

Tunja, Octubre 02 de 2024

**DOCTOR
JUEZ DEL CIRCUITO TUTELA (REPARTO)
E.S.D**

REF. ACCIÓN DE TUTELA

PABLO ROBERTO SANDOVAL GOMEZ, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. [REDACTED] de Tunja, por medio del presente escrito instauró **ACCIÓN DE TUTELA** en contra de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Dirección Ejecutiva – subdirección de Talento Humano**, para lograr la protección de mis derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la salud, a la dignidad y al mérito, conforme lo indicado en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentado en el Decreto 2591 de 1991, en virtud de los siguientes fundamentos. Indicando que la presento bajo la gravedad del Juramento y que no he instaurado ninguna otra por los mismos motivos.

HECHOS

1.- Mi nombre es **PABLO ROBERTO SANDOVAL GOMEZ**, funcionario de la Fiscalía General de la Nación, ingresé a la Fiscalía en el año 1995; por tanto llevo 29 años de trabajo en esta Institución; en el año 2003 fui Nombrado como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y promiscuos en el Departamento de Casanare en los que permanecí desde el 2003 al 2008, habiendo ejercido mis funciones en varios Municipios de ese Departamento, (Dirección Seccional de Boyacá y Casanare); posteriormente con ocasión de concurso de méritos llevado a cabo el 2008, ingrese y fui inscrito en Carrera especial, como Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y promiscuos, con nombramiento en propiedad posesionado el 08 de Marzo de 2010, en los que he sido responsable del cumplimiento de las labores y misiones encomendadas, que se puede acreditar con el sistema de evaluación de desempeño (SAITH), obteniendo evaluaciones sobresalientes. Ver anexo 1 Constancia de servicios prestados.

2.- En el año 2010 fui trasladado del Departamento del Casanare al Departamento de Boyacá, ejercí como delegado en varias Fiscalías del Departamento, finalmente en el año 2015, fui reubicado en Tunja, donde he permanecido en desempeño de mis funciones, siendo el ultimo, cargo el actuar en calidad de Fiscal 18 Seccional de Tunja en encargo, con funciones de coordinación del grupo de Fiscales de Juicio Oral de los años 2022 al pasado 03 de Septiembre de 2024, fecha en que la Dirección Ejecutiva me terminó el encargo, reincorporándome a mis funciones como Fiscal Local en Tunja.

3.- Me inscribí en el concurso público de méritos de la FGN del año 2021, en modalidad de ascenso al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito del año 2021, ocupando el puesto # 20, en la lista de elegibles, de 15 cargos a proveer; en ese concurso aceptaron 11 y no aceptaron 09, por tanto aun cuando nunca se publicó por la Dirección de Talento Humano el listado de recomposición, fue nombrado el puesto 22 antes que el ocupado por mí del puesto 20; el puesto 22 se nombró en el Departamento del Meta, al (Dr. LUIS EDILMAN PINEDA HERNANDEZ), sin explicación ni justificación alguna. Ver anexo 2 Resolución 0030 de 2022 listad de elegibles.

4.- Para el mes de Agosto, me fue notificado en nombramiento en periodo de prueba concurso de méritos **FGN 2021, SEGÚN RESOLUCION No. 6840 del 14 de agosto de 2024**, denominado **FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DEL CIRCUITO**, identificado con el código **OPECE- No A-102-10-(15)**, ubicado en el proceso de INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN en la modalidad de **ASCENSO**, del sistema especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación que fuera ubicado con el **ID 12811**, ubicado en la **Dirección Seccional Norte de Santander**; confiando que de superar todas las etapas del concurso, desempeñaría el cargo en el municipio de Tunja, o al menos en el Departamento de Boyacá en mi lugar de origen y de arraigo, donde convivo con mi

familia, y ejerzo como fiscal desde hace 14 años. Ver anexo 3 Resolución de nombramiento. 6840 del 14 de Agosto de 2024.

5.- A inicios del año 2018, sufrí una compleja situación de salud relacionada con un diagnóstico de Pancreatitis aguda, lo que me originó la intervención de al menos 9 cirugías abiertas de abdomen y que a la postre por el limitado funcionamiento del páncreas que sufro, degeneró en una diabetes Mellitus tipo 2, que me exigen acudir a citas tanto con el internista en Tunja, como al médico especializado en Bogotá, cada 3 y 6 meses respectivamente, y el reclamo mensual de al menos 6 medicamentos en mi EPS en Tunja. Ver anexo 4 epicrisis hospital san Rafael de Tunja.

