



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

Bucaramanga, cuatro (4) de junio de dos mil veintiuno (2.021).

68001-4088-016-2021-00045-01

VISTOS

Procede esta Judicatura emitir la decisión que en derecho corresponda respecto del recurso de **IMPUGNACIÓN** interpuesto dentro del trámite de acción de tutela presentada por del señor **JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA** contra la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** y la **DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, siendo vinculado el **COLEGIO FLORENTINO GONZÁLEZ DEL CORREGIMIENTO DE CINCELADA DEL MUNICIPIO DE COROMORO**, el **COLEGIO INTEGRADO NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DEL MUNICIPIO DE LEBRIJA**, **PROFILIA SANTOS DE JAIMES** y la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNCS**, impugnación impetrada por la parte accionante contra la Sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021), proferida por **JUZGADO DIECISÉIS PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA**, mediante la cual resolvió desestimar las pretensiones de la acción de tutela.

HECHOS

El accionante manifestó que en atención a que se encuentra desempeñando el cargo en propiedad de secretario, código 410 grado 8, en la institución educativa Florentino González del municipio de Cincelada de Coromoro-Santander desde el 3 de octubre de 2013 y que su núcleo familiar conformado por su esposa y sus dos menores hijas se encuentran domiciliadas en el municipio de Floridablanca, el 12 de enero de 2021 solicitó a la Administración Departamental de Santander, autorización de permuta con la funcionaria **PROFILIA SANTOS DE JAIMES**, quien ostenta en propiedad el mismo cargo que él en el municipio de Lebrija-Santander, lugar cercano al lugar de residencia familiar, lo cual le permitiría estar cerca de su núcleo familiar quien requiere de su apoyo emocional y acompañamiento constante, toda vez que sus dos hijas cuentan con problemas de salud que han impedido que su cónyuge pueda laborar. Sin embargo, la accionada no accedió a la pretensión, comunicándole el 26 de febrero de 2021 que en atención a la emergencia sanitaria por el covid-19 el tipo de traslados como el solicitado se encontraban suspendidos, y adicional a ello actualmente se encontraban adelantando nombramientos y posesiones de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 505 de 2017, lo cual podrían inferir en ese tipo de movimientos del personal.

Por lo anterior, estimó que la negativa a conceder su traslado por permuta afectó en forma flagrante su derecho a la salud, vida digna y unión familiar, por lo que solicitó se ordenara por vía de tutela a la **DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, que garantizara el oportuno y eficiente traslado por permuta, solicitada entre el accionante y la señora **PROFILIA SANTOS DE JAIMES**.



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

ACTUACION PROCESAL

Mediante auto del 19 de abril de 2021, el **JUZGADO DIECISÉIS PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA** dispuso avocar el conocimiento preferente y sumario del trámite constitucional, ordenándose correr el traslado correspondiente a las entidades enunciadas, así mismo se realizó la vinculación del Colegio Florentino González del corregimiento de Cincelada del Municipio de Coromoro, el Colegio Integrado Nuestra Señora de las Mercedes del Municipio de Lebrija, la ciudadana Profilia Santos de Jaimes y la Comisión Nacional del Servicio Civil para que se pronunciara al respecto, otorgando un término perentorio de 48 horas contadas a partir de la fecha de notificación.

Una vez surtido el traslado, el Juzgado de primera instancia, emitió el correspondiente fallo el día treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021); decisión que fuera impugnada por la parte accionante dentro del término de ley, avocando este estrado el conocimiento de la presente acción constitucional y por tanto para esta fecha procede a emitir el correspondiente fallo que en derecho corresponda.

CONTESTACION DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

COLEGIO FLORENTINO GONZÁLEZ DEL CORREGIMIENTO DE CINCELADA

Señaló que frente al traslado por permuta que pretendía el accionante con la señora Profilia Jaimes de Santos no contaban con alguna objeción, toda vez que al cumplir con las mismas funciones no considerarían que se pudieran ver afectados los servicios de dicha institución.

