de septiembre de 2017 para evadir la inactividad del accionante en caso de creer tener derecho a su traslado a Sincelejo, la cual se traduciría en el rechazo de la presente acción de tutela, pues es claro que esa recomendación aislada se dio en febrero de 2017, sin que haya sido avalada por medicina laboral de la ARL y sin que el accionante haya solicitado de manera alguna su cumplimiento. Es decir, ha transcurrido más de un año desde aquella recomendación sin que se hubiera solicitado por vía administrativa (solicitud de traslado) o por vía judicial su cumplimiento.

Por último, en relación con la supuesta recomendación de ser reintegrado a sus labores, es evidente que la calificación de invalidez del 22,1% le permitiría al señor GARCÍA AYALA retornar a sus labores y la Fiscalía General de la Nación ha estado dispuesta a recibirlo si este fuera su deseo. Sin embargo, el accionante continúa asistiendo a psiquiatras particulares y obteniendo incapacidades que se han extendido incluso por más de un año posterior a la calificación de su invalidez, razón por la cual no resulta imputable a la entidad su no retorno a laborar.

SEPTIMO, OCTAVO Y NOVENO.- ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE. Como se anotó en puntos anteriores, el dictamen de la Junta Regional no realiza ningún tipo de recomendación sobre la ubicación del servidor.

DÉCIMO.- NO ES CIERTO. Revisados los sistemas de correspondencia e información, se evidencia que el señor RAMIRO JOSÉ GARCÍA AYALA no radicó petición alguna en la entidad o ante las autoridades competentes.

Veamos, la página web de la entidad cuenta con un link, como lo ordena la ley, destinado a la formulación de peticiones, quejas o sugerencias, y en éste no se radicó la supuesta petición del señor GARCIA AYALA.

Mediante la Circular 0010 del 10 de febrero de 2017, se establecieron los procedimientos generales para solicitar reubicaciones y traslados, determinando que las mismas deben ser presentadas ante el Director Ejecutivo. Revisados los correos electrónicos de la Dirección Ejecutiva y las radicaciones físicas de documentos, se estableció que el derecho de petición al que hace referencia el accionante, no fue allegado a la Dirección Ejecutiva de la entidad.

Al escrito de tutela se allega una copia borrosa de un correo electrónico supuestamente enviado a la señora María Eugenia Betancourt Pereira, funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, sin que se evidencie que el mismo haya sido recibido.

Nuevamente y de manera conveniente el apoderado del accionante, omite formular o establecer la fecha de la petición, porque es consciente que no cuenta con un soporte válido para soportar sus afirmaciones.

DÉCIMO PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO.- NO ES CIERTO. Se considera pertinente detenerse de manera particular en este hecho narrado por el apoderado del accionante, en donde se evidencia la mala fe y las intenciones reales del escrito de tutela.

Veamos, en primer lugar señala el apoderado que el señor RAMIRO JOSÉ GARCÍA AYALA tiene afectado su mínimo vital porque se encuentra incapacitado a pesar de que el dictamen de la Junta Regional ordena su reintegro, nada más alejado de la realidad si se tienen en cuenta los siguientes elementos:

- Los servidores no pierden su ingreso en razón a la incapacidad, menos aun cuando se trata de incapacidades de origen laboral.*
- No es atribuible de ninguna manera a la Fiscalía General de la Nación, el hecho de que el señor García Ayala continúe incapacitado.*
- El señor García Ayala no se ha presentado a laborar por encontrarse incapacitado, más no por alguna decisión de la administración.*
- La Fiscalía no ha lesionado ningún derecho fundamental del servidor, pues como el mismo apoderado relata, se encuentra incapacitado para trabajar, a pesar que la Junta Regional fue clara en establecer que no tiene impedimento para laborar, razón por la cual falta a la verdad al mencionar que la entidad no ha permitido su reintegro a trabajar.*

Es evidente que el apoderado acepta que su poderdante no se ha reintegrado a trabajar porque la entidad no ha reubicado su empleo en Sincelejo, lo cual conduciría a concluir sin mayor análisis que acepta irregularidades en la expedición de sus incapacidades. Valdría, entonces, la pena que el juez constitucional se preguntara si la incapacidad médica responde a un problema de salud del servidor o a la no reubicación del empleo en el lugar de su preferencia.

