

PETICION DE TRASLADO LABORAL - Solicitud de empleada de carrera administrativa de la Contraloría General de la República / CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Solicitud de traslado laboral: problemas de salud de hija menor, afectación emocional de hija mayor y rompimiento de la integración familiar / VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION - Omisión de respuesta de fondo en relación con los argumentos esgrimidos en la solicitud de traslado laboral / RESPUESTA AL DERECHO DE PETICION - No puede ser ampliada en el trámite de la acción de tutela

La respuesta de la Comisión de Personal de la Contraloría General de la República a la petición de traslado de la accionante, se sustenta exclusivamente en aquellas disposiciones de la Resolución No. 151 de 2011 y del concurso de méritos al que acudió la peticionaria, que establecen que la aceptación del cargo conlleva la responsabilidad de permanecer en el mismo por lo menos durante tres años. No obstante lo anterior, en la referida respuesta no se advierte análisis alguno por parte de la referida Comisión de Personal, de las circunstancias familiares y de salud que expuso la demandante, en la solicitud de traslado. La anterior circunstancia, que no fue advertida por el A quo, a juicio de la Sala es de vital importancia en el caso de autos, porque está estrechamente relacionada con la garantía del derecho de petición, en virtud del cual la respuesta a la solicitud elevada por la accionante debe ser congruente con lo pedido, y pronunciarse de fondo sobre las circunstancias que justifican la solicitud, en este caso, el estado de salud de la hija menor de la demandante por el clima de la ciudad de Popayán, los problemas emocionales que ha prestado la hija mayor de la misma que reside en Palmira, y la desarticulación de núcleo familiar que ha afectado especialmente a las niñas. A juicio de la Sala, la respuesta que se le notificó a la demandante sobre su petición de traslado, mediante el oficio No. 2014IE0060872 del 11 de abril de 2014, no satisface el derecho de petición, pues se reitera, la parte accionada no hizo referencia de fondo y congruente a las situaciones particulares que se expusieron al elevar la solicitud. Ahora bien, podría argumentarse que en todo caso en el presente trámite la Contraloría General de la República expuso razones adicionales a las indicadas en el oficio antes señalado para negar la referida petición de traslado, tales como la existencia de otras solicitudes más apremiantes y con mayor antigüedad (que se resalta son mencionadas de manera abstracta y general lo que impide realizar un juicio de igualdad), las dificultades administrativas que deben superarse para atender tales peticiones, la elección voluntaria de la peticionaria de residir en Popayán, o que no se advierte que el estado de salud de la hija menor de ésta requiera un tratamiento especial. Sobre el particular precisa la Sala, que no es válido que la entidad accionada emplee el trámite de la acción de tutela, y particularmente la contestación de la demanda, para complementar, adicionar o modificar la respuesta que en sede administrativa le brindó a la accionante, so pena de desconocer la importancia de aquella y las garantías que dentro de la misma se otorgan a quienes acuden en primer lugar a la Administración, como tener certeza y claridad sobre la posición de ésta frente a determinado asunto. En efecto, si la entidad accionada estima que existen otras circunstancias que deben tenerse en cuenta en la resolución de la petición de traslado que elevó la demandante, debe exponer las mismas en primer lugar en sede administrativa, a fin de garantizarle a la parte afectada su derecho a la defensa, y no sorprender a la misma en sede judicial con aspectos que no han sido comunicados en debida forma a los interesados. En ese orden de ideas se reitera, la respuesta que emitió la parte accionada a la petición elevada por la accionante, no puede considerarse de fondo ni congruente, en tanto no se pronunció frente a las circunstancias que a juicio de la accionante justifican su traslado, dentro de las cuales se destaca, el estado de salud de una menor de pocos meses de vida, situación que de conformidad con la Resolución 151 de

2011 de la parte accionada, está contemplada como uno de los motivos del traslado laboral, y que debe ser analizada con detenimiento por la Comisión de Personal, siguiendo los parámetros previstos en los artículos 5 a 8 de la referida normatividad.