PROFILIA SANTOS DE JAIMES

Adujo que tal y como lo expuso el accionante, entre éstos se tramitó una solicitud de permuta libremente convenida y de mutuo acuerdo, la cual se pretendió al verificarse que cuentan con el mismo cargo en propiedad y de esta manera cumplían con los requisitos exigidos para ello. Seguidamente manifestó que tal solicitud se adelantó no solo por la unidad familiar del accionante, sino por la unidad de ambas partes, ya que su hija pernotaba en un municipio aledaño a Coromoro - Santander y por tanto, accedió a la permuta por su deseo a estar nuevamente en unidad familiar.

COLEGIO INTEGRADO NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE LEBRIJA SANTANDER

Manifestó que a su criterio la Gobernación de Santander realizó una interpretación errónea de la norma, pues la situación actual de pandemia por COVID 19 no es argumento legal procedente que impida la materialización de permuta voluntaria, como tampoco el argumento de nombramiento de funcionarios correspondientes a la lista de elegibles, por cuanto estos cargos no fueron ofertados en el proceso, dado que los dos funcionarios se encontraban en cargos en propiedad, cumpliendo el término dispuesto por la ley. Así las cosas consideraron que, la Gobernación de Santander realizó actuaciones contrarias a las disposiciones constitucionales y legales, avocando al accionante a un perjuicio irremediable, que le impedía el mejoramiento de sus condiciones laborales y con ello las de su núcleo familiar.

MARIO DURÁN CÁCERES,

Indicó que para la fecha de ocurrencia de los hechos ya no fungía como rector del Colegio Florentino González del corregimiento de Cincelada, como quiera que fue trasladado al Colegio Técnico Agropecuario Rafael León Amaya de Coromoro, motivo por el cual solicitó su desvinculación.



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER

Refirió que no era la entidad competente para llevar a cabo la realización de concurso de méritos de carrera administrativa, al centrarse su función únicamente en reportar las vacantes definitivas con las cuales contaba ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que la mencionada entidad se encargara de realizar los trámites tendientes a surtir las mencionadas vacantes definitivas con funcionarios de carrera administrativa de carácter en propiedad. Seguidamente, aclaró que la competencia para la administración del personal administrativo adscrito a la Secretaría de Educación Departamental de Santander, se encontraba en cabeza de la Secretaria General de la Gobernación de Santander –Dirección de Talento Humano, por lo cual la Secretaria de Educación Departamental sólo contaba con competencia para regular los actos administrativos del personal docente y del directivo docente adscrito a la planta de cargos de la Secretaria de Educación Departamental, y es en tal sentido, era la Secretaria General a través de la dirección de talento humano quien ostentaba la competencia de regular las situaciones administrativas de los servidores públicos departamentales, incluidos los administrativos de los planteles educativos. En consecuencia concluyó que, el proceso de cambio de sede y los hechos objeto de la acción de tutela eran de conocimiento de la Secretaria General Departamental de Santander, en razón a la competencia atribuida mediante el Decreto No. 0612 del 1 de septiembre de 2020, 263 de 2013 y 111 de 2018, a través de los cuales se delegaban funciones, no teniendo injerencia alguna la Secretaria de Educación de Santander, razón por la cual consideró que no vulneró los derechos incoados por el accionante, por lo que solicitó se ordenara su desvinculación por falta de legitimidad en la causa por pasiva.

