

Advertencia preliminar:
Atendiendo a la orden impartida en el numeral tercero de la parte resolutive de esta sentencia, se suprimieron o modificaron los nombres de los menores.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA FE DE ANTIOQUIA

Santa Fe de Antioquia, ocho (8) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA DE TUTELA No. 013

RADICADO	05-042-31-89-001-2019-00023-00
PROCEDIMIENTO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE (S)	JULIÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ Y OTROS
ACCIONADO (S)	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
REFERENCIA	CONCEDE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

1. ASUNTO

Dentro del término establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, se dicta sentencia de primera instancia en el trámite de la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por **JULIÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ**, quien actúa en nombre propio y como representante legal de los menores **JUAN** y **PEDRO** en contra de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y al cual fueron vinculados la **COMISIÓN DE PERSONAL DE LA ENTIDAD**, el **REPRESENTANTE DE LOS SERVIDORES DE CARRERA ADMINISTRATIVA ANTE LA COMISIÓN DE PERSONAL** y los ciudadanos **JACQUELINE TIMANÁ VILLA**, **LUZ ADRIANA MURILLO LÓPEZ** y **DANIELA GALLEGO CARVAJAL**, en su calidad de servidores de la entidad accionada.

2. ANTECEDENTES

2.1 Hechos

El accionante relata que participó en la convocatoria pública 108-2015, inscribiéndose para las plazas ofertadas en Pereira, Armenia, Manizales y Medellín, en este orden de preferencia; agrega que superó todas las etapas del concurso y fue incluido en la lista de elegibles y por Decreto 2652 de 2018, fue nombrado en carrera administrativa y bajo período de prueba para el cargo de sustanciador, código 4SU, grado 11 en la procuraduría 202 judicial I penal de Santa Fe de Antioquia, cargo que aceptó a pesar de no estar comprendido dentro sus plazas preferencias, pues para la época se encontraba cesante, tomando posesión del cargo el día 9 de julio de 2018.

Aduce que según se aprecia en la sentencia T-9639 del 24 de julio de 2018, proferida por el Tribunal Superior de Medellín dentro de la acción de tutela promovida por John Jair Silva, quien fue declarado insubsistente con ocasión del nombramiento de ahora accionante, en el informe rendido por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN en dicha acción constitucional, manifestó la entidad que el ciudadano VALENCIA VÉLEZ optó por ese cargo específico aseveración que, a juicio del actor, no es cierta pues su sede preferente era en el municipio de Pereira y además, denota un error de la Procuraduría en su nombramiento.

Señaló que con posterioridad a su nombramiento fue imposible el traslado de su núcleo familiar, conformado por los menores JUAN y PEDRO y su cónyuge Yuli Jasmín Carmona Gutiérrez, debido a que su suegra Carmen Celina Gutiérrez padece múltiples quebrantos de salud que obligan a que la cónyuge del accionante se mantenga al cuidado de su señora madre.

Dice que la separación de su familia ha generado deterioro en sus relaciones afectivas a raíz de los distanciamientos prolongados, signos que son más notorios en su hijo JUAM de tres años de edad, quien asume el distanciamiento como una ruptura de la unidad familiar, notándose en él cambios emocionales y afectivos e inestabilidad en su proceso educativo, pese a que el accionante sostiene comunicación permanente con el menor. Por ello, decidieron acudir ante una profesional en psiquiatría infantil, quien al valorar al menor manifestó que el niño padece de *“disfunción social y familiar inducida por falta de figura principal de apego”*, disfunción posiblemente relacionada con la ausencia del padre que rompe con el funcionamiento previo del niño. Agrega que la profesional de la salud detectó comportamiento evitativo y ansioso frente a cambios de entorno que incide en *“un retraso en el ingreso a sitios de escolarización y socialización.”*

Además, según la historia clínica, su cónyuge ha debido soportar una mayor carga al no contar con su apoyo, por causa de la mayor demanda de tiempo de su hijo JUAN , quien se ha hecho más dependiente. En nueva valoración el día 15 de febrero de 2019, no se evidenciaron mejorías, pues los cambios persisten y comprometen su alimentación, socialización, temores asociados con la ruptura familiar y ordena terapias cognitivo conductual y suministro de medicamentos.

Indica que el día 13 de diciembre de 2018 formuló ante la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN una solicitud de traslado definitivo con fundamento en el artículo 87 del Decreto 262 de 2000, pues concurrían todos los supuestos, a saber: (i) la existencia de vacantes definitivas de empleos con funciones afines e igual categoría, naturaleza y remuneración; (ii) estar nombrado en carrera administrativa y haber superado el período de prueba;(iii) el traslado no implica condiciones menos favorables para el funcionario sino que por el contrario, mejora su relación familiar y (iv) no existen motivos fundados que permitan considerar que su traslado puede afectar la prestación del servicio.

Señala que mediante oficio del 4 de enero de 2019 la comisión de personal le anunció que la solicitud sería analizada en la reunión del día 12 de febrero de 2018 (sic). En dicha reunión según información que recibió del representante del personal ante la

Comisión, se resolvió que no existen vacantes para realizar el traslado. Precisa el actor que la comisión de personal emite sus conceptos sobre traslado cuando existen lo que denominan “vacantes plenas”, término equívoco a juicio del promotor del amparo, pues el Decreto Ley 262 de 2000 contempla en su artículo 87 el término de vacante definitiva.

Por otra parte, indica que en sentencia del 23 de noviembre de 2018, el Tribunal Superior de Antioquia resolvió una acción de tutela en idénticas circunstancias fácticas y jurídicas, donde esa corporación precisó que el término “*vacante plena no es fuente derecho*”, ilustra cómo deben resolverse asuntos de esta índole precisando que el traslado es un derecho reconocido por el artículo 87 del Decreto 262 de 2000 y en el evento de existir vacantes definitivas debe procederse al traslado. Agrega que mediante Decreto 137 del 30 de enero de 2019, la entidad accionada decidió prorrogar por seis meses el nombramiento en provisionalidad de la vacante definitiva del cargo de sustanciador código 4SU, grado 11 de la Procuraduría 149 judicial II penal de Pereira, lo cual permite inferir que el cargo estuvo vacante entre el 29 y 30 de enero de 2019, pero se reservó para alguien que no posee derechos de carrera con preferencia de la solicitud de traslado del señor VALENCIA VÉLEZ.

A continuación, el actor sustenta desde el punto de vista jurisprudencial la procedencia acción de tutela, aseverando que la decisión de la PROCURADURÍA fue arbitraria, pues carece de motivación suficiente, limitándose a verificar las vacantes existentes; además, su traslado no implica desmejora de sus condiciones laborales, por el contrario, reduce los gastos de manutención de su familia y adicionalmente, la negativa al traslado afecta sus derechos fundamentales.

Finalmente, considera el actor que sus hijos han debido soportar de forma injustificada la violación de sus derechos fundamentales consagrados por el artículo 44 de la Constitución Política, por parte de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, autoridad que pese a hallar reunidos los presupuestos del traslado definitivo, se ha negado infundadamente a concederlo.

Con fundamento en lo anterior depreca del Juez constitucional la protección de los derechos fundamentales de los menores a la unidad familiar, a no ser separados de su familia, a la salud, cuidado y amor de sus padres y los derechos del actor a la igualdad en el acceso a cargos públicos, debido proceso, unidad familiar, al mérito y el trabajo en condiciones dignas y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que en el término máximo de 72 horas efectúe su traslado definitivo a la ciudad de Pereira en cualquiera de los cargos de sustanciador 4SU, grado 11 que se encuentren con vacancia definitiva o en cualquier otro que disponga la accionada y no desmejoren sus condiciones laborales.

