

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

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

Clase de Proceso: **ACCIÓN DE TUTELA**
Accionante: **JAVIER ALBERTO SILVA PEÑA**
Accionado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**
Radicación No.: 11001-33-42-047-**2022-00004**-00
Asunto: **DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme con las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

Con fundamento en el art. 86 de la C.P., el Decreto 2591 de 1991 y el 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de tutela, promovida por el señor **JAVIER ALBERTO SILVA PEÑA**, quien actúa en nombre propio, contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**, por presunta vulneración a su derecho fundamental a la unidad familiar.

1.1. HECHOS

1. Mediante resolución No 4543 del 12 de agosto de 2020 fue nombrado como Defensor de familia grado 17 dentro de la planta global del Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá, Grupo de Protección, en periodo de prueba.

2. Una vez superado el correspondiente periodo de prueba y estando vinculado en carrera administrativa, solicitó mediante correo electrónico a la directora regional ICBF Bogotá su traslado a la ciudad de Bucaramanga, ya que en esta ciudad reside su núcleo familiar el cual consta de su esposa y su hijo de 6 años.
3. La directora regional de Bogotá autorizó el traslado, pero con canje, y remitió dicha aprobación a la Secretaría General, quien en contestación de 22 de noviembre de 2021 negó su traslado sin estudiar a profundidad su situación particular, existiendo una vacante de defensor en la ciudad de Bucaramanga y solo posibilita como única alternativa para volver a esta ciudad la formalidad de la permuta.
4. En vista de lo expuesto solicite a la directora regional de Santander informara si existía algún defensor de familia que quisiera ser reubicado en Bogotá para formalizar la única alternativa expuesta por la secretaria general como posibilidad de reubicación que era la permuta, esta funcionaria indicó que no había persona alguna que quisiera trasladarse a Bogotá a ejercer esta función.
5. La petición de transferencia la formuló por motivos de integración familiar de acuerdo con el criterio establecido en el Decreto 1083 de 2015, modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017, el cual establece la posibilidad de traslado sin necesidad de permuta cuando existan circunstancias especiales que afecten la unificación familiar de los trabajadores del ICBF, circunstancia esta que se aplica plenamente al presente caso.
6. Vive en Bogotá en una habitación en arriendo y se presentan circunstancias que están afectando gravemente la recomposición de su núcleo familiar, fundamentalmente el cuidado de su hijo, ya que no ha tenido la posibilidad de volver a compartir con él de manera continuada; así mismo él estudia y realiza sus actividades en Bucaramanga, requiriendo de su permanencia en dicha ciudad para proporcionarle la protección y el cuidado necesarios.
7. Su esposa labora por intermedio de un contrato de prestación de servicios en la E.S.E del Municipio de Santa Barbara Santander ubicada a dos horas del Casco Urbano de Bucaramanga, y en muchas oportunidades debe trasladarse a dicho municipio obligando a dejar a su hijo con terceras personas, ya que yo me encuentro en la ciudad de Bogotá realizando mi

función como Defensor de Familia.

8. Su esposa y su hijo es el único núcleo familiar que tiene, ya que su madre falleció hace 5 años, siendo ella la única persona que le podría colaborar transitoriamente con el cuidado personal de su hijo.
9. La conducta asumida por el ICBF impidiendo la reactivación del vínculo familiar ha afectado gravemente a su hijo quien avisa de manera constante de la compañía de su padre el cual aporta adecuadamente y de manera fundamental en su desarrollo emocional y afectivo.
10. Como quiera que la planta existente en el ICBF es globalizada existe la posibilidad manifiesta de ordenar la reubicación de sus funcionarios de acuerdo con sus circunstancias especiales, a fin de evitar la afectación de sus derechos fundamentales, y la posible generación de circunstancias adversas al ser humano.

1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

El accionante sostiene que con el actuar de la entidad accionada, se le ha vulnerado su derecho fundamental a la unidad familiar.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Como la solicitud reunió los requisitos de ley, se le dio curso a través del auto admisorio del 14 de enero de 2022, se notificó su iniciación a la directora del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILAR – ICBF** y a las directoras Regionales de Bogotá y Santander para que informaran a este Despacho sobre los hechos expuestos en la acción de tutela respecto del derecho a la unidad familiar.

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

ICBF – Regional Bogotá

La Coordinadora del grupo jurídico del ICBF - Regional Bogotá presenta informe señalando que el servidor Javier Alberto Silva Peña fue nombrado en periodo de prueba para ocupar el cargo en carrera administrativa de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 de la planta global del ICBF en Bogotá, de conformidad con la Resolución 4543 de 12 de agosto de 2020, del cual tomó posesión el 7 de septiembre de 2020, adquiriendo los derechos de carrera el 25 de marzo de 2021.

Precisa que el actor se presentó a la convocatoria pública 433 de 2016 a la OPEC 34242 para el cargo de Defensor de Familia 2125 grado 17 ubicado en el Municipio de Bogotá, siendo claro que en ejercicio de sus derechos constitucionales escogió libremente el cargo y la ciudad en la cual quería prestar sus servicios.

No obstante, con correo electrónico de 29 de octubre de 2021, el tutelante elevó petición de traslado a la ciudad de Bucaramanga – Santander ante la directora regional Bogotá, argumentando la reintegración familiar, la cual por competencia se redireccionó a la Secretaría General mediante correo electrónico de 22 de noviembre de 2021 en los siguientes términos: “(...) *Esta Dirección Regional se permite conceptuar favorablemente, otorgando visto bueno a la solicitud del Servidor Público CON CANJE de la Regional Bogotá (Grupo de Protección) JAVIER ALBERTO SILVA PEÑA, Regional Santander (...)*”.

Indica que desde la Regional Bogotá se adelantó el trámite conducente y pertinente a fin de resolver la solicitud del servidor público y cuyo último pronunciamiento se encuentra en cabeza de la Secretaría General del ICBF del cual a la fecha la Regional Bogotá no ha recibido pronunciamiento. La directora general con Resolución 3605 de 27 de mayo de 2020 delegó en el secretario general la función de efectuar los movimientos de personal entre las regionales de los servidores de planta, de conformidad con lo establecido en la Ley 489 de 1998.

Por lo anterior manifiesta que el ICBF Regional Bogotá, no ha vulnerado o amenazado derecho fundamental alguno al servidor público Javier Alberto Silva Peña.

ICBF – Oficina asesora jurídica – Dirección de Gestión Humana

A través de su apoderada hace una síntesis de los hechos narrados por el accionante y refiere que acceder a las pretensiones de la acción de tutela implicaría desconocer el interés común público; además, de que en el presente asunto no se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, subsidiariedad, perjuicio irremediable y no se evidencia vulneración de algún derecho fundamental.

Frente a la solicitud de traslado que ha presentado el servidor público JAVIER ALBERTO SILVA PEÑA, se tiene que las razones del buen servicio público priman sobre las subjetivas que manifiesta el Servidor Público, ya que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no puede estar condicionado o sometido a los intereses personales de cada uno de sus servidores, pues de ser así, la función pública sería absolutamente imposible de cumplirse. Aunado a:

- Que no es posible acceder a la petición de traslado realizada por el servidor público JAVIER ALBERTO SILVA PEÑA, toda vez que la necesidad del servicio se encuentra en la Regional Bogotá.
- Que de manera libre y espontánea el servidor público JAVIER ALBERTO SILVA PEÑA, aceptó su nombramiento y tomó posesión del cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, en la Regional Bogotá.
- Que verificada la información y de conformidad con la Certificación por la Dirección de Gestión Humana, en la Regional Santander no hay vacantes disponibles para el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, por lo cual no es posible de manera alternativa contemplar un traslado.

Señala que, respecto del requisito de subsidiariedad los actos proferidos por el ICBF pueden ser controvertidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa a través de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, específicamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual, en todo caso, cuenta con medidas cautelares (como la suspensión provisional del acto demandado) que le garantizan la protección de los derechos presuntamente vulnerados, sin que se advierta un perjuicio irremediable que justifique la interposición de la presente acción como mecanismo transitorio.

Precisa que las solicitudes de traslado han sido negadas por cuanto no se configuran los requisitos establecidos en la legislación, pues una vez revisada la planta de personal de la entidad se evidenció la inexistencia de las vacantes con la denominación que ejerce el actor en la Regional Bogotá, por lo que no se trata de una decisión arbitraria sino fundamentada en la disposición de la planta de personal a nivel nacional.

Estima que, no existe vulneración de derechos fundamentales por cuanto en el caso concreto el señor Silva Peña ocupó la posición 201 de la lista de elegibles correspondiente al empleo identificado con el Código OPEC No. 34242, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, con ubicación geográfica en la ciudad de Bogotá, D.C., la cual, verificado el proceso de audiencia, fue elegida por el actor libre y voluntariamente y por esta razón se expidió la Resolución 4543 de 12 de agosto de 2020, nombrándolo en periodo de prueba, siendo este aceptado por el accionante.

Finalmente, si bien es cierto el ICBF cuenta con una planta de personal global y flexible, y propende, en la medida que le es posible, la movilidad laboral atendiendo a situaciones de carácter especial, también lo es que debe garantizar la correspondiente prestación del servicio, motivo por el cual dicha facultad no es

ilimitada.

En consecuencia, una vez verificada la planta de personal se evidencia que en la Regional Bogotá existen 238 cargos de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, para 18 Centros Zonales y dos grupos internos de trabajo, de los cuales 227 se encuentran provistos y, en la Regional Santander, contrario sensu, se encuentran 65 cargos del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 para 11 Centros Zonales de los cuales 63 cargos se encuentran provistos.

Por lo anterior solicita que se declare improcedente la presente acción o en caso de considerarse procedente sea negada al no advertirse violación de derecho a fundamentales por conductas atribuibles a la entidad.

IV. CONSIDERACIONES

La acción de tutela, considerada como una de las grandes innovaciones del Constituyente de 1991, con la cual se pretendió salvaguardar en una forma efectiva, eficiente y oportuna los derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo expedito que permite la protección inmediata de aquellos.

Este mecanismo, de origen netamente constitucional ha sido propuesto como un elemento procesal complementario, específico y directo cuyo objeto es la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

De esta manera el art. 86 de la C.P. lo consagró en los siguientes términos:

“ARTICULO 86. 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.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

La mentada disposición constitucional fue desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, en la que se dispuso además de los principios que la regían, su objeto y el procedimiento que ha de seguirse en los estrados judiciales.

Ha de advertirse que tanto en la norma constitucional como en la reglamentaria, el ejercicio de la citada acción está supeditado a la presentación ante el Juez Constitucional de una situación concreta y específica de violación o amenaza de vulneración, de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública, o en ciertos eventos definidos por la ley a sujetos particulares; además, el sujeto que invoca la protección debe carecer de otro medio de defensa judicial para proteger los derechos cuya tutela pretende, pues de existir estos la tutela es improcedente, excepto cuando se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al no ser suficientes los mecanismos ordinarios para lograr la protección reclamada.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**, ha vulnerado el derecho a la unidad familiar del señor JAVIER ALBERTO SILVA PEÑA y del menor hijo, al no autorizar su traslado a Bucaramanga (Regional ICBF Santander) en el empleo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, que desempeña actualmente en la Regional Bogotá.

4.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho considera que se hace necesario estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que atañe a la procedencia de la acción.

4.2.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela¹

3.1. La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se reclama la protección de derechos fundamentales que se estiman vulnerados como consecuencia de una orden de traslado efectuada en ejercicio del *ius variandi*, el ordenamiento jurídico consagra las acciones mediante las cuales el afectado con la decisión puede controvertir actos de esa naturaleza como lo son las acciones laborales y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho².

¹ T-528 de 2017

² Nota interna. Ver las Sentencias T-236 de 2013, T-200 de 2013, T-048 de 2013, T-961 de 2012, T-946 de 2012, T-247 de 2012, T-664 de 2011, T-653 de 2011, T-325 de 2010, T-435 de 2008, T-1156 de 2004, T-346 de 2001, T-1498 de 2000, T-965 de 2000, T-288 de 1998, T-715 de 1996, T-016 de 1995 y T-483 de 1993, entre otras.

3.2. No obstante, esta Corporación ha reconocido que de forma excepcional la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para controvertir decisiones relacionadas con la reubicación de trabajadores del Estado³. Al respecto, en la Sentencia T-514 de 1996 la Corte expresó que la acción contencioso-administrativa no es un medio adecuado, eficaz e idóneo cuando lo que se debate es la vulneración de un derecho fundamental y no la legalidad del acto que ordena el traslado de funcionarios; puesto que *“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”*.

Para evitar que la acción de tutela desplace el mecanismo principal de protección judicial, ese Tribunal fijó las condiciones que deben acreditarse en cada caso particular⁴ para que proceda vía tutela la protección de derechos fundamentales amenazados o vulnerados con ocasión a una decisión de traslado laboral, a saber:

“(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 (ii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”⁵.

Con respecto al último requisito, la jurisprudencia constitucional desarrolló sub-reglas a partir de las cuales se puede establecer que un derecho es afectado en forma grave. En este sentido, la Corte ha indicado lo siguiente⁶:

“a. Cuando el traslado laboral genera serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido”.

b. Cuando el traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de

³ En este sentido, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-016 de 1995, T-715 de 1996, SU-559 de 1997, T-288 de 1998, T-503 de 1999, T-355 de 2000, T-346 de 2001, T-468 de 2002, T-1156 de 2004, T-796 de 2005, T-682 y T-210 de 2014.

Sentencia T-280 de 2009.

⁴ Ver la Sentencia T-965 de 2000

⁵ Sentencia T-065 de 2007.

⁶ Al respecto, en la sentencia T-922 de 2008 esta Corporación indicó que *“es lógico suponer que la mayoría de los traslados ordenados por necesidad del servicio implican un margen razonable de desequilibrio en la relación familiar porque supone reacomodar las condiciones de vida y cambios en la cotidianidad de las labores del trabajador, la jurisprudencia ha aclarado que la vulneración o amenaza de un derecho fundamental del docente o de su familia no corresponde a situaciones razonables o “normales” de desajuste familiar o personal en la medida en que correspondan a cargas soportables, sino que se presenta en eventos en que, de las pruebas obtenidas o allegadas al expediente de tutela, se desprendan situaciones que resulten cargas desproporcionadas para el trabajador”*.

su familia.

c. En los eventos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la constitucionalidad del traslado.

d. Y, en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria, ha sido originada por causas distintas al traslado mismo o se trata de circunstancias de carácter superable.^{7/8} (subrayado del Despacho).

En el evento de configurarse los anteriores supuestos, la autoridad encargada de ordenar los traslados o el juez de tutela deberán reconocer “un trato diferencial positivo al trabajador”⁹, a fin garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas y a la unidad familiar.

3.3. De las consideraciones realizadas, se desprende que la acción de tutela será procedente para revocar una orden de traslado siempre y cuando se satisfaga lo siguiente: (i) que el traslado sea arbitrario, en tanto: (i.i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, o (i.ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador que resultaban absolutamente relevantes para la decisión, o (i.iii) implique una clara desmejora en las condiciones de trabajo ,y (ii) que el traslado afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.

Conforme con las consideraciones de la Corte Constitucional y teniendo en cuenta que en el caso concreto lo que se pretende por el actor es su reubicación laboral por la presunta vulneración del derecho fundamental a la unidad familiar, por cuanto su hijo reside en Bucaramanga y su nombramiento fue en la ciudad de Bogotá, sería procedente el mecanismo para verificar si se afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.

4.3. HECHOS PROBADOS

⁷ Por ejemplo, en la Sentencia T-593 de 1992 la Corte concedió la tutela a una trabajadora de una empresa particular que había sido trasladada de Bogotá a Melgar, debido a que en la primera ciudad residían sus cuatro hijos y dos de ellos padecían graves problemas de salud. Así mismo, en la Sentencia T-447 de 1994 la Corte protegió a una docente que pretendía su traslado y el de su cónyuge –también docente- a la ciudad de Bogotá, ya que su hija sufría microcefalia y presentaba problemas de aprendizaje. En la Sentencia T-514 de 1996, la Corte concedió la tutela a dos docentes que habían sido trasladados, debido a que padecían serios quebrantos de salud debidamente acreditados: uno de ellos sufría cáncer y el otro, hipertensión arterial severa y problemas en su columna vertebral. De manera similar, en la Sentencia T-503 de 1999 se otorgó el amparo a un trabajador de una empresa privada que fue trasladado de Sincelejo a Riohacha. En aquella oportunidad, la Corte pudo comprobar que con el paso del tiempo el cambio de sede había afectado el proceso de aprendizaje de uno de los hijos del demandante, debido a la ausencia del padre y el estrecho vínculo afectivo que los unía. Confrontar en este mismo sentido las Sentencias T-503 de 1999, T-965 de 2000, T-1498 de 2000, T-346 de 2001, T- 468 de 2002, T-825 de 2003 y T- 256 de 2003.

⁸ Sentencia T-065 de 2007.

⁹ Sentencia T-280 de 2009.

Conforme con lo consignado en la Resolución 4543 de 12 de agosto de 2020, tenemos lo siguiente:

- Mediante Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del ICBF.
- Agotadas las etapas la CNSC expidió la Resolución 20182230084005 del 10 de agosto de 2018 por medio de la cual conformó la lista de elegibles para proveer 106 vacantes del empleo certificado con el código OPEC 34242 denominado Defensor de Familia Código 2125, grado 17, que quedó en firme el 27 de agosto de 2018.
- La CNSC mediante oficio 20201020512041 autorizó el uso de listas de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, para proveer algunas vacantes de "mismos empleos" en cumplimiento del criterio unificado de 16 de enero de 2020.
- Conforme con la Resolución 7382 de 20 de junio de 2018 se realizó audiencia virtual para escogencia del Centro Zonal o Grupo Interno de Trabajo y el demandante eligió el Grupo de Protección.
- Por medio de la Resolución 4543 de 12 de agosto de 2020 se nombró al demandante en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal del ICBF identificado con el código OPEC 34242, ubicado en Bogotá, Regional Bogotá (Defensor de Familia, código 2125, grado 17).

Las pruebas aportadas por el tutelante:

- El 8 de marzo de 2008, el tutelante contrajo matrimonio con la señora Lizet Carolina Naranjo Cuevas en Bucaramanga – Santander.
- De la anterior unión nació el menor JJSN el 27 de agosto de 2015 y fue registrado por el demandante en Santander el 1º de septiembre de 2015.
- El menor se encuentra escolarizado en el Gimnasio los Robles de Bucaramanga desde el año 2017.
- La señora Lizeth Carolina Naranjo Cuevas presta sus servicios como asesora jurídica en el ESE centro de salud Santa Bárbara, vinculada mediante contratos de prestación de servicios a partir del 7 de abril de 2020.
- El 28 de octubre de 2021, el actor a través de correo electrónico, solicitó a la directora regional del ICBF Bogotá su traslado a la Ciudad de Bucaramanga, por motivos de integración familiar, por cuanto allí reside su esposa y su hijo de 6 años y debido a su ubicación en Bogotá se ha roto el vínculo que tenían.

Manifiesta, que no ha tenido la posibilidad de compartir con su hijo y que su esposa labora a dos horas del casco urbano y en muchas oportunidades debe trasladarse a dicho Municipio dejando a su hijo con terceras personas.

- La Dirección Regional conceptuó favorablemente, otorgando visto bueno a la solicitud del Servidor Público CON CANJE, de la Regional Bogotá (Grupo de Protección) JAVIER ALBERTO SILVA PEÑA, Regional Bucaramanga, pero actualmente no se cuenta con solicitud de traslado de servidores públicos de la Regional Santander, específicamente de la ciudad de Bucaramanga.
- A través de memorando de 22 de noviembre de 2021 el secretario general del ICBF da respuesta a la solicitud de traslado del señor Javier Alberto Silva Peña informando que a la fecha se evidenció una vacante definitiva del empleo de Defensor de Familia en Santander; no obstante, el ICBF está obligado a acatar los fallos judiciales sobre el empleo de Defensor de Familia, el cual debe ser reportado a la CNSC para que les indique la forma de provisión.

Las pruebas aportadas por el ICBF:

- Para la OPEC 34242 con lista de elegibles 20182230084005 de 2018 se ofertaron ciento seis (106) vacantes en la Ciudad de Bogotá, las cuales fueron provistas en orden de mérito.
- En aplicación a lo establecido en el Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de mayo de 2020, el ICBF solicitó ante la CNSC autorización para el uso de listas para las nuevas vacantes generadas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016 aplicando los criterios de "mismo empleo" en la OPEC 34242 para proveer ochenta y dos (82) vacantes, siendo nombrado el tutelante en periodo de prueba en la ubicación geográfica en la que se inscribió al momento de la oferta de la Convocatoria 433 de 2016.

4.4. CASO CONCRETO

El señor **Javier Alberto Silva Peña** considera vulnerado su derecho fundamental a la Unidad Familiar, por parte del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**, al no haberse ordenado su traslado a la ciudad de Bucaramanga en el cargo de la planta global Defensor de Familia Código: 2125 Grado: 17.

Por su parte, la entidad accionada considera que la presente acción es improcedente al existir un acto administrativo pasible de control jurisdiccional a

través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, aunado a que el demandante tuvo la posibilidad de escoger el lugar para su nombramiento y eligió la Ciudad de Bogotá.

En principio y atendiendo a las sentencias de la Corte Constitucional, en efecto el demandante cuenta con la posibilidad de demandar el oficio con Radicado No. 202112000000153513 de fecha 22 de noviembre de 2021 por medio del cual se niega la petición de traslado y en consecuencia ese es el ámbito en el cual debe analizarse la decisión administrativa.

No obstante, como la procedencia de la tutela resultaría excepcional al tener relación directa con su hijo de 6 años y su cónyuge, se procederá a revisar bajo las directrices establecidas por la Corte Constitucional y conforme con la situación fáctica del caso concreto si la negativa del traslado: *(i) es arbitrario, en tanto: (i.i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, o (i.ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador que resultaban absolutamente relevantes para la decisión, o (i.iii) implique una clara desmejora en las condiciones de trabajo ,y (ii) que el traslado afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.*

Respecto de los tres primeros ítems, aunque no constituyen el fundamento del mecanismo constitucional; con todo, no está por demás indicar que, tal y como lo señala el ICBF el demandante fue quien eligió el lugar de prestación de sus servicios de una manera libre y voluntaria, sin que se evidencie coerción de la entidad, por el contrario, se realizó una audiencia a efectos de que los elegibles optaran por una ubicación geográfica.

Ahora bien, la afectación clara, grave y directa de los derechos fundamentales del accionante o de su núcleo familiar no se sustenta, pues analizadas las pruebas aportadas podemos observar lo siguiente:

- Los documentos de identificación tanto del tutelante como de su cónyuge fueron expedidos en Bucaramanga – Santander.
- El demandante y su cónyuge contrajeron matrimonio en Bucaramanga – Santander el 8 de marzo de 2008
- De acuerdo con el registro civil de nacimiento, el menor nació en Bucaramanga – Santander en el año 2015.
- El menor se encuentra estudiando desde el año 2017 en el Gimnasio los Robles de Bucaramanga – Santander.
- La convocatoria al concurso de méritos inició en el año 2016 y la escogencia de ubicación geográfica municipal fue en el año 2018, es decir

con posterioridad a su matrimonio, al nacimiento de su hijo y a la iniciación de su vida escolar.

Es así que, bajo este panorama probatorio, no se evidencia la ruptura del núcleo familiar, como consecuencia de la negativa de su traslado, sino una elección libre y voluntaria del tutelante para desarrollar sus actividades en una ciudad distinta a aquella en la cual formó su hogar y se encuentran su hijo y su esposa, que no va más allá de una simple separación transitoria y que fue originada por el accionante, es decir por causas distintas a la negativa de su traslado, no siendo del resorte de este juez constitucional intervenir, aunado a que no se demuestran condiciones especiales del menor que conlleven al estudio en concreto.

Por lo anterior, existiendo un mecanismo ordinario idóneo y al no constatarse el cumplimiento de los requisitos señalados por la Corte Constitucional que impliquen la vulneración de derecho fundamental por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, se declarará improcedente la presente acción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR improcedente la presente acción, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: NOTIFICAR a la entidad accionada, al accionante y al Defensor del Pueblo por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuere impugnada la presente decisión judicial, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE¹⁰ Y CÚMPLASE,

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

¹⁰ javieralbertosilvap@yahoo.es

Aleida.Orozco@icbf.gov.co; Martha.Tovart@icbf.gov.co; notificaciones.judiciales@icbf.gov.co

Firmado Por:

Carlos Enrique Palacios Alvarez

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

047

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

d3e17fdb410c31b6396e60df283dfe25f159b0103be1b760c5a22ba322f4be68

Documento generado en 27/01/2022 04:36:32 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>