SECRETARÍA GENERAL DE SANTANDER, DIRECTORA ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO

Comunicó que tal y como lo expresó el accionante en su escrito de tutela, frente a su pretensión de traslado por permuta, el 26 de febrero de 2021 se emitió respuesta de fondo a dicho derecho de petición, la que se despachó en forma desfavorable, dado que no se acreditó la necesidad del servicio y con ocasión a la situación de Pandemia por Covid-19, los traslados de tal tipo se encontraban suspendidos; decisión que a su vez sustentó ante la existencia de un proceso de selección adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con lo cual consideró que de accederse a lo pretendido por el actor, podría verse afectado el derecho a la igualdad de los convocados. Seguidamente, reiteró que a su criterio no existía una necesidad prioritaria para acceder a lo pretendido, al encontrarse los involucrados debidamente ubicados y desempeñando sus funciones sin ninguna clase de complicación, motivo por el cual con la negativa de la entidad consideraba que no se vulneraron derechos fundamentales, pues el traslado era una facultad discrecional por parte del nominador, por lo que no resultaba viable discutirlo por vía de tutela, pues para ello estaba prevista la vía administrativa. Por lo anterior, solicitó se declarara improcedente la acción, ante el incumplimiento del principio de subsidiariedad.

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Finalmente, y de forma extemporánea adujo la referida comisión que las solicitudes de traslado, se consideraban como de conocimiento exclusivo de la administración de personal, por lo cual era competencia de cada entidad resolverlas. En tal sentido, puntualizó que las funciones conferidas a dicha entidad se centraban en funciones de vigilancia y control preventivo y correctivo, frente a derechos de carrera administrativa que le asistan a los servidores con dicha condición de empleo y no a situaciones particulares que pudieran presentar en las entidades, relacionadas con temas administrativos como un traslado. Por lo anterior solicitó declarar la improcedencia de la acción respecto de tal entidad.



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

DECISIÓN IMPUGNADA

El a quo luego de establecer los hechos y pretensiones de la accionante y al analizar las contestaciones de las entidades accionadas y vinculadas, resolvió DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA, en contra de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER dado que se consideró que conforme a la normatividad aplicable, al estar supeditados a la discrecionalidad de la administración los traslados por permuta, dentro de tales solicitudes se deben incluir no solo aspectos como el acuerdo de voluntades, sino además aquellos aspectos subjetivos por los cuales se motiva tal solicitud, así como cumplirse con el cronograma que habilite la administración para la valoración de tales requerimientos. En tal sentido, al no acreditarse que dentro de la solicitud inicial se hubiesen puesto en conocimiento las circunstancias especiales por la cual se requería tal permuta, se consideró que la decisión adoptada por la entidad estuvo ajustada a lo exigido, y en dicho sentido resultaba improcedente valorar situaciones que no le fueron puestas en conocimiento a la entidad a efectos de que adoptara la decisión pertinente, al no acudir a los medios ordinarios idóneos en debida forma.

IMPUGNACIÓN

El accionante manifestó en su escrito de impugnación que respecto a la subsidiaridad del trámite, el mismo procedía al corroborarse la vulneración de un derecho fundamental a un menor que requería del acompañamiento permanente de su padre y por tanto, que éste pudiera acceder a un traslado en un lugar cercano al domicilio de la menor. Seguidamente, consideró que la decisión adoptada por la administración carecía de fundamento, toda vez que al existir conceso entre las partes para la permuta y cumplirse los requisitos requeridos que para ésta opere, no encontraba el motivo por el cual se decidiera que lo pertinente era acudir a instancias que por su demora continúen afectado la unidad familiar. Posteriormente, indicó que las razones otorgadas por la administración resultan inadmisibles e ilógicas y las mismas contravierten sus derechos a la unidad familiar. Por otra parte, indicó que pese a que su solicitud fue puesta en conocimiento del actual gobernador del departamento, y que éste señaló que no se contaba con algún impedimento para acceder a la misma, pese a ello la Secretaria de Talento Humano persistía con tal negativa. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que SE REVOCARA el fallo emitido el 30 de abril de 2021, y en consecuencia se ampararan sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, mínimo vital, trabajo y unidad familiar, con lo cual se ordenara a la entidad aprobar la permuta solicitada, en el menor tiempo posible.

CONSIDERACIONES

En primer lugar, es de resaltar que este despacho es competente para conocer de la presente actuación conforme así lo señala el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

De acuerdo al desarrollo normativo impreso en el artículo 86 de la Constitución Política y su decreto reglamentario 2591 de 1.991, además, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, la acción de tutela se constituyó en el instrumento jurídico confiado a los Jueces, con el fin de brindar a las personas la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos de índole formal, a demandar protección a sus derechos fundamentales constitucionales cuando consideren que estos le han sido vulnerados o están en amenaza de serlo, por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

Para el presente caso se tiene que, el accionante **JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA**, solicitó se tutelara sus derechos fundamentales de **DERECHO A LA VIDA, AL MINIMO VITAL, A LA SALUD, AL TRABAJO Y A LA UNION FAMILIAR** ya que a su parecer estos derechos fueron vulnerados por parte de los representantes de **GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, al dar como negativa la respuesta de permuta o traslado de puesto laboral.

A fin de resolver el asunto, dado que el presente tramite se presentó, el Despacho se pronunciará sobre los siguientes asuntos: (i) De la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. (ii) Del principio de subsidiariedad. (iii) Del derecho al debido proceso administrativo. (iv) Perjuicio irremediable.

(i) **De la Acción de tutela como mecanismo de protección de los Derechos fundamentales.**

La acción de tutela es un mecanismo que se creó en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991, para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública o particular y, bajo ciertos supuestos, que en su tenor literal dice:

“Toda persona tendrá derecho a la 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 actué 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 aquél 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 aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrá 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”

De la anterior disposición normativa, se encuentra que la acción de tutela es un instrumento de carácter subsidiario y residual, preventivo y no declarativo, al que puede acudir cuando no se cuenta realmente con otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos fundamentales, o cuando, teniéndolo, sin embargo éste no ofrece garantías de celeridad y eficacia para hacer que cese la violación, o para evitar un perjuicio irremediable. Se trata entonces de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley.

En ese sentido la acción de tutela no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que se configure un perjuicio irremediable, caso en el cual, la tutela procede hasta que la autoridad correspondiente decida de fondo sobre el asunto.

Sin embargo, hay ocasiones que pese existir medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

fundamentales; y el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

En sentencia T- 177 de dos mil once (2011), siendo Magistrado ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, se reiteró que la acción de tutela es procedente en determinados casos, veamos:

“En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”

(ii) Del principio de subsidiaridad

Respecto de dicho principio, ha manifestado la Corte que, dado que el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica.

Así las cosas, uno de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, consisten justamente en que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial; y es allí, ante la autoridad competente, donde el peticionario puede plantear su inconformidad, expresar las razones de su desacuerdo frente a las decisiones adoptadas a través de los recursos que la ley prevé.

De la misma manera, en Sentencia T-480 de 2011 la corte señaló:

“En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior.

“ (...) Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque,



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración ius fundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”

En tal sentido, procede este Despacho a valorar si para el conjunto de hechos expuestos por la parte actora, existe algún mecanismo ordinario al cual pudiera acudir para solicitar sus pretensiones.

De manera particular, frente a la cuestión bajo estudio, la jurisprudencia ha destacado que el mecanismo de la acción de tutela no es procedente, por regla general, para solicitar un traslado de un empleado de carrera administrativa, toda vez que, la respuesta que se brinde por la administración es susceptible de ser controvertida, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹. De este modo, la posibilidad de oponerse a actos administrativos se encuentra dentro de las hipótesis previstas en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando al consagrar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se dispone que: *“ Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)”*.

Sumado a lo anterior, la Corte ha manifestado que si bien, como se dijo, la regla general es la improcedencia de la acción de tutela en casos como el aquí estudiado debido a la existencia de otros mecanismos de defensa para controvertir la decisión tomada, de forma excepcional se presentan algunos supuestos en los que puede considerarse que existe una inminente amenaza o vulneración del orden constitucional y por tanto se hace imperiosa la intervención del juez de tutela². En este sentido, se ha dispuesto que: *“ para que el juez constitucional pueda entrar a pronunciarse sobre una decisión de traslado laboral, se requiere lo siguiente: (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 (T-715 de 1996 y T-288 de 1998); y (ii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar.”* Por esta razón, se ha admitido que la intervención de juez de tutela se encuentra condicionada *“ a un examen particular de las circunstancias fácticas que rodean cada caso concreto, en las cuales se deberá comprobar la existencia de una carga desproporcionada en cabeza del docente, por virtud de la cual se pueda acreditar que el hecho de someterlo a los tiempos del procedimiento ordinario de traslado, conduciría a un escenario de amenaza real o de vulneración de los derechos fundamentales del docente o de su núcleo familiar”*.³

¹ Ley 1437 de 2011. Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. *“ La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente conocerá de los siguientes procesos: // 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable. // 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. // 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. // 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. // 5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno. // 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades. // 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado. // Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.”*

² Ver sentencia T-608 de 2014

³ Sentencia T-065 de 2007 reiterada en las sentencias T-316 de 2016, T-489 de 2015, T-608 de 2014, T-236 de 2013, T-543 de 2009 y T-280 de 2009.



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

En virtud de lo anterior, este Despacho valorará el trámite realizado por la Dirección Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de Santander frente a la solicitud de traslado recíproco o de permuta de cargos realizada por el accionante el 12 de enero de 2021.

(iii) Del derecho al debido proceso administrativo.

El derecho al debido proceso, como desarrollo del principio de legalidad y como pilar primordial del ejercicio de las funciones públicas⁴, es un derecho fundamental que tiene por objeto la preservación y efectiva realización de la justicia material. Este derecho, ha sido ampliamente reconocido como un límite al ejercicio, *in genere*, de los poderes públicos; esto, pues tal y como lo preceptúa la Constitución Política⁵, debe ser respetado indistintamente, tanto en las actuaciones administrativas, como en las de carácter jurisdiccional.

Adicionalmente, el derecho al debido proceso está conformado por un conjunto de garantías que tienden por el respeto y protección de los derechos de los individuos que se encuentran incurso en una determinada actuación de carácter judicial o administrativa; y en virtud de las cuales, las autoridades estatales cuentan con la obligación de ajustar su accionar conforme a los procedimientos contemplados para cada tipo de trámite⁶.

Al respecto, en Sentencia C-641 de 2002, esta Corporación expuso:

*“...el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, exige que todo procedimiento previsto en la ley, se adecue a las reglas básicas derivadas del artículo 29 de la Constitución, tales como la existencia de un proceso público sin dilaciones injustificadas, con la oportunidad de refutar e impugnar las decisiones, en donde se garantice el derecho defensa (sic) y se puedan presentar y controvertir pruebas, so pena de vulnerar los derechos fundamentales de los sujetos procesales y de alterar las reglas mínimas de convivencia social fundadas en los postulados del Estado social de derecho (C.P. artículos 1º, 4º y 6º)”*⁷.

En tal sentido, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha definido el debido proceso puntualmente en el derecho administrativo como:

*“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.”*⁸

Del mismo modo ha señalado que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes:

“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁵ Artículo 29 de la Constitución Política.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-980 de 2010. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Sentencia C-641 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁷ Esta Corporación, en sentencia C-037 de 1996 manifestó que: ‘Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados...’

⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-214 de 1994 y T-051 de 2016.



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”⁹

En este orden de ideas ha señalado nuestra Honorable Corte que cualquier transgresión a las garantías mínimas mencionadas anteriormente señaladas, atentaría contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción) y vulneraría los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones.

Por lo anterior, con la finalidad de iniciar la valoración con el fin de verificar que si se transgredieron los derechos de la parte actora, resulta oportuno en primera medida puntualizar que pese a lo señalado por el actor en su escrito, encuentra este Despacho que conforme a lo señalado por el Decreto 1278 de 2002, a dicha parte no le es posible aplicársele lo que se ha dispuesto respecto de los traslados de directores y personal docente frente a las solicitudes de traslados y permutas, al disponerse que:

“ARTÍCULO 67. Personal administrativo. El personal administrativo de los establecimientos educativos estatales se regirá por las normas que regulan la vinculación y administración del personal de carrera administrativa, conforme a lo dispuesto por la Ley 443 de 1998 y demás normas que la modifiquen, sustituyan y reglamenten. El régimen salarial y prestacional del personal administrativo de los establecimientos educativos estatales, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, será el dispuesto por las normas nacionales.”

En tal sentido, contrario a lo señalado por el a quo y la parte actora, es el decreto 1083 de 2015 en donde se ha señalado o correspondiente a traslados y permutas entre empleados públicos en carrera administrativa.

}

En dicho sentido, en tal texto normativo mediante la modificación con el Decreto 648 de 2017 se dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.5.4.2 Traslado o permuta. Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares. También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño. Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente decreto. Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, los jefes de cada entidad deberán autorizarlos mediante acto administrativo. Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo dispuesto en este decreto. El traslado o permuta procede entre organismos del orden nacional y territorial.” (Subrayado por el Despacho).

Por lo anterior, respecto de la procedibilidad para solicitar un traslado por permuta dicho Decreto dispone:

ARTÍCULO 2.2.5.4.3 Reglas generales del traslado. El traslado se podrá hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado. El

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-214 de 1994.



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

traslado podrá hacerse también cuando sea solicitado por los empleados interesados, siempre que el movimiento no afecte el servicio.

De lo anterior, es posible dilucidarse que normativamente se impuso una serie de aspectos que las entidades deben tener en cuenta al momento de valorar una solicitud de traslado recíproco o de permuta de cargos, y en tal sentido el acto administrativo mediante el cual se decida lo pertinente, además de contar con las formalidades pertinentes al momento de su notificación, debe estar debidamente motivada, como quiera que conforme lo ya señalado, dichos actos administrativos deben encontrarse debidamente fundamentados bajo la acreditación de un debido estudio frente a los requisitos señalados por la normatividad, para que de esta manera, de encontrarse el administrado en descontento con la decisión, le sea posible reponerla bajo los fundamentos que controviertan los argumentos inicialmente dados para su negatividad o en su lugar, acuda ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Clarificado en dicho sentido la totalidad de elementos a tener en cuenta para de esta forma valorar un presunto menoscabo al derecho de petición de traslado recíproco o de permuta de cargos realizado por la parte actora, es posible concluir de la totalidad de pruebas aportadas lo siguiente:

- i) El 12 de enero de 2021 el accionante solicitó traslado recíproco o permuta de cargos, bajo el fundamento de la existencia de un conceso de las dos partes para ser trasladadas, en la cual en ningún momento se aludieron a circunstancias particulares por las cuales se solicitaba dicho traslado;
- ii) Que frente a dicha solicitud administrativa, por tratarse de un empleado perteneciente a carrera administrativa, el 26 de febrero de 2021 su empleador la Gobernación de Santander a través de su oficina de talento humano contestó su solicitud, dentro de la cual una señaló que la misma no era pertinente en dicho momento, ante una posible afectación en el servicio, dada la existencia de una emergencia sanitaria, y encontrarse la entidad adelantado trámites de nombramientos de una lista de elegibles que podría inferir en los movimientos de personal que se pretendían;
- iii) Que la respuesta otorgada por la entidad resolvió de fondo lo pretendido por el actor de la manera en la que la parte actora lo solicitó, al señalar expresamente que negaría sus pretensiones, lo cual sustentó con la normatividad y las conclusiones que de ellas consideró relevantes;
- iv) Que dicha decisión fue efectivamente notificada a la parte actora, la cual desde ese momento contó con la posibilidad de recurrir la decisión con los argumentos que pretendió hacer valer en el presente trámite constitucional;
- v) Que al contar desde el 26 de febrero con el conocimiento de los fundamentos por los cuales se negó lo requerido, contaba con la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que se valoraran los fundamentos alegados por la entidad para negar lo pretendido.

De esta manera, coincide este Despacho con los fundamentos señalados por el a quo al momento de cuestionar el motivo por el cual, pese a que la parte actora mencionó en este mecanismo la vulneración al debido proceso en conexidad con los derechos a la unidad familiar y salud de su menor hija, tales planteamientos en ningún momento fueron puestos a estudio de



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

su empleador, circunstancia por la cual, se reprocha en dicho sentido que el actor pretenda utilizar el presente mecanismo para cuestionar una decisión administrativa con un conjunto de fundamentos que en el momento procesal respectivo no se utilizaron ante su empleador para fundamentar tal solicitud y por lo cual, es posible concluir por este Despacho que el referido acto administrativo con el cual se resolvió su solicitud, no vulneró en ningún sentido su derecho al debido proceso administrativo.

(iii) Perjuicio irremediable.

Finalmente, en lo que respecta a que se haya acreditado siquiera de manera sumaria la existencia de un alto grado de afectación a los derechos del accionante que inste al suscrito a la valoración del reconocimiento del derecho a la permuta automática, pese a no haberse realizado previamente los trámites pertinentes con los fundamentos que aquí se allegaron, y encontrar a su disposición los mecanismos existentes en la jurisdicción contenciosa administrativa, encontramos que respecto de las pruebas en el proceso de tutela, la H. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, en sentencia T- 153 de 2011, proferida el 8 de marzo de 2011, con ponencia del Magistrado Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, manifestó:

“Si bien la acción de tutela tiene como una de sus características la informalidad, el “juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso”.¹ Así, ha estimado esta Corte que: “un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.”² Por eso, la decisión del juez constitucional “no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”. (Negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido, La Corte Constitucional ha dado unos elementos para tenerse en cuenta al evaluar si efectivamente se está frente a un caso de perjuicio irremediable que son¹⁰:

“ A) (...) inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...) B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a toda luz inconveniente. D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su

¹⁰ Sentencia T-352/11. Corte Constitucional.



ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIONANTE: JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA

CONTRA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER

RADICADO: 68001-4088-016-2021-00045-01

integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)

Es claro que el accionante no acreditó con prueba siquiera sumaria ninguno de los elementos mencionados anteriormente dado que si bien en el acápite de hechos señala la existencia de circunstancias familiar que motivan su traslado, además de no acreditar haberlas puestas en conocimiento de su empleador, en ningún momento se acredita el perjuicio que se generaría con la espera de que el accionante proceda con un debido trámite ante la entidad elevando solicitudes con el lleno de formalidades requeridas por la entidad empleadora y/o acudiendo a la jurisdicción contenciosa administrativa, más aún cuando no se acredito haber realizado tales gestiones con la totalidad de los requerimientos respectivos, previo a la radicación del presente trámite constitucional.

Así las cosas, se advierte que los argumentos del apelante, no tienen vocación de prosperidad y suficiente capacidad suasoria que permitan desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad de que goza la decisión proferida por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal Con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, razón por la cual se procederá a **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia, conforme se señaló en precedencia.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO**, administrando justicia nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido por el **JUZGADO DIECISEIS PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA**, de fecha, naturaleza, origen y contenido que fuera impugnado y al que se hizo referencia en el segmento motivo, esto es, dentro de la acción de tutela interpuesta por **JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA** contra la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** y la **DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, siendo vinculado el **COLEGIO FLORENTINO GONZÁLEZ DEL CORREGIMIENTO DE CINCELADA DEL MUNICIPIO DE COROMORO**, el **COLEGIO INTEGRADO NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DEL MUNICIPIO DE LEBRIJA**, **PROFILIA SANTOS DE JAIMES** y la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC**, conforme a la parte motiva que antecede.

SEGUNDO: Por los medios legales más expeditos, entérese de esta decisión a las partes intervinientes y oportunamente remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

WILLIAM CALA CALVETE