



Arauca, Arauca, 15 de enero de 2020.

Asunto : **Auto decide medida cautelar**
Radicado No. : 81001 3331 001 2017 00418 00
Demandante : Gabriel Eduardo Prado Albarracín
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Despacho a estudiar la solicitud de la medida cautelar presentada por el demandante.

ANTECEDENTES

1. Junto a la demanda de la referencia se solicitó la medida cautelar de suspensión provisional de los siguientes actos administrativos expedidos por la Fiscalía General de la Nación:

✓ **Resolución No. 0139 del 7 de marzo 2017**, por medio de la cual se efectúa el traslado del actor a la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana- Arauca-

✓ **Resolución No. 10202 del 29 de marzo de 2017**, Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición, confirmando la decisión de traslado del demandante contenido en la Resolución 0139 del 7 de marzo de 2017.

2. Como fundamento de su solicitud expuso:

2.1. Que GABRIEL EDUARDO PRADO ALBARRACÍN, se desempeñaba como Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito del Villeta (Cundinamarca), hasta el día 7 de marzo de 2017.

2.2. Que la Vicefiscal General de la Nación mediante *Resolución No 0139 del 7 de marzo 2017* dispuso el traslado del señor Gabriel Eduardo Prado Albarracín, a la ciudad de Arauca para ocupar el cargo de Fiscal Delegado para Infancia y Adolescencia del Departamento de Arauca.

2.3. Que presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, ante la misma funcionaria, pero mediante *Resolución No 10202 del 29 de marzo de 2017* se confirmó la decisión de traslado.

2.4. Igualmente, expresa que es una persona de la tercera edad, que tiene su residencia cerca al municipio de la Vega, por su cercanía al lugar de trabajo en Villeta (Cundinamarca), en donde convive con su compañera permanente, persona de edad avanzada.

2.5. Indica que los actos administrativos demandados, han causado un grave perjuicio irremediable al actor por lo siguiente:

a. La Fiscalía General de la Nación, no consideró la situación de especial protección del actor por su edad, de acuerdo al artículo 43 de la Constitución Política.

b. No se tuvo en cuenta que la compañera permanente del señor Gabriel Eduardo Prado Albarracín, es una persona de la tercera edad, que ellos tienen constituida una familia que requieren del mutuo apoyo para sobrellevar las vicisitudes propias de la vejez.

c. Finalmente, refiere que sufre perjuicios morales por encontrarse separado de su compañera permanente para compartir y acompañarse mutuamente, por tal razón fue atendido por psicología de la ARL, la cual emitió concepto de las afectaciones anímicas del actor por causa de su separación familiar. También afectaciones económicas, por cuanto deberá pagar tratamiento particular de psicología, porque en Arauca no se cuenta con ese servicio especializado; y debe asumir gastos adicionales en transporte, soportando largos trayectos terrestres al lugar de residencia de su familia.

3. Medios de prueba

Menciona que se tengan como tal los allegados con la demanda, como son **i)** los actos administrativos demandados, **ii)** los gastos económicos sufragados por el actor para ir a visitar a su familia; y **iii)** el informe de psicología de atención a servidores de la Fiscalía General de la Nación.

4. Trámite procesal

Por auto del 14 de febrero de 2018 se ordenó correr traslado de la solicitud de medida provisional a la parte demandada (fol. 8 c. medidas).

5. Contestación de la medida

Mediante escrito presentado dentro del término, la Fiscalía General de la Nación se opuso a la solicitud de medida cautelar, por considerar que esta entidad de alcance nacional debe garantizar la prestación del servicio dentro su misión institucional en todo el territorio del país, por lo cual, la naturaleza de su planta de personal es global y flexible, de modo que el movimiento del personal se persigue con el fin de suplir una necesidad del servicio. En ese sentido, los funcionarios desde el momento de su posesión, son conocedores de la posibilidad de ser trasladados, sin que la movilidad dependa de las conveniencias personales de los servidores.

En consecuencia, solicita no se acceda a la suspensión del traslado del actor.

CONSIDERACIONES

1. Las medidas cautelares en la noción actual

1.1. En materia de medidas cautelares, la legislación nacional tanto ordinaria como administrativa, ha sido tradicionalmente conservadora, por ello, su desarrollo en los códigos anteriores (CCA y CPC), se caracteriza por establecer medidas **taxativas**, esto es, de *origen legal*, más no innominadas, que son de *proposición judicial* según la necesidad de cada caso.