6.- En el Departamento de Boyacá actualmente existen 04 vacantes con ID de identificación en Tunja, Chiquinquirá, Duitama y Sogamoso, donde están encargados 04 fiscales en esas vacantes, donde se me había podido nombrar como Fiscal delegado ante los Jueces Penales del Circuito. Frente al nombramiento se solicitó la Reconsideración a la Dra. Ligia Stella Rodríguez Hernández, Directora ejecutiva, y la Dra. Paula Tatiana Arenas González, subdirectora de Talento Humano de la FGN en Bogotá, como respuesta me informaron que existió una recomposición de listas del concurso de 2021 y que el empleo está ubicado en la Dirección Seccional de Norte de Santander y no se puede cambiar el lugar de nombramiento y que debía cumplir con el periodo de prueba en dicha Seccional. Ver anexo 5 Reconsideración y anexo 6 respuesta

7.- Actualmente mi especialista en la ciudad de Bogotá Dr. Diego Holguín L, certifico el pasado 11 de Septiembre de 2024 “que PABLO ROBERTO SANDOVAL, tiene diabetes tipo 2 de 5 años de diagnóstico, secundaria a cirugía de páncreas. Hace controles periódicos con HBAC 8% debe tener tratamiento continuo y asistir a consulta médica para prevenir complicaciones como infarto de miocardio, insuficiencia renal, amputaciones y muerte”. Lo anterior para conocer como estaba el páncreas, quien como se aprecia es un pronóstico negativo que concluye hasta posible riesgo de muerte, obteniendo recomendaciones frente al tipo de alimentación, control por medicamentos y exámenes constantes de glicemia y bastante tranquilidad y reposo también acudir oportunamente a controles médicos periódicos. Lo que, de acceder al nombramiento en lugar tan distante a los médicos tratantes, estaría directamente afectando mi salud por no poder tener continuidad ni atención ante esa enfermedad degradante y crónica. Ver anexo 7

8.- También se generaría un perjuicio irremediable al suscrito y mi núcleo familiar como lo son mi esposa, mis dos hijos dadas mis condiciones personales y familiares, de mantenerse el eventual nombramiento en un lugar tan distante de mi arraigo; mis hijos dependen para su estudio y sostenimiento de mi directamente, no solo en el aspecto económico sino emocional, aunado a las condiciones de salud en que me encuentro ya que las enfermedades están catalogadas como Catastróficas y que han venido siendo amparadas por la Fiscalía General de la Nación y la exigencia que realizan los diferentes Sindicatos de la Entidad .

9.- Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación, con esta ubicación en el Departamento de Norte de Santander Fiscalía de Tibu, desconoce la experiencia que tengo como Fiscal de carrera, y que he venido desempeñado de manera sobresaliente en la Unidad de Juicios orales y públicos en la ciudad de Tunja, donde se ha logrado un porcentaje de 68% de condenas, frente a 32% de absoluciones, posición destacada tanto a nivel del departamento de Boyacá como a Nivel nacional.

10.- Por otra parte, El acto de Nombramiento a mi nombre el cual carece de motivación, afecta de manera flagrante mis derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al mérito y a la salud, y también quebranta la ley, incluyendo la norma rectora del concurso de méritos, por las razones que paso a exponer:

- Los nombramientos no se hicieron en estricto orden de mérito

Señala el Decreto 020 de 2014 “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de las entidades adscritas”, que “ARTÍCULO

35. Listas de elegibles. Las listas de elegibles serán conformadas con base en los resultados del concurso o del proceso de selección, en estricto orden de mérito y con los aspirantes que superen las pruebas en los términos indicados en la convocatoria”.

La provisión definitiva de los empleos convocados se efectuará en estricto orden descendente, una vez se encuentre en firme la lista de elegibles y después de adelantarse el estudio de seguridad de que trata el presente Decreto Ley.