SOLICITUD DE TRASLADO LABORAL - Petición debe ser resuelta de fondo y de manera congruente / DERECHO DE LOS NIÑOS - Derecho a la salud / PERMANENCIA MINIMA EN EL CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Excepción

Por lo tanto, en aras de garantizar que la petición de traslado de la demandante sea analizada, tramitada y sobre todo resuelta de fondo y de manera congruente, se le ordenará a la Contraloría General de República, que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia y los parámetros y garantías previstos en la Resolución 151 de 2011, en el término de 10 días siguientes a la notificación de esta decisión, analice y resuelva la solicitud de traslado de la accionante, pronunciándose sobre todas y cada una de las circunstancias que justifican la misma, en especial la situación de salud de la menor. Se estima pertinente resaltar entre las razones que invoca la accionante para pedir el traslado, el estado de salud de su hija menor, porque a juicio de la Sala tal situación puede calificarse como uno de los casos especiales que deben ser estudiados por la Comisión de Personal de la Contraloría, aún respecto de los empleados de carrera administrativa que deben cumplir la regla general de permanencia mínima de tres años en el cargo (art. 3 de la Resolución 151 de 2011). Lo anterior, al tratarse de la protección de los derechos de los niños, que tienen carácter prevalente dentro del ordenamiento jurídico colombiano (art. 44 de la Constitución Política).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 23 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00311-01(AC)

Actor: MONICA FERNANDA GOMEZ SALAZAR Y OTRA

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 17 de julio de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca negó la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, la señora Mónica Fernanda Gómez Salazar, en nombre propio y en representación de su hija Luciana Osorio Gómez, acudió ante el Tribunal Administrativo del Cauca con el fin de solicitar la protección de los derechos y principios a la vida, salud, dignidad humana, igualdad y a la familia, presuntamente vulnerados por la Contraloría General de la República.

Solicita en amparo de los derechos y principios invocados, que se le ordene a la parte accionada proferir "*acta de traslado de nombramiento y posesión, de la Gerencia Colegiada Departamental del Cauca hacía la Gerencia Departamental Colegiada del Valle*", en su condición de Profesional Universitaria Grado 1.

Lo anterior lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 1-8):

Indica que en virtud de un concurso de méritos ingresó a la carrera administrativa de la Contraloría General de la República, como Profesional Universitaria Grado 1, en la "*Gerencia Colegiada Departamental Cauca, Popayán*".

Precisa que al ingresar a la mencionada entidad, tenía 35 semanas de gestación, y que el día 10 de agosto de 2013 nació su hija menor Luciana Osorio Gómez.

Destaca que su hija mayor tiene 13 años de edad, y se llama María Lucía Guzmán Gómez.

Relata que al terminar la licencia de maternidad debió radicarse en la ciudad de Popayán con su hija Luciana Osorio Gómez, y que con el fin de afectar lo menos posible a su hija mayor María Lucía Guzmán Gómez, se vio obligada a dejar a ésta en la ciudad de Palmira, en compañía de su esposo que es el padre de Luciana.

Subraya que debido a la altura y humedad de la ciudad de Popayán, su hija Luciana Osorio Gómez ha presentado serios problemas de salud a nivel respiratorio, que de acuerdo a los médicos que han tratado a la menor, podrían desencadenar en una enfermedad respiratoria crónica como el asma, si no se traslada a aquélla a un lugar de clima cálido.

De otro lado indica que después de radicarse en la ciudad de Popayán, su hija mayor María Lucía Guzmán Gómez, que se encuentra en Palmira, se ha visto

afectada emocionalmente y en su desempeño académico, razón por la cual la institución educativa en que se encuentra le ha brindado terapia psicológica.

Considera que por las circunstancias antes señaladas su núcleo familiar se ha desintegrado, lo que perjudica especialmente a sus hijas menores de edad.

Afirma que con fundamento en el artículo 5° de la Resolución 151 de 2011 de la Contraloría General de la República, le solicitó a esta entidad su traslado, a fin de garantizar el derecho salud de sus hijas.

Precisa que la Secretaría Técnica de la Comisión de Personal de la entidad accionada en sesión del 1° de abril de 2014, negó la petición de traslado argumentado, que de conformidad con la Resolución 151 de 2011, debía prestar sus servicios en la sede territorial en la que fue nombrada, por lo menos durante tres años sin posibilidad de traslado, y que dicha circunstancia constituye una de las reglas del concurso de méritos para el empleo por el cual concursó.