Pero el procesalismo moderno es consciente de las dificultades que enfrentan los derechos para hacerse valer a tiempo dentro de un proceso judicial ordinario, dado que la sentencia que los amparará o reconocerá llegará demasiado tarde, en desmedro del bien jurídico a tutelarse.

Así que en las últimas codificaciones (CPACA y CGP), se propendió porque las medidas cautelares tuviesen un vuelco pragmático, donde el juez ganara un papel protagónico a la hora de tomar determinaciones trascendentales *-aunque interinas-*, que luego habrán de refrendarse en la sentencia, pues la nueva noción propende por evitar que los efectos de esta sean inocuos.

Si bien las medidas cautelares de hoy no implican prejuzgamiento, sí procuran ofrecer respuestas rápidas y coherentes dentro del proceso mientras se aguarda a la sentencia.

1.2. En el CPACA, a partir del artículo 229 al 241, se desarrolla el tema de las medidas cautelares, regulando su procedencia, oportunidad, clasificación, requisitos, procedimiento y demás situaciones entorno a esta figura procesal.

«**Artículo 229:** 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 implica prejuzgamiento»

De lo anterior, es claro que las medidas cautelares en procesos declarativos contenciosos administrativos, solo proceden a solicitud de parte y se pueden gestionar en cualquier momento para garantizar la efectividad de los derechos en litigio, y si bien su decreto debe ser motivado, la decisión no puede entenderse como prejuzgamiento.

2. De la medida cautelar de suspensión provisional

En cuanto a la clasificación de las medidas cautelares, la disposición siguiente las caracteriza en preventivas, conservativas, anticipativas o *de suspensión*; para el caso *sub judice*, la pretendida es la de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, conforme el artículo 230.3 del mismo estatuto procesal.

Ahora bien, el artículo 231 del CPACA establece los requisitos que deben satisfacer las solicitudes de medidas cautelares para proceder a su decreto, distinguiendo o diferenciando los alusivos a la suspensión provisional de los actos administrativos, respecto de los concernientes o las otras clases de medidas cautelares. Expresa la norma textualmente:

«**Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. 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. (...)»

La diferenciación se desprende de la redacción del artículo pretranscrito, donde se percibe que, el legislador en el primer inciso redacta los presupuestos que debe cumplir una solicitud de suspensión provisional, y aparte o subsiguientemente, indica los que deben satisfacer las otras medidas cautelares hoy posibles en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Esto había que decirlo para ir advirtiendo que, para que proceda la solicitud de suspensión bajo estudio, no cabe realizar valoración alguna al cumplimiento de requisitos **sustanciales** distintos a los consagrados en el **primer inciso del artículo 231 del CPACA**, es decir, que tratándose de suspensiones provisionales, no cabe determinar la *apariencia de buen derecho* y/o el *periculum in mora* (Peligro de la mora) a que hacen referencia los numerales 1 a 4, sino se itera, únicamente a los consagrados en el primer inciso.

Pero ¿cuáles son esos requisitos sustanciales?, la respuesta se obtiene con mayor facilidad cuando se fragmenta la norma, identificando cada presupuesto:

i). Debe existir una *«violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado»*,

ii). Tal violación debe advertirse al analizarse el acto demandado y confrontarse *«con las normas superiores invocadas como violadas»*,

iii). O del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

iv). Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

Identificar si en el presente caso concurren los anteriores requisitos, es precisamente el trabajo que le corresponde al Despacho efectuar en este momento procesal.

3. Del régimen de traslado de personal en la Fiscalía General de la Nación o ius variandi.

3.1. La Fiscalía General de la Nación, por disposición constitucional forma parte de la Rama Judicial, pero es un órgano autónomo **administrativa** y presupuestalmente (art. 249), cuyo propósito primordial se centra en iniciar la acción penal de oficio, por denuncia o querella, frente a los casos que no sean atribuidos a otras autoridades.

Por medio de la ley 1654 de 2013, el Congreso de la República confirió al ejecutivo facultades extraordinarias para variar la estructura y planta de la Fiscalía General de la Nación, estableciendo en el parágrafo 1 del artículo 1, un **principio de estabilidad** aplicable incluso frente al personal de los cargos que serían suprimidos, así: *«Al ejercer las facultades extraordinarias conferidas por esta ley, el Presidente de la República garantizará la estabilidad laboral de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación. Los funcionarios que al momento del desarrollo de las facultades conferidas en la presente ley se encuentren laborando en cargos que sean suprimidos o modificados, deberán ser reubicados en cargos de igual, similar o superior categoría al que se encuentren prestando servicios»*.

En ejercicio de dicha potestad, fue expedido el Decreto ley 18 de 2014, el cual en el parágrafo 1 del artículo 2, precisó el carácter de la planta de personal de la Fiscalía y determinó que sería el Fiscal General de la Nación el competente¹ para distribuir los cargos y ubicar al personal de la entidad:

«La planta de personal adoptada para cada área será global y flexible e incluye los empleos creados en el Código de Extinción de Dominio. **El Fiscal General de la Nación** distribuirá los cargos de las plantas en cada una de las dependencias de la Fiscalía General de la Nación,

¹ Esta atribución fue replicada en el Decreto ley 016 de 2014 (art. 4), modificado por el Decreto ley 898 de 2017.

mediante actos administrativos y ubicará el personal teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes, las estrategias y los programas de la entidad».

De lo expuesto se desprende que, la Fiscalía General de la Nación cuenta con una planta global y flexible, la cual se distribuye y provee, con autonomía administrativa por el Fiscal General de la Nación (o su delegado), de acuerdo a las necesidades del servicio, los planes, estrategias y los programas de la entidad.

3.2. Cuando la planta de personal es global y flexible, es factible la reubicación o traslado del personal en cualquiera de los cargos o plazas disponibles, sin que pueda entenderse siempre como un desmedro laboral, pues por regla general, el ejercicio del *ius variandi* dentro del empleo público, responde a la primacía del interés general sobre el particular, lo que le permite al empleador modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, según las necesidades del servicio, sin importar la ubicación territorial del cargo, mientras se mantenga nominal y jerárquicamente inalterable. Al respecto ha explicado la jurisprudencia:

“La planta de personal de la Aerocivil es global y flexible y ello implica que este tipo de reubicaciones constituye una contingencia propia del ejercicio de un cargo en esa entidad. Una entidad pública que cumpla labores a nivel nacional tiene que atender municipios de todas las categorías y niveles de desarrollo. Y si todos los funcionarios que se encuentran prestando sus servicios en las grandes ciudades se niegan a ser trasladados a otras localidades menores -con argumentos plausibles como el de que la reubicación les significaría un detrimento en su calidad de vida, por la pérdida del entorno social cotidiano y las diferencias existentes en la infraestructura educativa, sanitaria, cultural, de servicios, etc., - le sería muy difícil a la administración poder cubrir todos los puestos existentes. Además, la admisión de este tipo de argumentos convertiría los traslados en procesos interminables de consulta con los funcionarios, hecho éste que sacrificaría el principio de eficacia al que está obligada la administración pública”²

Pero esta potestad de la administración empleadora, no es absoluta. La propia Corte Constitucional sobre este tema ha dado orientaciones, en el sentido de señalar que, para efectuar los traslados o las reubicaciones, no basta con atenderse las situaciones objetivas de necesidad del servicio y justificaciones técnicas, sino que la administración debe revisar cada caso en particular, en procura de evitar lesiones a derechos subjetivos como el de la unidad familiar, o por razones serias de salud, etc.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

“El *ius variandi*, procede por motivos razonables y justos; en su ejercicio deberá preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador; y, el uso de la discrecionalidad que la ley confiere al patrono, bien sea privado u oficial, debe ser razonable, lo que significa que la potestad no puede ser ejercida de manera arbitraria e intempestiva; sino respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y de los integrantes de su núcleo familiar, tales como la vida, la salud o la integridad personal. De ahí, que las razones del buen servicio público que tenga la Administración, priman sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, ya que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no puede estar condicionado o sometido a los intereses personales de cada uno de sus servidores, pues así, la movilidad geográfica en la función pública sería absolutamente imposible. Con todo, la facultad discrecional de variación o modificación de las condiciones de trabajo que le asiste al empleador público no es absoluta, por cuanto dadas las repercusiones y trascendencia que tiene para el trabajador en aspectos familiares, sociales, culturales y hasta económicos, el acto administrativo de traslado debe sujetarse a los postulados consagrados en

² C. Const. Sentencia T-715 de 1996.

la Constitución, respetando las garantías de estabilidad tanto laboral como personal del trabajador³

En resumen, los funcionarios que pertenecen a una planta globalizada, están llamados (en principio) a soportar la reubicación de sus cargos o traslados, salvo que las circunstancias especiales del servidor público desaconsejen su movilidad, sin antes examinar la situación de otros servidores con igual perfil (pero sin dificultades particulares), logrando con ello suplir la necesidad *-y de contera satisfacer el interés general-*, sin afectar derechos individuales jurídicamente protegidos.

4. Estudio de la solicitud

4.1. El demandante considera que en el asunto *sub examine* procede la medida cautelar de suspender provisionalmente los efectos de la Resolución N° 0139 del 7 de marzo 2017 y la Resolución N° 10202 del 29 de marzo de 2017, mediante las cuales se ordena y confirma su traslado a la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana- Arauca, por cuanto trasgreden las normas constitucionales 1, 2, 25, 43 y 53.

Sus argumentos se refieren a resaltar que él y su esposa son de la tercera edad y juntos se deben socorro mutuo en la vejez, pero el traslado ha afectado la unidad familiar, causando daños psicológicos y económicos, como los cambios de su estado anímico por alejarse de su entorno familiar, las dificultades para reunirse y los gastos incrementados para viajar a compartir con ellos.

4.2. Como ya se anotó en los antecedentes de esta decisión, el traslado del demandante se decidió (en primer lugar) mediante la **Resolución 0139** del 7 de marzo de 2017 (fls. 24-25), expedida por la Vicefiscal General de la Nación en su condición de delegataria del Fiscal General de la Nación. El fundamento de la decisión estribó en «*estrictas necesidades del servicio*».

No obstante, como la decisión fue reprochada por el actor (fls. 34-40 y 43-44), quien advirtió de su condición especial, a saber: prepensionado, adulto mayor (63 años para entonces), con unión marital de hecho e hijos, teniendo su compañera 68 años edad y con residencia en la Vega (Cundinamarca); la determinación terminó consolidándose con la **Resolución No. 0202** del 29 de abril de 2017.

En este último acto administrativo se observa que se valoraron los argumentos del demandante, pero se desestimaron al considerarse que pesaba más el interés general sobre el particular, aduciendo que «*si bien el ius variandi que se ejerce para la reubicación o traslado del personal no es absoluto, ello no implica la pérdida de la discrecionalidad que la ley concede a quienes lo ejercen, especialmente tratándose de plantas globales, sino que representa un uso razonable de la misma, acorde con los propósitos de flexibilidad y ajuste que ella persigue...*».

4.3. Pues bien, a partir de todo lo expuesto el juzgado arriba a la consideración anticipada de la virtual infracción a reglas superiores, en la medida que se contempló el traslado del demandante únicamente por razones objetivas, lo cual sería comprensible cuando se adoptó la **Resolución 0139** de 2017, pero no cuando se reestudió el asunto a partir del recurso en sede administrativa, mediante la **Resolución No. 0202** del mismo año, donde la administración, en ejercicio de su poder discrecional, pudo justipreciar si la satisfacción del servicio se lograría, menoscabando en lo mínimo posible derechos sensibles de alto valor constitucional, como la unidad familiar del personal de la tercera edad.

³ C. Const. Sentencia T-1010 de 2007.

Recuérdese que cuando la administración acude a su facultad discrecional, debe adecuar su decisión a los fines de la norma que la permite, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa (art. 44 CPACA). En otras palabras, la autoridad debe ajustar los medios (decisión) a los propósitos de la norma (discrecionalidad propiamente dicha), procurando conseguir sus objetivos sin afectar otros derechos en tensión, o afectándolos en el menor grado posible (proporcionalidad).

En este caso, la ley 1654 de 2013⁴, que derivó en el Decreto ley 18 de 2014 -*el cual sirvió de fundamento de los actos acusados*-, estableció un **principio de estabilidad** laboral frente al personal de la Fiscalía (art. 1, parágrafo 1, de aquella⁵), que irradia la potestad del Fiscal General de la Nación (o su delegado), en materia de mutación de cargos, traslados de plazas, o reubicación del personal, de manera que, en el ejercicio de la facultad discrecional para definir el reasentamiento del demandante, debió tenerse en cuenta las condiciones especiales que desaconsejaban su movilidad, sin antes evaluar el impacto a sus derechos constitucionales.

En efecto, al revisarse los actos acusados, especialmente la **Resolución No. 0202**, se extrae en esta etapa procesal prematura, que la demandada no ha comprobado hasta ahora, que ponderó adecuadamente las edades del demandante y de su compañera permanente, quienes fueron claros en demostrar vía recurso, que tenían más de 63 años. Pese a esta circunstancia especialísima que lógicamente deriva en otras más dramáticas, la prueba hasta ahora arrojada indica, que se prefirió suplir la necesidad del servicio (a ultranza), como si en la planta de personal de la Entidad, no hubiese un homólogo con menores situaciones especiales con quien surtir la vacante en Arauca.

Sin duda el traslado del demandante puso en tensión la función pública de justicia (interés general) con la unidad familiar del actor de avanzada edad (interés particular), lo que conminaba a la administración a determinar, si la medida no solamente era necesaria, sino adecuada, y en su defecto, proporcional.

Haciendo esa ponderación, el Juzgado colige por ahora, que la medida de traslado era necesaria, pero no adecuada ni mucho menos proporcional, en tanto todo indica que se satisfizo el interés general con un sacrificio muy alto de los derechos subjetivos del fiscal GABRIEL EDUARDO PRADO ALBARRACIN, al separarlo de su compañera con más de 68 años de edad, en desmedro su unidad familiar y socorro mutuo, en el último tramo de su vida.

4.4. Así las cosas, para el Despacho se dan todos los presupuestos que hacen procedente la suspensión provisional de los actos administrativos, previstos en el artículo 231 del CPACA, razón por la cual se dejará momentáneamente sin efectos las Resoluciones **0139** del 7 de marzo de 2017 y **No. 0202** del 29 de abril de 2017.

4.5. En todo caso se advierte, que la presente decisión no implica prejuzgamiento y por ello es de naturaleza interina (art. 229 CPACA).

En consecuencia, se

4 «Por la cual se otorgan facultades extraordinarias pro tempore al Presidente de la República para modificar la estructura y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y expedir su Régimen de Carrera y situaciones administrativas»

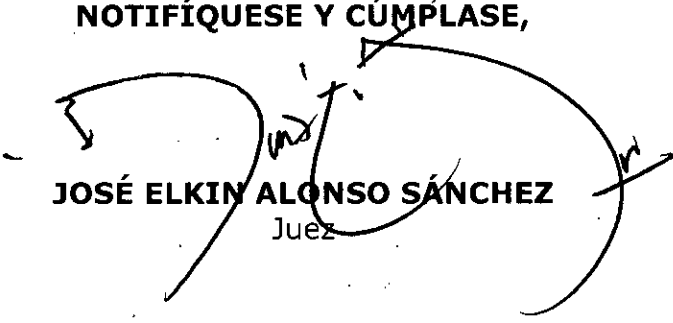
5 Dice la norma: «Al ejercer las facultades extraordinarias conferidas por esta ley, el Presidente de la República garantizará la **estabilidad laboral** de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación»

RESUELVE

PRIMERO: Decretar como medida cautelar, la suspensión provisional de las Resoluciones N° 0139 del 7 de marzo 2017 y N° 10202 del 29 de marzo de 2017, expedidas por la Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: El acto administrativo que aquí se suspende no podrá reproducirse conforme lo dispone el Art. 237 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

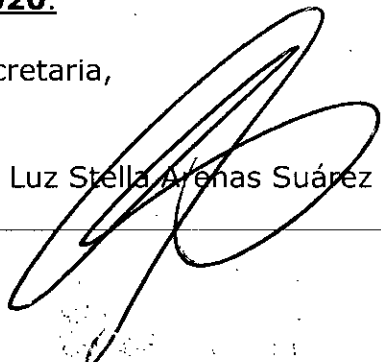

JOSÉ ELKIN ALONSO SÁNCHEZ
Juez

**Juzgado Primero Administrativo
de Arauca**

SECRETARÍA.

El auto anterior es notificado en estado No. **001** de fecha **16 de enero de 2020.**

La secretaria,


Luz Stella Arenas Suárez