Por su parte el artículo 40 de la misma norma frente a los nombramientos señala: *“Nombramiento en período de prueba. En firme la lista de elegibles, la Comisión de la Carrera Especial respectiva la enviará al nominador para que, en estricto orden de mérito, proceda a efectuar el nombramiento del aspirante en período de prueba en el empleo objeto del concurso, en el cual el servidor deberá demostrar su capacidad de adaptación al cargo, su eficiencia, competencia, habilidades y aptitudes en el desempeño de las funciones. El periodo de prueba deberá iniciarse con la inducción en el puesto de trabajo, en los términos adoptados por la Fiscalía General de la Nación y por las entidades adscritas”.*

La ley de la convocatoria, esto es el Acuerdo No. 001 de 2021 del 16 de Julio de 2021, reza a su turno:

ARTÍCULO 45. NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA. En firme la lista de elegibles, la Comisión de la Carrera Especial enviará al nominador para qué, en estricto orden de mérito proceda a efectuar el nombramiento del aspirante en periodo de prueba en el en el empleo objeto del concurso.

El nombramiento en periodo de prueba deberá producirse dentro de los 20 días hábiles siguientes a la firmeza de la lista elegibles, previo resultado del estudio de seguridad.

PARÁGRAFO: Teniendo en cuenta el carácter global de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, los nombramientos en periodo de prueba se realizarán teniendo en cuenta las necesidades del servicio, esto es, en área o dependencia dentro de la estructura Orgánica de la Entidad, conservando la ubicación de la vacante en el proceso o su proceso en el cual fue identificado en la OPECE.

La razón de ser de esta disposición no es otra que garantizar el mérito como Principio Constitucional contemplado en el artículo 125 de la Constitución Nacional, pues naturalmente quien ostenta una mejor posición tendrá mejores derechos en lo relacionado con el acceso al cargo público.

Siendo tan claro, que el nombramiento debía efectuarse en el orden de posición de lista de elegibles, que a su vez coincide de manera descendente con los resultados de la lista de elegibles conformada; lo que en mi caso no se aplicó, pues se efectuaron sin seguir dicho orden, de manera más que aleatoria caprichosa, dando prelación y ventaja a quienes están después de mi puesto como fue el del # 22.

Ubicación caprichosa y no discrecional

El argumento bajo el cual se ha pretendido justificar el nombramiento de personal fuera de la ciudad de arraigo es la connotación de la planta de Fiscalía General de la Nación como **GLOBAL Y FLEXIBLE**, no obstante, lo anterior, dicha afirmación es la excusa con la que se justifica la vía de hecho que dista de la discrecionalidad reglada y se convierte en arbitrariedad ilegítima.

Si bien es cierto, señala la convocatoria que *“Teniendo en cuenta el carácter global de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, los nombramientos en período de prueba se realizarán con base en **estrictas necesidades del servicio**, en el área o dependencia dentro de la estructura orgánica de la Entidad, conservando la ubicación de la vacante en el Grupo o Planta o Proceso o Subproceso en el cual fue identificado en la OPECE” (negrilla propia)*

Cómo ha de verse de la simple lectura de mi resolución de nombramiento, en esta no se sustenta la necesidad del servicio que existe supuestamente en Norte de Santander (Tibu) y por qué soy yo, máxime que para esa ID se mezclaron la lista de elegibles del concurso del año 2021 y 2022, lo que resulta una elección poco clara, caprichosa y no sustentada en una necesidad real del servicio. Sobre este tema ha de anotarse que en el acto administrativo de nombramiento me asignan a Norte de Santander y facultan a la Dirección para disponer mi ubicación, de suerte que no existe una necesidad preexistente, sino que es después de posesionado se determina cuál será el Despacho asignado, siendo en tanto viable que el suscrito o cualquier otra persona ocupe el mismo.

En cuanto al ID que se volvió pretexto de la Fiscalía para decir que no se puede ocupar otro en zona distinta de la cual fue convocado, tenemos:

Es necesario partir por resaltar el manejo y las nuevas políticas que se están promoviendo en el diseño a la nueva Convocatoria para el concurso de méritos que proveerá 4000 vacantes de la planta de personal de la FGN, pues tal como lo señala la Circular No 025 de 18 de julio de 2024, la convocatoria indicará el ID y la ubicación geográfica del cargo ofertado, situación que en mi caso particular no se tuvo en cuenta y que indudablemente garantiza la transparencia en el proceso y que los aspirantes puedan acceder a la información, que debe ser pública, para escoger el lugar donde se ubica el empleo, lo que garantiza el trabajo en condiciones dignas y el bienestar de los servidores de la entidad, redundado en el factor de productividad de la entidad.

