

ADVERTENCIA PRELIMINAR:
Atendiendo a la orden impartida en el numeral TERCERO de la parte resolutive de esta providencia, se suprimió o modificó el nombre del menor.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Santa Fe de Antioquia, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA DE TUTELA No. 043

RADICADO	05-042-31-89-001-2019-00072-00
PROCEDIMIENTO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE (S)	DONNA SAMANDA MERCHÁN DÍAZ
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 **DONNA SAMANDA MERCHÁN DÍAZ**, quien actúa en nombre propio y como representante legal del niño **I.F.V.M.** en contra de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN -PGN-** y al cual fueron vinculados la **COMISIÓN DE PERSONAL DE LA ENTIDAD** y los ciudadanos **JOSÉ DANILO MARTÍNEZ ORTIZ**, **NATALIA GARCÍA ALZATE**, **LUZ DARY VÉLEZ CASA**, **YUDI LISVED MAQUIUD VANEGAS**, **GUSTAVO ENRIQUE MERCHÁN RODRÍGUEZ**, **FABIO ANDRÉS ALARCÓN VARGAS** y **HEIDI MUÑOZ MATTOS**, en su calidad de servidores de la entidad accionada.

2. ANTECEDENTES

2.1 Hechos

Relata la accionante que mediante Decreto 3296 de 2017 fue designada en período de prueba por cuatro meses en el cargo de Profesional Universitario 3PU, grado 17 de la Procuraduría Provincial de Santa Fe de Antioquia, cargo que aceptó y del cual tomó posesión el 7 de septiembre de 2017. Adujo que una vez superado el período de prueba fue inscrita en el Registro de carrera de la Procuraduría General de la Nación en el cargo mencionado, adquiriendo de esta forma los derechos derivados de la carrera administrativa de la PGN.

Agrega que el 11 de noviembre de 2016 contrajo matrimonio con Luis Fernando Vargas Morales y desde la fecha de su posesión (septiembre de 2017) debió trasladar

su hogar al Municipio de Santa Fe de Antioquia, lugar donde no cuenta con más arraigo que el generado por su trabajo. Manifiesta que el 8 de marzo de 2018 nació su hijo I.F.V.M, quien contó con la presencia de sus padres desde su nacimiento hasta abril de 2019 y con posterioridad a la licencia de maternidad en julio de 2018, su cónyuge, Luis Fernando Vargas se encargó de los cuidados del neonato durante la jornada laboral de la accionante, razón por la cual el niño sostiene un vínculo afectivo más fuerte el señor Vargas Morales.

Aduce que durante la estadía de su cónyuge en este Municipio a él le fue imposible encontrar trabajo, razón por la cual, ante la insuficiencia de ingresos económicos del núcleo familiar, desde el 1° de abril de 2019 su cónyuge decidió trasladarse al Municipio de Medellín. Refiere que la pareja tiene un apartamento propio en el Municipio de Bello, sobre el cual cancelan un crédito hipotecario. Asevera que la ausencia del padre del niño ha generado frustración en el niño por ausencia de la figura paterna, pese a los intentos de realizar visitas periódicas que permitan asegurar la unidad familiar en razón de los elevados costos de desplazamiento.

Dice que la PGN, en cumplimiento de una orden judicial, publicó los cargos de Profesional Universitario, código 3PU, grado 17 que aún no habían sido provistos mediante el sistema de carrera y que figuran 17 vacantes en el departamento de Antioquia, siete de ellos en Medellín, ocupados en encargo o en provisionalidad, precisando que la lista de elegibles estuvo vigente hasta el 17 de mayo de 2019. En vista de lo anterior, teniendo en cuenta su situación personal y los derechos de carrera de que es titular, la accionante decidió formular una solicitud de cambio de sede ante la Comisión de Personal de la PGN el día 10 de mayo de 2019.

Esta dependencia emitió concepto desfavorable de traslado el 19 de junio de 2019 aduciendo que ninguno de los cargos se encuentra vacante. Sin embargo, reseña la promotora, la entidad no se refirió al cargo ocupado por Javier Nicolás Alzate en la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá, quien cuenta con un nombramiento provisional en Santa Fe de Antioquia por seis meses y fue trasladado y con mayor razón, debe otorgarse el traslado a un funcionario de carrera.

Asevera 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. Por ello, decidieron acudir ante una profesional en psicología, quien al valorar al menor manifestó *“Debido a la separación y a la inestabilidad en el domicilio y ausencia de alguna de sus figuras de apego, ya sea en unas ocasiones de su madre y en otra de su padre, el niño muestra indicios de ansiedad y separación y regresiones en algunos hábitos que son importantes y adaptativos en el momento de socializar”* y recomienda retornar a la dinámica de funcionamiento del hogar mediante la convivencia bajo un mismo techo.