Sostiene que la negativa de su traslado es contraria a los derechos de sus hijas que son sujetos de especial protección, y además desconoce que la Resolución 151 de 2011 de la Contraloría General de la República, frente al deber de prestar por el término de 3 años sus servicios en la sede territorial en que fue nombrada, también prevé (en el parágrafo del artículo 3°), que pueden existir casos excepcionales en los que se requiere atención prioritaria, en virtud de los cuales las solicitudes de traslado deben ser analizadas por la Comisión de Personal.

En especial argumenta que la negativa de su traslado pone en inminente riesgo los derechos a la vida y salud de su hija Luciana Osorio Gómez, debido a los problemas de carácter médico que viene enfrentando.

Posteriormente, la accionante aportó al presente trámite la sentencia del 3 de julio de 2014 de la Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual en su caso similar al de autos, se accedió a la acción de tutela interpuesta contra la Contraloría General de la República (Fls. 128-145). Lo anterior, para que dicho antecedente se tenga al decidir la demanda objeto de estudio.

INFORME DE LA PARTE ACCIONADA

La Directora de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República se opuso al amparo solicitado por las siguientes razones (Fls. 104-113):

Destaca que la accionante participó en el concurso de mérito 2011-2012 que se llevó a cabo en la Contraloría General de la República, dentro del cual ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles conformada para el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 01, Sede Valle del Cauca.

Relata que posteriormente se unificaron las listas de elegibles existentes para proveer algunas vacantes que no fueron objeto de una convocatoria específica, producto de lo cual la peticionaria fue ubicada en el cuarto orden de elegibilidad.

Manifiesta que mediante oficio del 30 de mayo de 2013, se le ofreció a la demandante la oportunidad de elegir frente al empleo por el cual concursó, alguna de las vacantes disponibles en las sedes del Cauca, Guaviare, Meta, Norte de Santander, Magdalena, Santander y Tolima, y que la accionante a través de escrito del 6 de junio de 2013, manifestó su voluntad de aceptar el cargo ofrecido, señalado en orden de prioridades, como primera opción, el ubicado en la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca.

Afirma que como consecuencia de lo anterior mediante la Resolución Ordinaria N° 2006 del 26 de junio de 2012, se nombró a la peticionaria en el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 01, en el Grupo de Vigilancia Fiscal de la Gerencia Departamental Colegiada de Cauca, del cual tomó posesión el 17 de junio de 2013.

Añade que la demandante al superar el período de prueba, fue inscrita en el Registro Público de Empleados de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la República.

Sostiene que la accionante en el mes de febrero de 2014 solicitó su traslado a la Gerencia Departamental Colegiada del Valle, en atención al estado de salud de su hija menor y a las dificultades que ha afrontado su hija mayor por su ausencia, pero que dicha petición fue negada por la Comisión de Personal, en atención a que la Resolución 151 de 2011 de la Contraloría establece que los funcionarios de carrera deben prestar sus servicios en la sede territorial correspondiente por el término de 3 años como mínimo, y teniendo en cuenta que las reglas de la convocatoria a la que la accionante se presentó, de manera clara y precisa señalan que la aceptación del nombramiento y la posesión en el cargo, implica el deber de desempeñar éste durante el plazo antes señalado sin posibilidad de traslado (sobre el particular cita la Resolución Reglamentaria 0069 de 2008).

En ese orden de ideas argumenta que *“no cabe duda que la normatividad es clara en señalar que no es procedente el traslado en ninguna de sus modalidades (por razones de salud, por permuta, de seguridad y demás) para los funcionario que ingresaron por primera vez o por ascenso; que éstos al aceptar el nombramiento y/o posesión se obligaron a prestar sus servicios en la sede territorial correspondiente por un lapso no inferior a los tres (3) años, como cita el artículo 3 de la Resolución 151 de 2001”*.

Sostiene que la accionante aceptó las anteriores reglas al posesionarse en el referido cargo en la sede del Cauca, que resalta fue elegida por la demandante de manera libre y voluntaria entre las alternativas posibles, motivo por el cual argumenta que no puede afirmarse que fue la Contraloría General de la República la que dispuso que la peticionaria trabajara en la ciudad de Popayán, ni la que afectó el núcleo familiar de la misma en desconocimiento de los derechos invocados.

Agrega que la demandante sin prever las consecuencias para su familia aceptó trabajar en la Gerencia Departamental del Cauca, *“cuando tenía la oportunidad de no aceptar el ofrecimiento y esperar que se genera un vacante en la sede para la cual aplicó, como fue la Gerencia Departamental Colegiada del Valle, u otro ofrecimiento en una sede más cercana a su familia, acorde con sus necesidades vigentes y futuras”*.

Subraya que de las pruebas aportadas al presente trámite, *“se puede establecer que los hijos menores presentan afecciones de salud propias de su edad y sin ninguna gravedad, pues se acreditan situaciones previsibles al momento de la aceptación del ofrecimiento”*.

Argumenta que no puede predicarse la existencia de un perjuicio irremediable en el caso de autos, teniendo en cuenta que la accionante voluntariamente ingresó al concurso de méritos, optó por trabajar en la Gerencia Departamental del Cauca, y aceptó las reglas de la convocatoria, entre ellas permanecer por tres años en dicha sede, sin posibilidad de traslado.

Sostiene que en aplicación de los principios de igualdad, equidad y con el fin de garantizar la adecuada prestación del servicio, se han negado 50 solicitudes de traslado de personas que ingresaron a la entidad o ascendieron al interior de la misma en virtud de la concurso méritos 2011-2012, en atención a las normas que disponen la permanencia mínima de tres años sin posibilidad de traslado.

Agrega que también existen 71 solicitudes de traslado de funcionario antiguos, que se encuentran en circunstancias iguales o más apremiantes a las de la demandante, las cuales no se han podido atender, en tanto se deben tener en cuenta entre otras circunstancias, el tiempo de antigüedad del funcionario y de las peticiones elevadas, así como la existencia de vacantes en las que se puedan realizar los traslados.

Señala que de aceptarse la solicitud de traslado de la accionante, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad de las 71 personas *“que cumplieron con la permanencia mínima y han instaurado solicitud de traslado por situaciones contempladas en la Resolución Reglamentaria N° 151 de 2011, y que presentan situaciones iguales o aún más críticas a las señaladas por la aquí tutelante”*.

Finalmente trae a colación algunos pronunciamientos judiciales frente a casos similares, en los cuales se ha negado el amparo solicitado.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 17 de julio de 2014, el Tribunal Administrativo del Cauca negó la acción de tutela instaurada por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 146-164):

En primer lugar afirma que el problema jurídico consiste en establecer si se vulneraron los derechos invocados, por la decisión de la Contraloría General de la República de negar el traslado de la accionante a la Gerencia Departamental Colegiada del Valle del Cauca.

Seguidamente realiza algunas consideraciones sobre la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela, y la procedencia excepcional de la misma para pronunciarse frente a asuntos de traslados laborales, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Reitera que la accionante justificó la petición de traslado, en el hecho que su hija menor Luciana Osorio presenta problemas respiratorios al vivir en la ciudad de Popayán, y que su hija mayor María Lucía, que reside en Palmira, se ha visto afectada emocionalmente por la ausencia de su madre.

Frente a la situación de salud de la menor Luciana Osorio, destaca que presenta problemas respiratorios *“pero son controlables con medicamentos según se describe en la historia clínica allegada en el expediente; además los médicos tratantes sí han recomendado el manejo del medio ambiente y evitar contacto con ambientes contaminados, pero en ningún momento se observa que por prescripción médica de un especialista idóneo neumólogo o alergólogo que son los encargados del estudio de pacientes con problemas respiratorios y alergias, hayan diagnosticado que la enfermedad de Luciana Osorio Gómez, tenga que ser tratada en otra ciudad y por lo tanto debe cambiar de lugar de residencia. Se resalta que los reportes médicos reiteran que existe una alergia no especificada”* (Fl. 159).

En virtud de lo anterior concluye que no existe un concepto médico especializado, según el cual la menor Luciana Osorio no deba permanecer en Popayán para garantizar su salud. Adicionalmente resalta que la temperatura de dicha ciudad según el IDEAM, fluctúa entre los 18 y 20 grados, lo que permite establecer que no presenta fríos severos que afecten a la infante.

En cuanto a la menor María Lucía, destaca que aunque es cierto que la ausencia de su madre la puede afectar, también lo es que la misma está siendo cuidada por su padre y familia en Palmira, quienes tienen el deber de velar por su bienestar.