- **Trato Discriminatorio**

De los servidores activos que laboramos en Boyacá, dentro de esta Convocatoria 2021 y que superamos el proceso de selección, actualmente soy el único desarraigado sin justificación alguna, lo que denota un trato discriminatorio y lesivo del mérito como forma de ingreso y ascenso a los cargos públicos.

Ello máxime porque se reitera, al parecer existen vacantes para proveer mi cargo en la Seccional Boyacá, como Fiscal delgado ante los Jueces del Circuito, ya que de los tantos que existen se encuentran servidores con el lleno de los requisitos para pensión de jubilación, así como los cargos de Fiscal seccional que se encuentran en encargo, prefiriendo de esta manera desconocer el mérito y en lugar de proveer estos en periodo de prueba de los que hemos ganado el concurso de méritos.

En consecuencia, esta situación ha afectado mi salud mental y emocional y la de mi familia, ya que la idea de participar en el concurso era claramente bajo la confianza legítima que, en el eventual caso de ser seleccionado, se optaría por los cargos que se encuentran en provisionalidad en la ciudad de Tunja donde al menos hay más de **15 FISCALES DELEGADOS ANTE LOS CIRCUITOS DE TUNJA EN PROVISIONALIDAD**, contradiciendo así la misma gestión y visión de la nueva administración de la Fiscalía General de la Nación para respetar el lugar de Arraigo y otras condiciones particulares a los servidores de la fiscalía tal como se puede observar en la Circular No- 030 del 3 de septiembre de 2024, donde se implementa acciones afirmativas en el sentido de excluir y respetar las provisionalidades de servidores que tengan entre otras "condiciones de Salud" debidamente acreditadas . ver anexo 8 Circular 030 de 2024.

El 05 de Septiembre de 2024, elevé solicitud de reconsideración respecto a la Resolución No. 6840 de 2024 expedida el 14 de Agosto de 2024, mediante radicado: Recibido mediante radicado No.20243100153805 del 06 de septiembre de 2024, el cual fue negado, so pretexto de las consideraciones generales de la convocatoria del concurso del año 2021; lo cual resulta contradictorio que para negar la reconsideración de mi ubicación en Norte de Santander me indiquen que esa era la vacante ofertada y que allí me debo posesionar, y que las vacantes no tienen ubicación específica, y que son dinámicas, lo que conllevaría a que la Entidad explique la razón por la cual mi vacante no fue ubicada en Boyacá - Tunja, sino en Norte de Santander, cuando ya se ha variado la postura de la Fiscalía en respetar el arraigo de los servidores de la Entidad en el concurso siguiente es decir el del año 2022, pues aquí todos los nombrados han quedado en el lugar de su arraigo de los trabajadores y de su familia, máxime que en mi caso, debían imponerse medidas afirmativas de cara a mi condición de salud conocida por la Entidad.

Tan poco es aceptable que se justifique que debo desempeñarme en Norte de Santander al menos por abarcar periodo de prueba bajo el argumento de que en este periodo de servicio no se pueden realizar movimientos dentro de la planta del personal, dando una interpretación errada al artículo 2.2.6.29 del Decreto No. 1083 de 2015 que informa que *"durante este periodo no se le podrá efectuar ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las indicadas en la convocatoria que sirvió de base para su nombramiento o ascenso"*.

Elo por cuanto la reubicación en Norte de Santander no implicaría el ejercicio de funciones distintas a las enlistadas para los Delegados del Fiscal General de la Nación en el artículo 250 de la C.N, ni en el manual de funciones de la Entidad, sino simplemente el cambio de sede, lo que no está proscrito por la norma, dando cuenta de que, los servidores que han sido reubicados por decisiones judiciales se les ha acumulado el tiempo de servicio en los diferentes despachos para efectuar de manera global la evaluación de desempeño del periodo.