A fin de cumplir las recomendaciones de la profesional de la salud, indica la actora, es necesario llevar a efecto su traslado al Municipio de Medellín, pues su cónyuge no pudo acceder a un empleo u otra fuente de ingreso durante su estadía en Santa Fe de Antioquia desde septiembre de 2017 hasta abril de 2019. Además de lo anterior su hijo ha tenido que soportar de forma injustificada la violación de su derecho a tener una

familia y no ser separado de ella (Art. 44 C.P.), la salud (psicológica, emocional) por parte de la entidad accionada, a pesar de estar reunidos los presupuestos legales para el traslado de la señora MERCHÁN DÍAZ, vulnerando por contera, sus derechos a la igualdad, debido proceso y los derechos derivados de la carrera administrativa. Manifiesta que su salud psicológica también se ha visto afectada, razón por la cual se incluyó en el programa de vigilancia epidemiológica de riesgo psicosocial de la PGN, donde le fue recomendada una cita por psiquiatría a través de la E.P.S.

A continuación, la actora 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.

Con fundamento en lo anterior depreca del Juez constitucional la protección del derecho fundamental a la unidad familiar del menor, a no ser separados de su familia, a la salud, cuidado y amor de sus padres y los derechos de la actora 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 Medellín en cualquiera de los cargos de profesional universitario 3PU grado 17 que se encuentren con vacancia definitiva o en cualquier otro que disponga la accionada y no desmejore sus condiciones laborales.

3. TRÁMITE Y RÉPLICA

La solicitud fue presentada el día 26 de junio del corriente año y mediante proveído el 27 del mismo mes se dispuso su admisión, la vinculación de la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación y de los servidores que ocupan en provisionalidad el cargo de profesional universitario 3PU grado 17 en el Municipio de Medellín y de las demás personas que pudieren resultar afectas con el resultado de esta acción de tutela. Estos fueron notificados con vía electrónica, con base en la información remitida por la entidad y además, con la publicación que realizada en la página web de la PGN.

Dentro del trámite de la acción de tutela sólo se pronunció la accionada.

3.1 Informe de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La entidad 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, proceso de selección que 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.**

Agrega que de acuerdo con el artículo 13 del Acuerdo de inscripción los aspirantes podían elegir una sede de su preferencia, la cual era apenas una referencia pues el proceso de selección culminaría con la conformación de las listas de elegibles por cada convocatoria en estricto orden de mérito. Por ello, dice la accionada, no es posible ajustar las sedes a las circunstancias particulares de cada aspirante o incluir cargos adicionales a aquellos señalados en la convocatoria en clara desatención a las reglas del concurso.

Agregó que el Decreto Ley 262 de 2000 consagra en su artículo 87 la figura del traslado definitivo, el cual requiere, de acuerdo con el artículo 70 del mentado reglamento, concepto previo por parte de la Comisión de personal de la PGN. En el presente caso, dice, la dependencia emitió concepto desfavorable por cuanto ninguno de los cargos a los cuales se pretende el traslado se encuentra vacante. Manifiesta que la decisión fue comunicada a la solicitante el 19 de junio de 2019 y que la comisión aún tiene pendientes de resolución seis solicitudes de traslado, cinco de estas por unidad familiar.

Adujo que a la fecha la Comisión de personal nunca ha emitido concepto favorable de traslado de funcionarios de carrera hacia un cargo ocupado en provisionalidad por cuanto los funcionarios nombrados en provisionalidad únicamente pueden ser desvinculados mediando: (i) sanción disciplinaria; (ii) provisión del cargo en uso de listas de elegibles; (iii) razones atinentes al servicio que ameriten una calificación insatisfactoria y (iv) por las causales contempladas en el artículo 158 del Decreto 262 de 2000. En conclusión, el traslado de un funcionario de carrera no es un motivo o causal para la terminación de la provisionalidad. Agrega que la actora no acredita ni alega un perjuicio irremediable y que, inclusive, del escrito de tutela no pueden extraerse las razones por las cuales considera que la PGN vulnera sus derechos fundamentales.

En relación con la afectación del derecho fundamental al debido proceso, manifestó que tal no se produce por cuanto la actora aceptó las reglas de la convocatoria y además, el cargo en el cual fue nombrada en Santa Fe de Antioquia y por ello, carece de sustento lo alegado en la solicitud de tutela.

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

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 una servidora de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de su hijo menor 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 cuya provisión se realiza por el sistema 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 afirmativa 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 priman 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.”

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 por 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*

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

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:

“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

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.

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.

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

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

⁵Ibídem.

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 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 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 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.

⁶Ibíd.

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

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 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 el 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 de la persona 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 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 *inextenso*:

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

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

⁹Ibíd.

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.

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 la actora 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.

Ciertamente, con fundamento en el informe rendido por la accionada y los documentos arrimados por la actora (Fl. 27), queda claro que la COMISIÓN DE PERSONAL de la Procuraduría emitió concepto desfavorable de traslado frente a la solicitud elevada por la actora. En consecuencia, la promotora de la queja constitucional 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. Ni siquiera pudiera exigírsele el agotamiento de los recursos en el procedimiento administrativo, pues al tratarse de un concepto, la decisión adoptada por la Comisión de Personal no es susceptible de ningún recurso.

En este sentido, resulta superfluo exigir a la actora, como lo pretende la accionada, la acreditación de un perjuicio irremediable, pues ello es necesario únicamente cuando el promotor de la queja constitucional tiene a su alcance otros medios de defensa judicial pero promueve directamente la acción de tutela como mecanismo transitorio, en cuyo caso, debe acreditarse el perjuicio irremediable como condición de procedencia de la acción constitucional, tal como lo preceptúa el artículo 86 inciso 3 de la Carta Política y se reitera en el artículo 6º numeral 1 del Decreto 2591 de 1991.

Por otra parte, en relación con la regla de inmediatez se considera también satisfecha en tanto la actuación que se acusa como vulneradora de los derechos fundamentales – negativa de traslado-, se profirió el 18 de junio del corriente año y la solicitud de tutela fue formulada el 26 de junio pasado. Entonces, verificada la procedencia de la acción

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

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, el despacho encuentra probados los siguientes hechos:

- Que la ciudadana DONNA SAMANDA MERCHÁN DÍAZ participó en la convocatoria 51-2015 para la provisión del empleo de Profesional Universitario grado 17, código 3PU-17, según se relata en el Decreto 3296 del 15 de junio de 2017, acto administrativo por medio del cual se efectuó su nombramiento en período de prueba en el cargo en mención en la Procuraduría Provincial de Santa Fe de Antioquia, al haber superado las distintas etapas del proceso de selección e incluirse en la lista de elegibles.

La servidora se posesionó el día 7 de septiembre de 2017 y el período de prueba culminó el día 7 de enero de 2018, siendo calificado de manera satisfactoria y por tanto, fue inscrita en el registro único de carrera de la Procuraduría el día 19 de enero de 2018, tal como se extrae de la certificación expedida por el jefe de la oficina de selección y carrera de la entidad (Fl. 14).

- Que la ciudadana DONNA SAMANDA MERCHÁN DÍAZ formuló ante la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, solicitud de traslado definitivo con destino al Municipio de Medellín 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 no existen vacantes para surtir el traslado, razón por la cual no es procedente. Agregando que el traslado no puede surtir el traslado para los cargos ocupados en provisionalidad, pues su desvinculación sólo es posible mediando: (i) sanción disciplinaria; (ii) provisión del cargo en uso de listas de elegibles; (iii) razones atinentes al servicio que ameriten una calificación insatisfactoria y (iv) por las causales contempladas en el artículo 158 del Decreto 262 de 2000. En conclusión, el traslado de un funcionario de carrera no es un motivo o causal para la terminación de la provisionalidad.

- Que de acuerdo con el informe rendido por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en el Municipio de Medellín existen siete cargos vacantes de profesional universitario código 3PU, grado 17, ocupados por servidores designados en provisionalidad seis de ellos y otro en encargo. Cinco de los cargos pertenecen a la Procuraduría Regional de Antioquia y los otros dos a la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá.

- La actora DONNA SAMANDA MERCHÁN DÍAZ contrajo matrimonio el día 11 de noviembre de 2016 con LUIS FERNANDO VARGAS MORALES¹¹ y producto de esta unión engendraron al niño I.F.V.M., nacido el 8 de marzo de 2018¹².

- El ciudadano LUIS FERNANDO VARGAS MORALES, cónyuge de la accionante, labora en la actualidad y desde el 1° de abril de 2019 para la sociedad Pérez & Usquiano Abogados S.A.S. como dependiente judicial en el Municipio de Medellín.

- Con fundamento en el informe de atención psicológica suscrito por la psicóloga y pedagoga Diana Patricia Atehortúa, se puede aseverar sin ambages que el menor I.F.V.M. se ha visto afectado con el cambio de las dinámicas familiares y especialmente, con ocasión del retiro de su padre del entorno familiar. Cuyas principales manifestaciones se observan en el control de esfínteres, desarrollo del lenguaje y autocontrol emocional. La profesional de la salud concluye que la razón de estas afectaciones ha tenido lugar con ocasión de la escisión del núcleo familiar:

“Debido a la separación y a la inestabilidad en el domicilio y ausencia de alguna de sus figuras de apego ya sea en unas ocasiones de su madre y en otras de su padre, el niño muestra indicios de ansiedad por separación y regresiones en algunos hábitos que son importantes y adaptativos en el momento de socializar.

Gracias a la inmadurez emocional del niño y sus dificultades adaptativas se observa altos niveles de estrés y de ansiedad en el menor que se ve reflejado a nivel emocional a sus padres.

Se recomienda a los padres trabajar en pautas de crianza y si es posible volver a retomar la dinámica que venía funcionando de convivencia bajo el mismo techo teniendo en cuenta la importancia de la unión familiar a la que el niño estaba acostumbrado”.

En suma, puede concluirse que la separación del núcleo familiar de la señora MERCHÁN es la causa eficiente de la afección psicológica padecida por su hijo lo cual perjudica su proceso de desarrollo integral. Podría entonces colegirse de lo anterior que la negativa de la PROCURADURÍA en relación con el traslado definitivo de la accionante afecta de manera ostensible el derecho a la unidad familiar de la actora y su hijo, lo cual además implica afectación para la salud y el desarrollo integral del niño. No obstante, la entidad accionada ha 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 de la ciudadana MERCHÁN DÍAZ.

5.1 La Procuraduría General de la Nación vulnera los derechos fundamentales de la ciudadana DONNA SAMANDA MERCHÁN DÍAZ y su hijo menor I.F.V.M. al negar el traslado de la funcionaria.

¹¹ Registro civil de matrimonio (Fl. 15)

¹² Registro civil de nacimiento (Fl. 16)

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 *“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 lista 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 alude a que la actora debe sujetarse a las reglas de la convocatoria cuando en realidad la señora MERCHÁN DÍAZ, al ser designada como profesional universitario en período de prueba fue retirada de la lista de elegibles. Además, esta servidora, según quedó dicho en precedencia, ya superó el período de prueba, fue inscrita 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 ascenso, solicitar traslado definitivo, etc.

Entonces, no resulta de recibo ninguna aseveración en torno a la convocatoria que permitió a la accionante el acceso al cargo, pues el proceso de selección ya terminó para ella. Tampoco que la actuación de la actora pretermite las reglas del concurso o vulnera los derechos de los demás concursantes pues la 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 (i) éste se encuentre inscrito en la carrera de la Procuraduría; (ii) que la solicitud cumpla los requisitos establecidos por el Acuerdo 001 del 24 de enero de 2018, adoptado por dicha Comisión; (iii) 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 a la funcionaria 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 del niño, sujeto prevalente 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 que dé lugar a su retiro del servicio.

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 en 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.

A este respecto el despacho se pregunta si los cargos no están vacantes ¿por qué razón fueron designadas estos funcionarios en provisionalidad para ocuparlos? En efecto, aunque se designe a una persona para suplir la vacante de forma transitoria -en provisionalidad o encargo- la situación administrativa del cargo no varía y por tanto, se mantiene la vacancia definitiva del empleo. 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; por 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.

Por otra parte, el despacho observa que las especiales circunstancias de este caso, tornan imperativo el traslado accionante al Municipio de Medellín por ser la única forma de recomponer la unidad familiar, pues durante su estadía en este Municipio el señor Luis Fernando Vargas no pudo obtener alguna fuente de ingresos, al paso que a su arribo al Municipio de Medellín viene laborando como dependiente judicial de la sociedad Pérez & Usquiano Abogados S.A.S. Por tanto, los cuidados personales del niño han quedado a cargo únicamente de su madre con las consecuencias para la salud del menor que ya han sido advertidas en precedencia.

En síntesis, las razones esbozadas por la accionada para negar el traslado de la funcionaria MERCHÁN DÍAZ, carecen de legitimidad desde el punto 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 I.F.V.M. y por supuesto carece de todo fundamento legal, según ha quedado suficientemente expuesto. En el presente asunto existen suficientes elementos de juicio que demuestran la vulneración de los derechos fundamentales de un sujeto prevalente 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 de la accionante

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 **DONNA SAMANDA MERCHÁN DÍAZ**, identificada con cédula 32.184.587 y del niño **I.F.V.M.**, identificado con NUIP 1.023.544.144, 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 de la ciudadana **DONNA SAMANDA MERCHÁN DÍAZ**, madre del menor **I.F.V.M.**, al cargo de Profesional Universitario, código 39U, grado 17 en alguna de las plazas vacantes en las procuradurías del Municipio de Medellín, 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 del nombre del menor. Asimismo, se exhorta a las partes e intervinientes para que guarden la debida reserva de los datos e información personal del niño.

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