II. SOBRE EL TRASLADO DEL ACCIONANTE AL VALLE DEL CAUCA

Teniendo en cuenta que el Despacho solicita informar los antecedentes del traslado del servidor al Valle del Cauca, a continuación expongo lo pertinente, así:

- Mediante Resolución N° 0002365 del 2 de noviembre de 2016, el señor GARCÍA AYALA fue trasladado a la Subdirección Seccional de Policía Judicial de Buenaventura.

- Mediante la Resolución N° 0-2358 del 1 de julio de 2017, la cual fue expedida con el único fin de distribuir los empleos de la entidad como fruto de la reestructuración prevista en el Decreto Ley 898 del 29 de mayo de 2017, fue ratificada la ubicación del señor GARCÍA AYALA en la Dirección Seccional de Valle del Cauca.

Entonces, es evidente que desde el mes de noviembre del año 2016 el servidor fue trasladado al Valle del Cauca, situación que es conocida por el señor GARCÍA AYALA si se tiene en cuenta el derecho de petición presuntamente radicado en la Fiscalía General de la Nación en el mes de diciembre de 2017, el cual obra a folio 44 de los anexos al escrito de tutela, en cuyo numeral 3o manifiesta que fue trasladado al Valle del Cauca hace más de 7 meses.

Resulta evidente que el apoderado del accionante hace una omisión consciente y deliberada de las resoluciones y las fechas en las cuales fue trasladado el accionante, para obviar el principio de inmediatez que rige la acción constitucional de tutela y para conducir a error al juez constitucional.

Por otra parte, sin que sea un motivo que haya determinado la reubicación del servidor de manera directa, es necesario resaltarle a ese Honorable Despacho que el señor RAMIRO JOSÉ GARCÍA AYALA se ha visto involucrado en varios presuntos hechos delictivos en el municipio de Sincelejo, situaciones que también determinan la conveniencia de no reubicarlo en las dependencias judiciales de esa ciudad. A continuación menciono noticias de hechos con presunta responsabilidad del servidor

(...)

Si bien es cierto, en el dictamen de la Junta Regional de Calificación, como es natural, se hace un recuento de las actuaciones médicas en torno al paciente respectivo y en una de ellas, del 21 de febrero de 2017, uno de los médicos recomendó su traslado a un lugar cercano a su núcleo primario, por presunto "estrés importante en su ambiente laboral, debido a la hostilidad y trato excluyente en algunas ocasiones debido muy claramente a perjuicio por padecer una enfermedad mental no discapacitante ni invalidante, con excelente pronóstico y recuperación actualmente vista en el paciente". Lo cierto es que es evidente que el señor GARCÍA AYALA condujo a error al médico que tuvo esa apreciación en febrero de 2017, porque el accionante NUNCA cumplió con su traslado al Valle del Cauca, razón por la cual era imposible que se pudiera determinar un trato discriminatorio en su lugar de trabajo en Valle del Cauca y mucho menos recomendar su retorno a la ciudad de Sincelejo.

Por otra parte, es claro que el recuento de diferentes diagnósticos dentro del dictamen de la Junta Regional, no significa de ninguna manera que dicha Junta esté recomendando su traslado al municipio de Sincelejo, como hábilmente pretende hacerlo creer el apoderado del accionante, básicamente es un concepto aislado de un médico en la larga lista de conceptos citados.

Por ejemplo, si en ánimo de discusión se aceptara que el recuento hecho en el dictamen obedece a recomendaciones médicas, podría este Despacho mencionar el fechado 22 de julio de 2015 cuando formalmente aún pertenecía a la seccional Sincelejo que a la letra expresa: "Los anteriores trastornos han sido producto de factores desencadenantes de estrés postraumático y estrés laboral por ser víctima de acoso, persecuciones, conflictos socioemocionales internos, sabotaje a nivel labora/ y haber sido testigo del suicidio de una compañera , lo cierto es que podría concluirse que lo recomendable para el señor GARCÍA AYALA es no pertenecer a la misma dependencia que ha desencadenado sus problemas de salud.

