

FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Planta de personal global y flexible / TRASLADOS Y NOMBRAMIENTOS EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - No deben afectar derechos fundamentales. Debe analizarse situaciones particulares del empleado / DERECHOS DE LOS NIÑOS – Protección especial / ACCION DE TUTELA – Carencia de objeto

Para la Sala es razonable que las pretensiones de la actora debieron ser concedidas, como en efecto lo fueron, teniendo en cuenta que, concursó y pasó todas las etapas para aspirar al cargo de Asistente Judicial IV en la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto dentro de la convocatoria hecha por la Fiscalía General de la Nación. Cabe señalar que pese a la aspiración de la actora de ocupar un cargo dentro de la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto, al pasar todas las etapas del concurso y conformarse la lista de elegibles, fue nombrada sin razón aparente, en el Municipio de Corinto (Cauca), decisión violatoria de sus derechos fundamentales, especialmente cuando la actora tiene a su cargo a su hija menor de edad, la cual lleva a cabo sus estudios en la ciudad de Pasto y las únicas personas que tienen la posibilidad de asumir el cuidado de la menor son sus abuelos, los cuales por las condiciones de su edad y por su precaria salud no pueden asumir el cuidado y la atención de la menor de forma permanente. Hay que advertir que si bien la Ley 938 de 2004 estipula que la planta de la Fiscalía General de la Nación tiene una naturaleza global y flexible relacionada con la naturaleza del servicio, eso no es motivo para que en ocasiones específicas, teniendo en cuenta circunstancias particulares de cada caso, se deben reevaluar los traslados y nombramientos, máxime como en el presente caso, que la actora se inscribió en el concurso para aspirar al cargo de Asistente Judicial IV en la ciudad de Pasto y una vez superadas todas las etapas del mismo es nombrada en el Municipio de Corinto (Cauca). En esta parte también es necesario referirse a los derechos fundamentales de los menores los cuales gozan de una especial protección constitucional, ya que en efecto el criterio de la Corte Constitucional en ese sentido se basa en la necesidad de garantizar en forma integral el desarrollo de la niñez y la protección reforzada de sus derechos. Por último, a pesar de las anteriores consideraciones que conllevan a esta Sala a confirmar la providencia del Tribunal Administrativo de Nariño que protegió los derechos de la accionante y su hija menor de edad, igualmente cabe señalar que en el presente proceso se presenta la carencia de objeto del mismo, si se tiene en cuenta que durante el trámite de primera instancia cesó por parte de la Fiscalía General de la Nación la vulneración de los derechos fundamentales de la tutelante. En efecto se observa a folios 157 y 158 la Resolución de 12 de octubre de 2010 expedida por la Fiscalía General de la Nación, la cual en su parte resolutoria ordena trasladar a la señora Lorena Patricia Realpe Palacios a la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto en el cargo de Asistente Judicial IV.

FUENTE FORMAL: LEY 938 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00548-01(AC)

Actor: LORENA PATRICIA REALPE PALACIOS Y OTRA

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Acción de Tutela

Se decide la impugnación formulada contra la sentencia de 6 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se resolvió la acción de tutela promovida por la señora Lorena Patricia Realpe Palacios.

I.- La pretensión y los hechos en que se funda

El 22 de septiembre de 2010 la señora Lorena Patricia Realpe Palacios actuando en nombre propio y en representación de su hija menor de edad Stephani Catalina Chávez, promovió acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación y la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, en la que invocó como violados los derechos fundamentales al trabajo en condiciones de igualdad, al debido proceso, justicia y transparencia en la función pública, y los derechos de su hija a una familia y a no ser separada de su madre.

En el acápite de las pretensiones solicitó:

“1.- Se tutelen los derechos fundamentales mencionados y en especial se protejan los DERECHOS FUNDAMENTALES y prevalentes de la MENOR A UNA FAMILIA, A NO SER SEPARADA DE ELLA, AL CUIDADO Y AL AMOR y mis DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO EN CONDICIONES DE IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, JUSTICIA Y TRANSPARENCIA EN LA FUNCION PÚBLICA.

2.- ORDENAR al FISCAL GENERAL DE LA NACION, que en el término improrrogable de 48 horas, a partir de la notificación de este fallo, proceda a efectuar el traslado de LORENA PATRICIA REALPE PALACIOS, identificada con la cedula de ciudadanía número 27.271.463, de la Seccional de Fiscalías Popayán a la Seccional de Fiscalías Pasto, en la ciudad de Pasto, para el cargo de ASISTENTE JUDICIAL IV.”

Expuso como fundamentos fácticos los que a continuación se enuncian:

1.- Manifiesta la actora que participó en la convocatoria del año 2007 realizada por la Fiscalía General de la Nación para el cargo de Asistente Judicial IV, adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto, optando como lugar preferente de trabajo esa ciudad.

2.- Expresa que aprobó todas las pruebas del concurso y fue incluida dentro de la lista de elegibles.

3.- Señala que mediante Resolución 0-1747 de 4 de agosto de 2010 de la Fiscalía General de la Nación se produjo su nombramiento como Asistente Judicial IV pero en la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán, produciéndose su nombramiento en el Municipio de Corinto (Cauca).

4.- Advierte que no desconoce que todos los funcionarios que ingresan a la Fiscalía General de la Nación suscriben una cláusula de disponibilidad territorial, pero que dicho parámetro debe observarse de manera objetiva y real, lo cual no se aprecia en la disposición adoptada por la Fiscalía General de la Nación.

5.- Anota que el nombramiento que se le ha hecho en el Municipio de Corinto (Cauca), viola el debido proceso y causa traumatismos a los que en estos momentos se ve avocada con su hija.

6.- Indica que tiene conocimiento que en la ciudad de Pasto existe una vacante para el cargo de Asistente Judicial IV que viene siendo ocupada por una persona que no se encuentra en la lista de elegibles, teniendo en cuenta que no se presentó al concurso.

II.- La respuesta a la Acción de Tutela

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación en respuesta a la presente acción, señaló que es evidente que la planta de personal de esa entidad es global y flexible y que acceder a las pretensiones de la accionante configuraría un trato discriminatorio con los demás participantes del concurso quienes han respetado las reglas de la convocatoria.

Advierte que en el presente caso la tutelante no allegó prueba siquiera sumaria en la que demuestre que se encuentra avocada a un perjuicio irremediable con

ocasión de su nombramiento en el Municipio de Corinto, razón por la cual esta acción de tutela carece de objeto.

Insiste en que según el artículo 30 de la Ley 270 de 1996 –Ley Estatutaria de la Administración de Justicia- en concordancia con la convocatoria 006 de 2007 en donde se expresó claramente que “*la planta de Fiscalia es Global y flexible*”, situación que la demandante aceptó conocer, por lo que no es dable que dos años después de realizar su inscripción y aceptar los términos de la convocatoria, pretenda desconocerlos por vía de tutela.

Aclara que la Fiscalía está en la obligación de realizar los nombramientos en estricto orden de meritos, lo cual no significa que los participantes tengan derecho a ser nombrados en determinada zona geográfica y que la entidad esté obligada a realizar estos nombramientos en donde el participante pretenda ser nombrado, reiterando que los concursantes participaron a nivel nacional y no seccional.

Anota que la Fiscalía General de la Nación puede nombrar en la ciudad que las necesidades del servicio lo exijan, siempre que no se desmejore la situación, y como quiera que la accionante participó para el cargo de Asistente Judicial IV, es en ese cargo donde se encuentra nombrada, por lo cual su situación no ha sido desmejorada.

III.- El Fallo Impugnado

En fallo de 6 de octubre de 2010 el Tribunal Administrativo de Nariño tuteló los derechos reclamados y ordenó a la Fiscalía General de la Nación, al Director de la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalia General y al Director Seccional de Fiscalias de Pasto, trasladar a la actora al cargo de Asistente Judicial IV a alguna de las vacantes ocupadas en provisionalidad en la ciudad de Pasto.

Para llegar a la decisión anterior, señaló que había que considerar las condiciones propias del presente caso, en el entendido que se pueden vulnerar los derechos de los niños, toda vez que la tutelante tiene a su cargo a su hija menor de edad, y se debe procurar la protección del derecho a la unión familiar y la estabilidad laboral debiéndose considerar los efectos de un nombramiento en un lugar distinto

del domicilio de la demandante, y mas aún cuando en aquel lugar existen vacantes ocupadas en provisionalidad.

Manifestó que respecto del presente caso está probado que la señora Lorena Patricia Realpe Palacios es madre de una niña de trece años quien se encuentra estudiando en la ciudad de Pasto y el padre de la menor no asume ninguna responsabilidad respecto de ella, circunstancias que implican que es la demandante quien debe velar por su hija.

Indicó que el nombramiento y posesión de la actora en el Municipio de Corinto (Cauca), afecta los derechos fundamentales de la niña Stephany Catalina Chávez Realpe, en razón a que se rompe el núcleo familiar de la menor y afecta la armonía y unidad familiar a las que tienen derecho, y mas en consideración de que en la ciudad de Pasto existen varios cargos Asistente Judicial IV ocupados en provisionalidad.

Anotó que se evidencia en ese sentido un ejercicio no discrecional sino arbitrario de la Administración, toda vez que aún habiendo otorgado a los participantes la opción de escoger sede al inicio de la convocatoria esta debería hacerse efectiva siempre y cuando existan las vacantes en la sede elegida, como sucede en el presente caso.

Señaló que no puede ser consecuente con las finalidades de un concurso de meritos, que a quien participó en él, superó las pruebas y conforma la lista de elegibles, hallándose ejerciendo un cargo en la ciudad de Pasto, lo remitan a una ciudad lejana en otro departamento con el pretexto de que la Fiscalía tiene planta global, y se dejen en la ciudad de Pasto a quienes no concursaron o no aprobaron el concurso.

Concluye señalando que todos los argumentos plasmados en la contestación de la Fiscalía serian de recibo si en la ciudad de Pasto no existieran cargos vacantes, pero al existirlos en gran numero, ningún argumento justifica la designación fuera de la elección de la actora, menos cuando tal decisión afecta los derechos de una menor que merecen especial protección.

IV.- La Impugnación

En escrito de 12 de octubre de 2010 la Fiscalía General de la Nación impugna el fallo del Tribunal Administrativo de Nariño.

V.- Consideraciones

1.- Pretende el demandante la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo en condiciones de igualdad, al debido proceso, justicia y transparencia en la función pública, y los derechos de su hija a una familia y a no ser separada de su madre, violados, según ella, por la Fiscalía General de la Nación y la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, al ser nombrada en el cargo de Asistente Judicial IV en el Municipio de Corinto (Cauca), a pesar de que concursó para ese cargo, pero para una plaza en la ciudad de Pasto.

2.- En orden a resolver lo pertinente en este asunto, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"* o de los particulares, en los casos señalados por el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

Dispone así mismo el mencionado artículo que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Entrando al caso concreto, para la Sala es razonable que las pretensiones de la actora debieron ser concedidas, como en efecto lo fueron, teniendo en cuenta que la señora Lorena Patricia Realpe Palacios, concursó y pasó todas las etapas para aspirar al cargo de Asistente Judicial IV en la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto dentro de la convocatoria hecha por la Fiscalía General de la Nación.

Cabe señalar que pese a la aspiración de la actora de ocupar un cargo dentro de la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto, al pasar todas las etapas del concurso y conformarse la lista de elegibles, fue nombrada sin razón aparente, en

el Municipio de Corinto (Cauca), decisión violatoria de sus derechos fundamentales, especialmente cuando la actora tiene a su cargo a su hija menor de edad, la cual lleva a cabo sus estudios en la ciudad de Pasto y las únicas personas que tienen la posibilidad de asumir el cuidado de la menor son sus abuelos, los cuales por las condiciones de su edad y por su precaria salud no pueden asumir el cuidado y la atención de la menor de forma permanente.

Hay que advertir que si bien la Ley 938 de 2004 estipula que la planta de la Fiscalía General de la Nación tiene una naturaleza global y flexible relacionada con la naturaleza del servicio, eso no es motivo para que en ocasiones específicas, teniendo en cuenta circunstancias particulares de cada caso, se deben reevaluar los traslados y nombramientos, máxime como en el presente caso, que la actora se inscribió en el concurso para aspirar al cargo de Asistente Judicial IV en la ciudad de Pasto y una vez superadas todas las etapas del mismo es nombrada en el Municipio de Corinto (Cauca).

En esta parte también es necesario referirse a los derechos fundamentales de los menores los cuales gozan de una especial protección constitucional, ya que en efecto el criterio de la Corte Constitucional en ese sentido se basa en la necesidad de garantizar en forma integral el desarrollo de la niñez y la protección reforzada de sus derechos.

Así mismo la jurisprudencia constitucional indica que cualquier decisión susceptible de afectar a la niñez debe encaminarse a asegurar su desarrollo armónico e integral y procurar que niños y niñas gocen de un ambiente propicio para su pleno desenvolvimiento físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético de modo que puedan obtener la plena evolución de su personalidad.

Con relación a los derechos de los menores, es obligación de la sociedad velar porque sus niños crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias y maltratos, no sólo porque estarían corriendo un riesgo sobre su presente sino que se sembrarían serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro, motivo por el cual, la Constitución vincula a la familia, a la sociedad y al Estado para que, en conjunto y de manera solidaria, apoyen la debida realización de los derechos fundamentales de la niñez.

Por último, a pesar de las anteriores consideraciones que conllevan a esta Sala a confirmar la providencia del Tribunal Administrativo de Nariño que protegió los derechos de la accionante y su hija menor de edad, igualmente cabe señalar que en el presente proceso se presenta la carencia de objeto del mismo, si se tiene en cuenta que durante el trámite de primera instancia cesó por parte de la Fiscalía General de la Nación la vulneración de los derechos fundamentales de la tutelante. En efecto se observa a folios 157 y 158 la Resolución de 12 de octubre de 2010 expedida por la Fiscalía General de la Nación, la cual en su parte resolutive ordena trasladar a la señora Lorena Patricia Realpe Palacios a la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto en el cargo de Asistente Judicial IV.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la Sentencia impugnada.

Por secretaría, **envíese** copia de esta decisión al Tribunal de origen y, dentro del término de ley, envíese a la Corte Constitucional para que se surta la eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 20 de enero de 2011.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
GARCIA GONZALEZ
Presidente

MARIA

ELIZABETH

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
VELILLA MORENO

MARCO ANTONIO