Si bien, el precedente jurisprudencial dispone que el *ius variandi* se presenta dentro de las plantas de carácter global y flexible de algunas entidades públicas en razón a la necesidad del servicio, en igual sentido ha establecido que ese margen de discrecionalidad se encuentra sometido a ciertos condicionamientos para evitar la aplicación en forma arbitraria, como sucede en mi caso en el cual la Dirección Ejecutiva de la FGN decidió mi traslado de forma discriminatoria, caprichosa y sin motivación alguna, cuya consecuencia ocasiona la ruptura del núcleo familiar y el riesgo inminente de afectación a mi salud y al derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Hago parte de pacientes con enfermedades catastróficas como son la Pancreatitis y Diabetes Tipo II estado de Salud conocido por la entidad donde laboro Fiscalía General de la Nación. Tal y como se certificó por mi especialista el pasado: 11 de septiembre de 2024.

La afectación a mi salud emocional ha sido tan flagrante que he llegado al punto de reconsiderar la posibilidad de no posesionarme en el cargo obtenido por mérito, lo que de fondo entiendo es la pretensión de quienes de forma inconsulta y arbitraria desarraigan a un trabajador sin fundamento y desconociendo de manera flagrante mi situación delicada de salud, existiendo vacantes disponibles para permitirme seguirse desempeñando en la misma Seccional para la que concursé, ello vulnerando el mérito de haber superado un proceso de selección sobre 500 personas.

Finalmente ha de tenerse en cuenta, el desconocimiento del Principio Constitucional de Igualdad ya que los concursos de méritos realizados por la Comisión de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, realizados en el año 2023 y los a desarrollar en este año 2024 respetan el arraigo de los concursantes nombrándolos en el Sitio para donde fueron inscritos y poseen su familias, condición que no es aplicada a los servidores que por mérito logramos ocupar un cargo de carrera en el Concurso de 2021 y que nos conlleva a una notable desigualdad para desempeñar las funciones

Por comunicación dirigida a este servidor enviado a mi correo el 24 de Septiembre de 2024 la Subdirectora de Talento Humano Dra. PAULA TATIANA ARENAS GONZALEZ, se pone de presente termino para la comunicación, aceptación y posesión del nombramiento, donde se informa que el término para tomar posesión se podrá prorrogar hasta por 30 días hábiles; la que previamente había solicitado el pasado:13 de Septiembre de 2024,quedado entonces para el 30 de Octubre de 2024.

PRUEBAS

Se solicita se tengan en cuenta como pruebas para el presente trámite constitucional las siguientes:

Decreto 020 de 2014 “Por medio del cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”.

Acuerdo 001 de 2021 “Por el cual se convoca y establece las reglas de concurso de méritos para proveer 500 vacantes definitivas en las modalidades ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera”.

Constancia de servicios prestados por parte del suscrito en la Fiscalía General de la Nación.

Resolución No. 0030 de 2022, lista de elegibles en el concurso de méritos de la FGN año 2021

Historia clínica de hospitalización y cirugías practicas con ocasión de la Pancreatitis diagnosticada.

Consulta del 11 de septiembre de 2024, suscrita por el Especialista Dr. DIEGO HOLGIN donde se realiza control periódico de la Diabetes, Certificando mi estado de salud y tratamiento., por el Diagnostico de Diabetes Mellitus Tipo II que actualmente poseo, acreditada por el médico tratante en la ciudad e Bogotá.

Resolución No. RESOLUCION No. 6840 del 14 de agosto de 2024, denominado FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DEL CIRCUITO, identificado con el código OPECE- No A-102-10-(15), ubicado en el proceso de INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN en la modalidad de ASCENSO, del sistema especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación que fuera ubicado con el ID 12811, ubicado en la Dirección Seccional Norte de Santander.

Reconsideración elevada el 05 de septiembre de 2024.

Comunicación dirigida a este servidor radicado 24 de septiembre de 2024 de la Subdirectora de Talento Humano Dra. PAULA ARENAS, que informa de prórroga para posesión hasta 30 de Octubre de 2024

SE SOLICITA REQUERIR A LA FISCALIA PARA QUE:

Certifique las fecha de las Resoluciones de nombramiento, en periodo de prueba del cargo ofertado por el Concurso de Méritos FGN 2021, para la provisión en carrera especial, del empleo denominado Fiscal delegado ante Jueces Penales del Circuito, Dirección Seccional o Nacional, cargo y ID en el que se posesionaron después del puesto 15 que fueron los cargos ofertados, así como las fechas de notificación y Resoluciones de Nombramiento.

Certificar cuantas vacantes hay de Manera Definitiva, en caso negativo, informar si están provistos en encargo, provisionalidad o nombramiento en periodo de prueba, en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito en el Departamento de Boyacá a la fecha.

Se solicite a la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación (Correos: subdirtalentohumano@fiscalia.gov.co; ligias.rodriquez@fiscalia.gov.co y paula.arenas@fiscalia.gov.co, a efectos de que informe las razones por las cuales no tuvo en cuenta la afectación en el tratamiento de mis enfermedades catastróficas, la unidad familiar y le buen desempeño de este servidor, previo al nombramiento en la ciudad de Cúcuta, ya que se dio prelación a al menos el nombramiento del puesto 22 de la Lista del empleos como Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito. Igualmente, para que informara los motivos por los cuales, aun con vacantes definitivas actualmente para el cargo requerido por el accionante y ocupadas con funcionarios nombrados en provisionalidad no se privilegió el derecho al mérito, de quien aprobó todas las etapas del concurso e incluso labora desde hace catorce (14) años en la seccional.

SOLICITUD DEL ACCIONANTE

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad, a la unidad familiar, el derecho a las condiciones dignas de Salud para el acceso a los cargos públicos, por orden de mérito y se suspenda el acto de Nombramiento en el Cargo de Fiscala Delegado ante los Jueces del Circuito .

SEGUNDO: En consecuencia, se sirva ordenar a la Fiscal General de la Nación, a la Directora Ejecutiva, a la Subdirección de Talento Humano se deje sin efectos, o se modifique Resolución No. **RESOLUCION No. 6840 del 14 de agosto de 2024**, denominado FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DEL CIRCUITO, identificado con el código OPECE- No A-102-10-(15), ubicado en el proceso de INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN en la modalidad de ASCENSO, del sistema especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación que fuera ubicado con el ID 12811, ubicado en la Dirección Seccional Norte de Santander, para que se disponga en Boyacá- Tunja o en algunas de las ciudades Principales como Tunja, Duitama, Sogamoso, Chiquinquirá.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL TRÁMITE DE CONCURSOS DE MERITOS

Sobre dicho tópico, la Corte Constitucional ha precisado: "...de la lectura del artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, se entiende que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo

principal de protección de los derechos, sino que se trata de una vía subsidiaria que se activa, (i) con efectos definitivos, cuando no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz dispuesto en el ordenamiento jurídico para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso; o (ii) con efectos transitorios, cuando existe el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable. (Negrilla propio)

En ese sentido, se tiene que principio, conforme al lineamiento del requisito de la subsidiariedad, la acción de tutela no es el medio para controvertir el ejercicio del *ius variandi*, puesto que la legislación consagra medios de control con ese propósito específico, sin embargo, la Corte Constitucional estableció las reglas que excepcionalmente tornan procedente el amparo, citándolas entre otros en la Sentencia T-149 de 2022, así:

“No obstante, la Corte ha expresado que la vía contencioso administrativa no es un medio adecuado, eficaz e idóneo cuando: (i) se busca impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable que vulnera o amenaza derechos fundamentales, o (ii) “el objeto de análisis del juez ordinario de una orden de traslado no verifica la vulneración de derechos fundamentales sino la legalidad de la orden”[72]. En ese sentido, la vía ante la jurisdicción contencioso administrativa será desplazada en forma definitiva por la jurisdicción constitucional cuando el medio de control no protege los derechos fundamentales afectados o, lo será en forma transitoria, cuando se requiere la intervención urgente del juez constitucional para evitar que se presente un perjuicio irremediable contra los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

Desarrollando este último presupuesto aclara cuando un acto de traslado laboral vulnera o amenaza derechos fundamentales, esto es, cuando: *“(i) sea ostensiblemente arbitrario, en el sentido que haya sido adoptado sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo; y (ii) afecte de una forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar.*

En relación con este último presupuesto, la Corte Constitucional ha aclarado que *prima facie* la afectación grave de un derecho fundamental se presenta cuando:

- *La decisión sobre traslado laboral genera serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan las condiciones para brindar el cuidado médico requerido;*
- *La decisión sobre traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia;*
- *Las condiciones de salud de los familiares del trabajador pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la procedencia del traslado;*

La ruptura del núcleo familiar va más allá de la mera separación transitoria y de la razonabilidad de la carga que se impone con el traslado. (Negrilla propia)

En este caso se cumplen estos presupuestos como se pasa a sustentar:

“(i) que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, en el sentido que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo; y Cómo se explicó, la decisión adoptada es abiertamente arbitraria, por cuanto pasó por alto el deber de nombrar en estricto orden de mérito, dando prelación en la ubicación en el arraigo a personal con desventaja en la posición de mérito, y ubicando a la suscrita sin motivación alguna en otra Dirección Seccional, sin que medie una necesidad del servicio motivada, y dando un trámite discriminatorio respecto de los compañeros servidores de la Institución que estando en las mismas condiciones o incluso por debajo de la posición de elegibilidad de la suscrita, quedaron adscritos a la Seccional que se inscribieron .

La jurisprudencia nacional ha destacado la procedencia de la tutela ante la necesidad de materializar tratos diferenciales positivos a favor de algunos habitantes o sectores de la población que por sus condiciones de debilidad manifiesta frente al resto de la sociedad requieren una especial atención y protección por parte del Estado, como es mi caso. La Corte Constitucional ha reiterado la procedencia de la acción de tutela en los casos de traslados de funcionarios cuando está de por medio la salud y llegado el caso del juez de tutela, dar un trato diferencial positivo, garantizando con ello los derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, y la salud en conexidad con la vida”.

El derecho a la vida no solamente se desconoce cuándo se pone a su titular al borde de la muerte, sino cuando se le obliga a sufrir una situación incómoda y, desde todo punto de vista, contraria al principio de dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Constitución. Este principio tiene un claro e inmediato

desarrollo en el artículo 25 del mismo estatuto que consagra un derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, es decir, a una labor que no implique cargas que vayan más allá de cuánto puede soportar quien las desempeña y que, por dicha razón, hagan indigna su existencia. En este orden de ideas, si el trabajador tiene que arriesgar su integridad física, su salud y su vida en condiciones dignas porque el desplazamiento al lugar de trabajo o éste mismo lo conducen al padecimiento de dolores, incomodidades excesivas y aun peligro para el funcionamiento normal de su organismo, que es parte del derecho a la vida en condiciones dignas, así no conduzca necesariamente a la muerte, es procedente, como en mi caso que estoy padeciendo una grave enfermedad serios problemas de salud y la imposibilidad de continuar los tratamiento que venía desarrollando.

¹ *Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2017*

Debe sintetizarse que la Fiscalía General de la Nación, vulnera derechos esenciales en mi desarrollo como trabajador del estado y si bien efectuó el nombramiento correspondiente en virtud del concurso de méritos, no tomó en consideración las situaciones especiales de este servidor, como es la unidad familiar y de salud, que eran conocidas previamente por la FGN.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

- **Ius variandi**

El núcleo esencial del ius variandi implica que este debe ser “razonable”, en el sentido de que deben mediar **razones objetivas** que justifiquen el movimiento del personal, sustentado en las necesidades del servicio, y con apego a la garantía de los derechos fundamentales encaminados a evitar la arbitrariedad.

Es por ello que de vieja data la Corte Constitucional ha señalado que el ius variandi no contiene una facultad absoluta e ilimitada, *“A pesar de la existencia de esta facultad del ejercicio el “ius variandi” en cabeza ya sea de la administración pública o de un empleador privado, es de advertir que debe ejercerse. (i) dentro de los límites de la razonabilidad y (ii) las necesidades del servicio. En estos términos, su aplicación ha de consultar los derechos fundamentales del trabajador, su apego profesional y familiar, los derechos de terceros que eventualmente podrían verse afectados y todos aquellos factores relevantes para evitar la toma de una decisión arbitra”*⁵

En el presente caso el uso que se le da a la facultad es arbitrario, caprichoso e inconsulto, toda vez que no es cierto que exista una necesidad del servicio que deba ser suplido en dicha Seccional.

- **Derecho a acceder a cargos públicos por mérito**

El acceso a cargos públicos siguiendo el estricto orden de mérito es una garantía fundamental, que incluso faculta el desplazamiento de quien está desempeñando el cargo en provisionalidad con miras a garantizar los derechos de carrera de quien logró superar de manera exitosa un proceso de selección; en esa línea ha dicho la Corte Constitucional que: *“en el marco de procesos de selección de cargos de carrera judicial, el derecho fundamental de acceso a cargos públicos del aspirante que se postuló para un cargo y ocupó el primer puesto en la lista de elegibles, prevalece sobre el derecho a permanecer en el empleo de las personas que ocupan el cargo en provisionalidad”*.

La dimensiones de este derecho están citados entre otros en la Sentencia T-045 de 2022 en la que se señala: *“(i) el derecho a posesionarse, reconocido a las personas que han cumplido con los requisitos establecidos en la Constitución y en la ley para acceder al cargo; (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para tomar posesión de un cargo, diferentes a las establecidas en el concurso de méritos; (iii) la facultad de elegir, de entre las opciones disponibles, aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos; y (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima a quien ocupa el cargo público”*.

La decisión de la administración en este caso vulnera el mérito porque los nombramientos debieron efectuarse en estricto orden de mérito, que exige un tratamiento privilegiado a quienes ocupan mejor posición en la lista de elegibles, siendo arbitrario el trámite de los nombramientos en desorden que conlleva a que el suscrito con mejor posición de elegibilidad no ocupara una de las vacantes disponibles en Santander que efectivamente fue asignada en la Convocatoria FGN 2022.

- **Situaciones de salud, presupuesto de estabilidad laboral reforzada**

Sobre este aspecto ha señalado el máximo Tribunal de lo Constitucional: *“La estabilidad en el empleo puede ser precaria[118], relativa[119] o reforzada[120], en atención a los sujetos titulares del derecho y los requisitos que la Constitución y la ley exigen cumplir al empleador para que la desvinculación del trabajador sea válida y surta efectos. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, son titulares del derecho a la*

estabilidad laboral reforzada, entre otros, los siguientes grupos de sujetos de especial protección constitucional: (i) las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, (ii) las personas en situación de discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, (iii) los aforados sindicales y (iv) las madres y padres cabeza de familia[121]. La estabilidad en el empleo de estos sujetos es reforzada, puesto que la Constitución y la ley prevén requisitos cualificados que condicionan la legalidad y eficacia de la desvinculación laboral y otorgan garantías constitucionales de protección diferenciadas a sus derechos fundamentales una vez el contrato laboral termina por cualquier causa.

La estabilidad laboral reforzada de las personas en estado de debilidad manifiesta por razones de salud es un derecho fundamental. Este derecho se deriva de múltiples disposiciones constitucionales[122]: (i) el principio de igualdad y, en concreto, la obligación del Estado de proteger de manera diferenciada a aquellos sujetos que “por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” (art. 13.3 de la CP); (ii) el deber del Estado de adelantar una política de integración social en favor de los “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (art. 47 de la CP), (iii) el mandato constitucional que exige garantizar a las personas en situación de discapacidad “el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud” (art. 54 de la CP); y, por último, (iv) el principio de solidaridad social (arts. 1º, 48 y 95 de la CP).

La estabilidad laboral reforzada que la Constitución y la ley otorgan a estos sujetos parte del supuesto de que las disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales en vigencia de un contrato de trabajo **generan un estado de debilidad manifiesta y sitúan a las personas en una posición de desventaja frente a los demás trabajadores y el empleador**. Lo anterior, debido a que la afectación de la salud que padecen les impide desarrollar sus labores en óptimas condiciones y los expone a tratos discriminatorios en el ámbito laboral[133]. Además, su estado de salud suele constituir una barrera para encontrar “una nueva ocupación con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas”[134]. Estas circunstancias exigen al Estado adoptar medidas afirmativas de protección para contrarrestar las desventajas estructurales a las que estos sujetos se enfrentan en el ámbito laboral”.

NOTIFICACIONES

El Accionante las recibirá en correo electrónicos: p o al celular

La Accionada: Fiscalía General de la Nación a los correos electrónicos:
 subdirtalentohumano@fiscalia.gov.co ; ligias.rodriguez@fiscalia.gov.co y
 paula.arenas@fiscalia.gov.co

Atentamente,

PABLO ROBERTO SANDOVAL GOMEZ

Correos e: