

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA AUTORIDAD PÚBLICA - Procuraduría General de la Nación / EJERCICIO DE LA POTESTAD DEL IUS VARIANDI POR PARTE DEL EMPLEADOR - No constituye una arbitrariedad / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

[A] la Sala le corresponde determinar si la Procuraduría General de la Nación con la expedición de la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019, ejerció la facultad del ius variandi y, de ser así, si su aplicación resultó vulneradora de derechos fundamentales. (...) [L]a Sala advierte que en el presente caso la expedición de la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019 no constituye el ejercicio arbitrario del ius variandi por parte de la Procuraduría General de la Nación, en tanto que, dicho acto administrativo lo que hizo fue asignar a la Procuradora 69 Judicial I para Asuntos Administrativos la intervención en los Juzgados Primero y Segundo de Sogamoso, lo cual genera un desplazamiento a un municipio al que está asignada y dentro del mismo distrito, pero de modo alguno significó el cambio o traslado de la sede a la que fue trasladada en virtud de la Resolución 710 de 7 de marzo de 2019. (...) [De modo que,] la modificación que introdujo la [citada] [r]esolución (...) a las funciones que debe desempeñar no puede ser equiparadas a un traslado, pues, se insiste, no está modificando la sede en que fue nombrada, a pesar de que tal decisión le implique desplazarse de un municipio a otro cuando las necesidades del servicio así lo demanden. (...) Luego, la vulneración de los derechos fundamentales invocados no se encuentra debida y suficientemente acreditada, de modo que, permita acceder al amparo solicitado de manera transitoria, sin perjuicio de que, en sede de nulidad y restablecimiento del derecho el juez natural de conocimiento, al hacer el análisis propio de la legalidad del acto respecto del cual manifiesta inconformidad, determine si se ajustó o no al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en el presente caso, se impone revocar la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, para en su lugar, negar el amparo solicitado por la [parte actora].

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 15001-23-33-000-2019-00311-01(AC)

Actor: PAOLA ANDREA OCHOA GARCÍA

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala decide la impugnación presentada por la parte demandante, la Procuraduría General de la Nación y el señor Fabio Leonardo Serrano Novoa, en condición de Procurador 178 Judicial I para Asuntos Administrativos, contra la sentencia del 3 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que resolvió:

“PRIMERO: CONCEDER el amparo al derecho fundamental del debido proceso de la señora Paola Andrea Ochoa García.

SEGUNDO: ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a rehacer la actuación administrativa de distribución de funciones que dio origen a la Resolución No. 514 de 2019, en lo que concierne a la Procuraduría 178 Judicial I de Duitama y Procuraduría 69 Judicial I de Tunja, para lo cual deberá hacerlo en forma motivada y atendiendo a las situaciones particulares de la accionante, las cuales fueron analizadas por el Comité de Personal el 20 de diciembre de 2018, así mismo la entidad accionada deberá analizar las diversas posibilidades para atender las necesidades del servicio, en especial lo referente a la asistencia del Procurador 178 Judicial I de Duitama en la Mesa de Trabajo ante el FOMAG.

(...)”.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La parte demandante ejerció acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación, por considerar vulnerados los derechos de los niños, el derecho a la familia y los principios de buena fe y confianza legítima. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“Que sean amparados mis derechos fundamentales a: i) el derecho de los niños, ii) la confianza legítima, iii) buena fe; y iv) unidad familiar, contenidos y garantizados por la Constitución Política de 1991 y; en consecuencia, se disponga impeler a la Procuraduría General de la Nación, estas o similares órdenes:

1) Que se ordene a la Procuraduría General de la Nación dentro de las 48 horas siguientes a que se emita el fallo respectivo dentro de esta acción constitucional, dejar sin efectos las disposiciones contenidas en la Resolución 514 de 17 de mayo de 2019, en el artículo primero, en lo que hace referencia a la distribución de funciones de intervención como Agente del Ministerio Público a las Procuradurías 178 Judicial Administrativa de Duitama y 69 Judicial Administrativa de Tunja, notificada el día 10 de junio de los corrientes.

(...)

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se restablezca el statu quo anterior; es decir, que siga ejerciendo mi función como Procuradora 69 Judicial I, para asuntos de Conciliación Administrativa, en los Juzgados de Tunja y Duitama, como se había determinado originalmente; es decir, en las Resoluciones Nos. 018 de 2016 y 102 de 2018, en virtud al (sic) estudio y concepto favorable de mi traslado con sede en la ciudad de Tunja, proferido por la Comisión de Personal de Carrera, que expidiera el 20 de diciembre de 2018.

3. Prevenir a la entidad tutelada, para que una vez ejecutoriado el fallo, se abstenga de ejercer cualquier acto de represión, retaliación, con ocasión del ejercicio de la presente acción, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los Art. 52 y 23 del Dec. 2591 de 1991.

4. Advertir al accionado para que se abstenga de incurrir en las conductas denunciadas (Art. 24 del Dec. 2591 de 1991)”¹.

¹ Folios 1 – 2.

Como medida provisional solicitó:

“(…)

En atención al principio de previsión, protección, de primacía de los derechos inalienables de la persona y de intervención oportuna de las autoridades, ante la situación de riesgo inminente para los derechos fundamentales de la suscrita y de mi hijo de 30 meses; solicito respetuosamente al Honorable Magistrado Constitucional que como medida provisional en la forma como lo prevé el inciso cuarto del artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, decrete las siguientes:

- a) Suspender los efectos parcialmente, por ser inconstitucional, del acto administrativo contenido en la Resolución No. 514 calendada el 17 de mayo de 2016, expedida por la Procuraduría General de la Nación “Por medio de la cual se modifican (sic) parcialmente la Resolución 236 del 16 de julio de 2012 y las resoluciones que la modifican y se dictan otras disposiciones”, en lo que atañe a la suscrita en cuanto se modifican los sitios de trabajo como Procuradora Judicial I 69 Administrativa de la ciudad de Tunja, y que cobijaba Duitama, para atender ahora los Juzgados asignados en Tunja y actualmente tener que desplazarme a la ciudad de Sogamoso, aumentando en mayor distancia el viaje que se deje efectuar para cumplir el comedido (sic), con la consecuente violación de los derechos de mi menor hijo, a estar más permanente con él, como muy bien lo había establecido la Comisión de Personal, al estudiar la solicitud de traslado entre varios aspirantes, reconociendo el mejor derecho que ostenta, toda vez que por la edad (dos años y medio) y cuidado que requiere mi hijo debo estar lo más cerca posible.*
- b) Suspender los efectos parcialmente, en lo que hace a la suscrita, por ser inconstitucional el acto contenido en el Decreto No. 514 de 17 de mayo de 2019, por medio del cual el Procurador General de la Nación, cambia la función de intervención judicial en la ciudad de Duitama, por la de intervención judicial en la ciudad de Sogamoso, en el cargo de Procuradora 69 Judicial I para Asuntos de Conciliación Administrativa, con sede en la ciudad de Tunja.*

Lo anterior, hasta tanto no se decida la presente acción de tutela para efectos de precaver posibles daños que se puedan ocasionar a la suscrita y a los derechos y garantías constitucionales que me asisten, y se deriven del cambio de la ciudad de Duitama a Sogamoso, a más de los juzgados de mi sede, por parte de la Procuraduría General de la Nación y que en caso de ser emitida una sentencia en mi favor en el presente asunto, la misma resulte ilusoria, inocua o superflua por la pérdida de tiempo que implicaría dichos desplazamientos en detrimento de los cuidados que le debo deparar personalmente a mi hijito”².

2. Hechos

De la lectura del expediente, se advierten como relevantes los siguientes hechos:

La señora Paola Andrea Ochoa García accedió al cargo de Procurador Judicial I código 3PJ, grado EG, asignada a la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, previo concurso de méritos. El Procurador General de la Nación, mediante el Decreto 3593 del 8 de agosto de 2016, la nombró en la Procuraduría 178 Judicial Administrativa con sede en Duitama, Boyacá.

Una vez se produjo la vacancia de cargo de Procurador 69 Judicial I con sede en Tunja, solicitó traslado a esa dependencia, petición que elevaron dos personas más, por lo que, la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación, previo estudio de las solicitudes, en concepto del 20 de diciembre de 2018,

² Folios 2 – 3.

determinó que la señora Paola Andrea Ochoa García tenía el derecho al traslado solicitado por su condición de madre de un menor que, para ese momento tenía 17 meses, porque su esposo se desempeña como juez administrativo en el mismo municipio y la casa de habitación está ubicada en el municipio de Tunja.

Por lo anterior, la Procuraduría General de la Nación, mediante el Decreto 710 del 7 de marzo de 2019, dispuso el traslado a la ciudad de Tunja, en la Procuraduría 69 Judicial I y asignó, además, la función de intervención en dos juzgados en la ciudad de Duitama – que está a 54 km del municipio de Tunja –.

Sin embargo, el 10 de junio de 2019 fue notificada de la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019, por medio de la cual se hizo una nueva distribución de la intervención judicial que le corresponde a la Procuraduría Judicial Administrativa de Tunja y, en particular, la intervención fue asignada a las ciudades de Duitama y Sogamoso – la última que está a 75 km del municipio de Tunja –.

Que, en su lugar, la intervención judicial de la Procuraduría Judicial Administrativa de Tunja fue asignada al procurador Fabio Leonardo Serrano Novoa.

3. Fundamentos de la acción de tutela

La demandante señaló que la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019 desconoció el principio del interés superior del niño y los derechos de los niños, niñas y adolescentes y a la familia, así como el concepto de la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación, que, tres meses atrás había aprobado su traslado a la ciudad de Tunja.

Que la decisión, en la práctica, dejó sin efectos el Decreto 710 del 7 de marzo de 2019, por medio del cual se concedió traslado a la ciudad de Tunja como Procuradora 69 Judicial I para Asuntos de Conciliación Administrativa, con sede en la ciudad Tunja.

Señaló que el acto administrativo no contenía la más mínima motivación sobre las razones de la decisión, si fue expedido en aras de mejorar el servicio y que, a pesar de que existe una facultad discrecional para ejercer movimientos de personal, no es absoluta, pues debe atender a derechos de rango constitucional, como en el *sub lite*.

Citó ampliamente la sentencia T – 260 de 2012 de la Corte Constitucional, relacionada con el principio del interés superior del niño y los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, dijo que, de acuerdo con las consideraciones expuestas en dicha providencia, los derechos de su hijo menor de treinta meses prevalecen sobre los derechos de los demás.

Mencionó que es primordial para el bienestar del menor que se garantice siempre el desarrollo armónico e integral, para lo cual, son necesarios los cuidados como madre durante el mayor tiempo posible después de la jornada laboral, lo cual no puede ocurrir si tiene que desplazarse más de tres horas al día, entre Tunja – Sogamoso – Tunja, el cual corresponde a los cuidados y crianza del menor, entre tanto, que, en el traslado entre Tunja – Duitama – Tunja tarda dos horas.

4. Trámite previo

El Tribunal Administrativo de Boyacá, en auto del 19 de junio de 2019, admitió la acción de tutela, ordenó notificar al demandante, al Procurador General de la

Nación y al Procurador 178 Judicial I Administrativo de Duitama. Al tiempo que, negó la medida provisional solicitada.

5. Oposiciones

La Oficina Jurídica de la **Procuraduría General de la Nación** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicó que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para el amparo de derechos fundamentales, que, en ese sentido, la solicitud de amparo de la referencia no procede, toda vez que, la actora cuenta con otro medio de defensa judicial para cuestionar la legalidad de la actuación surtida por la entidad, esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del que puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo.

Que no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable ni de una amenaza concreta contra algún derecho fundamental que haga procedente la acción de tutela de manera transitoria.

Explicó que la actora reclama los efectos generados con la expedición de la Resolución 514 de 17 de mayo de 2019, *“por el cual se modifica parcialmente el artículo primero de la Resoluciones 236, 256, 287, 359 y 405 de 2012; 155, 244, 347 y 580 de 2013; 026, 057, 131, 218, 225, 268, 338 de 2014; 022, 088, 122, 206, 236 y 379 de 2015; el artículo tercero de las Resoluciones 018, 184, 307, 495 de 2016 y de la Resolución 102 de 2018, así como el artículo 1º de la Resolución 017 de 2019”*, específicamente en cuanto modificó la función de intervención judicial para las Procuradurías 178 Judicial I para Asuntos Administrativos con sede en Duitama y la Procuraduría 69 Judicial I para Asuntos Administrativos con sede en Tunja.

Que la señora Ochoa García nunca expresó los motivos de inconformidad en relación con la nueva designación de intervención establecida en la Resolución 514 de 2019, a pesar de que pudo haber hecho uso del recurso de reposición, previsto en el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, si consideraba que la decisión adoptada por el Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 277 de la Constitución Política, vulneraba sus derechos.

Ninguna de las posibilidades que otorga el ordenamiento fueron ejercidas por la demandante, por lo cual, se estructura la causal de improcedencia de la acción de tutela establecida en el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, desarrollada en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Precisó que no fue intención de la Procuraduría General de la Nación desconocer los efectos del Decreto 710 del 7 de marzo de 2019, por el cual se concedió el traslado de la funcionaria a la Procuraduría 69 Judicial 1 Administrativa de Tunja, sin embargo, la asignación de despachos tiene como fuente la naturaleza de la planta de personal de la Procuraduría, la cual es móvil, lo que implica que el señor Procurador está facultado para realizar la distribución o asignación de despachos para el cumplimiento de la función constitucional de intervención judicial a través de sus agentes, conforme a las necesidades del servicio, como ocurrió en el presente asunto.

El cambio o redistribución de despachos judiciales obedeció estrictamente a la necesidad de atender, tanto la función de intervención judicial, como el desarrollo del plan de acción diseñado por la Procuraduría Delegada para la Conciliación

Administrativa, el cual guarda estricta relación con los objetivos y plan estratégico institucional, que busca impactar de forma positiva en diversas actividades de la administración, especialmente en materia de conciliación extrajudicial, por medio de las visitas y seguimientos a los diferentes Comités de Conciliación de las entidades a nivel nacional y territorial.

Para el caso, con ocasión del traslado del Procurador Fabio Leonardo Serrano Novoa, también funcionario de carrera de la entidad de la ciudad de Bogotá al municipio de Duitama, se asignó a la Procuraduría 178 Judicial I Administrativo de Duitama, se gestó la necesidad de modificar los despachos judiciales ante los cuales ejercen función de intervención, lo cual se explica en que el servidor actualmente integra la mesa de trabajo delegada ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, específicamente, para el tema de reconocimiento y pago de “sanción moratoria” que ha generado alta litigiosidad a nivel nacional, por lo que, desde el año 2018 hasta la fecha, el procurador debe participar en forma activa en las mesas de trabajo que se realizan con regularidad en la ciudad de Bogotá, lo cual implica su desplazamiento periódico.

Resaltó que el Procurador Serrano Novoa, en desarrollo de la línea de trabajo mencionada, ha participado en 22 de 23 mesas ordinarias, 1 mesa extraordinaria, 1 visita de intervención preventiva en el Ministerio de Educación Nacional, 1 jornada de socialización de la sentencia de unificación con la unidad de defensa judicial del FOMAG.

Que, ante la coyuntura y la necesidad de atender un aspecto misional de la entidad, sin desconocer la función de intervención judicial para las Procuradurías 178 y 69, en las que de manera simultánea se surtió la situación de traslado de quienes fungen como procuradores judiciales, surgió la necesidad de ajustar sus cargas acorde con la nueva realidad, en las que en todo caso, no se variaron las condiciones para los servidores, pues ambos deben desplazarse de su sitio de residencia, esto es, Tunja.

En el caso del procurador Serrano Novoa de manera permanente para desarrollar su labor en el municipio de Duitama y en forma periódica a la ciudad de Bogotá, y la accionante, debe desarrollar sus labores en Tunja, ante los Juzgados Tercero, Doce y Quince -que tenía asignados con antelación – y Juzgados Primero y Segundo de Sogamoso, municipio equidistante también de su sitio de residencia, al que no necesariamente debe desplazarse en forma diaria, por lo tanto, puede cumplir su función principalmente en la ciudad donde reside y limitar su función de intervención en los otros juzgados.

Expresó que la decisión adoptada mediante la Resolución 514 de 2019, lejos de pretender desconocer el traslado de la actora, permite a la doctora Ochoa continuar cerca de su núcleo familiar porque: (i) continua con la intervención en juzgados de Tunja; (ii) no es cierto que deba trasladarse diariamente al municipio de Sogamoso; (iii) las condiciones de trabajo no se ven modificadas sustancialmente, pues, en todo caso, de acuerdo con la distribución anterior establecida en la Resolución 018 del 21 de enero de 2016, también debía desplazarse al municipio de Duitama para atender las funciones de intervención en los Juzgados 2 y 15; (iv) el Procurador General de la Nación, en uso de las facultades previstas en el artículo 277 Constitucional y en los numerales 7, 8, 37, 38, 40 y parágrafo único del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, está facultado para modificar la distribución de los despachos judiciales ante los cuales los procuradores judiciales ejercen intervención; (v) los despachos de Duitama y Sogamoso hace parte del mismo distrito judicial; (vi) el desplazamiento para

cumplir sus funciones comprometen exclusivamente el horario laboral, que en nada afecta el vínculo familiar o los derechos de su menor hijo y, (vii) no es cierto que se dé un trato inequitativo, cuando en los dos casos se evidencia que los procuradores deben desplazarse ocasionalmente.

Destacó que la funcionaria en el momento de inscribirse en la Convocatoria 013 de 2015, para proveer los cargos de procuradores judiciales, optó por las sedes de Tunja y Duitama. Adicionalmente, los juzgados que pertenecían al circuito de Santa Rosa de Viterbo, fueron reasignados por el Consejo Superior de la Judicatura, tres juzgados a Duitama y dos a Sogamoso, circunstancia que implicó para la entidad realizar ajustes para cubrir la función de intervención judicial en el nuevo circuito judicial, decisión que fue posterior a la realización del concurso de méritos y en el momento de posesión de la actora era de su conocimiento.

Solicitó rechazar por improcedente el amparo solicitado.

6. Intervención del tercero con interés

El señor Fabio Leonardo Serrano Novoa, en condición de **Procurador 178 Judicial I para Asuntos Administrativos**, trasladado a dicha dependencia mediante Decreto 713 del 7 de marzo de 2019, precisó que la reasignación de despachos para la intervención judicial fue adoptada por el Procurador General de la Nación, que privilegió a la actora en el traslado al municipio de Tunja, a pesar de que este lo había solicitado tiempo atrás y que su familia también permaneció en la ciudad mientras ejercía sus funciones en la ciudad de Bogotá.

Aclaró que no es cierta la acusación, según la cual, movió influencias para obtener el traslado y afirmó la que única diferencia entre su situación familiar y la de la demandante es que su esposa no se desempeña como juez, pero que, en lo demás, antigüedad, turno y resultados funcionales no hay distinción, no obstante, acató sin reparo la decisión del nominador y procedió a desplazarse todos los días desde Tunja hasta Duitama.

Indicó que no es cierto que el acto administrativo carezca de motivación, porque basta con examinar su contenido para advertir que fue expedido con fundamento, entre otras normas, en el artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000, que faculta al Procurador General de la Nación para asignar funciones de intervención a los empleados y dependencias cuando considere necesario.

Resaltó que la reasignación de funciones no se realizó únicamente en las Procuradurías Judiciales de Boyacá sino que en el artículo primero del acto cuestionado también se reorganizó la intervención judicial de tres procuradurías judiciales de la ciudad de Bogotá.

Se refirió a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y señaló que en el presente caso no se cumple con el requisito de subsidiariedad.

Dijo que un examen objetivo de la Resolución 514 de 2019, permite concluir que la decisión materializó los mandatos del artículo 279 de la Constitución Política y el artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000 y sostuvo que el horario habitual de las audiencias en la ciudad de Sogamoso es tal que, *“ordinariamente la primera de la mañana y la última de la tarde comienzan y terminan, respectivamente, con más de una hora de diferencia entre el comienzo y el ocaso de la jornada laboral”*. Por el contrario, *“la agenda judicial en la ciudad de Duitama habitualmente inicia y termina con menor diferencia, de tal suerte que tampoco en ese aspecto se avisa solidez en el argumento de la accionante pues en todo*

caso el tiempo que demanda su desplazamiento desde la ciudad de Tunja le garantiza el cumplimiento de sus deberes filiales". Agregó que dichos deberes no son exclusivos de la progenitora, también son exigibles del padre, sin contar con el hecho de que el menor ya se encuentra en edad de escolaridad y ya superó la demanda biológica de lactancia materna y los desplazamientos no se dan todos los días, como sí ocurre en su caso particular para ejercer como procurador en el municipio de Duitama.

7. Providencia impugnada

El **Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5**, en sentencia del 3 de julio de 2019, accedió al amparo solicitado, por considerar que la misma entidad, dos meses antes de proferir la Resolución 514 de 2019 había ordenado el traslado de la señora Paola Andrea Ochoa García de la Procuraduría 178 con sede en Duitama a la Procuraduría 69 con sede en Tunja en consideración a su situación familiar, ello porque su menor hijo requería de su presencia para la crianza.

A su juicio, con la resolución cuestionada la entidad no desplegó su "*poder subordinante*" de forma razonada, pues dejó de analizar las circunstancias subjetivas del caso, en especial, en lo relacionado con los antecedentes del núcleo familiar, como sí lo había hecho antes de la expedición de la Resolución 710 del 7 de marzo de 2019, es decir, que no verificó la posible afectación particular de la señora Paola Andrea Ochoa García.

En consecuencia, ordenó a la Procuraduría General de la Nación que rehaga la actuación administrativa de distribución de funciones que dio origen a la Resolución 514 de 2019, en lo que concierne a la Procuraduría 178 Judicial I de Duitama y Procuraduría 69 Judicial I de Tunja, para lo cual deberá atender las situaciones particulares de la accionante.

8. Impugnación

La actora, la Procuraduría General de la Nación y el tercero interesado impugnaron la decisión de primera instancia.

La señora **Paola Andrea Ochoa García** señaló que, aunque comparte la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, pretende que en el trámite de la segunda instancia se haga pronunciamiento respecto de la violación de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, la **Procuraduría General de la Nación** sustentó la oposición con el fallo de tutela de primera instancia en los argumentos expuestos en la contestación y solicitó revisar los mismos y proceder a revocar la sentencia recurrida.

Finalmente, el señor **Fabio Leonardo Serrano Novoa**, en condición de tercero con interés, indicó que la decisión se sustenta en una conclusión errónea, cual es considerar que el acto administrativo censurado dejó sin efecto el Decreto 710 de 2019, que había concedido el traslado de la accionante. El *a quo* perdió de vista que la medida mantuvo intacto el cambio de sede territorial de la ciudad de Duitama a la ciudad de Tunja, la diferencia es que se adicionaron desplazamientos ocasionales para cumplir intervención judicial en la ciudad de Sogamoso, pero en todo caso, conservó la sede habitual de trabajo en Tunja.

Las conclusiones del fallo son tan apresuradas como equivocadas, pues respalda la procedencia del amparo en la “*posible*” desmejora de las condiciones de trabajo, pero prescindió de cualquier análisis respecto de la afectación clara, grave y directa de los derechos fundamentales de la actora o de su núcleo familiar, sin que esté apoyada probatoriamente y parece obedecer a conocimientos personales derivados de “*sólidos lazos de amistad forjados con la accionante durante el tiempo que laboraron juntos tanto en el Juzgado 13 Administrativo de Tunja – del que era titular el señor ponente antes de ser designado magistrado – como de su despacho actual, del cual igualmente hizo parte la demandante justo antes de ser designada agente del Ministerio Público*”.

El fallo tampoco se refirió a la falta de interposición de recursos contra la resolución cuestionada y el estudio que hizo respecto de la situación administrativa del traslado parece haber combinado en sede de acción de tutela, potestades propias del juez contencioso. Tampoco resultó cierto que el caso se enmarcara dentro de los componentes del *ius variandi*, pues lo que ocurrió fue una reasignación de funciones.

Agregó que al examinar la relación de las pruebas referidas por la demandante, se observa que el contrato de arrendamiento que aportó de un inmueble ubicado en el municipio de Duitama, se prorrogó hasta el mes de diciembre de 2018, lo que permite concluir que el proyecto de vida familiar se consolidó antes del traslado y no con ocasión del mismo.

9. Trámite procesal

En auto del 10 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Boyacá concedió las impugnaciones, previo a señalar que no se configuró alguna causal de recusación o impedimento, toda vez que, el vínculo legal y reglamentario de la accionante con el Despacho cesó hace más de dos años, luego de cumplir licencia de maternidad para reintegrarse al cargo en propiedad de la Rama Judicial y en el Juzgado Trece Administrativo Oral de Tunja, se desempeñó como empelada de carrera, de manera que no existe algún tipo de consideración afectiva.

En el mismo auto, ordenó el envío de la copia del escrito de impugnación presentado por el procurador Fabio Leonardo Serrano Novoa a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación “*para lo de su cargo*”, al que la Secretaría del Tribunal Administrativo de Boyacá le dio cumplimiento mediante oficios OAGN Nro. 0275/2019-00311-00 y OAGN Nro. 0276/2019-00311-00 del 11 de julio de 2019, dirigidos a ambas entidades, respectivamente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1 establece: «*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto*».

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Problema jurídico

En los términos de la impugnación a la Sala le corresponde determinar si la Procuraduría General de la Nación con la expedición de la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019, ejerció la facultad del *ius variandi* y, de ser así, si su aplicación resultó vulneradora de derechos fundamentales.

Previo a resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá al ejercicio del *ius variandi* y a los hechos que se encuentran probados en el presente caso.

***Del
varian***

ius



Temas: Derechos de los niños, a la familia. Ius variandi. Asignación de funciones en un lugar diferente al domicilio y sede de trabajo de procuradora judicial. Revoca y niega.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 15001-23-33-000-2019-00311-01(AC)

Actor: PAOLA ANDREA OCHOA GARCÍA

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala decide la impugnación presentada por la parte demandante, la Procuraduría General de la Nación y el señor Fabio Leonardo Serrano Novoa, en condición de Procurador 178 Judicial I para Asuntos Administrativos, contra la sentencia del 3 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que resolvió:

*“**PRIMERO: CONCEDER** el amparo al derecho fundamental del debido proceso de la señora Paola Andrea Ochoa García.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la Procuraduría General de la Nación, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a rehacer la actuación administrativa de distribución de funciones que dio origen a la Resolución No. 514 de 2019, en lo que concierne a la Procuraduría 178 Judicial I de Duitama y Procuraduría 69 Judicial I de Tunja, para lo cual deberá hacerlo en forma motivada y atendiendo a las situaciones particulares de la accionante, las cuales fueron analizadas por el Comité de Personal el 20 de diciembre de 2018, así mismo la entidad accionada deberá analizar las diversas posibilidades para atender las necesidades del servicio, en especial lo referente a la asistencia del Procurador 178 Judicial I de Duitama en la Mesa de Trabajo ante el FOMAG.*

(...)”.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La parte demandante ejerció acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación, por considerar vulnerados los derechos de los niños, el derecho a la familia y los principios de buena fe y confianza legítima. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“Que sean amparados mis derechos fundamentales a: i) el derecho de los niños, ii) la confianza legítima, iii) buena fe; y iv) unidad familiar, contenidos y

di

La Corte Constitucional ha señalado que el traslado de funcionarios por parte del empleador constituye una manifestación del poder subordinante llamado *ius variandi*, el cual “se concreta cuando el primero (empleador) modifica respecto del segundo (trabajador) la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo”.³

Por su parte, como ya lo ha precisado esta Corporación⁴, el *ius variandi* consiste en la facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto a modo, lugar, cantidad y tiempo de labor, en virtud del poder subordinante que tiene sobre sus trabajadores. Sin embargo, el uso de este poder no es ilimitado pues debe ejercerse dentro del marco normativo establecido por la Constitución Política, según el cual el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y acatando los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.

El desarrollo del trabajo en condiciones dignas y justas implica que el ejercicio del *ius variandi*, como potestad con que cuenta el empleador para modificar las condiciones laborales en virtud de su poder subordinante, se sujete, entre otras, a las siguientes condiciones: (i) que los traslados sólo pueden realizarse a cargos equivalentes al original, (ii) que la decisión, en la medida en que altera las condiciones laborales, consulte el entorno social del trabajador y valore factores como la situación familiar del empleado, su lugar y tiempo de trabajo, el rendimiento demostrado, el ingreso salarial y el estado de salud, entre otros, a fin de evitar perjuicios considerables

Con todo, la Sala precisa que el ejercicio del *ius variandi*, entendido como la modificación de las condiciones de trabajo del empleado, tiene que ver un asunto de naturaleza laboral, que debe ser ventilada a instancias del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y no mediante el ejercicio de la acción de tutela⁵.

De los hechos probados en el caso concreto

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se permite hacer relación de los hechos que se encuentran acreditados con el material documental allegado al trámite constitucional de la referencia.

- El hijo mejor de la señora Paola Andrea Ochoa García actualmente tiene 32 meses de edad⁶.

- Mediante Resolución 3593 del 8 de agosto de 2016 el Procurador General de la Nación nombró a la señora Paola Andrea Ochoa García en el cargo de Procurador Judicial I, código 3PJ, grado EG, en la Procuraduría 178 Judicial I Administrativa

³ Sentencia T-682 de 2014 Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de abril de 2010, [Exp. 5288-2005].

⁵ En cuanto a la procedencia de la tutela en materia de traslados, la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado ha señalado las condiciones necesarias para obtener, a través de la acción de tutela, la modificación de una decisión sobre traslados laborales. En sentencia del 6 de diciembre de 2018, en el expediente con radicado número 11001-03-15-000-2018-03977-00(AC), estableció como requisitos: (i) Que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición; (ii) que fuera adoptada en forma intempestiva y, (iii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar.

⁶ Folio 19.

con sede en Duitama⁷, cuya posesión tuvo lugar el 31 de mayo de 2017⁸. Posteriormente, fue nombrada en el sistema de carrera de la entidad para ejercer el cargo en el municipio de Duitama, sin embargo, no obra el número de acta o resolución.

- El 16 de noviembre de 2016 la señora Paola Andrea Ochoa García solicitó traslado definitivo para el municipio de Tunja en atención a la vacante definitiva generada por el Procurador 69 Judicial I Administrativo, petición frente a la que la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación emitió concepto favorable, en consideración a que su menor hijo contaba, para entonces, con 23 meses⁹.

- El Procurador General de la Nación, en atención al concepto favorable de la Comisión de Personal de la entidad, expidió el Decreto 710 del 7 de marzo de 2019, por medio del cual ordenó el traslado de la señora Paola Andrea Ochoa García a la Procuraduría 69 Judicial I para la Conciliación Administrativa de Tunja, código 3PJ, grado EG¹⁰.

- Mediante la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019 el Procurador General de la Nación dispuso modificar la distribución de las intervenciones de los agentes del Ministerio Público en los departamentos de Boyacá y Cundinamarca, que, en lo que aquí interesa, ordenó asignarle la intervención: (i) al Procurador 178 Judicial I para Asuntos Administrativos en los Juzgados Primero, Segundo y Tercero Administrativos de Duitama¹¹ y, (ii) al Procurador 69 Judicial I para Asuntos Administrativos los Juzgados Tercero, Doce, Quince Administrativos de **Tunja** y los Juzgados Primero y Segundo Administrativos de **Sogamoso**¹².

De la solución al problema jurídico planteado en el caso concreto

Lo primero que conviene decir es que para el caso de la Procuraduría General de la Nación, el artículo 87 del decreto 262 de 2000¹³ regula lo concerniente al traslado, según el cual, traslado definitivo se producirá cuando un servidor de la entidad se designe para suplir la *vacancia definitiva* de un empleo o para intercambiarlo con otro cuyas funciones sean afines al que desempeña y tenga la misma naturaleza, categoría, nomenclatura y remuneración.

De acuerdo con lo anterior y con los hechos que se encuentran acreditados en el *sub lite*, la Sala advierte que en el presente caso la expedición de la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019 no constituye el ejercicio arbitrario del *ius variandi* por parte de la Procuraduría General de la Nación, en tanto que, dicho acto administrativo lo que hizo fue asignar a la Procuradora 69 Judicial I para Asuntos Administrativos la intervención en los Juzgados Primero y Segundo de Sogamoso, lo cual genera un desplazamiento a un municipio al que está asignada y dentro del

⁷ Folio 22.

⁸ Folio 23.

⁹ Folio 29.

¹⁰ Folio 31.

¹¹ Quien actúa como tercero con interés en el presente trámite.

¹² Folios 34 – 35.

¹³ “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”.

mismo distrito, pero de modo alguno significó el cambio o traslado de la sede a la que fue trasladada en virtud de la Resolución 710 de 7 de marzo de 2019.

Por lo tanto, tampoco resulta cierto el argumento, según el cual, la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019 desconoció la Resolución 710 de 7 de marzo de 2019 y el concepto de la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación que dio visto bueno al traslado de la ciudad de Duitama a Tunja, precisamente en atención a la condición de madre de un menor y por unidad familiar, pues, su esposo se desempeña como juez en la misma ciudad.

De la lectura de la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019 se advierte sin dificultad que la funcionaria continúa con la intervención de los Juzgados Tercero, Doce y Quince Administrativos de Tunja y que el “*circuito y/o ciudad*” al que se encuentra asignada es Tunja, sin perjuicio, de que dentro de las facultades que le confiere el artículo 277 Constitucional y los numerales 7, 8, 37, 38, 40 y párrafo único del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, el Procurador General de la Nación pueda modificar la distribución de los despachos judiciales ante los cuales los procuradores judiciales ejercen intervención, que, como en el caso concreto, lo que hizo fue adicionar dos despachos para la funcionaria ejerza la función constitucional que le corresponden a las responsabilidades del cargo para la cual fue nombrada.

Quiere decir lo anterior, que la modificación que introdujo la Resolución 514 del 17 de mayo de 2019 a las funciones que debe desempeñar no puede ser equiparadas a un traslado, pues, se insiste, no está modificando la sede en que fue nombrada, a pesar de que tal decisión le implique desplazarse de un municipio a otro cuando las necesidades del servicio así lo demanden.

Con todo, se echa absolutamente de menos cualquier prueba que permita evidenciar que la intervención judicial en los Juzgados Administrativos de Sogamoso que le fueron asignados pongan en peligro el cuidado y acompañamiento que debe proporcionar a su menor hijo, pues, no hay evidencia de que el desplazamiento que cuestiona deba hacerse de manera diaria y que sean por fuera del horario ordinario laboral.

Luego, la vulneración de los derechos fundamentales invocados no se encuentra debida y suficientemente acreditada, de modo que, permita acceder al amparo solicitado de manera transitoria, sin perjuicio de que, en sede de nulidad y restablecimiento del derecho el juez natural de conocimiento, al hacer el análisis propio de la legalidad del acto respecto del cual manifiesta inconformidad, determine si se ajustó o no al ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, en el presente caso, se impone revocar la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, para en su lugar, negar el amparo solicitado por la señora Paola Andrea Ochoa García y, remitir copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación como a la Fiscalía General de la Nación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta – Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

- 1. Revocar** la sentencia del 3 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, objeto de impugnación, para en su lugar:
- 2. Negar** las pretensiones de la acción de tutela presentada por la señora Paola Andrea Ochoa García.
- 3. Remitir** copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para su conocimiento.
- 4. Enviar** a la Corte Constitucional para su eventual Revisión.
- 5. Notificar** a las partes por el medio más expedito posible.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