



Tunja, 04 DIC 2018

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	CARLOS SASTRE CARREÑO.
DEMANDADOS:	RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
RADICACIÓN No:	1500131330132018-00105-00

ASUNTO

Procede el despacho a resolver la medida cautelar solicitada por la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del CPACA.

DE LA MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA DEPRECADA

Se pretende la suspensión provisional del acto administrativo contenido en la Resolución No. 411 de 29 de marzo de 2018, al considerar que con el traslado desde la ciudad de Chiquinquirá a Duitama se estaba generando una causal de nulidad del acto como lo era la desviación del poder y la falsa motivación.

Argumentó la parte actora que la entidad demandada bajo su poder denominado “*Ius Variandi*”, afectó las relaciones del demandante con su familia pues tendría que visitarlos una vez cada dos meses y medio, toda vez que se aumentaría la totalidad de 03 horas, para poder visitarlos.

Trajo a cita copiosa jurisprudencia del H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional, misma que tratan sobre las restricciones al poder de cambiar las condiciones laborales del empleador, los derechos de los menores como prelativos ante los demás y por último la posibilidad de decretar la medida cautelar ante la existencia de un eventual perjuicio irremediable que sea más gravoso al interés general donde no se acceda favorablemente a lo pretendido.

OPOSICIÓN

Como quiera que se trata de una medida cautelar de urgencia en los términos del artículo 234 del CPACA, no se corrió traslado a la parte demandada.

CONSIDERACIONES

De las medidas cautelares.

En primer término, es necesario hacer mención de las normas que regulan el tema de las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011, de acuerdo a ello, se tiene que:

En el Artículo 229, el CPACA establece:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente 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, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.”
La decisión sobre la medida cautelar no significa prejuzgamiento...”.*

De lo anterior se puede deducir que el funcionario judicial, puede adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar de forma provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; igualmente que las mismas podrán ser ordenadas en cualquier etapa procesal, y que su decreto está sometido a un análisis motivado y minucioso de la demanda, sin que ello signifique prejuzgamiento.

Por otro lado el artículo 234 ejusdem señala

*(...) **MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA.** 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.(subraya el despacho)*

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta (...).

En ese orden de ideas, advierte la norma arriba transcrita, que de ser el caso el decreto de la medida debe declararse de manera urgente, toda vez que lo pretendido por el demandante es la pérdida de la ejecutoria del acto por medio del cual se ordenó la reubicación de su sede laboral, de allí que se observa la inminente necesidad de resolver si es procedente la medida cautelar rogada.

De los requisitos para decretar la suspensión provisional de actos administrativos.

El artículo 238 de la Constitución Política, indica que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, ha determinado, que la figura de la **suspensión** solo se deberá acoger cuando se considere que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

Artículo 231 del CPACA, señala:

*“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional **de sus efectos** procederá por violación de*

*las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse **al menos sumariamente la existencia de los mismos.***

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”.*

Ahora bien, a efecto de determinar si en el caso bajo estudio es procedente la medida cautelar solicitada se expone el siguiente:

Marco normativo y jurisprudencial

Para el año 2004 el legislador expidió la Ley 909, “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, norma que en su artículo 5º señala:

“(…) CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. *Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.*
2. *Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

(…)(Subrayado fuera de texto legal)

En lo que tiene que ver con los empleos de la Fiscalía General de la Nación, la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece en su artículo 130:

“130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores, permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.

*Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.
(...)*

*Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, **y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.(...)** (Negrilla fuera del texto legal)*

Ahora, se tiene que mediante la Ley 938 de diciembre 30 de 2004 se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, en el cual se establece:

*“Artículo 28. Dirección Seccional de Fiscalías. La Dirección Seccional de Fiscalías tiene las siguientes funciones:
(...)*

8. Coordinar con las Direcciones Seccionales del Cuerpo Técnico de Investigación y Administrativa y Financiera, las acciones tendientes al desarrollo efectivo de la investigación. (...)