Ahora bien, en relación con la supuesta orden de reincorporación a las labores de su cargo, lo cierto es que tampoco el dictamen médico ordena ello. Sin embargo, con motivo de la discapacidad menor que fue diagnosticada al señor GARCÍA AYALA, en el momento en que el servidor quiera reincorporarse, la entidad estará presta a realizar los trámites pertinentes, en especial el cumplimiento de las recomendaciones médicas que se le otorguen. Sin embargo, es absolutamente claro que el servidor se encuentra incapacitado desde hace muchos meses, razón por la cual carece de toda lógica que se insinúe o afirme que la Fiscalía ha incumplido su deber de reincorporarlo al servicio, pues es claro que ello no puede ocurrir mientras medien incapacidades vigentes, las cuales no son atribuibles a la entidad".. (SIC).

Con base en los anteriores argumentos, solicita la entidad que se despachen de manera negativa las pretensiones de la demanda, por ser a todas luces improcedente la acción de tutela intentada.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente acción al tenor del artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias descritas en los antecedentes, se contrae a establecer el Tribunal en esta oportunidad, si están demostradas las circunstancias de procedencia excepcional de la acción de tutela que permitan la intervención del juez constitucional y con ello, establecer, si hay lugar a amparar los derechos fundamentales que se afirman vulnerados por la entidad accionada.

2. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

I. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo introducida a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá "*en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*".

Se requiere entonces una actuación u omisión de una autoridad estatal como fuente de la vulneración del derecho fundamental, así mismo, que se

compruebe que dicha circunstancia es la que genera la agresión al derecho fundamental.

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable².

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional³, ha señalado que, *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevalece, con la excepción dicha –la acción ordinaria."*⁴

En ese orden, se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales, aclarando, que la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

A su vez el artículo 5º y 6º del Decreto 2591 de 1991 exponen:

"Artículo 5o. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que

² Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁴ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

Al respecto, ha dicho la Máxima Autoridad de la Jurisdicción Constitucional:

“El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares”. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

...

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003[18] o la T-883 de 2008, al afirmar que “partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)”, ya que “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)”

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, “ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiese los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.”⁵ (Destacado de la Sala).

Por consiguiente, si la acción de tutela tiene por objeto la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales cuando han sido conculcados o enfrentan amenaza, es natural que, en caso de prosperar, se refleje en una orden judicial enderezada a la protección actual y cierta del derecho, de lo contrario y ante la ausencia de pruebas que demuestren la vulneración de un derecho invocado, el instrumento constitucional de defensa pierde su razón de ser y ha de ser despachada desfavorablemente para los intereses solicitados.

En conexión a lo expuesto, debe señalarse que si bien la acción de tutela por su informalidad, trámite sumario y el principio de la buena fe que gobiernan su análisis, goza de algunos privilegios que flexibilizan o aligeran las cargas probatorias, ella no escapa de unos deberes mínimos de gestión o actividad o diligencia de parte de quien afirma la existencia de una vulneración de sus derechos fundamentales, razón por la cual, es importante, traer a colación, las reflexiones expuestas al respecto por la H. Corte Constitucional en sentencia T 131 de 2007, así:

“En diversas ocasiones la Corte ha examinado el tema de la carga de la prueba en sede de tutela. Así, en sentencia T-298 de 1993 esta Corporación, con ocasión de una petición de amparo instaurada por un padre, quien pretendía que su hijo fuese desvinculado de las filas del Ejército Nacional, negó la protección judicial demandada con base en las siguientes consideraciones:

“El artículo 22 del mencionado decreto, “el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”. Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes”.

Siguiendo con esa misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia T-835 de 2000, en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros,

⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-130 de 2014. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

negó el amparo solicitado por cuanto *“Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación”.*

Así mismo, en diferentes providencias el Tribunal Constitucional ha estimado que, si bien se pueden amparar transitoriamente los derechos de la mujer embarazada cuando el despido amenace su derecho al mínimo vital o el de su hijo que está por nacer, *“la prueba de la vulneración del mínimo vital se convierte en un elemento indispensable para que el juez constitucional adquiera competencia para decidir un asunto como el que ahora se estudia, pues sin esta condición la jurisdicción competente seguirá siendo la ordinaria[1]”.* En igual sentido, en sentencia T-237 de 2001, la Corte señaló lo siguiente:

“el directo afectado debe demostrar la afectación de su mínimo vital, señalando qué necesidades básicas están quedando insatisfechas, para lograr la protección y garantía por vía de tutela, pues de no ser así, derechos de mayor entidad, como la vida y la dignidad humana se pueden ver afectados de manera irreparable.

“En este punto, es necesario enfatizar el hecho de que, no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación.”

Ahora bien, en situaciones muy particulares de especial indefensión, la Corte ha considerado que se invierte la carga de la prueba a favor del peticionario, es decir, que basta con que éste realice una afirmación, teniendo la autoridad pública accionada, o el particular en su caso, el deber de desvirtuarla. En otras palabras se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante. Así por ejemplo, en casos de personas víctimas de desplazamiento forzado, esta Corporación en sentencia T- 327 de 2001 estimó lo siguiente:

“Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado.

Otro tanto ha sucedido en materia de salud en lo atinente a la capacidad de pago de quien demanda, por ejemplo, el suministro de un medicamento excluido del POS. Al respecto, la Corte en sentencia T-1066 de 2006, en una labor de sistematización de las líneas jurisprudenciales existentes en la materia, consideró lo siguiente:

“Precisamente en los casos aludidos, para despejar cualquier interrogante referido a la capacidad de pago del usuario del sistema de salud, esta Corporación ha establecido las siguientes reglas probatorias: (i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia

probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad **[21]**.

En suma, quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél”

Por ello, la carga mínima de la prueba corresponde a quien instaura la acción, ello bajo el entendido que no se puede amparar un derecho fundamental si no se advierte la confirmación de la vulneración concreta del derecho fundamental invocado, producto de la conducta activa o pasiva del Estado o sus agentes, razón por la cual, se entiende, que las afirmaciones realizadas en el escrito narrativo de tutela deben estar probados para que se tener certeza sobre la vulneración y con ello, activar la protección *ius fundamental* que pregona el mecanismo constitucional.

La H. Corte Constitucional, sin desconocer la oficiosidad probatoria, se ha encargado de estudiar el tema, manifestando al respecto, que el ejercicio de la acción de tutela se encuentra orientado por el principio de informalidad, lo cual supone que el rigor formal propio de otras áreas del derecho procesal no se hace presente en este contexto, teniendo en cuenta que el fin último de este mecanismo constitucional es la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales. **Sin embargo**, este parámetro no debe ser entendido como una patente de corso para que el juez constitucional acceda a todo lo pedido por quien se considera afectado, en virtud de la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, **pues la**

carga mínima que se impone para quien accede a la jurisdicción constitucional, es probar sumariamente la vulneración o amenaza de sus garantías individuales (*onus probandi incumbit actori*)⁶.

II. EL EJERCICIO DEL *IUS VARIANDI* EN LAS PLANTAS DE PERSONAL GLOBALES Y FLEXIBLES

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el *ius variandi* es «una de las manifestaciones del poder de subordinación y dirección de tareas que ejerce el empleador sobre sus empleados»⁷, 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.

Dentro de los aspectos susceptibles de variación a través de esta figura, está el del cambio de lugar de ejecución del servicio personal, el cual debe obedecer a razones objetivas y válidas que lo hagan ineludible o, al menos, justificable.

En el caso de las entidades que hacen parte del sector público, en particular en aquellas que cuentan con una planta de personal global y flexible, 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.

“Las plantas de carácter global y flexible, facilitan movimiento de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y en virtud de ellas, les asiste a las entidades un mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de trabajadores cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo cual no riñe en sí mismo con preceptos superiores.”

Sobre este particular:

“en el sector público existen ciertas entidades que en razón de las funciones que les corresponde cumplir, necesitan una planta de personal global y flexible y, por

⁶ Sentencia T-808 de 2010.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 565 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

lo tanto, requieren de un mayor grado de discrecionalidad en materia de traslados.”⁸

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que la facultad de modificar las condiciones de los trabajadores, aún en este tipo de entidades, no tiene carácter absoluto, sino que ella se encuentra limitada por las disposiciones de orden superior que protegen al trabajador de manera que éste desarrolle sus funciones en condiciones dignas y justas (artículos 25 y 53 C.P.) En ese sentido, el empleador no goza «de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono”.⁹

A partir de esa consideración, la H. Corte Constitucional ha señalado que al momento de adoptar una decisión de traslado, la entidad debe considerar los siguientes aspectos:

***a)** El traslado debe efectuarse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines;*

***b)** Para la concesión o la orden de traslado debe atenderse a las consecuencias que él puede producir para la salud del funcionario; y*

***c)** En circunstancias muy especiales la administración debe consultar también los efectos que la reubicación del funcionario puede tener sobre el entorno del mismo”¹⁰*

En consecuencia, si bien el traslado geográfico o locativo es parte de la facultad que tiene la entidad pública de variar algunos aspectos de la prestación del servicio por parte del trabajador, ella debe ser ejercida consultando las necesidades reales que plantea la misión institucional a cargo del empleador público, y bajo el entendido de que ese traslado no puede significar ni el desmejoramiento de las condiciones laborales del trabajador ni tampoco la afectación de sus derechos y garantías fundamentales.¹¹⁻¹²

⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1498 de 2000, Magistrada Ponente (E): Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T 565 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰ *Ibídem.*

¹¹ *Ibídem.*

¹² Ver también, CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. sentencia del 22 de mayo de 2017. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ .Radicación. 15001-23-33-000-2017-00227-01(AC)

Ahora, en pronunciamiento más reciente, la Corte Constitucional, expuso respecto de los alcances y límites del principio "ius variandi", lo siguiente:

"En el caso de las entidades que hacen parte del sector público, en particular en aquellas que cuentan con una planta de personal global y flexible, 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"¹³

Adicionalmente, ha dicho la Corte Constitucional¹⁴, que excepcionalmente, la acción de tutela puede resultar procedente para efectos de controvertir decisiones relacionadas con la reubicación de servidores públicos, siempre que se acredite que esa decisión fue adoptada de **manera arbitraria** -bien porque no fueron tenidas en cuenta condiciones relevantes de la realidad del trabajador o porque ésta constituye una desmejora de su situación laboral-, y que ella genera una afectación de los derechos fundamentales del trabajador o de su familia.

En ese sentido, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y residual, de manera que ella solo procede cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, o cuando, existiendo ese otro medio, la acción se ejerce como mecanismo transitorio ante la existencia o inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio, a partir de los lineamientos de la jurisprudencia constitucional, debe ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; urgente, lo que significa que implica la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; e impostergable, es decir, se debe acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.

VI. CASO CONCRETO

En el presente caso, el señor García Ayala, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital, debido proceso y al trabajo, y como consecuencia, sea reubicado en el cargo

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-175 de 2016. M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS. Actor. JESÚS DEL CRISTO MEZA CONTRERAS. Accionados. POLICÍA NACIONAL. DEPARTAMENTO DE POLICÍA SUCRE.

¹⁴ Sentencia T-565 de 2014.

que venía desempeñando como Técnico Investigador a otro acorde con su estado de salud, en la ciudad de Sincelejo.

Para sustentar lo anterior se aportó al plenario

- Certificado de Incapacidad o Licencia (folio 11).
- Copia de la Historia Clínica Psiquiátrica (folios 13 a 43).
- Copia de derecho de petición dirigido a la Fiscalía General de la Nación, de fecha 17 de diciembre de 2017, según pantallazo de correo electrónico (folios 44 a 49).
- Copia del Acta de la Junta Regional de calificación de Invalidez (folio 50 a 58).

ANÁLISIS DE LA SALA

Revisados los antecedentes de la demanda de tutela, y una vez estudiado el material probatorio obrante en el expediente, considera este Tribunal que el amparo solicitado habrá de negarse, por no avizorarse una acción u omisión de la autoridad accionada que vulnere o amenace los derechos que propone el actor, tal como se pasa a explicar.

Se precisa que no se advierte un trato discriminatorio o desprovisto de proporcionalidad, en cuanto a la orden de traslado al Valle del Cauca, por cuanto está demostrado, según el informe rendido por la Fiscalía, que el actor nunca se trasladó al Valle del Cauca (Buenaventura) , pues hasta el momento ha gozado de incapacidad médica, por ende, este supuesto fáctico ha de demostrarse en el plenario, para efectos de poder inferir de dicha circunstancia una conducta vulneradora de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

En ese orden, no advierte la Sala ninguna actuación u omisión de la autoridad estatal accionada a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión, puesto que, la accionada actuó conforme a las facultades con que legalmente cuenta, como inicialmente se explicó, y teniendo en cuenta que el señor Ramiro José García Ayala se encuentra vinculado a la institución como parte de una planta de personal global y flexible, donde la estabilidad territorial para la prestación del servicio por parte de los trabajadores es menor, y además los empleados

saben desde que ingresan a prestarle sus servicios en ese tipo de entidades, que en el transcurso de su vida laboral podrán ser trasladados en diversas oportunidades por necesidad del servicio. Encuentra la Colegiatura que la resolución por medio de la cual se ordenó su traslado se encuentra ajustada a las normas legales y que la misma fue sustentada invocando las necesidades del servicio, y con base en la normatividad vigente (Resolución 0002365 del 02 de noviembre de 2016, folio 79 a 81).

Cabe resaltar además, que en esta instancia no se vislumbra que la actuación llevada a cabo por la accionada atente de forma grave e inminente contra los derechos fundamentales del accionante o su familia, o que con tal decisión se les pueda causar un perjuicio irremediable, pues no se evidencia que la misma se haya proferido de forma arbitraria, como tampoco se ha demostrado que constituya un riesgo para su integridad, ni se han identificado las razones que tornen inviable su traslado, o que este atente contra su salud o seguridad social, pues es claro que al conservar un vínculo laboral con la entidad, conserva su afiliación al Sistema General de Seguridad Social, y sin mayor dificultad, su familia puede seguir acreditando su calidad de beneficiarios de él, aquí o allá.

En este punto se considera válido traer a colación la afirmación que en este sentido ha dado la Corte Constitucional a nivel jurisprudencial:

"(...) En lo que respecta a la afectación clara, grave y directa, generada por una decisión administrativa que amenaza bruscamente la situación del trabajador o de su núcleo familiar, la Corporación ha señalado que se presenta cuando: "(i) el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (ii) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (iii) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia. En los anteriores eventos, la Corte

ha enfatizado que no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio. Las circunstancias concretas deben revestir particular gravedad, de manera tal que sea necesario el concurso del juez constitucional para conjurar un perjuicio irremediable.¹⁵

En estas precisas condiciones, ha quedado establecido que el accionante no acreditó el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para que sea a través de este mecanismo constitucional donde se resuelva su solicitud de dejar sin efectos el acto administrativo que ordenó su traslado a la ciudad de Buenaventura (Valle del Cauca), para en su lugar ser reubicado en Sincelejo, ello por cuanto como se dijo en párrafos anteriores, debe quedar evidenciado el riesgo de que sin la intervención del Juez Constitucional el accionante pueda sufrir un perjuicio irremediable, y de esta manera obviar el requisito de la subsidiariedad de la acción de tutela, de manera que la única alternativa que le queda, si es que persiste en su inconformidad frente al pluricitado acto administrativo, es acudir a los mecanismos ordinarios de defensa previstos en la vía ordinaria, ante el Juez contencioso administrativo, pues lo que se concluye en esta instancia es que la presente acción de tutela es improcedente para los fines perseguidos por el libelista.

Ahora bien, en lo relacionado con la supuesta vulneración al mínimo vital, es importante aclarar que, el concepto del mínimo vital de subsistencia¹⁶, debe ser evaluado desde el punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, siendo necesario realizar un análisis de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración encaminada más hacia lo cualitativo que lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda y recreación como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana, el cual debe en todo caso, ser probado de manera siquiera sumaria, lo cual en el presente asunto no acaeció.

¹⁵ Ver sentencia T-325 de 2010.

¹⁶ T-581 A/11

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA

PRIMERO: DENIÉGUESE POR IMPROCEDENTE el amparo solicitado en la presente acción de tutela presentada por RAMIRO JOSÉ GARCÍA AYALA, en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito esta decisión a la parte actora, a los accionados y al agente delegado del Ministerio Público.

TERCERO: Si el presente fallo no es impugnando, **ENVÍESE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. En firme el fallo ordénese el archivo definitivo, previa las anotaciones en el sistema información judicial.

Esta Sentencia se discutió y aprobó en sesión de Sala conforme consta en el Acta extraordinaria N° 062 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA