

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO VEINTISIETE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

AUTO INTERLOCUTORIO:	357
RADICACIÓN:	11001-33-35-027-2021-00281-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUZ MARY TOVAR
DEMANDADA:	LA NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO:	Niega solicitud suspensión provisional acto acusado

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO

Se decide la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte demandante del numeral 2° del artículo 1° de la Resolución No. 000183 del 18 de enero de 2021, por medio de la cual la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación trasladó la sede laboral de la demandante a la ciudad de Riohacha, quien venía ocupando el cargo de Asistente de Fiscal II de la Dirección Especializada contra el Narcotráfico en Bogotá; el numeral 2° del artículo 1° de la Resolución No. 000807 del 23 de febrero de 2021, mediante la cual la aludida funcionaria trasladó la sede laboral de la demandante a la ciudad de Santa Marta; y las Resoluciones 0001055 del 11 de marzo de 2021 y 1307 del 24 de marzo de 2021, a través de las cuales se resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos iniciales.

II. ANTECEDENTES

La señora Luz Mary Tovar, por conducto de apoderado especial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra La Nación-Fiscalía General de la Nación y como medida cautelar deprecó la suspensión provisional de los actos demandados, pues sostuvo que se cumplen los requisitos contenidos en el artículo 231 del CPACA.

Del escrito de suspensión provisional se corrió el traslado previsto en el inciso 2 del artículo 233 del CPACA, oportunidad en la cual el apoderado de la entidad demandada señaló que no le asiste razón a la parte actora al afirmar que se cumplen los requisitos dispuestos para su decreto, toda vez que mediante Resolución No. 00798 del 5 de mayo de 2021 la señora Luz Mary Tovar fue nombrada en provisionalidad en el empleo de Asistente de Fiscal III de la Dirección Especializada contra Delitos Fiscales Nivel Central de la Fiscalía General de la Nación con sede en Bogotá, lo que conllevó a que solicitara a la Subdirección de Talento Humano de esa entidad el otorgamiento de una licencia especial no remunerada por el término de dos (2) años para separarse del empleo de Asistente de Fiscal II que ejercía en propiedad, la cual fue otorgada a través de la Resolución No. 2-0458 del 10 de mayo de 2021 por el periodo comprendido entre el 12 de mayo de 2021 y el 11 de mayo de 2023.

Agregó que la actora tomó posesión del cargo en el cual fue designada en provisionalidad, empleo que desempeña actualmente, y estimó que por ese hecho la suspensión provisional de los actos administrativos cuya nulidad se pretende no protegería ni garantizaría el objeto del proceso y, por el contrario, su vinculación al nuevo cargo demuestra que fue promovida y, por ende, no se afectaría su mínimo vital, amén de que continuará desarrollando sus funciones en Bogotá, circunstancia que le permitirá seguir acompañando a su menor hija, razón por la cual no se verá obligada a retirarse de la institución como fue anunciado.

III. CONSIDERACIONES

El artículo 238 de la Constitución Política consagra que *“La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*.

A su turno, el artículo 229 del CPACA prevé que *“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”* (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 231 *ibídem* prescribe que *“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” (Subrayado fuera de texto).*

Pues bien, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo constituye una excepción a la presunción de legalidad que los ampara, de manera que por su trascendencia el legislador ha dispuesto que su viabilidad requiere que la solicitud esté debidamente motivada, que la infracción de las normas superiores en que se fundó o debía afincarse sea manifiesta y que pruebe siquiera sumariamente los perjuicios si pretende la indemnización de éstos.

Como se trata de una medida cautelar preventiva, su finalidad es la de asegurar transitoriamente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, es decir, impedir la aplicación del acto administrativo impugnado y precaver eventuales perjuicios, mientras se resuelve de manera definitiva la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre la naturaleza jurídica de esta cautela y sus rasgos esenciales, el Consejo de Estado ha indicado:

*“La medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar que es, según las voces del artículo 229 del C. de P.A. y de lo C.A., exige ‘petición de parte debidamente sustentada’, y acorde con el artículo 231 *ibídem*, 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’.*

La nueva norma precisa que: 1º) La medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. 2º) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad pueden acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal -cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia

sine qua non que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionados con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la transgresión debía aparecer *prima facie*. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que, desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA, en cuanto ordena que ‘la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. (Auto de 24 de enero de 2013, exp. 2012-00068-00).

Es claro, entonces, que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado supone unos requisitos formales y otros sustanciales, cuya inobservancia podrían dar al traste con la solicitud de cautela. Entre los primeros aparecen, por una parte, la sustentación de la medida, esto es, la indicación de las normas violadas y el concepto de violación, advirtiendo que tal justificación deber ser independiente de la aducida en la demanda para fundar la nulidad, es decir, una cosa es la argumentación de la suspensión provisional y otra la de la nulidad, a menos que en aquella se remita para tal efecto a esta; y por la otra, la demostración, al menos sumaria, del perjuicio que con el acto impugnado se le cause o llegare a causar, si entre sus pretensiones figura la indemnización del mismo.

En el presente asunto la actora considera que numeral 2º del artículo 1º de la Resolución No. 000183 del 18 de enero de 2021, por medio de la cual la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación trasladó la sede laboral de la demandante a la ciudad de Riohacha; el numeral 2º del artículo 1º de la Resolución No. 000807 del 23 de febrero de 2021, mediante la cual la aludida funcionaria trasladó la sede laboral de la demandante a la ciudad de Santa Marta; y las Resoluciones 0001055 del 11 de marzo de 2021 y 1307 del 24 de marzo de 2021, a través de las cuales se resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición interpuestos contra dichos actos administrativos, respectivamente, vulneran sus derechos fundamentales y los de su menor hija, tal como lo demuestran los documentos aportados con la demanda y la fundamentación de la misma.

Explicó que la reubicación laboral le causaría un perjuicio económico por los gastos adicionales de arriendo, alimentación, servicios públicos y desplazamiento que tendría que asumir, resquebrajaría la unidad de su núcleo familiar conformado con su esposo y su menor hija y la obligaría a retirarse de la institución porque su primogénita padece una condición especial de salud que requiere el acompañamiento de su madre.

Añadió que promovió una acción de tutela y mediante sentencia de primera instancia se ordenó la suspensión temporal de los actos administrativos demandados en este proceso, bajo la condición de que promoviera el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual le permitió permanecer en Bogotá unos meses, pero la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá consideró que una vez su menor hija finalizara el año lectivo 2021, podría desplazarse a la ciudad de Santa Marta.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 231 del CPACA, es requisito sustancial para que proceda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, que la violación de las normas superiores citadas como infringidas, surja del análisis de la decisión acusada y su confrontación con tales preceptos o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, por lo que corresponde acometer esa tarea a continuación.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en auto proferido el 22 de octubre de 2018, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 73001-23-33-004-2016-00546-01, precisó que la facultad discrecional que ostenta el empleador para trasladar a los funcionarios que hacen parte de entidades públicas con planta global y flexible no es absoluta, por cuanto debe sujetarse a los límites contenidos en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional. Veamos:

“27. Así las cosas, se tiene que el traslado de funcionarios por parte del empleador, según la Corte Constitucional, 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»¹.

28. Ahora bien, ha dicho la referida Corte, que el ejercicio del «ius variandi» se puede manifestar dentro de las plantas de carácter global y flexible de las entidades públicas, como la de la Fiscalía General de la Nación. Al respecto, ha dicho:

«(...) Ello se justifica en la necesidad de cumplir los fines del Estado dentro de todo el territorio colombiano. Éste tipo de entidades ostentan una mayor discrecionalidad frente al traslado de los servidores públicos cuyas condiciones laborales, en relación al lugar de la prestación laboral, pueden ser modificadas en razón a la ‘necesidad del servicio’.

Por su lado, la Fiscalía General de la Nación cuenta con una planta de personal global y flexible toda vez que sus funciones deben ser ejercidas en todo el territorio colombiano, en respuesta a las obligaciones del Estado frente a la población. Ahora bien, la Ley 984 de 2008 ‘Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación’ dispone que el Fiscal General de la Nación ‘podrá trasladar cargos y determinar sus funciones, de acuerdo con la necesidad del servicio’ (...).

A su vez, el artículo 16 de la norma mencionada dispuso que la Oficina de Planeación tiene como función, entre otras, ‘[r]ealizar estudios sobre estructura orgánica, planta de personal, escala salarial y en general sobre todo lo relacionado con el desarrollo organizacional de la entidad en coordinación con las respectivas dependencias’.

De conformidad con la norma analizada, se entiende que la Fiscalía General de la Nación tiene una planta de personal que permite el traslado de sus empleados, siempre y cuando se compruebe la necesidad del servicio.

No obstante, a lo manifestado, el presente Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha determinado que esta facultad de trasladar a los trabajadores no es absoluta ya que existen límites constitucionales que exigen proteger unas condiciones mínimas de los derechos fundamentales del trabajador. Es así como el artículo 25 de la Constitución Política dispone que ‘[t]oda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas’. De forma similar, el artículo 53 de la carta determina los principios mínimos fundamentales en relación al trabajo»².

29. La sentencia anterior ilustra en forma amplia el margen de discrecionalidad que tiene la Fiscalía General de la Nación para disponer el traslado del personal a su cargo, precisamente por tratarse de una entidad con una planta de personal global y flexible, que requiere de la disponibilidad de trasladar y distribuir a sus empleados en cualquier lugar del país, con miras a una adecuada prestación del servicio. A su vez, la providencia en cita muestra que el empleador, inclusive al tratarse de este tipo de planta de personal, debe respetar los derechos mínimos del trabajador.

30. En concordancia, se tiene que esta Corporación ha reconocido que la Fiscalía General de la Nación tiene una planta global y flexible, por lo que el uso del «ius variandi» soporta un mayor grado de discrecionalidad. Sobre el particular, la Sección Segunda ha señalado:

«(...) En el ámbito de las entidades estatales existen plantas de carácter global y flexible que facilitan el movimiento de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y optimizar la prestación del servicio.

En este tipo de plantas de personal se confiere un mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de los trabajadores, cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo cual no vulnera, per se, preceptos constitucionales.

La Fiscalía General de la Nación es, precisamente, una de las entidades que cuenta con planta global y flexible, lo cual se traduce en que allí opera una mayor discrecionalidad para ordenar traslados territoriales. Facultad que no puede asumirse como absoluta, pues esta debe atender, como ya se señaló, los requerimientos del

¹ Sentencia T-682 de 2014 Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

² Sentencia T-338 de 2013 Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

servicio y salvaguardar los derechos del empleado, para evitar la creación de condiciones menos favorables y el irrespeto de garantías mínimas»³(Subrayado de la Sala).

31. En el mismo sentido, esta Subsección ha insistido en que el ejercicio del «ius variandi» no es absoluto, y tiene otros límites además de la necesidad del servicio:

«En este orden de ideas, la estabilidad territorial de quienes laboran en instituciones con planta global es menor a la de aquellos que lo hacen para otro tipo de entidades pues, como fue señalado, razones de interés general justifican un tratamiento diferente. No obstante, el ejercicio del ius variandi para ordenar traslados, por ejemplo de una ciudad a otra en instituciones del orden nacional, tiene como supuesto la necesidad del servicio, y encuentra su límite en el respeto a los derechos adquiridos y la imposibilidad de desmejorar las condiciones laborales»⁴.

32. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas⁵ ocasiones que el empleador, además de tener que procurar por los derechos fundamentales mínimos del trabajador al momento de ordenar su traslado, también debe atender la situación que lo rodea:

«En este sentido, este Tribunal ha expuesto que para que la decisión no se torne desproporcionada, el empleador debe tener en cuenta las circunstancias que podrían afectar al trabajador y a su familia en relación al cambio del lugar en dónde se debe dar la prestación laboral.»

La Corte Constitucional ha revisado, en varias ocasiones, casos en los cuales se evalúa la posible afectación de derechos fundamentales como consecuencia de un traslado laboral. El principio de decisión en esos eventos ha sido, además de evaluar las consecuencias directas a la persona que se ordena el traslado, **tener en consideración las posibles afectaciones que, con base en el traslado, puedan derivarse para personas o sujetos de especial protección que dependan de este**⁶ (Subraya la Sala).

33. Para el caso particular de la Fiscalía General de la Nación, dicha Corporación sostuvo en sentencia T-264 de 2005⁷:

«La Fiscalía General de la Nación es, precisamente, una de las instituciones que cuenta con planta global y flexible, lo cual se traduce en que allí opera una mayor discrecionalidad para ordenar traslados territoriales.⁸ Pero incluso en instituciones como ésta, los movimientos de personal deben obedecer a los requerimientos del servicio y salvaguardar los derechos fundamentales, lo que implica la imposibilidad de crear condiciones menos favorables y en el deber de respetar ciertas garantías mínimas para el empleado⁹» (Subrayado de la Sala)

35. De igual forma, en sentencia T-483 de 1993,¹⁰ dijo la Corte:

«El **ius variandi** no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus

³ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero; Sentencia de 3 de marzo de 2011. Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00125-01(0672-03)

⁴ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 26 de septiembre de 2012. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00029-00(0756-06)

⁵ Sentencias T-264 de 2005, T-468 de 2002, T-346 de 2001, T-077 de 2001, entre otras.

⁶ Sentencia T-338 de 2013, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

⁷ Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería

⁸ Sentencias T-965/00 MP. y T-1498/00

⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-468/02, T-346/01, T-077/01, T-1498/00, T-965/00, T-355/00, T-503/99, T-353/99, T-288/98, T-715/96, T-016/05, T-356/94, T-615/92

¹⁰ M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente».

36. Así las cosas, de la jurisprudencia en cita se concluye que el ejercicio del «ius variandi» para ordenar traslados, así sea en plantas de personal globales y flexibles, como lo es el caso de la Fiscalía General de la Nación, no es una facultad absoluta. Ello, por cuanto, de un lado, el traslado debe fundarse en la necesidad del servicio, y por otro, tal determinación tiene que considerar elementos particulares del trabajador y las posibles afectaciones que puedan causársele a él o a su núcleo familiar”.

De la cita jurisprudencial, se advierte que el margen de discrecionalidad con el que cuenta el empleador para alterar las condiciones del trabajador, aumenta o disminuye dependiendo de la naturaleza de la actividad desarrollada y de la planta de personal con la que la entidad ejecuta sus funciones y, en ese sentido, en el momento de realizar traslados debe fundarse en la necesidad del servicio y analizar las situaciones particulares que rodean al servidor y la repercusión que podría tener en éste o en su núcleo familiar.

La misma corporación judicial, en sentencia del 7 de febrero de 2019, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación interna No. 5418-18, determinó que una vez se analizaron los artículos 229 a 231 del CPACA, los requisitos para decretar las medidas cautelares se clasifican en tres categorías, consistentes en: i) requisitos formales, ii) requisitos materiales y iii) requisitos de procedencia específicos. Veamos:

“De las normas antes analizadas¹¹ se desprende, que los requisitos para decretar las medidas cautelares se pueden clasificar en tres categorías, a saber: (i) requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole formal, (ii) requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole material, y (iii) requisitos de procedencia específicos (...).

6.3.1.- Requisitos de Procedencia, Generales o Comunes de Índole Formal. La Sala los denomina «generales o comunes» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «índole formal», en la medida que solo requieren una corroboración de aspectos de forma y no un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes,¹² de índole formal,¹³ son: **(1)** debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo;¹⁴ **(2)** debe existir solicitud de parte¹⁵ debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio¹⁶.

6.3.2.- Requisitos de Procedencia Generales o Comunes de Índole Material. La Sala los denomina «generales o comunes» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «índole material», en la medida que exigen por parte del juez un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes,¹⁷ de índole material,¹⁸ son: **(1)** que la medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia;¹⁹ y **(2)** que la medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda²⁰.

23. Respecto del primer requisito de procedencia, general o común, de índole material, esto es, que la medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso, la Sala aclara que el «objeto del proceso», desde un primer nivel de significación, que se corresponde con la teoría procesalista clásica, es la

¹¹ Ley 1437 de 2011, artículos 229, 230 y 231.

¹² En la medida que se exigen para todas las medidas cautelares.

¹³ En la medida en que estos requisitos únicamente exigen una corroboración formal y no un análisis valorativo.

¹⁴ Artículo 229, Ley 1437 de 2011.

¹⁵ De conformidad con el parágrafo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las únicas medidas que pueden ser declaradas de oficio por el juez son las “medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

¹⁶ Artículo 229, Ley 1437 de 2011.

¹⁷ En la medida que se exigen para todas las medidas cautelares.

¹⁸ En la medida en que exigen por parte del juez un análisis valorativo.

¹⁹ Artículo 229, Ley 1437 de 2011.

²⁰ Artículo 230, Ley 1437 de 2011.

materia o cuestión del litigio, el «*thema decidendi*» que se somete a consideración de la jurisdicción, e involucra, no sólo las pretensiones, sino que también hace referencia a los hechos, normas y pruebas en que estas se fundan.

24. Ahora bien, desde un punto de vista constitucional de aplicación del principio de primacía del derecho sustancial,²¹ el «objeto del proceso», y en general «de todo proceso que se adelanta ante la jurisdicción contencioso administrativo», también comprende, en armonía con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011,²² la finalidad de asegurar la «efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley y la preservación del orden jurídico». Dicho de otro modo, el objeto de todo proceso judicial es en últimas, garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. En ese sentido, el decreto y ejecución de una medida cautelar también debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas, siempre que estos no estén en discusión, aclara la Sala.

25. Así pues, es claro para la Sala, que el juez contencioso debe evaluar con especial cuidado si la medida cautelar solicitada en verdad está orientada a garantizar el objeto del proceso, puesto que al ordenar su decreto también se pueden lesionar las prerrogativas fundamentales de los perjudicados con las medidas cautelares. Ante tales circunstancias, las autoridades judiciales deben propender por aplicar las normas pertinentes al caso concreto, de manera tal que logre el menor perjuicio posible a los derechos fundamentales, siempre que estos no estén en discusión, se reitera.

26. Finalmente, ya para agotar lo que tiene que ver con el primer requisito de procedencia, general o común, de índole material, la Sala precisa que respecto de la exigencia de que la medida cautelar solicitada esté orientada a garantizar la efectividad de la sentencia, ello se explica en razón de que con las cautelas se busca asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez, es decir, que propenden por la seriedad de la función jurisdiccional, y por esta vía, guardan relación directa con los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva, en la medida que con las medidas cautelares también se asegura que las decisiones de los jueces sean ejecutadas y cumplidas.

6.3.3.- Requisitos de Procedencia Específicos de la Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo. La Sala los denomina «requisitos de procedencia específicos» porque se exigen de manera particular para cada una de las diferentes medidas cautelares enlistadas, a modo enunciativo, en la Ley 1437 de 2011²³. Entonces, en cuanto a los requisitos de procedencia específicos, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado -medida cautelar negativa-, se deben tener en cuenta otras exigencias adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda²⁴ así: **(a)** si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud;²⁵ y **(b)** si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas, debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios”.

Conforme a lo anterior y descendiendo al caso concreto, se advierte que la solicitud cumple con el primer “requisito común de índole formal”, pues la señora Luz Mary Tovar, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad parcial de la Resolución No. 000183 del 18 de enero de 2021, por medio de la cual la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación trasladó la sede laboral de la demandante a la ciudad de Riohacha; el numeral 2° de la Resolución No. 000807 del 23 de febrero de 2021, mediante la cual la aludida funcionaria trasladó la sede laboral de la demandante a la ciudad de Santa Marta; y las Resoluciones 0001055 del 11 de marzo de 2021 y 1307 del 24 de marzo de 2021, a través de las cuales se resolvieron adversamente los recursos de reposición interpuestos contra dichos actos administrativos.

²¹ Artículo 228 de la Constitución Política de 1991. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será descentrado y autónomo.

²² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁴ Por esta razón en el acápite de antecedentes de esta providencia se hizo alusión al medio de control ejercido por el demandante y a las pretensiones de la demanda, toda vez que el legislador en la Ley 1437 de 2011 puso estos como elementos determinantes para el tipo de requisitos que el juez debe analizar al momento resolver sobre el decreto de la medida cautelar.

²⁵ Artículo 231, inciso 1°, Ley 1437 de 2011.

En cuanto a los “requisitos comunes de índole material”, la jurisdicción ha predicado que sobre estos hay unos sub-requisitos, a saber: i) que la medida cautelar sea necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, y ii) que la cautela tenga relación directa con las pretensiones de la demanda.

Justamente sobre el primer requisito, es evidente que al examinar la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos se constata que ésta no es materialmente necesaria para la protección del objeto litigioso y la efectividad de la decisión de fondo que adopte el juzgado, pues el Juzgado 55 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia de tutela del 28 de abril de 2021, amparó transitoriamente los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana de la demandante y ordenó a la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación *“dejar sin efectos las Resoluciones N° 000807 del 23 de febrero de 2021 y N° 0000183 del 18 de enero de 2021... y en consecuencia deberá restablecer a la señora **LUZ MARY TOVAR** a su cargo de ASISTENTE DE FISCAL II (493002) en la ciudad de Bogotá y en condiciones similares a las que venía desempeñando en el mes de enero del presente año, mientras se resuelve el tema objeto de debate ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”*(archivo *“05AnexosPruebas.pdf”* del expediente digital).

Posteriormente, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, mediante sentencia del 8 de junio de 2021, al resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, modificó dicha providencia en los siguientes términos: *“el ius variandi como facultad del empleador, en este caso, a excepción del derecho de la mencionada niña, en modo alguno incumple con los parámetros constitucionales establecidos para evitar la vulneración de derechos fundamentales, por lo que, teniendo en cuenta que con el cumplimiento de dicho traslado a la ciudad de Santa Marta, es ese el único derecho que podría verse afectado -la educación y desarrollo personal de la menor en esta etapa del año escolar-, se dispone revocar parcialmente la decisión proferida el 28 de abril de 2021, por el Juzgado 55 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, para que, en lugar de la condición de interponer demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, el traslado ordenado por la entidad deba hacerse efectivo una vez culmine el actual año académico -calendario A 2021- que cursa la menor hija de la accionante”*.

Como puede verse, la protección de los derechos fundamentales de la demandante fue transitoria y su permanencia finalmente quedó supeditada a que su menor hija finalizara el año académico 2021, de manera que los efectos de los referidos actos administrativos estuvieron suspendidos hasta ese período lectivo, tal como se evidencia en la Resolución No. 0002566 del 11 de junio de 2021, por medio de la cual la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación dio cumplimiento a la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal (archivo digital *“20.ConestaciónDemanda(14archivosunidos).pdf”*).

No obstante, a través de la Resolución No. 00798 expedida el 5 de mayo de 2021 por el Fiscal General de la Nación, se nombró con carácter provisional a la señora Luz Mary Tovar, en el cargo de Asistente de Fiscal III (I.D. 300276), asignado a la Dirección Especializada contra los Delitos Fiscales, lo que conllevó a que la demandante solicitara una licencia no remunerada por el término de dos (2) años, la cual fue concedida mediante Resolución No. 2- 0458 emitida el 10 de mayo de 2021 por el Subdirector de Talento Humano (E) de esa entidad, Dr. Germán Ricardo Castellanos Mayorga, a partir del 12 de mayo de 2021 y hasta el 11 de mayo de 2023, inclusive, o hasta que presente renuncia a la misma.

Por lo anterior, se concluye que no se está en presencia de una situación jurídica y fáctica consolidada, pues si bien la Resolución No. 000087 del 23 de febrero de 2021, mediante la cual se ordenó el traslado de su sede laboral a la ciudad de Santa Marta (Magdalena), reanudaría sus efectos a partir del día siguiente a aquel en que la hija de la demandante culminara sus estudios en el año lectivo de 2021, lo cierto es que en la actualidad la señora Luz Mary Tovar no ejerce el cargo de Asistente de Fiscal II, en virtud de la licencia especial no remunerada que le concedió la misma institución para ocupar el nombramiento provisional que ese mismo ente acusador le hizo en el empleo de Asistente de Fiscal III, asignado a la Dirección Especializada contra los Delitos Fiscales, el cual ejerce actualmente

en la ciudad de Bogotá, unido a que no obra prueba que demuestre que haya presentado renuncia a la licencia y, por ende, se haya reintegrado al cargo que ocupada en situación de carrera judicial.

Corolario, no siendo necesaria la medida cautelar implorada para proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, y dado que para establecer la vulneración de las normas invocadas como infringidas se requiere un análisis exhaustivo de los actos demandados, las pruebas valoradas en vía administrativa y las que se aporten en sede judicial, estudio que es propio de la sentencia, se concluye que no se cumple el primer requisito de procedencia común de carácter material para acceder a la suspensión provisional solicitada, circunstancia que releva al juzgado de analizar si se reúne o no los restantes requisitos sintetizados por el Consejo de Estado y, por ende, se negará el decreto de esa medida cautelar.

En mérito de lo expuesto, se dispone:

1.- NEGAR la solicitud de suspensión provisional parcial de las Resoluciones Nos. 000183 del 18 de enero de 2021, 000807 del 23 de febrero de 2021, 0001055 del 11 de marzo de 2021 y 1307 del 24 de marzo de 2021, impetrada por la parte demandante.

2.- PROSEGUIR con el trámite del proceso.

3.- RECONOCER al Dr. Andrés Felipe Zuleta Suárez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.065.618.069 expedida en Valledupar y titular de la tarjeta profesional de abogado No. 251759 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los fines conferidos en el poder obrante a folio 12 del archivo "17.RespuestaTrasladoMedidaCautelar.pdf".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUMBERTO LÓPEZ NARVÁEZ
Juez

CHR

Firmado Por:

Humberto Lopez Narvaez
Juez
Juzgado Administrativo
027
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
ce01749ae16e2695d74b37bedeb003f383ccfa3dba9f3d5e719d5dbb47541e74

Documento generado en 27/05/2022 12:58:13 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**