Artículo 59. Clasificación de los empleos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos en:

- A) De libre nombramiento y remoción;*
- B) De carrera.***

Del mismo modo, se tiene que los Decretos No 016 y 017 del 09 de enero de 2014 definieron los niveles jerárquicos, modificó la nomenclatura, estableció las equivalencias y los requisitos generales para los empleos de la Fiscalía General de la Nación, así:

“Artículo 8°. Nomenclatura. Modificase la nomenclatura de empleos de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, la cual quedará así:

DENOMINACIÓN DEL EMPLEO
NIVEL PROFESIONAL
(...)
PROFESIONAL INVESTIGADOR III
(...)

Artículo 9°. Equivalencia entre nomenclaturas. Para efectos de la aplicación de la nueva nomenclatura, fijanse las siguientes equivalencias frente a las denominaciones de empleos establecidas en la Ley 938 de 2004 y en los Decretos 2824 de 2005, 123 de 2007 y 4058 de 2011, así:

Denominación Anterior	Denominación Nueva
(...)	(...)
PROFESIONAL INVESTIGADOR III	PROFESIONAL INVESTIGADOR I
(...)	(...)

Como consecuencia, para el asunto que nos convoca, puede señalarse que: el cargo de del demandante esta en los denominados cargos de carrera, de allí sus particularidades y beneficios.

En esa misma línea los títulos III capítulos I y II del Decreto 21 de 9 de enero de 2014, “Por el cual se expide el régimen de las situaciones administrativas en las que se pueden encontrar los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”, señalo lo siguiente:

(...) **MOVIMIENTOS DE PERSONAL.**

CAPÍTULO I.
TRASLADO.

ARTÍCULO 86. MOVIMIENTOS DE PERSONAL. *El movimiento del personal en servicio activo se puede hacer por:*

1. Traslado.
2. Reubicación.
3. Encargo, y
4. Ascenso.

ARTÍCULO 87. TRASLADO. *El traslado es el movimiento de personal a través del cual se provee una vacante definitiva dentro de la misma sede territorial o en otra diferente, con un servidor que ocupa otro empleo de naturaleza equivalente, funciones afines, con una remuneración igual, superior o equivalente y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.*

Bajo las mismas condiciones se pueden efectuar traslados recíprocos entre servidores de la misma entidad, con el lleno de los requisitos exigidos en el presente decreto ley.

PARÁGRAFO. El servidor público trasladado no requiere acreditar nuevos requisitos; únicamente se deberá actualizar su acta de posesión.

ARTÍCULO 88. PROCEDENCIA. El traslado procede de oficio o a petición de parte, únicamente dentro de la misma planta de personal donde se encuentra ubicado el empleo y cuando las necesidades del servicio así lo exijan.

ARTÍCULO 89. CUMPLIMIENTO DEL TRASLADO. El servidor público trasladado deberá asumir el nuevo empleo dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la comunicación del mismo, salvo que en el acto administrativo se establezca una fecha diferente. El servidor antes de asumir el nuevo empleo, deberá hacer entrega del cargo que desempeñaba.

El término para cumplir el traslado será improrrogable, salvo que se presenten causas objetivas y no imputables al servidor que hagan imposible su cumplimiento.

ARTÍCULO 90. DERECHOS. El empleado trasladado no pierde los derechos de carrera ni la antigüedad en el servicio.

Cuando el traslado implique cambio de ciudad, el funcionario tendrá derecho al reconocimiento y pago de los gastos que demande el traslado conforme a la ley y los reglamentos.

CAPÍTULO II. REUBICACIÓN.

ARTÍCULO 91. DEFINICIÓN. La reubicación consiste en el cambio de la ubicación física de un empleo, en otra dependencia de la misma planta global, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del mismo.

ARTÍCULO 92. PROCEDENCIA. La reubicación de un empleo se realizará por necesidades del servicio y mediante acto administrativo motivado proferido por el nominador, o por quien este haya delegado, el cual será comunicado a la persona que lo ocupa. Para la Fiscalía General de la Nación, esta situación será procedente dentro de una misma planta global de personal.

La reubicación del empleo podrá dar lugar al pago de gastos de desplazamiento y ubicación cuando haya cambio de ciudad.