3. TRÁMITE Y RÉPLICA

La solicitud fue presentada el día 22 de febrero del corriente año y mediante proveído el 25 del mismo mes se dispuso su admisión, la vinculación de la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación, del representante de los servidores de carrera administrativa ante dicha comisión; de los servidores que ocupan en

provisionalidad el cargo de sustanciador, código 4SU, grado 11 en el Municipio de Pereira y de las demás personas que pudieren resultar afectas con el resultado de esta acción de tutela.

Al efecto se requirió a la accionada para que remitiera los nombres y datos de notificación de los funcionarios que ocupan en provisionalidad el cargo de sustanciador código 4SU, grado 11 en el Municipio de Pereira y publicara en su página web copia de la solicitud, sus anexos y el auto admisorio. La accionada se sustrajo de tal carga sin explicar los motivos de su omisión, no obstante, los vinculados pudieron ser notificados con base en los datos de notificación suministrados por el propio accionante. Únicamente el día de hoy, fecha en que vence el término para decidir esta acción de tutela, allegó los datos de notificación.

Dentro del trámite de la acción de tutela tanto la accionada como los vinculados rindieron sendos informes.

3.1 Informe de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La accionada informó que en cumplimiento de la sentencia T-147 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, convocó a concurso para proveer 739 empleos de la PROCURADURÍA de conformidad con las facultades conferidas por el Decreto Ley 262 de 2000 y el cual fue reglamentado por Resolución 332 del 12 de agosto de 2015. El proceso de selección se configuró y agotó las etapas de convocatoria, reclutamiento, inscripción, lista de admitidos, aplicación de pruebas e instrumentos de selección, conformación de lista de elegibles, período de prueba **y por último, calificación del período de prueba.**

En este sentido manifiesta que una vez agostadas las etapas del concurso de la convocatoria 108 de 2015 y conformadas las listas de elegibles, se procedió al nombramiento en riguroso orden de mérito y en forma descendente y por tanto, el nombramiento del actor en la plaza que actualmente ocupa obedeció a que las sedes del Municipio de Pereira ya se encontraban asignadas a otro integrante de la lista de elegibles que ocupó un puesto superior.

Agrega que bien pudo el accionante no aceptar el nombramiento y de esta forma se le mantuviera en la lista de elegibles, pues una vez efectuados los nombramientos y se reciban las aceptaciones o rechazos por parte de los nombrados se procede a recomponer la lista de elegibles, conservando el orden de mérito. En consecuencia, dice la accionada, no se vulnera ningún derecho fundamental del actor, pues fue él quien escogió la plaza sin que ahora sea posible nombrar al participante en una sede distinta en la que ya aceptó y ello implicaría por tanto, un retroceso en el proceso que por contera configura vulneración de los derechos de los demás concursantes.

Refirió que la actuación del señor VALENCIA VÉLEZ denota deslealtad hacia el concurso y sus concursantes, siendo consciente de tomar posesión de un cargo que no está dispuesto a ocupar por tratarse de una sede distinta a la de su preferencia, máxime cuando apenas pasados quince días desde el cumplimiento del período de prueba y su calificación, solicitó su traslado para una ciudad en la cual no había sido

nombrado. Aduce que al inscribirse en la convocatoria los concursantes aceptan todas las reglas del concurso y que si bien deben señalar una sede de su preferencia, el nombramiento se realiza en orden de mérito en todos los despachos y ciudades comprendidos el proceso de selección, sin que pueda ajustarse las sedes de preferencia de acuerdo con las circunstancias especiales o individuales de los concursantes. En consecuencia, al momento de la inscripción el concursante (ahora accionante) tenía la facultad de aceptar o no las condiciones de desarrollo de la convocatoria.

Manifestó que mediante la acción de tutela el actor pretende generar una situación administrativa irregular al pretermitir el procedimiento administrativo interno para los traslados y además, desconocer los derechos de las personas que con anterioridad ya habían solicitado su traslado y que ocuparon un mejor puesto en el concurso y NO FUERON VINCULADOS al proceso. En suma, dijo que el procedimiento legal no establece la posibilidad de modificar el nombramiento una vez el aspirante acepte y tome posesión del cargo, pues lo pretendido por el actor no es una regla del concurso establecida por la Resolución 332 de 2015 y que una vez nombrado el funcionario, se retira de la lista de elegibles, salvo que no acepte o no se poseione por razones ajenas a su voluntad.

A continuación, citó múltiples decisiones de altas corporaciones judiciales que trataron el tema de la obligatoriedad de las normas que rigen el concurso y de su cumplimiento por los concursantes. Agregó que no se acredita la vulneración del debido proceso del accionante, pues los cargos de sustanciadores vacantes de la ciudad de Pereira no fueron ofertados en el concurso de méritos y por tanto, no podían ser proveídos con el uso de las listas de elegibles. Observó que tampoco está acreditado un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela.

En relación con la solicitud de traslado formulada por el actor, señaló que en sesión del 12 de febrero de 2019 se emitió concepto desfavorable de traslado pues *“en la ciudad de Pereira, existen 6 cargos de sustanciador grado 11 de los cuales 4 están en carrera administrativa y 2 en provisionalidad, por lo que no es posible acceder a su petición de traslado.*

El servidor en su escrito indica como posible vacante la Procuraduría 28 Judicial II Ambiental y Agraria de Pereira, por lo que es de indicar que consultada la planta de personal, en dicha dependencia NO EXISTE EL CARGO DE SUSTANCIADOR G-11, por lo que no es posible atender favorablemente a su petición”

Agregó que existen otras cinco solicitudes de traslado por unidad familiar para el Municipio de Pereira y la más antigua data del 3 de noviembre de 2017. Relató que la comisión de personal nunca ha emitido concepto favorable de traslado al accionante.

En relación con la vulneración del derecho a la igualdad y acceso a cargos públicos, dice que el actor se sometió a las reglas del concurso y en tal medida no deriva de ello ninguna vulneración y además, el actor voluntariamente decidió aceptar el nombramiento y tomar posesión, teniendo la posibilidad de no hacerlo y continuar en la lista de elegibles. En relación con la afectación que sufre su hijo menor, manifestó

que es una situación que pudo prever el accionante desde su inscripción, pues corría el riesgo de no ser nombrado en el Departamento de Risaralda, agregando que no resulta procedente que se ordene a la Procuraduría el traslado del funcionario en lugar de que éste traslade a su familia. A continuación, realizó una extensa cita sobre la procedencia de la acción de tutela en los concursos de mérito.

Con fundamento en lo anterior deprecó que se deniegue el amparo constitucional solicitado.

3.2 Intervención del representante de los servidores ante la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación.

El vinculado refirió que en su calidad de representante ante la Comisión de personal asiste a todas las sesiones de dicha comisión y por tanto, concurrió a la llevada a efecto el día 12 de febrero de 2019, donde se decidió emitir concepto de traslado no favorable en relación con la solicitud elevada por el actor. Agregó que el criterio empleado por dicha comisión para resolver los traslados es el contenido en concepto de 2008 según el cual, el traslado definitivo requiere de vacancia plena, es decir, que los cargos no se encuentren provistos en provisionalidad o en encargo, pues la Ley no permite desvincular a un servidor en provisionalidad para trasladar a otro que se encuentre en carrera administrativa, pues aquel goza de estabilidad laboral relativa.

A juicio del interviniente el concepto de vacancia definitiva es equívoco pues no existen vacancias plenas o cargos desocupados y además, el artículo 87 del Decreto 262 de 2000 prevé únicamente que exista una vacancia definitiva, la cual tiene lugar bien cuando el empleo se encuentre provisto de forma transitoria en encargo o provisionalidad o no esté provisto, pero ello en modo alguno anula la vacancia definitiva. Además, el artículo 190 de la misma normativa quiso privilegiar los derechos de las personas en carrera administrativa en lo que respecta a la provisión de los cargos sobre aquellos nombrados en provisionalidad o encargo.

Refiere que la aplicación del concepto de la comisión implica atribuir un igual estatus de los empleados de carrera a aquellos en provisionalidad y con fundamento en aquel se ha negado el traslado del accionante por no existir “vacancia plena”.

Deprecó entonces que se acceda a lo solicitado por el accionante pues los derechos de los servidores en carrera administrativa priman sobre los de aquellos designados en provisionalidad o en cargo y solicitó además que sea el despacho quien disponga el traslado, pues de ordenarse a la Comisión de Personal estudiar de fondo el asunto se reiteraría el concepto desfavorable de traslado por la inexistencia de vacantes plenas.

3.3 Intervención de LUZ ADRIANA MURILLO LÓPEZ, sustanciadora código SU4, grado 11 de la Procuraduría Regional de Risaralda.

La funcionaria deprecó su desvinculación de la acción constitucional, por cuanto el cargo al cual aspira ser trasladado el actor no fue ofertado en la convocatoria en la que éste participó; no desempeña funciones afines y cuenta con una asignación básica inferior.

Como sustento de la anterior solicitud relató que el actor concursó en la convocatoria 108-2015 cuyo objeto era proveer 178 cargos de sustanciador 4SU-11, mientras que el cargo que ostenta actualmente la vinculada fue ofertado en la convocatoria 109-2015, por el cual se pretendía la provisión de 56 cargos de sustanciador, lista que fue agotada por la entidad. Agregó que el cargo desempeñado por el actor tiene una asignación superior (\$3'873.840) frente al ocupado por la vinculada (\$3'299.533).

3.4 Intervención de JACQUELINE TIMANÁ VILLA, sustanciadora código SU4, grado 11 de la Procuraduría 211 judicial I en asuntos administrativos de Pereira.

La funcionaria se opuso a las peticiones del actor por cuanto no le asiste el derecho invocado; la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN aún no ha definido de fondo su petición de estabilidad laboral reforzada y el cargo que ostenta la vinculada no se encuentra en vacante definitiva.

En sustento de su petición la interviniente adujo que por Decreto 5143 de 2013 fue designada en provisionalidad en el cargo de sustanciador, código 4SU, grado 11, tomando posesión del cargo el día 9 de enero de 2014, nombramiento que ha sido prorrogado sucesivamente cada 6 meses hasta la actualidad. Agrega que el día 30 de mayo de 2017 formuló ante la entidad accionada una solicitud de estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de familia, siendo negada el día 15 de diciembre de 2017, decisión contra la cual formuló recursos y que a la fecha no han sido resueltos.

Manifiesta que el cargo que ocupa actualmente no se encuentra en vacancia definitiva pues esta situación administrativa se produce en los eventos contemplados en el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015 y por tanto, al no concurrir ninguno de estos supuestos, el cargo no se encuentra inmerso en esta situación administrativa.

3.4 Intervención de DANIELA GALLEGO CARVAJAL, sustanciadora código SU4, grado 11 de la Procuraduría 211 judicial I en asuntos administrativos de Pereira.

La interviniente manifestó que por Decreto 3160 de 2015 fue designada en provisionalidad el cargo que actualmente ocupa, nombramiento que ha sido prorrogado sucesivamente desde esa fecha cada seis meses. Agrega que al momento del nombramiento el cargo estaba ocupado en propiedad por Jorge Jhon Álvarez quien se encontraba en comisión de servicios, razón por la cual el empleo no fue convocado a concurso, ni se incluyó en la convocatoria de la cual hizo parte el actor. Aduce además que el uso de las listas de elegibles se limita a los cargos incluidos en la convocatoria y al efecto citó varios pronunciamientos de las autoridades judiciales.

Manifestó que la vacancia definitiva únicamente tiene lugar en los supuestos contemplados por el artículo 2.2.5.2.1 del decreto 1083 de 2015 y en el presente caso ninguno de tales supuestos concurre.

Finalmente, la vinculada manifiesta que actualmente ocupa el cargo de fiscal de la directiva seccional Risaralda del Sindicato Nacional de Trabajadores de la

Procuraduría General de la Nación -SINTRAPROAN- y por tanto, le asiste la garantía foral contemplada por el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo. Dice que en el presente caso ya se hicieron efectivos los derechos al acceso a la carrera administrativa, el mérito y la igualdad, pues ya fue nombrado con ocasión de elegibles, cuestión distinta es que ni siquiera hubiese sido nombrado en el cargo. Agregó que debe ser la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, quien evalúe y resuelva el traslado sin menoscabar los derechos laborales y condiciones laborales de la interviniente.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Competencia

En los términos del artículo 86 de la Constitución política y de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Despacho para decidir de esta acción de tutela en razón del lugar donde ocurre la vulneración alegada.

4.2 Problema jurídico

Corresponde al despacho determinar si se vulneran los derechos fundamentales de un servidor de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de sus hijos menores al negarle el traslado definitivo a una sede ubicada en el Municipio donde está asentado su núcleo familiar, argumentando que no existen vacancias plenas para realizar el traslado.

Para dar respuesta a este problema jurídico se tratarán los siguientes asuntos: (i) El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella; (ii) la igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; (iii) el acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos; (iv) marco normativo de las solicitudes de traslado de servidores de la Procuraduría General de la Nación y (v) la estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Luego, se analizará el caso concreto con fundamentos en las pruebas practicadas a fin de verificar la vulneración alegada.

4.3 El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella.

El constituyente de 1991, a la sazón de las corrientes neoconstitucionalistas y en el marco del Estado social y democrático de derecho, forma de asociación política que resolvió adoptar la sociedad colombiana, decidió propugnar por la protección reforzada de los grupos poblacionales en situación de debilidad manifiesta o históricamente segregados, con el objetivo de materializar los principios de justicia e igualdad sobre los que se cimenta el actual Estado Colombiano.

Así, a lo largo del texto constitucional encontramos múltiples disposiciones normativas que amparan a los llamados sujetos de especial protección de que trata el inciso 3 del artículo 13 superior y en relación con los cuales, por su condición física, psicológica o social particular se exigen de parte de Estado una acción positiva

tendiente a la plena satisfacción de sus derechos, tal es el caso de la mujer gestante y después del parto (Art. 43), las personas de la tercera edad (art. 46), las personas en situación de discapacidad (Art. 47) y por supuesto, los niños (Art. 44), cuya especial protección viene determinada por su incipiente estado de formación y que de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución son además sujetos prevalentes en cuanto sus derechos prevalecen sobre los de cualquier otro sujeto en caso de conflicto: *“Los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás”*.

La condición de sujetos de especial protección constitucional es una consecuencia lógica del estado primigenio de formación física e intelectual de los niños y por tanto, de su estado de indefensión en relación con los demás miembros de su especie. Además, la calidad de sujetos prevalentes radica en que los niños son la base de la sociedad futura y la clave para supervivencia de la raza humana, en tal medida, debe asegurarse al máximo el desarrollo de los niños en el ámbito familiar, escolar, social e institucional, esto es lo que se conoce como el interés superior del menor. Es por ello por lo que el inciso 2 del artículo 44 de la Carta impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de concurrir a la protección niños. Esta disposición enuncia además un catálogo de derechos fundamentales de los niños, enunciación que por supuesto no es taxativa como lo ha plantado desde sus inicios la Corte Constitucional¹.

La prevalencia de los derechos y el interés superior de los niños es un principio consagrado también en el derecho internacional y particularmente, en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada mediante la Ley 12 de 1991, preceptúa:

“Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Esta disposición hace parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 93 Constitucional y por virtud de esta institución se categoriza como una norma que hace parte del texto fundamental. A nivel interno el artículo 9° de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que:

“En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

¹ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

Tanto los artículos 8° y 9° de la Convención sobre los derechos del niño como el artículo 44 de la Constitución Política consagran dentro del catálogo de derechos de los niños el tener una familia y no ser separados de ella, idéntica consagración efectuada en el artículo 22 del Código de la infancia. Este derecho fundamental resulta de especial relevancia, pues la familia, definida en la Carta Política como “*el núcleo fundamental de la sociedad*” (Art. 42) es una institución de importancia basilar pues es el primer escenario donde, por regla general, se inicia el proceso de socialización y educación, se inculcan los valores preponderantes de la sociedad y en la mayoría de las ocasiones son unidades productivas que contribuyen a la construcción y mantenimiento de la sociedad.

De allí que la familia goce de una especial protección por parte del Estado y en desarrollo de tal mandato, las autoridades y los particulares deben procurar por su integridad. Además, tratándose de los niños, la familia es una institución de suma importancia pues allí tienen sus primeros contactos con la vida en comunidad, desarrollan todas sus habilidades cognitivas; “*La familia desempeña un papel fundamental en el desarrollo integral y protección de los niños, por cuanto es la base fundamental de su socialización y el apoyo fijo donde van aprendiendo a ser personas. Los vínculos emocionales existentes entre padres e hijos son la clave para el bienestar psicológico del menor, pues es precisamente en este escenario en el que el niño se relaciona por primera vez con los miembros de su especie y en donde desarrolla un comportamiento*”². Por tanto, ha dicho el Alto Tribunal constitucional:

*“La protección del derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes, implica una garantía para su desarrollo integral, dado que en estas etapas, necesitan del apoyo moral y psicológico de su familia, fundamentalmente el de sus padres, para evitar cualquier trastorno que pueda afectar su desarrollo personal, de manera que solo excepcionalmente, dicha unidad podría ser afectada, por causas legales, como puede suceder con una decisión judicial relacionada con la privación de la libertad de uno de los padres, o cuando medie una decisión judicial o administrativa que determine la separación del hijo de sus progenitores o de uno de ellos”*³

4.4 La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa.

El concurso de méritos es un mecanismo que asegura el acceso de los ciudadanos a los cargos públicos y por contera, garantiza el derecho fundamental al trabajo. además, el sistema de carrera tiene como fin primordial la consecución del principio de igualdad, mediante la exigencia de requisitos homogéneos de formación académica y profesional a todas las personas que aspiren a acceder a un cargo público, sin discriminación alguna, con ello se pretende además la eliminación del clientelismo en la selección del personal que debe cumplir las funciones estatales. Así lo ha señalado el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional:

² Corte Constitucional, sala cuarta de revisión, sentencia T-319 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³ Corte Constitucional, sala octava de revisión, sentencia T-528 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

“Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.”⁴

Para asegurar el cumplimiento de los objetivos del concurso de méritos es menester que en el proceso se observen las garantías fundamentales que componen el debido proceso y en tal medida, han de agostarse cada una de las etapas que conforman el concurso:

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso, la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.

La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

⁴ Sentencia T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, “que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.”⁵.

4.5 El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos.

El concurso de méritos es el instrumento que estableció el constituyente en el artículo 125 superior para el acceso objetivo y en condiciones de igualdad a los empleos públicos y dado que el proceso de selección debe observar el debido proceso, es necesario que las reglas que establecen los requisitos de acceso a los empleos y determinan el trámite del concurso sean inmodificables salvo que contraríen la Constitución o Ley. Se dice entonces que el acuerdo que da inicio a la convocatoria es la *Ley del concurso*, en tal medida, los aspirantes deben satisfacer todos los requisitos exigidos por la norma y aprobar cada una de las etapas del proceso de selección. Pero además, las autoridades encargadas del proceso, no pueden exigir a los aspirantes más que aquello establecido en el acuerdo respectivo:

“Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

(6) *Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.*

(ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.

(iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes

⁵ *Ibíd.*

han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa.

(iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “ley para las partes” que intervienen en él.

Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse a aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.”⁶

4.6 Marco normativo de las solicitudes de traslado de servidores de la Procuraduría General de la Nación.

Las relaciones laborales y inclusive aquellas de naturaleza legal y reglamentaria que se establecen entre el Estado y sus funcionarios, se enmarcan en el poder de subordinación ejercido por el empleador, sea un particular o el mismo Estado. Una de las expresiones de este poder de subordinación es el denominado *ius variandi* definido como la “*facultad que tiene el empleador de variar las condiciones de la prestación del servicio, es decir, éste es quien tiene la potestad de modificar el modo, el tiempo, el lugar o la cantidad de trabajo*”. Por virtud del *ius variandi* es el empleador y concretamente, la entidad pública quien tiene la potestad para decidir sobre el traslado de sus funcionarios.

No obstante, la Corte Constitucional ha advertido que el *ius variandi* encuentra límites que se justifican en la necesidad de equilibrar las relaciones entre trabajadores y empleadores o los funcionarios y las respectivas entidades. Así, el Alto Tribunal advirtió que:

“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

⁶ *Ibíd.*

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”⁷

Ahora bien, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 573 de 2000, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 262 de 2000 por el cual se modificó la organización y estructura de la Procuraduría General de la Nación, se dictaron nomas sobre su funcionamiento interno y además, se modificó el régimen de carrera de la entidad. El título XII de esta normativa reglamenta el sistema de ingreso y retiro, los movimientos de personal y las situaciones administrativas de los servidores de la entidad.

A su turno, el capítulo III reglamenta lo relativo a los movimientos de personal, preceptuando en su artículo 87 que el 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.”* Es decir que el traslado puede provenir de solicitud del interesado o bien, por un acto unilateral de la Procuraduría atendiendo a las necesidades del servicio. En todo caso, el traslado definitivo sólo es procedente *“cuando no implique condiciones menos favorables para el trasladado o perjuicios para la buena marcha del servicio”*.

Asimismo, el Decreto Ley 262 de 2000 prevé otras modalidades de movimientos de personal como el traslado transitorio, que se produce por necesidades del servicio y por virtud del cual un servidor se traslada para desempeñar sus funciones en un lugar diferente a su sede habitual, traslado que no puede ser superior a seis meses. Por otra parte, el artículo 88 establece el ascenso como una forma de provisión definitiva de empleos de carrera vacantes, con servidores que hacen parte de la carrera administrativa y a través de concursos de mérito.

El traslado a petición del servidor presupone que éste se encuentre inscrito en la carrera de la Procuraduría; que la solicitud cumpla los requisitos establecidos por el Acuerdo 001 del 24 de enero de 2018, adoptado por dicha Comisión y además, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la entidad (Art. 71 núm. 4). Cabe agregar que al resolver las solicitudes de traslado definitivo como aquellos traslados que se ordenan por necesidad del servicio, la entidad debe atender a los límites establecidos por la Corte Constitucional a los cuales ya se hizo alusión.

4.7 La estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

Ya se mencionó en esta providencia que el concurso de méritos y el sistema de carrera son mecanismos que aseguran el acceso de los ciudadanos a los cargos

⁷Corte Constitucional, sala cuarta de revisión, sentencia T-319 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

públicos y por contera, garantizan el derecho fundamental al trabajo. Además, el sistema de carrera tiene como fin primordial la consecución del principio de igualdad, mediante la exigencia de requisitos homogéneos de formación académica y profesional a todas las personas que aspiren a acceder a un cargo público, sin discriminación alguna y con ello se pretende además la eliminación del clientelismo en la selección del personal que debe cumplir las funciones estatales.

El ingreso al sistema de carrera implica unas prerrogativas a favor de ese servidor, entre las cuales destacan, el derecho a la permanencia y la estabilidad en el empleo y por tanto, su retiro del servicio únicamente procede por razones objetivas previamente establecidas por la Constitución y la Ley, como la calificación no satisfactoria en el cumplimiento de sus funciones, la violación del régimen disciplinario, etc. No obstante, la Ley admite que de forma excepcional los cargos de carrera sean ocupados por personas designadas en provisionalidad o encargo que no hayan sido seleccionadas por concurso de méritos, por razones del servicio a fin de atender las necesidades de la administración hasta tanto se provean los cargos conforme al sistema establecido por la Ley o cese la causa que originó la vacancia.

No obstante, ello no implica en modo alguno que funcionario tenga derecho a permanecer indefinidamente en el cargo ni tampoco se crea una situación administrativa asimilable a aquella predicable de los servidores de carrera. Empero, tampoco puede quedar el funcionario nombrado en provisionalidad en las circunstancias de un funcionario de libre nombramiento y remoción, sujeto a la voluntad discrecional del nominador, sino que de aquellos es predicable lo que la Corte Constitucional ha denominado una estabilidad laboral relativa o intermedia que *“se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública”*⁸

En consecuencia, la Corte ha advertido que la desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad cuando el cargo se provee de acuerdo con el sistema de carrera no desconoce los derechos del funcionario a quien se retira del servicio, pues quien llega a ocupar el cargo posee mejor derecho bien por haber aprobado el concurso de méritos o contar con derechos de carrera:

“5.11. En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de

⁸ Corte Constitucional, sala tercera de revisión, sentencia T-096 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa.”⁹

No obstante, cuando el cargo a proveer es ocupado por un sujeto de especial protección constitucional por su condición de debilidad manifiesta, la Corte ha señalado que al nominador corresponde realizar un ejercicio de ponderación y ejecutar acciones afirmativas a fin de evitar la lesión de los derechos fundamentales de este grupo de servidores. Algunas de las acciones afirmativas fueron recopiladas en la sentencia T-096 de 2018, ya referenciada que el despacho se permite cita *in extenso*:

5.6. Ahora bien, a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como es el caso, entre otros, de las personas en condición de discapacidad o que padecen grave enfermedad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

5.7. En ese sentido, el ente nominador está en la obligación de brindarle a los servidores en las condiciones especiales anotadas, un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos. Ello, con el fin de garantizar el goce real de sus derechos fundamentales (art. 2º Const.) y de llevar a efecto la cláusula constitucional que exige a las autoridades en un Estado Social de Derecho, prodigar una protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, inciso 3º Const.).

5.8. Así, respecto de las medidas que pueden adoptarse para no lesionar los derechos fundamentales de este grupo de servidores, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional destacó la importancia de que los órganos del Estado y, en particular, la Fiscalía General de la Nación, (i) dispongan lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera.

⁹ *Ibíd.*

5.9. En efecto, al resolver acerca de la discrecionalidad del Fiscal General de la Nación para definir los cargos específicos de esa entidad que serían provistos con el registro de elegibles y la protección especial de los servidores en situación de debilidad manifiesta, en el mencionado fallo la Sala Plena sostuvo que:

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

(...)

5.10. En otros pronunciamientos, tratándose de sujetos en situación de debilidad manifiesta derivada de una grave afectación de salud, además de las anteriores acciones afirmativas, la Corte ha previsto que, en los eventos en que la persona deba dejar su cargo ocupado en provisionalidad y no sea posible su vinculación en un empleo similar por inexistencia de vacantes, le corresponde al empleador mantener su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se garantice la continuidad de los servicios médicos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, hasta que los mismos finalicen o un nuevo empleador asuma tal obligación.”¹⁰

En suma, según se aprecia en las citas jurisprudenciales que anteceden, corresponde a la entidad nominadora adoptar las medidas necesarias para garantizar la estabilidad laboral relativa de los funcionarios en provisionalidad y asimismo, evitar lesionar los derechos de carrera adquiridos por el ciudadano que solicita su nombramiento en el respectivo cargo, es decir, se trata de un ejercicio de ponderación en cual deben observarse las particulares circunstancias del caso y los poderes y competencias de que es titular la respectiva entidad. Bastan las anteriores consideraciones para proceder al análisis del caso

5. ANÁLISIS DEL CASO

Previo a resolver sobre esta acción constitucional debe el despacho realizar un examen de procedencia de la acción de tutela con fundamento en las reglas de subsidiariedad e inmediatez. En relación con la primera regla, el despacho la halla satisfecha pues el actor en modo alguno, contrario a lo afirmado por la accionada en su informe, pretende soslayar el procedimiento administrativo establecido por el Decreto Ley 262 de 2000 y el Acuerdo 01 de 2018, para el traslado definitivo, acudiendo de manera directa a la acción de tutela.

¹⁰ Corte Constitucional, sala tercera de revisión, sentencia T-096 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Ciertamente, con fundamento en el informe rendido por la accionada y el memorial aportado por el accionante el día 1° de marzo, queda claro que la COMISIÓN DE PERSONAL de la Procuraduría emitió concepto desfavorable de traslado frente a la solicitud elevada por el actor. En consecuencia, el accionante ha agotado el trámite previsto en la Ley para el traslado definitivo en su calidad de servidor de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y en tal sentido, se cumple con el requisito de subsidiariedad.

Por otra parte, en relación con la regla de la inmediatez lo considera también satisfecho el despacho en tanto la actuación que se acusa como vulneradora de los derechos fundamentales –negativa de traslado-, se profirió el 12 de febrero del corriente año y la solicitud de tutela fue formulada el 22 de febrero pasado. Entonces, verificada la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, conviene proceder a la valoración de las pruebas obrantes en el plenario a fin de verificar la vulneración alegada por el actor.

Con base en los informes, pronunciamientos y pruebas allegadas por las partes y los intervinientes, el despacho encuentra probados los siguientes hechos:

- Que el ciudadano JULIÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ participó en la convocatoria 108-2015 para la provisión del empleo de sustanciador grado 4SU-11, con sedes de preferencia en Pereira, Armenia, Manizales y Medellín, en su orden según se desprende de la constancia de inscripción que obra a folio 32. El accionante ocupó el puesto 252 en la lista de elegibles y por Decreto 2652 del 31 de mayo de 2018 fue designado en período de prueba como sustanciador, código 4SU, grado 11 en la Procuraduría 202 Judicial I Penal de Santa Fe de Antioquia (Fl. 30).

El servidor se posesionó el día 9 de julio de 2018 y el período de prueba culminó el día 8 de noviembre de 2018, siendo calificado de manera satisfactoria y por tanto, fue inscrito en el registro único de carrera de la Procuraduría el día 21 de noviembre de 2018, tal como se extrae de la certificación expedida por el jefe de la oficina de selección y carrera de la entidad (Fl. 53).

- Que el ciudadano JULIÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ formuló ante la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, solicitud de traslado definitivo con destino al Municipio de Pereira invocando como motivo de traslado la necesidad de restablecer la unidad de su núcleo familiar.

- En relación con dicha solicitud la COMISIÓN DE PERSONAL DE LA PROCURADURÍA emitió concepto desfavorable de traslado al considerar que de las 6 vacantes de sustanciador grado 11 en el Municipio de Pereira, cuatro están ocupadas en carrera administrativa y 2 en provisionalidad, razón por la cual no es procedente el traslado. Agregando que tampoco es posible el traslado del funcionario a la Procuraduría 28 judicial II Ambiental y Agraria de Pereira por no existir allí el cargo de sustanciador grado 11.

- Que de acuerdo con el informe rendido por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en el Municipio de Pereira existen tres cargos vacantes de

sustanciador, código 4SU, grado 11, ocupados por servidores designados en provisionalidad. Uno de aquellos cargos es ocupado por la ciudadana JACQUELINE TIMANÁ VILLA, quien con anterioridad a la formulación de esta acción de tutela formuló solicitud de reconocimiento de estabilidad laboral por ser madre cabeza de familia, solicitud que le fue negada y contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación.

- Que la señora Carmen Celina Gutiérrez Rubio, madre de la señora Yuli Jasmín Carmona Gutiérrez (Fl. 18), quien a su vez es cónyuge del accionante (Fl. 17), es una paciente de 62 años de edad y padece múltiples quebrantos de salud según se desprende de la historia clínica anexa a la solicitud de tutela.

- Con fundamento en la historia clínica suscrita por el médico y psiquiatra Paula Herrera, se puede aseverar sin ambages que el menor JUAN padece actualmente problemas de sociabilidad a nivel familiar, que afectan su desarrollo en el entorno escolar y por tanto, su desarrollo cognitivo y además, existe riesgo de evolucionar hacia un trastorno depresivo. De acuerdo con la historia clínica allegada por el actor, este trastorno tiene como posible causa la separación del padre de su núcleo familiar y recomienda la profesional cambios en el sitio de trabajo del padre, reza el aparte pertinente:

“Niño con síntomas de comportamiento y emocionales que generan disfunción social y familiar inducida por falta de figura principal de apego. Dicha disfunción parece estar relacionada con la ausencia de una de las figuras principales de apego, en este caso el padre, que además rompe con el funcionamiento previo del niño. Se anota surgimiento de comportamientos evitativos y ansiosos frente a cambios de entorno, lo cual está a su vez induciendo un retraso en el ingreso a sitios de escolarización y socialización que son necesarios para el desarrollo armónico del niño, tanto psicológico como emocional y cognitivo.

Por otro lado, se observan síntomas de riesgo para evolucionar hacia un trastorno depresivo de la infancia por lo que se sugiere seguimiento en consulta y si (sic) posible, que se realicen cambios en el sitio de trabajo del padre para que la familia pueda convivir nuevamente en una misma ciudad.

Se aprecia igualmente en la historia clínica del 12 de diciembre de 2018 que la afectación del niño ha evolucionado hacia un trastorno adaptativo y se recomienda continuar el tratamiento con el uso de fármacos y terapia cognitiva:

“Hoy se observa evolución de síntomas iniciales hacia la consolidación de un TRASTORNO ADAPTATIVO al parecer en respuesta a un cambio en la dinámica familiar por el traslado del padre a otra ciudad del domicilio

(...)

Se debe iniciar MANEJO FARMACOLÓGICO con inhibidor de recaptura de serotonina (FLUOXETINA) jarabe 2,5 cc en la mañana)

Se debe iniciar TERAPIA COGNITIVO CONDUCTUAL con psicólogo entrenado en manejo de niños

Se programa cita de control en 15 días para hacer seguimiento.”

En suma, puede concluirse que la separación del señor JULIÁN DAVID VALENCIA de su núcleo familiar es la causa eficiente de la afección psicológica padecida por su hijo y que además, esta afección ha progresado hasta escalar a un trastorno adaptativo que perjudica su proceso de desarrollo integral. Podría entonces colegirse de lo anterior que la negativa de la PROCURADURÍA en relación con el traslado definitivo del accionante afecta de manera ostensible el derecho a la unidad familiar del actor y de sus hijos, lo cual además implica afectación para la salud y el desarrollo integral de uno de los niños.

No obstante, la entidad accionada y los vinculados han alegado la imposibilidad del traslado con fundamento en razones de orden jurídico que imponen al despacho indagar si tales razones son legítimas desde el punto de vista constitucional y en tal medida, si resulta procedente o no, ordenar el traslado definitivo del señor VALENCIA VÉLEZ.

5.1 La Procuraduría General de la Nación vulnera los derechos fundamentales del ciudadano JULIÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ y sus hijos menores JUAN y PEDRO al negar el traslado del funcionario.

En primer lugar, y específicamente de cara al informe rendido por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, es necesario distinguir entre el concurso de méritos y el régimen de carrera. El último es definido por el Decreto Ley 262 de 2000 como *“es un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la entidad y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma.”* De otro lado, ya se dijo que el concurso de méritos es el instrumento que estableció el constituyente en el artículo 125 superior para el acceso objetivo y en condiciones de igualdad a los empleos públicos.

Ciertamente, en consonancia con el artículo 125 constitucional, el artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, preceptúa que los empleos de esa entidad son de carrera, con excepción de los expresamente allí consagrados como de libre nombramiento y remoción y el del Procurador General de la Nación que es de período fijo. El proceso de selección inicia con la convocatoria y al mismo se ingresa con la inscripción y admisión (Arts. 198 y 200) y culmina con el nombramiento en período de prueba por cuatro meses y el consecuente retiro de la liste de elegibles. Por otra parte, el ingreso al sistema de carrera tiene lugar cuando el servidor ha superado el período de prueba y consiste *“en la declaración expresa de que un empleado adquiere derechos de carrera. Se realiza mediante la anotación, en el Registro Único de Inscripción en Carrera de la Procuraduría General de la Nación del nombre, sexo y documento de identidad del servidor, el empleo en el cual se inscribe, el nombre de la dependencia de la entidad, el lugar en el cual desempeña las funciones, la fecha de posesión y el salario asignado al empleo al momento de la inscripción.”* (Art. 221).

Entonces, no comprende el despacho por qué la accionada y algunos de los vinculados aluden a que el actor burla el proceso de selección y a sus concursantes cuando en realidad y como lo afirma la propia accionada, el señor VALENCIA VÉLEZ, al ser designado como sustanciador en período de prueba fue retirado de la lista de elegibles. Además, este servidor, según quedó dicho en precedencia, ya superó el período de prueba, fue inscrito en el sistema de carrera y por tanto, adquirió los derechos que se derivan de tal estatus, v. gr., la estabilidad en el empleo y no ser separado del mismo sino sólo por causas objetivas previamente establecidas en la Ley, participar en concursos cerrados o de asenso o solicitar traslado definitivo, etc.

Entonces, no resulta de recibo ninguna aseveración en torno a la convocatoria que permitió al accionante el acceso al cargo, pues el proceso de selección ya terminó para él. Tampoco que la actuación del actor burla las reglas del concurso o vulnera los derechos de los demás concursantes pues el accionante se encuentra en una situación jurídica distinta, ya hace parte del sistema de carrera de la Procuraduría y precisamente por esta condición, aunada a los problemas de salud de su hijo y la necesidad de conservar la unidad de su familia, formuló la solicitud de traslado definitivo.

Ahora bien, por regla general los empleos de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN son de carrera, deben ser provistos por concurso de méritos y sólo de manera excepcional, se pueden designar personas que no se hacen parte de la lista de elegibles tal como lo establece, el artículo 186 del Decreto Ley 262 de 2000: *“El nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata.”*. La finalidad del nombramiento en provisionalidad no es otra que *“proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.”* (Art. 82).

En relación con el traslado definitivo, el artículo 87 del Decreto 262 establece que éste: *“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.”*. Es decir que el traslado puede provenir de solicitud del interesado o bien, por un acto unilateral de la Procuraduría atendiendo a las necesidades del servicio. En todo caso, el traslado definitivo sólo es procedente *“cuando no implique condiciones menos favorables para el trasladado o perjuicios para la buena marcha del servicio”*.

El traslado a petición del servidor presupone que éste se encuentre inscrito en la carrera de la Procuraduría; que la solicitud cumpla los requisitos establecidos por el Acuerdo 001 del 24 de enero de 2018, adoptado por dicha Comisión; que exista la vacante definitiva y además, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la entidad (Art. 71 núm. 4). Considera el despacho que en el presente asunto se encuentran satisfechos todos estos requisitos según ha quedado demostrado en el presente trámite constitucional y por ello, la decisión de negar el traslado al

funcionario es infundada por no encontrar respaldo normativo alguno, pues simplemente se basa en conceptos que desatienden lo dispuesto en la Ley y en modo alguno son vinculantes y además, se trata de una decisión que lesiona derechos fundamentales de los niños, sujetos prevalentes y de especial protección constitucional. Veamos.

La entidad argumenta que para los traslados definitivos la plaza pretendida debe encontrarse vacante, es decir, que el cargo esté sometido a concurso, pues de lo contrario el traslado no puede ser definitivo sino sólo temporal y que los empleados en provisionalidad, conforme a la sentencia SU-917 de 2010 únicamente pueden ser retirados del servicio como consecuencia de una sanción disciplinaria, cuando el cargo se provea a través de lista de elegibles obtenida por concurso de méritos o por una prestación deficiente de los servicios por parte del funcionario.

No asiste la razón a la accionada pues el artículo 87 del Decreto Ley 262 de 2000 exige únicamente que el cargo se encuentre definitivamente vacante y no así que haga parte de una convocatoria de méritos. Se reitera por el despacho que la situación fáctica aquí ventilada se enmarca en el sistema de carrera y no así en relación con el concurso de méritos. Menos aún encuentra sustento el argumento según el cual los funcionarios en provisionalidad sólo pueden ser retirados por las causales enunciadas por la PROCURADURÍA, pues según quedó expuesto en esta providencia, tales servidores gozan apenas de una estabilidad laboral relativa frente a los funcionarios de carrera.

Algunas de las intervinientes aducen que los cargos que ocupan no se encuentran definitivamente vacantes pues no concurren los supuestos del artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015. A este respecto el despacho se pregunta si los cargos no están vacantes ¿por qué razón fueron designadas estas funcionarias en provisionalidad para ocuparlos? La situación queda absolutamente clara al revisar los anexos allegados con el informe de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, donde relaciona que el estado de los cargos es “*VACANTE-PROVISTO EN PROVISIONALIDAD*”.

No debe perderse de vista que el traslado definitivo es uno de los derechos que asisten a los funcionarios inscritos en la carrera de PROCURADURÍA. En consecuencia, la provisión que eventualmente se haga con fundamento en el traslado definitivo se habrá cumplido con fundamento en el sistema de carrera y por tanto, **se trata de una causa objetiva de retiro del servicio del funcionario provisional que está contemplada previamente en la Ley.**

El nombramiento en provisionalidad se usa para suplir de manera transitoria la vacancia definitiva de un cargo de carrera, pero en modo alguno dicho nombramiento implica que el cargo deje de estar vacante de manera definitiva, pues ésta sólo cesa con un nombramiento en propiedad, sea que provenga del uso de listas en el marco de un concurso de méritos; asenso o por traslado definitivo. Es que en el presente caso la provisión no se efectuaría con base en las listas de elegibles, sino a través del traslado definitivo, que es uno de los mecanismos previstos por el decreto 262 de 2000 para la provisión definitiva del cargo. Resulta cuando menos contradictoria la posición de la PROCURADURÍA sobre la vacancia plena, pues un cargo que continúa con vacancia

definitiva pero provisto de manera transitoria no pueda ser ocupado por un funcionario con derechos de carrera.

Ergo, en cuanto a la afectación del servicio con ocasión del traslado, la PROCURADURÍA no acredita ni argumenta en qué medida puede verse afectada la prestación, máxime que aún está vigente la lista de elegibles de la convocatoria para ese cargo según se puede verificar en la página web respectiva¹¹ y aún en defecto de dicha lista, puede el PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN proceder con el nombramiento en provisionalidad de conformidad con el artículo 82 Decreto Ley 262 de 2000.

Argumentó también la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que fue el mismo accionante quien voluntariamente aceptó el nombramiento para la Procuraduría 202 judicial de este Municipio, estando en posibilidad de no hacerlo. Agregó que era previsible para accionante que su hijo padecería posteriormente las afecciones que describe en el escrito de tutela y que además, que el accionante está posibilidad de trasladar su núcleo familiar a Santa Fe de Antioquia. En primer lugar, debe precisarse que es cierto que el accionante aceptó el cargo en este Municipio de manera voluntaria, pero por la elemental razón de que para esa fecha se encontraba cesante y además, tenía y tiene a su cargo la manutención de sus dos hijos menores de edad, es decir, el cargo fue aceptado primordialmente con el fin de satisfacer las necesidades económicas de su familia.

Además, resulta irrelevante que la aceptación del cargo y el consecuente fraccionamiento de su núcleo familiar haya obedecido a un acto propio del accionante, pues lo que aquí se discute, las acciones y omisiones que se acusan como vulneradoras de derechos fundamentales es la negativa de traslado definitivo por parte de la entidad. Es cuando menos absurdo la afirmación de la accionada en relación con la previsibilidad por el accionante de los efectos psicológicos sobre el niño originada en la separación de su familia, pues hasta donde tiene cuenta el despacho, ni el actor ni la abogada de la Procuraduría cuentan con formación académica en áreas de psicología infantil como para “adivinar” que la ausencia del padre generará una afectación severa del comportamiento y el desarrollo integral del niño.

En relación con el traslado del núcleo familiar del actor a este Municipio, el despacho considera que existen razones fundadas que lo impiden y que obligan a que la madre de los niños continúe en el Municipio de Pereira. Según lo relata el promotor en el escrito introductorio y así lo acredita la historia clínica aportada, su suegra Carmen Celina Gutiérrez padece múltiples quebrantos de salud y su cónyuge, Yulia Jasmín Carmona Gutiérrez se encuentra en el Municipio al cuidado de su madre y de sus hijos menores. El Estado Social de Derecho colombiano se fundamenta en el principio de solidaridad por virtud del cual todos los habitantes deben proveer su propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés

11

<https://concursoempleosdecarrerapgn.udea.edu.co/portal/resources/pdf/ListaElegibles108.pdf>

colectivo en todos los ámbitos de la vida social, relaciones familiares, comunitarias y laborales. Por tanto, es apenas lógico que los hijos se encarguen del cuidado de sus padres cuando estos presentan ya quebrantos de salud e inclusive, por razones de orden natural se espera tal conducta de parte de los hijos. Además, debemos agregar que la señora Gutiérrez Rubio es una mujer de avanzada edad y que ha desarrollado su vida y entorno en el Municipio de Dosquebradas, Risaralda y para quien sería más complicada la adaptación a un entorno diferente aunado a sus actuales condiciones de salud.

Súmase a lo anterior que además del cuidado de su madre, la señora Yuli Jasmín Carmona está a cargo de sus dos niños, razón por la cual se encuentra sometida a una carga bastante grande, por tener bajo su cuidado a tres sujetos de especial protección constitucional. Entonces, la única forma de conservar la unidad familiar sería disponer el traslado definitivo del ciudadano JULIÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ al Municipio de Pereira.

Los funcionarios designados en provisionalidad en el cargo de sustanciador, código 4SU, grado 11 en las distintas Procuradurías del Municipio de Pereira se opusieron a la prosperidad de la acción de tutela arguyendo la improcedencia del traslado. En primer lugar, la ciudadana LUZ ADRIANA MURILLO LÓPEZ argumentó que su escala salarial es inferior a la del actor y por tanto, un traslado al cargo por ella ocupada sería desmejorar al señor VALENCIA en sus condiciones de trabajo. La ciudadana DANIELA GALLEGO CARVAJAL, además reiterar algunos de los argumentos planteados por la accionada, señaló que ella es titular de la garantía del fuero sindical y por tanto, su retiro del servicio únicamente procede por las causas que establece el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005. Finalmente, la servidora JACQUELINE TIMANÁ VILLA argumentó que reclamó de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN estabilidad laboral debido a su condición de madre cabeza de familia, solicitud que fue negada y contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales no han sido resueltos.

El despacho considera que la diferencia salarial sí es un motivo fundado que impide el traslado del funcionario, pues es uno de los límites o condicionantes de la potestad del *ius variandi* al cual se hizo alusión en esta providencia y por tanto, no sería procedente el traslado a ese cargo pese a que tienen igual nomenclatura. Por otra parte, en relación con la garantía foral de que dice ser titular la vinculada DANIELA GALLEGO CARVAJAL, el despacho ha de precisar que no se trata de una garantía absoluta pues su levantamiento y el consecuente retiro del servicio procede por las causales establecidas por el artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo. Empero, la existencia o no del fuero sindical es una cuestión que debe verificar la entidad antes de proceder a la desvinculación del respectivo funcionario.

Finalmente, en relación la estabilidad laboral alegada por la JACQUELINE TIMANÁ VILLA, el despacho debe reiterar que la estabilidad de que gozan los funcionarios nombrados en provisionalidad es apenas relativa, como lo ha reiterado la Corte Constitucional:

“5.11. En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa.”¹²

Además, ha de tenerse en cuenta que tal solicitud aún no ha sido concedida y además, debe ser en primer término la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, la autoridad que se pronuncie a este respecto. Sin embargo, inclusive concediéndose la estabilidad laboral al funcionario provisional, ello no le hace inamovible según quedó expuesto sino que impone a la entidad nominadora la obligación de desplegar acciones afirmativas en favor de la persona en situación de debilidad manifiesta y evitar lesionar sus derechos fundamentales mediante un ejercicio de ponderación y la adopción de medidas administrativas pertinentes en uso de las facultades atribuidas al PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN por el Decreto Ley 265 de 2000, de distribuir los empleos de acuerdo con las necesidades de los servicios, tal como lo reseñó la Corte en sentencia T-096 de 2018:

5.6. Ahora bien, a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como es el caso, entre otros, de las personas en condición de discapacidad o que padecen grave enfermedad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

No se atisba por el despacho vulneración del derecho a acceder a cargos públicos en cabeza del accionante, por el contrario, el accionante de hecho sí accedió a un cargo de carrera administrativa. Más bien se observan una afectación de los derechos derivados de la carrera administrativa según se explicó en líneas precedentes

En síntesis, las razones esbozadas por la accionada para negar el traslado del funcionario VALENCIA VÉLEZ, carecen de legitimidad desde vista de vista constitucional, pues generan afectación del derecho fundamental a la unidad familiar, y vulneran además, el derecho a la salud y el desarrollo integral del niño JUAN y por supuesto carece de todo fundamento legal, según ha quedado suficientemente

¹² *Ibíd.*

expuesto. En el presente asunto existen suficientes elementos de juicio que demuestran la vulneración de los derechos fundamentales de sujetos prevalentes y por tanto, este despacho en cumplimiento de las obligaciones consagradas por el Constituyente en el artículo 44 de la Carta, replicados en el artículo 3° de la Convención sobre los derechos del niño y los artículos 8° y 9° de la Ley 1098 de 2006, y en aras de garantizar la prevalencia de los derechos de los niños y su interés superior, concederá la protección constitucional invocada, habida cuenta que no se observa impedimento de orden constitucional para que se disponga el traslado del accionante

No se accederá a la solicitud de desvinculación de la ciudadana LUZ ADRIANA MURILLO LÓPEZ, pues la orden a impartir puede eventualmente afectar sus derechos y por tanto, es necesario que se garantice su derecho de contradicción frente a este providencia.

Sin más consideraciones, el **JUZGADO PROMISCO DEL CIRCUITO DE SANTA FE DE ANTIOQUIA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la unidad familiar de los accionantes **JULIÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ, JUAN y PEDRO**, por las razones que vienen de exponerse

SEGUNDO: ORDENAR a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que en el término máximo de diez (10) días, adelante los correspondientes trámites administrativos para efectuar el traslado del ciudadano **JULIÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ**, padre de los menores **JUAN y PEDRO**, al cargo de sustanciador código 4SU, grado 11 en alguna de las plazas vacantes del Municipio de Pereira, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR la publicación de esta sentencia en la página web de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, pero salvaguardando el derecho a la intimidad de los menores. Para tal efecto la secretaría remitirá copia de la sentencia en formato de texto con la modificación o supresión de los nombres de los menores. Asimismo, se exhorta a las partes e intervinientes para que guarden la debida reserva de los datos e información personal de los menores.

CUARTO: De no ser impugnada esta sentencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para efectos de su revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MARIO JOSÉ LOZANO MADRID
JUEZ