Agrega que si bien es cierto la menor María Lucía está recibiendo atención psicológica, y en virtud de ésta se sugirió que vuelva a vivir con su madre, también debe tenerse en cuenta que la acción de tutela sólo es procedente frente a traslados laborales, cuando la decisión controvertida *“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 trabajo; y que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”*.

Sobre el particular de un lado argumenta que la demandante no acredita encontrarse en una situación de perjuicio irremediable que haga procedente el amparo solicitado, y de otro, que no pueden perderse de vista que las reglas del

concurso de méritos al que la peticionaria se sometió y aprobó¹, son claras en indicar que al momento de aceptar el nombramiento y posesionarse del cargo, debía prestar sus servicios en la sede de trabajo por un lapso no inferior a tres (3) años, sin posibilidad de traslado.

Agrega que la obligación de permanencia mínima en el cargo por el término antes señalado, también está prevista en la Resolución N° 151 de 2011 de la Contraloría General de la República.

Señala que la respuesta proferida por la parte accionada a la petición de traslado que fue presentada por la accionante, de manera razonable expuso las anteriores circunstancias, y además le indicó que existen 91 solicitudes de traslado de funcionarios antiguos, 50 de funcionarios nuevos, que se encuentran en situaciones similares o incluso más apremiantes a la que se encuentra la demandante.

En ese orden considera que *“no se vislumbra una vulneración al derecho a la salud de las hijas de la señora Gómez Salazar, ni los demás derechos invocados por la accionante. Es claro que ella al momento de inscribirse, aceptar, y tomar posesión del cargo ofrecido por la Contraloría General de la República en la Gerencia Colegiada Departamental del Cauca, tenía conocimiento de que debía apartarse de la ciudad de origen, con las obvias incomodidades que ello comporta”*.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante mediante escrito del 23 de julio de 2014 impugnó el fallo antes descrito por las siguientes razones (Fls. 180-187):

Argumenta que si bien es cierto al posesionarse en el cargo por el cual concursó, asumió la responsabilidad de trasladarse a Popayán, también lo es que su hija Luciana de pocos meses de edad, empezó a ver seriamente afectada su salud por el clima de dicha ciudad.

En ese orden de ideas afirma que no se trata de que no quiera asumir las consecuencias de haberse posesionado en el cargo por el cual concursó, sino de

¹ Cita la Convocatoria 013-11 de la Contraloría General de la República.

garantizar los derechos a la salud y vida digna de su hija, que están riesgo por su permanencia en la ciudad de Popayán.

Añade que contrario a lo que indica el *A quo*, a su juicio no puede predicarse que su hija Luciana gozará de una vida en condiciones dignas en Popayán, cuando la misma en dicha ciudad tendría que estar en controles médicos permanentes, con medicamentos para evitar mayores complicaciones de salud, cuando no cuenta con el apoyo y compañía de su padre y demás familiares que se encuentra en Palmira, y teniendo en cuenta que durante la jornada laboral, se ha visto obligada a dejar a la menor bajo el cuidado de una empleada doméstica.

Estima que en atención a las anteriores circunstancias, es claro que el derecho a la salud de su hija menor se encuentra en riesgo, y que la misma no puede disfrutar del apoyo físico, moral y la solidaridad familiar que en este momento requiere.

Reprocha que el Tribunal haya considerado que no acreditó la necesidad de que su hija Luciana resida en otro lugar, cuando los médicos que han tratado a la menor han destacado el delicado estado de salud de la misma, e incluso, que la remitieron al alergólogo, pero que la EPS en que se encuentra no cuenta con un médico de dicha especialidad en Popayán, por lo que se dispuso la remisión de su hija a la ciudad de Cali.

Frente a la argumentación que expuso el *A quo* sobre la temperatura promedio de Popayán, sostiene que de acuerdo al IDEAM, la temperatura mínima promedio anual de dicha ciudad es de 13.2 grados y la máxima es de 24.5 grados, con un nivel de humedad del 77.75, información que estima *“permite establecer (que) la ciudad de Popayán sí cuenta con un clima frío, que este fluctúa de acuerdo a los meses del año, observándose que cuenta en algunos meses con temperaturas mínimas de 12.1 grados y con un nivel de humedad de 77.75 por ciento, temperatura y condiciones climatológicas muy bajas que desmejoran la calidad de vida de mi bebé, toda vez que hace necesario el uso recurrente de medicamentos y atenciones médicas prioritarias”*.

Destaca que la Corte Constitucional en sentencia como la T-825 de 2003, T-543 de 2009 y T-481 de 2011, ha dispuesto mediante la acción de tutela que se efectúen traslados laborales, cuando existe riesgo de ruptura del vínculo familiar y

se amenaza el derecho a la salud de los niños que son sujetos de especial protección.

En cuanto a su hija María Lucía precisa, que contrario a lo afirmado en la sentencia de primera instancia, la misma no está viviendo con su padre sino con su padrastro, y que aquél sólo la visita cada 15 días.

Agrega que a pesar que en el momento en que se trasladó a la ciudad de Popayán, su hija María Lucía le manifestó que no tendría problema alguno, posteriormente la menor empezó a presentar problemas emocionales, por lo que fue necesario que la misma comenzara terapia psicológica, en la que se concluyó que la inestabilidad obedecía a la ausencia de la madre durante una etapa crucial de formación como la adolescencia.

Finalmente realiza algunas consideraciones sobre la importancia del acompañamiento de durante la adolescencia según la Organización Mundial de Salud, y sobre la protección de la familia en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos de los niños y las niñas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De los hechos y consideraciones hasta aquí expuestos, se observa que en síntesis la señora Mónica Fernanda Gómez Salazar pretende a través de la acción de tutela, su traslado de la Gerencia Colegiada Departamental del Cauca hacía la Gerencia Departamental Colegiada del Valle, de la Contraloría General de la República, para garantizar el derecho a la salud de su hija menor Luciana Osorio Gómez, que se ha visto presuntamente afectada por el clima de la ciudad de Popayán, y además para preservar la integridad de su núcleo familiar, del cual también hace parte su esposo y su hija mayor María Lucía Guzmán Gómez, quienes residen en Palmira, teniendo en cuenta adicionalmente, que la menor María Lucía se ha visto seriamente afectada por su ausencia, por lo que ha requerido de acompañamiento psicológico.

Asimismo se destaca que la accionante exponiendo las situaciones antes señaladas, le solicitó a la Comisión de Personal de la Contraloría General de la República que autorizara el referido traslado (Fl. 28), y que la mencionada petición fue negada por dicha comisión en la sesión llevada a cabo el 1° de abril del año

curso, en atención a que las reglas del concurso de méritos al que se sometió la peticionaria y la Resolución 151 de 2011 de la Contraloría establecen, que la aceptación y/o la posesión en el cargo conlleva el deber de prestar los servicios en la sede territorial correspondiente, por un término no inferior a tres (3) años, sin posibilidad de traslado.

Se precisa que la decisión de la Comisión de Personal de la Contraloría General de la República frente a la petición de traslado elevada por la accionante, le fue dada a conocer a ésta mediante oficio 2014IE0060872 del 11 de abril de 2014, cuyo contenido por su importancia se transcribe a continuación (Fl. 38):

“En respuesta a su solicitud de cambio de sede territorial, me permito informarle que una vez analizada su petición, la Comisión de Personal en sesión del primero (1) de abril de 2014, según acta N° 001 de 2014, no dio consentimiento a su traslado, considerado los siguientes parámetros:

- La normatividad establecida en la Resolución Reglamentaria 151 de 2011 “Por la cual se adopta el procedimiento y parámetros para efectuar traslados que implican cambio permanente de sede territorial de los empleados de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la República”, indica que en el capítulo I en las Disposiciones Generales, artículo tercero que la permanencia mínima para quienes ingresen por primera vez, por ascenso o sean objeto de traslado en la Contraloría General de la República, la aceptación del nombramiento o traslado y/o la posesión en el cargo, conlleva el deber de prestar sus servicios en la sede territorial correspondiente por un lapso no inferior a tres (3) años, teniendo en cuenta como fundamento la necesidad y la prestación eficiente y eficaz de la función pública encomendada constitucionalmente a la Entidad.

- Las convocatorias del concurso de méritos 2011-2012, establecían que la aceptación del nombramiento y la posesión en el cargo, implicaba el deber de prestar sus servicios en esa sede de trabajo por un lapso no inferior a tres (3) años sin la posibilidad de ser objeto de traslado que implique cambio de sede territorial, teniendo como fundamento la necesidad del servicio y la permanencia en el cargo para el cual se posesionó, de conformidad con la Resolución Reglamentaria 0069 de 2008; dada la elección libre que realizó al momento de inscribirse”.

Como puede apreciarse, la respuesta de la Comisión de Personal de la Contraloría General de la República a la petición de traslado de la accionante, se sustenta exclusivamente en aquellas disposiciones de la Resolución N° 151 de 2011 y del concurso de méritos al que acudió a peticionaria, que establecen que la aceptación del cargo conlleva la responsabilidad de permanecer en el mismo por lo menos durante tres años.

No obstante lo anterior, en la referida respuesta no se advierte análisis alguno por parte de la referida Comisión de Personal, de las circunstancias familiares y de

salud que expuso la demandante, en la solicitud de traslado visible a folios 28 y 122 del expediente.

La anterior circunstancia, que no fue advertida por el *A quo*, a juicio de la Sala es de vital importancia en el caso de autos, porque está estrechamente relacionada con la garantía del derecho de petición, en virtud del cual la respuesta a la solicitud elevada por la accionante debe ser congruente con lo pedido, y pronunciarse de fondo sobre las circunstancias que justifican la solicitud, en este caso, el estado de salud de la hija menor de la demandante por el clima de la ciudad de Popayán, los problemas emocionales que ha prestado la hija mayor de la misma que reside en Palmira, y la desarticulación de núcleo familiar que ha afectado especialmente a las niñas.

A juicio de la Sala, la respuesta que se le notificó a la demandante sobre su petición de traslado, mediante el oficio N° 2014IE0060872 del 11 de abril de 2014, no satisface el derecho de petición, pues se reitera, la parte accionada no hizo referencia de fondo y congruente a las situaciones particulares que se expusieron al elevar la solicitud.

Ahora bien, podría argumentarse que en todo caso en el presente trámite la Contraloría General de la República expuso razones adicionales a las indicadas en el oficio antes señalado para negar la referida petición de traslado, tales como la existencia de otras solicitudes más apremiantes y con mayor antigüedad (que se resalta son mencionadas de manera abstracta y general lo impide realizar un juicio de igualdad), las dificultades administrativas que deben superarse para atender tales peticiones, la elección voluntaria de la peticionaria de residir en Popayán, o que no se advierte que el estado de salud de la hija menor de ésta requiera un tratamiento especial.

Sobre el particular precisa la Sala, que no es válido que la entidad accionada emplee el trámite de la acción de tutela, y particularmente la contestación de la demanda, para complementar, adicionar o modificar la respuesta que en sede administrativa le brindó a la accionante, so pena de desconocer la importancia de aquella y las garantías que dentro de la misma se otorgan a quienes acuden en primer lugar Administración, como tener certeza y claridad sobre la posición de ésta frente a determinado asunto.

En efecto, si la entidad accionada estima que existen otras circunstancias que deben tenerse en cuenta en la resolución de la petición de traslado que elevó la

demandante, debe exponer las mismas en primer lugar en sede administrativa, a fin de garantizarle a la parte afectada su derecho a la defensa, y no sorprender a la misma en sede judicial con aspectos que no han sido comunicados en debida forma a los interesados.

En ese orden de ideas se reitera, la respuesta que emitió la parte accionada a la petición elevada por la accionante, no puede considerarse de fondo ni congruente, en tanto no se pronunció frente a las circunstancias que a juicio de la accionante justifican su traslado, dentro de las cuales se destaca, el estado de salud de una menor de pocos meses de vida, situación que de conformidad con la Resolución 151 de 2011 de la parte accionada, está contemplada como uno de los motivos del traslado laboral, y que debe ser analizada con detenimiento por la Comisión de Personal, siguiendo los parámetros previstos en los artículos 5 a 8 de la referida normatividad que establecen lo siguiente (Fls. 31-32):

“ARTÍCULO 5o. TRASLADO POR MOTIVOS DE SALUD. Los empleados de la Contraloría General de la República que ostenten derechos de Carrera, podrán ser trasladados por razones de salud, debidamente comprobadas, a otra sede territorial, cuando las mismas le hagan imposible continuar en el ejercicio del empleo en la sede territorial correspondiente.

También procederá el traslado por motivos de salud, cuando la afectación recaiga en las siguientes personas:

1. Cónyuge del empleado.
2. Compañero (a) permanente cuya unión sea superior a 2 años del empleado.
3. Los hijos menores de 18 años del empleado, que hagan parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de este.
4. Los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del empleado
5. Los padres del empleado cuando dependan económicamente de este.

ARTÍCULO 6o. SOLICITUD. El interesado deberá presentar por escrito ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Personal de la Contraloría General de la República, la solicitud respectiva, acompañada de los dictámenes médicos pertinentes en los cuales se fundamenta su petición, cuya expedición corresponderá, únicamente a la Entidad Promotora de Salud (EPS) a la cual se encuentre afiliado el empleado, o cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior según sea el caso.

PARÁGRAFO. Tales diagnósticos indicarán cuando menos:

- i) La patología;

ii) Los posibles factores de riesgo a controlar;

iii) Las recomendaciones específicas para el tratamiento; y

iv) El periodo de tiempo a aplicar las mismas. Cuando quien padezca la afección sea el funcionario solicitante, dichos dictámenes deberán ser expedidos por el médico tratante de la EPS respectiva, y contendrán además de los requisitos anteriores, las recomendaciones específicas para el desempeño laboral del servidor.

ARTÍCULO 7o. TRÁMITE. Recibida la Solicitud, la Secretaría Técnica de la Comisión de Personal remitirá los dictámenes médicos correspondientes, al Grupo de Salud Ocupacional de la Dirección de Gestión del Talento Humano, con el fin de que dentro del término de diez (10) días hábiles siguientes, esta adelante las acciones necesarias ante la EPS o la ARP, a fin de que emitan concepto dependiendo de su competencia, sobre la correlación entre la enfermedad y la sede del trabajo, así como también de la urgencia del traslado.

Una vez recibido por parte de la Secretaría Técnica los documentos correspondientes emitidos por la EPS o ARP, esta presentará a la Comisión de Personal el caso quien emitirá el concepto correspondiente en sesión plenaria.

De esta sesión se elaborará un acta que será firmada por los integrantes de la Comisión de personal, cuya copia será remitida a la Gerencia de Talento Humano, para la expedición de los actos administrativos a que haya lugar.

ARTÍCULO 8o. RECURSOS. Contra el concepto de la Comisión de Personal no procederá recurso alguno.”.

Por lo tanto, en aras de garantizar que la petición de traslado de la demandante sea analizada, tramitada y sobre todo resuelta de fondo y de manera congruente, se le ordenará a la Contraloría General de República, que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia y los parámetros y garantías previstos en la Resolución 151 de 2011, en el término de 10 días siguientes a la notificación de esta decisión, analice y resuelva la solicitud de traslado de la accionante, pronunciándose sobre todas y cada una de las circunstancias que justifican la misma, en especial la situación de salud de la menor Luciana Osorio Gómez.

Se estima pertinente resaltar entre las razones que invoca la accionante para pedir el traslado, el estado de salud de su hija menor, porque a juicio de la Sala tal situación puede calificarse como uno de los casos especiales que deben ser estudiados por la Comisión de Personal de la Contraloría, aún respecto de los empleados de carrera administrativa que deben cumplir la regla general de permanencia mínima de tres años en el cargo (art. 3° de la Resolución 151 de 2011). Lo anterior, al tratarse de la protección de los derechos de los niños, que

tienen carácter prevalente dentro del ordenamiento jurídico colombiano (art. 44 de la Constitución Política).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 17 de julio de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca negó la acción de tutela instaurada. En su lugar, **TUTÉLASE** el derecho de petición de la señora Mónica Fernanda Gómez Salazar, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: ORDÉNASE a la Contraloría General de la República, que en el término de 10 días siguientes a la notificación de esta decisión, teniendo en cuenta las consideraciones desarrolladas en esta providencia y los parámetros y garantías previstos en la Resolución 151 de 2011, analice y resuelva la solicitud de traslado de la accionante, pronunciándose sobre todas y cada una de las circunstancias que justifican la misma, en especial la situación de salud de la menor Luciana Osorio Gómez.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E)

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

(Ausente, en Comisión de Servicios)