ARTÍCULO 93. REUBICACIONES TRANSITORIAS. Los servidores de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas deberán prestar sus servicios en cualquier ciudad o municipio de la misma planta global. En consecuencia, por necesidades del servicio, el jefe del organismo podrá conformar grupos de trabajo transitorios con empleos ubicados en sedes y ciudades distintas a la que pertenecen. Una vez terminada la situación transitoria que dio lugar a la conformación del grupo, el servidor deberá volver al lugar en donde se encontraba ubicado inicialmente.

ARTÍCULO 94. TÉRMINO. La reubicación es una situación temporal del empleo. En consecuencia, el término máximo de reubicación es de cuatro (4) años.(...)

Del *Ius Variandi*

Fue advertido en reiterada Jurisprudencia¹, que la modificación de la relación laboral, es a lo que se le ha denominado "*ius variandi*", que consiste en la facultad que tiene el patrono de afectar justificadamente las condiciones de trabajo en cuanto a modo, lugar, cantidad y tiempo de labor, en virtud del poder subordinante que tiene sobre sus empleados.

No obstante, el referido poder no tiene la característica de ser ilimitado, en la medida, que la facultad del nominador de aplicarlo; debe ejercerse dentro del marco normativo establecido por la Constitución Política, según la cual el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y acatando los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política², tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, ese poder está determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa, y habrán de preservarse el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador.³

La Corte Constitucional en sentencia de vieja data aseguró⁴:

"(...) La jurisprudencia de esta Corporación sobre los alcances y límites del `ius variandi' fue sentada en la sentencia T-407/92, en la que se consideró el conflicto entre este derecho del empleador, y el del empleado a un trabajo en condiciones dignas y justas, en los siguientes términos:

*Consiste el *ius variandi* en la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud de poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores.*

*Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, **habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo.** (...)" (subrayado fuera de texto original).*

El máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo indicó "*(...) Si bien es cierto que el empleador tiene facultad para organizar el trabajo, **tal poder no***

¹ Se ha referido al "*ius variandi*" geográfico y sobre este punto ha señalado que "la movilidad del personal no es una facultad del empleador, unilateral y omnimoda, puesto que no se puede disponer del trabajador como si fuera una máquina o una mercancía, ya que él "echa, como las plantas, sus propias raíces". Es evidente que el trabajador tiene un legítimo derecho a la inamovilidad, que le permite organizar su vida personal, social y familiar sin trastornos innecesarios". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Sección Primera, sentencia de 16 de noviembre de 1981, M.P. Fernando Uribe Restrepo)

² Sección Segunda Subsección "B" sentencia de 8 de abril de 2010, actor: Belén Amparo Afanador Cabrera, Exp. No. 5288-05 M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

³ Consejo de estado – sala de lo contencioso administrativo sección quinta Sentencia AC-10320 de 15 de junio de 2000. Actora clara esperanza Asprilla MP Darío quiñones.

⁴ T- 503 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

puede utilizarlo en forma absoluta para desmejorar al trabajador ni menos como instrumento de retaliación, porque este derecho empresarial debe atemperarse con la prerrogativa que le asiste al trabajador para que se valore su condición humana que determina la prestación del servicio. (...)⁵

El ejercicio unilateral del '*ius variandi*', por regla general, sólo es posible cuando se refiere a elementos accidentales de la relación, siempre que la modificación sea funcional y no dañe a las condiciones del empleado, - amen- que si ese cambio se refiere a aspectos estructurales de la relación laboral, en principio no puede proceder unilateralmente a modificarlos, lo único que resulta procedente es modificar son los aspectos coyunturales o accidentales de la relación.

En esa misma línea, debe asegurarse que las entidades públicas cuentan con una planta de personal flexible, que permite tomar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las funciones encomendadas, en ese orden de ideas el nominador, goza de un margen de discrecionalidad al momento de valorar las circunstancias para ordenar un traslado o una reubicación, potestad que habrá de consultar las necesidades del servicio y el respeto a los derechos adquiridos, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y las condiciones laborales en que se encuentra.

Cualquier modificación de personal que se disponga en ejercicio del "*ius variandi*" debe considerarse, en todo momento ajustado a derecho - es decir motivado por las necesidades del servicio -, **en virtud de la presunción de legalidad de que gozan sus actos**; pero hay eventos en que, efectivamente, la decisión de trasladar a un servidor público comporta la trasgresión de normas legales o Constitucionales.

En suma, la producción o adopción de una decisión contenida en un acto administrativo que ordena una modificación de las condiciones laborales en el lugar de prestación del servicio, puede mediar infracción de las normas legales en que debió fundarse la decisión por incompetencia, falsa motivación o desviación de poder; así como vulneración de derechos fundamentales cuando la administración excede las competencias discrecionales al tomar la decisión.

En reciente jurisprudencia el H. Consejo Estado señaló sobre el pluricitado *ius variandi* lo siguiente:

*"(...) El ius variandi ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como la potestad en cabeza del empleador para modificar las condiciones de modo, cantidad, tiempo y lugar de trabajo de sus empleados, en ejercicio de su poder de subordinación, y se aplica tanto a las relaciones de derecho privado, como a las de derecho público, dado que el ejercicio de esta potestad no se circunscribe al tipo de vínculo o la clase de empleador, sino al reconocimiento del trabajador como sujeto de derechos.
(...)"*

⁵ Consejo de Estado, en sentencia de 3 de julio de 2003 Exp. No. 1204-01, actora Yazmina del Socorro Vergara, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Posición reiterada en sentencia del 1° de julio de 2009, Expediente No. 270012331000200201189 01 (2604-05), Actor: PETRONA DELGADO ROSERO, M.P. Dra. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAÉZ.

Una de las manifestaciones más usuales en el ejercicio del ius variandi es la orden de traslado, y tal orden se concretará siempre que no se configure una afectación negativa en la situación laboral del trabajador. Si bien el ius variandi se aplica tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público, al intervenir una entidad estatal, se inmiscuye el interés general y los principios de la función pública, que posibilitan, en ciertas circunstancias, tomar determinaciones que implican, necesariamente, la valoración y primacía del interés general, razón por la cual algunas entidades cuentan con plantas globales y flexibles, que permiten que el empleador cuente con mayor discrecionalidad al valorar las circunstancias para ordenar un traslado, sin que dicha potestad se considere arbitraria.

(...)

El ius variandi encuentra sus límites en el respeto por los derechos fundamentales del trabajador y la dignidad humana; de modo que carece de carácter absoluto y ostenta un carácter condicional, dado que la potestad de alterar las condiciones de trabajo, se sujeta a necesidades razonables de la entidad, siempre que ellas no impliquen una desmejora de las condiciones laborales del trabajador. (...)

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la potestad que permite al empleador modificar las condiciones de trabajo en el curso de la relación laboral no es absoluta, y ha precisado que puede ser violatoria de derechos fundamentales cuando se ejerce arbitrariamente y sin justificar las razones que hacen necesario el cambio de condiciones.

Igualmente, el ius variandi debe ejercerse considerando: i) las circunstancias que afectan al trabajador; ii) su situación familiar; iii) su estado de salud y el de sus allegados; iv) el lugar y el tiempo de trabajo; v) las condiciones salariales; y, vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado. Así, el ejercicio del ius variandi implica que en cada caso el empleador observe los parámetros señalados, para que pueda tomar una decisión adecuada y coherente, y no se vulneren los derechos fundamentales del trabajador.

La Corte también ha señalado que las consideraciones con relación al ius variandi se aplican, bien sea cuando la administración pública ordena trasladar a un funcionario a otro lugar, como cuando es el funcionario quien solicita el traslado y le es negado(...)⁶

De ius variandi en la planta de cargos de la Fiscalía General de la Nación

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS sentencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00146-01(AC) Actor: JESÚS ENRIQUE ESCALANTE SALAZAR Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE LA GUAJIRA.

Como ya se dijo, las entidades que hacen parte del sector público, y especialmente aquellas que cuentan con una planta de personal global y flexible, tienen por derecho la discrecionalidad con la que cuenta todo empleador, toda vez, - que debe darse una prelación al cumplimiento de la misión institucional que les ha sido encargada sobre los intereses particulares de los afectados, todo con miras siempre se suplir las necesidades del servicio⁷; así lo expuso la H. corte Constitucional cuando señaló “(...)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”⁸

Para el caso en particular la Fiscalía General de la Nación⁹ cuenta con una planta global y flexible, por lo que cuenta con una mayor discrecionalidad para ordenar traslados territoriales, esa facultad se fue regulada en el artículo 4 del Decreto 16 de 2014, el cual establece que el Fiscal General puede: “distribuir, trasladar y reubicar los empleos dentro de las plantas globales y flexibles de la entidad y determinar sus funciones, de acuerdo con las necesidades del servicio”.

Sin embargo ello, no implica que ese poder discrecional justifique un desmejoramiento laboral, pues han sido resaltados ya los denominados límites al cambio de las condiciones laborales esto fue advertido también por el Máximo Órgano de Protección Derechos Fundamentales cuando aseveró:

(...) 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.

A partir de esa consideración, la 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

⁷Corte Constitucional Sentencia T-565 de veintinueve (29) de julio de dos mil catorce (2014), fue Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

⁸ Sentencia T-770 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Sentencia T-1498 de 2000, Magistrada Ponente (E): Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. 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 lo tanto, requieren de un mayor grado de discrecionalidad en materia de traslados. Dentro de este grupo de entidades se encuentra la Fiscalía General de la Nación, la cual en ejercicio de la mencionada facultad discrecional, puede determinar la reubicación territorial de sus funcionarios y empleados, con el fin de mejorar la prestación del servicio (...)

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”

De manera que, 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 servidor ni tampoco la afectación de sus derechos y garantías fundamentales”¹⁰

Del caso en concreto.

El despacho, debe advertir que el asunto que nos convoca se direcciona al estudio de la conveniencia de la suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo por medio del cual se decidió la reubicación del demandante, ello implica el cumplimiento de serie de requisitos *sine qua non*, los cuales difieren al estudio de la trasgresión de derechos fundamentales que realiza un juez constitucional, ello en virtud de toda la argumentación expuesta por el demandante.

Así las cosas, del poco sustento de la medida cautelar deprecada, se logra extraer que la demandada no tuvo en cuenta la situación familiar del demandante al reubicarlo de la ciudad de Chiquinquirá a la de Duitama, es decir se le aumento un total de tres horas al recorrido que hacía para visitar a su núcleo familiar en la ciudad de Bucaramanga (f.20 vto y ss)

De esta manera lo primero que dirá el despacho es que aunque las medidas cautelares en los procesos ordinarios pueden ser procedentes desde el momento de la presentación de la demanda, también lo es que las mismas deben estar dotadas de la suficiente fuerza argumentativa y probatoria que le permita al juez de instancia realizar un estudio detallado de las exigencias, y determinar la imperiosa necesidad de suspender **los efectos** del o los acto(s) administrativo que goza de presunción de legalidad, que además fuera emitido por la autoridad con el lleno de los requisitos de existencia, validez y eficacia.

Tanto es así que evidenciar, que en ciertas circunstancias y eventos especiales es procedente ordenar la suspensión del acto, claro está sin que esto se interprete como un prejuzgamiento a la decisión administrativa, en otras palabras la regla general en relación con la procedencia de las medidas cautelares no permite realizar estudio al fondo del asunto, dada la incertidumbre que existe respecto de la prosperidad de las pretensiones desde el inicio del proceso con la sola presentación de la demanda, es por ello que es tarea de la agencia judicial de conocimiento, realizar la ponderación de los argumentos de la demanda y la contestación a la medida para terminar viabilizado el decreto o no de la cautelar solicitada.

¹⁰ Ibidem

Dicho lo anterior, no pasa desapercibido el despacho que con el mismo objeto se han intentado otros trámites judiciales lo cual por lo menos *prima facie* y aunado a los argumentos esgrimidos en este punto, evidencia la urgencia que el demandante anuncia en el libelo:

ACCIÓN	RADICADO	JUZGADO A CARGO	ESTADO ¹¹
Medida cautelar – de urgencia extraprocesal	15001333006201800143	Juz-6 administrativo del circuito oral de Tunja	Inadmisión de demanda con auto de 09-10-2018
Tutela	15001318700520180005100	Juzgado quinto de ejecución de penas y medidas de seguridad de Tunja	Fallo declara improcedente la tutela día 01-10-2018

Así las cosas se observa, la procedencia de entrar a resolver de fondo la presente medida cautelar, toda vez, que no ha sido desatada de fondo, ya que la decisión del juez de tutela fue la de rechazar por improcedente la acción y el juzgado sexto homónimo no se ha pronunciado sobre la admisión o rechazo del trámite, aunque valga decir se encuentra al despacho para resolver sobre la no subsanación de la solicitud¹².

En este punto no sobra anunciar que no es de recibo para este despacho que el apoderado actor acuda al trámite anticipado el 12 de septiembre de 2018 y al judicial el 24 de septiembre del mismo año, casi de manera concomitante con el mismo objeto de obtener el decreto de la medida cautelar, por lo que se remitirá copia de esta decisión a la autoridad competente a fin de que se investigue si el precitado apoderado ha incurrido eventualmente en alguna falta contra el ejercicio profesional, actuación que adicionalmente podría conllevar a la adopción de decisiones contradictorias.

Bajo éste contexto, es del caso, pasar a analizar los requisitos que deben configurarse para la prosperidad de la cautelar conforme al marco normativo que se refirió en precedencia.

1. Que la demanda este razonablemente fundada en derecho: con base en los argumentos esbozados en el escrito introductorio, se tiene que existe suficiente fundamento tanto fáctico como jurídico para dar inicio al trámite del proceso, ello en razón a que se aduce la configuración de causales de nulidad en un acto administrativo lo cual debe resolverse a la luz del trámite del medio de control incoado y el estudio de legalidad del mismo.

En efecto, se aduce la vulneración del régimen constitucional y legal con la expedición del acto que decidió la reubicación laboral del demandante, por afectar según su dicho las relaciones y la unidad familiar ante el incremento de tres horas al recorrido que debe hacer el servidor para atender su hogar.

¹¹ Información observada una vez se verificó el sistema de gestión judicial

¹² Así se estableció mediante consulta del sistema de gestión judicial Siglo XXI.

2. Que el demandante hubiese demostrado, así fuese sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados.

En este punto no hay lugar a discusión, toda vez que el señor CARLOS SASTRE CARREÑO, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que convoca la atención del despacho, como persona natural funge como demandante, con ello, se encuentra representado debidamente por mandatario judicial, además al ser el trabajador reubicado desde Chiquinquirá a Duitama, es el titular del derecho que hoy se encuentra en litigio.

De la misma forma, como ya se dijo fue arrimado al expediente principal el acto administrativo contenido en la Resolución No. 411 de 29 de marzo de 2018, que señala sin titubeos la reubicación del demandante desde el Municipio de Chiquinquirá al Municipio de Duitama.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

A la luz del marco normativo precedente, y aunado a la deficiente sustentación de la medida cautelar, se considera que lo decidido por la entidad accionada en la resolución impugnada tiene un contenido eminentemente particular, pues pese a que se resolvieron diversas reubicaciones en el acto administrativo, este despacho solo ha tenido bajo conocimiento el estudio de control de legalidad la reubicación del demandante, es decir se trata de un derecho particular e individual.

Sobra señalar que la reubicación solo es un asunto que afecta de manera directa el patrimonio de la demandante y no avanza a juicio del despacho a lesionar el interés público, por el contrario, la actuación de la demandada goza de presunción de legalidad en virtud del mejoramiento del servicio.

4. Que al no otorgarse la medida, se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serian nugatorios.

Se itera en este punto que el inciso 2º del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, indica que **la decisión sobre la medida cautelar no implica prejulgamiento** y en ese entendido, no decretarla, no lleva implícito el denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o viceversa, pues solo después del decreto y debate probatorio, puede llegarse a la conclusión de la nulidad que fue deprecada con la demanda.

Ahora, revisada la documental arrimada al plenario, hay que decir, que la solicitud de medida cautelar no fue acompañada de medios de convicción distintos al del trámite principal y que de contera la parte actora no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable que se desprenda de la negación del decreto de la cautela.

En efecto, se observa declaración juramentada rendida por la cónyuge del demandante rendida ante el señor Notario Décimo del Circulo de Bucaramanga (documento No 1 cd anexo) de la cual no se desprende plena certeza sobre la

ocurrencia del perjuicio pues si bien es cierto en el núcleo familiar del demandante se encuentran dos menores de edad de 12 y 15 años, tal y como fue probado con los registros civiles de nacimiento (documentos vistos en el Cd anexo), no lo es menos que el distanciamiento del empleado frente a su familia, no ocurrió en virtud de la Resolución No. 411 de 29 de marzo de 2018, por el contrario del material probatorio se puede establecer que el traslado de la ciudad de Cúcuta en el Departamento de Norte de Santander, se dio en razón de la seguridad del propio demandante a través de la Resolución No 2-0147 de 20 de enero de 2009 (documento cd anexo), es decir hace más de ocho años.

Téngase en cuenta que el demandante desde su traslado a la ciudad de Chiquinquirá no ha convivido de manera continua con su núcleo familiar, pues ellos residen en Bucaramanga, de allí que la inconformidad del demandante está sustentada no en el traslado de la ciudad de Cúcuta, pues fue por su propio bienestar, contrario sensu su alegato tiene fundamentación en el aumento en las horas de viaje, lo que sin lugar a dudas determina la necesidad de verificar todos los medios de prueba para estimar la prosperidad de las pretensiones, sin embargo ello no justifica por sí mismo la necesidad de decretar la medida.

Debe advertirse que tal y como lo prevé artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 la medida cautelar estará llamada a proceder cuando la violación deprecada "(...) surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud", por lo que para el sub lite se exige que obligatoriamente con la petición de medidas se aporten las pruebas que puedan estudiarse para que del análisis entre el acto demandado y las normas que se consideran vulneradas y de allí pueda el fallador de instancia determinar si existe la violación normativa alegada sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso.

En consecuencia observados los medios de prueba aportados, se itera no se encuentra presente medio de convicción determinante que contenga las características propias del perjuicio, con ello, no se observa el daño que alega el demandante en razón al cambio de ciudad de labores dentro del mismo departamento, por lo que puede asegurarse que no logró el demandante acreditar que el acto administrativo demandado, en efecto, le esté ocasionando un perjuicio irremediable que haga necesaria la adopción de la medida cautelar de urgencia.

En consecuencia, deberá darse continuidad al trámite del proceso, para que del análisis en conjunto de todas las pruebas que se logren recaudar y tras la valoración se determine la existencia de las causales de nulidad alegadas como fundamento de las pretensiones de la demanda, pues a esta altura –se itera- no se hallan presentes los elementos que acrediten que no decretar la medida afecte la unidad familiar del demandante.

Finalmente es del caso precisar que de esta decisión y sin esperar su ejecutoria, se informará al Juzgado Sexto Homónimo de Tunja para que tenga conocimiento del presente trámite.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Trece Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja,

RESUELVE

PRIMERO: Negar el decreto de la medida cautelar de urgencia, de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 411 de 29 de marzo de 2018, solicitada por el señor CARLOS SASTRE CARREÑO conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Continuar con el trámite procesal pertinente.

TERCERO. Remitir copia de esta decisión y del cd visto a folio 25, al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Disciplinaria, para que conforme a su competencia se establezca si el abogado JUAN DIEGO HERNANDEZ CRISTANCHO identificado con Cedula de Ciudadanía N° 1.049.640.676 de Tunja y portador de la Tarjeta Profesional N° 308.259 del Consejo Superior de la Judicatura, ha incurrido en falta alguna contra el ejercicio profesional al radicar de manera casi concomitante, solicitud de medida cautelar judicial y anticipada ante éste y el Juzgado 6° Administrativo de Tuja, con el mismo objeto de obtener la suspensión provisional de la Resolución No. 411 de 29 de marzo de 2018, conforme a lo expuesto.

CUARTO. Informar al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Oral de Tunja sobre la existencia, naturaleza y objeto del trámite de la medida cautelar que ha sido resuelta para lo que estime pertinente.

QUINTO: Continuar con el trámite procesal en el cuaderno principal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


YUDI MIREYA SÁNCHEZ MURCIA
JUEZA

IJ

<p style="text-align: center;"></p> <p style="text-align: center;">JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA</p> <p><i>El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 55 Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, Hoy, 05 DIC 2018 siendo las 8:00 A.M.</i></p> <p style="text-align: center;"> ERIKA JANETH CARO CASALLAS Secretaria</p>
--