



ACCIÓN DE TUTELA

68-001-40-88-016-2021-00045-00

Bucaramanga, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 del 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal, el Despacho entra a resolver la acción de tutela promovida por JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA, identificado con la cédula de ciudadanía número 13.862.742, actuando en nombre propio en contra de GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, siendo vinculados de oficio COLEGIO FLORENTINO GONZÁLEZ DEL CORREGIMIENTO DE CINCELADA DEL MUNICIPIO DE COROMORO, el COLEGIO INTEGRADO NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DEL MUNICIPIO DE LEBRIJA, y, la ciudadana PROFILIA SANTOS DE JAIMES para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales a la SALUD, VIDA DIGNA, MÍNIMO VITAL, TRABAJO Y UNIDAD FAMILIAR, presuntamente vulnerados.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA se encuentra vinculado en propiedad en el cargo de secretario, código 410 grado 8, en la institución educativa Florentino González del municipio de Cincelada de Coromoro, labor para la que fue designado desde el 6 de octubre de 2020.

Afirma que su núcleo familiar se encuentra domiciliado en el municipio de Floridablanca, por lo que en la actualidad su esposa es la única que puede velar por el cuidado de sus dos menores hijas de 2 y 9 años de edad, quienes además requieren controles médicos permanentes, motivo por el cual ella no puede ejercer una actividad laboral, lo que ha conllevado a asumir los gastos básicos de ambas residencias, con lo que se afecta los ingresos de su hogar.

En virtud de la salud de las menores y la situación económica precitada, 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, lugar cercano al del lugar de residencia familiar. Sin embargo la accionada no accedió a la pretensión.

Por lo anterior, estima que la negativa a conceder su traslado por permuta afecta en forma flagrante su derecho a la salud, vida digna y unión familiar, pues el no atender las recomendaciones médicas de sus menores hijas, puede generarle consecuencias perjudiciales en su salud, por lo que pide se ordene vía de tutela el mismo.

PRETENSIONES

Invoca la accionante se protejan sus derechos fundamentales constitucionales a la salud, vida digna, mínimo vital, unidad familiar y trabajo y, en consecuencia, se resuelva:



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Acusatorio Penal
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

1. ORDENAR a la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, autorice, gestione y realice el oportuno y eficiente traslado por permuta solicitada entre el accionante y la señora PROFILIA SANTOS DE JAIMES.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del pasado diecinueve (19) de abril de los corrientes, se avocó el conocimiento de la presente acción de control constitucional, dentro del cual corrió el respectivo traslado a la GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, siendo vinculados de oficio COLEGIO FLORENTINO GONZÁLEZ DEL CORREGIMIENTO DE CINCELADA DEL MUNICIPIO DE COROMORO, el COLEGIO INTEGRADO NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DEL MUNICIPIO DE LEBRIJA, y, la ciudadana PROFILIA SANTOS DE JAIMES para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales a la SALUD, VIDA DIGNA, MÍNIMO VITAL, TRABAJO Y UNIDAD FAMILIAR, presuntamente vulnerados.

Se vinculó de oficio a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Respuestas obtenidas:

1. COLEGIO FLORENTINO GONZÁLEZ DEL CORREGIMIENTO DE CINCELADA, informó que no presenta ninguna objeción en que se realice la permuta libremente convenida entre los funcionarios José Alfredo Delgado Tarazona identificado con C.C. 13862742 de Guaca y la Señora Profilia Jaimes de Santos, identificada con C.C. 28.160.987 de Guaca, ya que no se ven afectados los servicios de la Institución por que cumplen con las mismas funciones.

2. PROFILIA SANTOS DE JAIMES, informa que en efecto tramitó una permuta con el accionante José Alfredo Delgado Tarazona, la que se efectuó en forma libre y de mutuo acuerdo.

Explica que en la actualidad poseen el nombramiento en el cargo de SECRETARIO código 410 grado 8º, con carácter de propiedad y cumplen con los requisitos exigidos para esta finalidad.

Afirma que dicho traslado le beneficia por cuanto su hija, quien conforma su núcleo familiar y con quien convive hace muchos años, fue vinculada mediante concurso de la Gobernación de Santander en un colegio del Municipio del Valle de San José y desea estar nuevamente en unidad familiar para apoyarse mutuamente en las actividades y tareas que se deben desarrollar.

3. COLEGIO INTEGRADO NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE LEBRIJA SANTANDER, indica que la Gobernación de Santander ha hecho una interpretación errónea de la norma, dejando cercenada la posibilidad de realizar permuta voluntaria a dos funcionarios que cumplen con las condiciones y requisitos exigidos por la ley, 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 y los dos funcionarios se encuentran en cargos en propiedad cumpliendo el término dispuesto por la ley, así las cosas la Gobernación de Santander viene realizando actuaciones contrarias a las disposiciones constitucionales y legales, avocando al tutelante a un perjuicio irremediable, que le impide el mejoramiento de sus condiciones laborales, y el acceso a los procesos que la misma ley le otorga a fin de poder lograr el mejoramiento de su calidad de vida y la de su familia, en un contexto laboral que le permita acercarse a su lugar de residencia, por lo que no puede entonces la entidad accionada violar el debido proceso administrativo, que debe regir en todas las decisiones
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.

j16pmpalcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





de la entidad, bajo los principios de moralidad, legalidad, debido proceso, transparencia, imparcialidad y oportunidad.

Resalta que el tutelante tiene derecho a un proceso justo y ajustado a derecho, siendo un funcionario destacado que cumple con los requisitos de ley, por lo que solicita acceder a las pretensiones del peticionario y desvincular a su institución educativa por falta de legitimación en la causa por pasiva.

4. MARIO DURÁN CÁCERES, RECTOR COLEGIO NACIONAL JOSÉ ANTONIO GALÁN, indica que para la fecha de ocurrencia de los hechos ya no fungía como rector del Colegio Florentino González del corregimiento de Cincelada.

5. SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, refiere que no es la entidad competente para llevar a cabo la realización de concurso de méritos de carrera administrativa, esta entidad únicamente reporta las vacantes definitivas con las cuales cuenta ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que la mencionada entidad se encargue de realizar los trámites tendientes a surtir las mencionadas vacantes definitivos con funcionarios de carrera administrativa de carácter en propiedad.

Aclara que la competencia para la administración del personal administrativo adscrito a la Secretaría de Educación Departamental de Santander, se encuentra en cabeza de la Secretaria General de la Gobernación de Santander – Dirección de Talento Humano tal y como lo establece el artículo 5 Delegación Especial en los secretarios de Despacho del Decreto 0612 de 1 de septiembre de 2020, a su secretaría se han delegado ciertas funciones, pero de conformidad con el literal b del numeral 4 y 5 respectivamente, se evidencia que la Secretaria de Educación Departamental sólo tiene competencia para regular los actos administrativos del personal docente y directivo docente adscrito a la planta de cargos de Secretaria de Educación Departamental y es la Secretaria General a través de la dirección de talento humano quien ostenta la competencia de regular las situaciones administrativas de los servidores públicos departamentales incluidos los administrativos de los planteles educativos.

En consecuencia, el proceso de cambio de sede y los hechos objeto de la presente acción de tutela lo adelanta 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 delegan funciones, no teniendo injerencia alguna la Secretaria de Educación de Santander, razón por la cual estima que no ha vulnerado los derechos incoados por el accionante, por lo que solicita se ordene su desvinculación por falta de legitimidad en la causa por pasiva.

6. SECRETARÍA GENERAL DE SANTANDER, DIRECTORA ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO, señaló que el accionante ostenta la calidad de Secretario, código 410, grado 8, por lo que no resultaba procedente acceder al traslado solicitado, pues el artículo 2.2.5.4.2. del Decreto 1083 de 2015 es claro en señalar las causales de traslado o permuta, sin que se cumplan en el presente evento, pues no se acreditó la necesidad del servicio.

Así mismo, señaló que el 26 de febrero de 2021 emitió respuesta de fondo a la solicitud de permuta elevada por el accionante, 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, ese tipo de traslados se encuentran suspendidos, además, dado que se encuentran supliendo los cargos respectivos en cumplimiento de proceso de selección de la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocatoria 505 de 2017, pues se afectaría el derecho a la igualdad de los convocados.

Reitera que no existe necesidad del servicio para acceder a lo pretendido, dado que en la actualidad están ubicados y se encuentran desempeñando sus funciones sin ninguna

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.





circunstancia que afecte la administración departamental, por lo que con la respuesta negativa no se vulneraron derechos fundamentales, pues el traslado es una facultad discrecional por parte del nominador y por necesidad del servicio, por lo que no es viable discutirlo por vía de tutela, pues para ello está prevista la vía administrativa.

Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción, por incumplimiento del principio de subsidiariedad.

7. Una vez transcurrido el término legal, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, vinculada de oficio al presente trámite, no respondió el escrito de tutela pese a haber sido notificada en debida forma mediante correo electrónico.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

Antes de realizar el estudio del caso planteado, considera este Despacho que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe en su nombre, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, dicha normativa «*contiene los elementos de procedencia de la acción de tutela, entre ellos, el relacionado con la legitimación en la causa, la cual se entiende como la potestad que tiene una persona para invocar sus pretensiones o controvertir aquellas que se han aducido en su contra. De esta manera, el primero de los eventos se conoce como legitimación en la causa por activa y el segundo como legitimación en la causa por pasiva*»¹.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En la presente causa, se advierte que, quien acude a la acción de tutela, es precisamente la persona que se considera directamente afectada por la conducta esgrimida por la parte demandada. Por lo tanto, al tenor de lo explicado en el título anterior, no existe duda acerca del cumplimiento de este requisito.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado.

De acuerdo a lo contemplado en los artículos 86 de la Constitución y 5° del Decreto 2591 de mil novecientos noventa y uno (1991), en concordancia con el artículo 13 de la ley 1437 de dos mil once (2011), el DEPARTAMENTO DE SANTANDER Y LA SECRETARÍA GENERAL – DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO, integran el poder ejecutivo de dicha entidad territorial y, por tanto, son autoridades públicas con capacidad para ser parte, por ende se encuentran legitimadas en la causa por pasiva para actuar en

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.



este proceso, encontrándose cumplido este requisito, además, dadas las funciones asignadas por delegación, es competencia de la Secretaría General pronunciarse de fondo sobre lo peticionado.

Si bien, fue indispensable su vinculación al interior de la presente acción de tutela, LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, COLEGIO FLORENTINO GONZÁLEZ DEL CORREGIMIENTO DE CINCELADA DEL MUNICIPIO DE COROMORO, el COLEGIO INTEGRADO NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DEL MUNICIPIO DE LEBRIJA, y, la ciudadana PROFILIA SANTOS DE JAIMES, por ser entidades y una particular a las que les asistiría interés en pronunciarse en el presente asunto, no son las competentes para resolver de fondo la petición de traslado por permuta elevada por el accionante, por lo que no existe legitimación en la causa por pasiva respecto de las mismas.

INMEDIATEZ

Entendiendo que este requisito se refiere a que la interposición de la acción de tutela se dé dentro de un término razonable, contado a partir del momento de ocurrencia del hecho alegado como transgresor de los derechos fundamentales, para este Despacho se encuentra satisfecha esta exigencia, toda vez que, el motivo que da lugar a la pretensión de la acción tiene fundamento en la negativa de autorizar el traslado de institución educativa, respuesta otorgada el 26 de febrero de 2021, según la exposición de la accionante y el acervo probatorio, por lo que considera este Estrado que se encuentra acreditado este presupuesto de procedibilidad, pues no han transcurrido más de dos meses.

Así mismo, se advierte que la situación de salud de la menor hija del accionante no ha variado, por lo que se configura en un hecho continuado.

SUBSIDIARIEDAD

Conforme al inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

En ese orden de ideas, es claro que en el caso *Sub Examine* deberá esta falladora estudiar los requisitos que ha entablado la jurisprudencia constitucional, para determinar si sobre el asunto en cuestión es procedente o no el mecanismo constitucional.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta ocasión, corresponde al Juez de tutela establecer si:

- i. ¿Es procedente le presente acción constitucional para estudiar de fondo, la negación del Departamento de Santander, a través de la Secretaria General, de conceder el traslado por permuta entre los docentes JOSÉ ALFREDO DELGADO y PROFILIA SANTOS DE JAIMES, fundamentado en el ejercicio de una facultad discrecional del Estado.
- ii. De resultar procedente, ¿El Departamento de Santander, a través de la Secretaría General vulneró los derechos fundamentales constitucionales al debido proceso, unidad familiar, salud, mínimo vital y vida digna del docente JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA y su núcleo familiar, como consecuencia



de haber negado el traslado laboral solicitado del municipio de Cincelada de Coromoro, donde desempeña sus labores actualmente, al municipio de Lebrija donde trabaja la profesora PROFILIA SANTOS DE JAIMES con quien se busca la permuta frente al lugar de trabajo?.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se encuentra contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como el medio más expedito y eficaz para lograr que cesen o se detengan aquellas acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental, no obstante, la misma se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

Esto es, está prevista como un mecanismo procesal, complementario y específico que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es un instrumento de carácter directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaría a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

CARRERA ADMINISTRATIVA

La jurisprudencia constitucional ha precisado que, en el ordenamiento jurídico interno, la carrera administrativa se articula en torno a tres categorías o modalidades, a saber: (i) el sistema general de carrera, (ii) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional y (iii) los sistemas especiales de carrera de creación legal. El sistema general de carrera es aquel establecido en el artículo 125 Const., como regla general, para la gran mayoría de empleos públicos en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado, el cual se encuentra regulado en la Ley 909 de 2004, "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", y sus normas complementarias. De manera paralela al sistema general de carrera, coexisten sistemas especiales que, por su naturaleza, se encuentran sometidos a una regulación diferente por parte del legislador, pero siempre con observancia de los principios que orientan el sistema general de carrera. A estos se sujetan los empleos de determinadas entidades del Estado, bien por expreso mandato constitucional, ora por disposición del legislador, dada la singularidad y especificidad de las funciones que les vienen asignadas².

ACCION DE TUTELA PARA TRASLADO DE DOCENTE

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a la procedencia de la acción de tutela para lograr decisiones relativas al traslado de trabajadores,

² Corte Constitucional, Sentencia T -096-18
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.



esculpiendo una línea jurisprudencial sobre el tema, sea frente a solicitudes que la autoridad nominadora se niega a conceder, o cuando se busca la reconsideración de una reubicación. Se ha concluido que, por regla general, la acción de tutela no procede para esos propósitos, existiendo otras acciones a disposición de los interesados. Cuando se trata del traslado pedido por un docente, es necesario tener en cuenta si la negativa de la entidad nominadora es arbitraria e injustificada, frente a las razones planteadas por el interesado. De igual manera, en todos los casos será menester que la ubicación que el empleador se niega a modificar cause vulneración cierta, clara y directa a los derechos fundamentales del trabajador o de uno o más miembros de su familia inmediata, relacionados con la salud, o con la seguridad personal, o con la unidad del grupo familiar al que el trabajador pertenece. De no cumplirse a cabalidad esos presupuestos, forzoso es concluir que la acción de tutela no tendrá prosperidad³.

EJERCICIO DEL IUS VARIANDI EN EL SERVICIO PUBLICO DE EDUCACIÓN

El Ministerio de Educación expidió el Decreto 520 de 2010, mediante el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001, en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes. En esta reglamentación se sujeta el ius variandi, es decir, la posibilidad del empleador de determinar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que el empleado ejercerá su labor a dos posibilidades: i) al proceso ordinario de traslados y ii) a los traslados no sujetos al proceso ordinario⁴.

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, el cual debe ser respetado no solo en el ámbito de las actuaciones judiciales sino también en todos los procedimientos y procesos administrativos, de manera que se garantice (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados. Estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho.

Esta Corte ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a (i) ser oído durante toda la actuación; (ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) gozar de la presunción de inocencia; (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) solicitar, aportar y controvertir pruebas; y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.⁵

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS POR MEDIO DE LOS CUALES SE ORDENA UN TRASLADO LABORAL (Sentencia T-528 de 2017)

³ Corte Constitucional, Sentencia T-805/13

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-042-14

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-007-19.



**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Acusatorio Penal
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

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 derecho.

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 Estado. 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, este Tribunal fijó las condiciones que deben acreditarse en cada caso particular 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".

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, esta Corporación ha indicado lo siguiente:

"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 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."

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"*, a fin garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas y a la unidad familiar.

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.



EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA

La Constitución de 1991 consagra a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y reconoce el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella, así como la especial protección constitucional de la que son titulares.

A nivel legal, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el artículo 8º, definió el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como *"el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes"*.

Luego, en el artículo 9º estableció la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que (i) *"en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona"*; y (ii) *"en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente"*.

Por último, en el artículo 22, se estableció el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a tener y crecer en una familia, a no ser separado de ella, en los siguientes términos:

"Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella."

Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación".

A nivel internacional, en Declaración Internacional sobre los Derechos del Niño, se consagra la importancia de la familia para propiciar el ambiente de amor y de cuidado que el desarrollo infantil requiere.

Adicionalmente, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral. Según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento.

Finalmente, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que *"para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión."*

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que la familia es un componente fundamental para el crecimiento y desarrollo armónico de los menores. En tal sentido, ha resaltado que *"[t]odos los miembros de una familia tienen derecho a conservar su unidad, ya que aquella es la célula de la sociedad. El interés general recae sobre la unidad familiar, no sólo por razones elementales de conveniencia, sino porque el vínculo familiar no puede ser disuelto sin justa causa"*.

En la Sentencia T-961 de 2012 este Tribunal expresó lo siguiente:



"La protección del derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes, implica una garantía para su desarrollo integral, dado que en estas etapas, necesitan del apoyo moral y psicológico de su familia, fundamentalmente el de sus padres, para evitar cualquier trastorno que pueda afectar su desarrollo personal, de manera que solo excepcionalmente, dicha unidad podría ser afectada, por causas legales, como puede suceder con una decisión judicial relacionada con la privación de la libertad de uno de los padres, o cuando medie una decisión judicial o administrativa que determine la separación del hijo de sus progenitores o de uno de ellos".

CASO CONCRETO

En cuanto al caso bajo estudio, se tiene que JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA, solicita por vía de tutela se ordene a la Secretaría General de Santander y a la Dirección Administrativa de Talento Humano, acceder y materializar el traslado de su cargo de secretario en propiedad adscrito de la institución educativa Florentino González del municipio de Cincelada municipio de Coromoro, para el Colegio Integrado Nuestra Señora de las Mercedes del municipio de Lebrija, toda vez que tanto él como PROFILIA SANTOS DE JAIMES ejercen el mismo cargo en propiedad y requieren dicho traslado con fines de acercamiento familiar.

Explica que su núcleo familiar requiere de su presencia permanente en este domicilio, pues sus hijas de 9 y 2 años de edad reciben atención médica en esta ciudad y el sostener dos domicilios afecta su mínimo vital, además, el trasladar a su familia para el municipio de Coromoro, podría afectarle la estabilidad a sus hijas e interrumpir sus tratamientos de salud.

Al respecto, la Secretaría General de Santander fue enfática en manifestar que dado que no se requiere para la administración departamental dicho traslado - por cuanto se están cumpliendo las funciones en forma armónica-, el mismo se despachó en forma desfavorable, además, ese tipo de traslados se encuentran suspendidos con ocasión al Covid-19 y en caso de acceder a esa petición se afectaría el proceso normal de nombramiento de la provisión de cargos con ocasión a la convocatoria vigente realizada en el año 2017.

Bajo ese paradigma, debe este despacho recordar que en relación con el traslado de docentes del sector público, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples sentencias que la tutela no es el mecanismo procedente para exigir tal pretensión, por cuanto una decisión en tal sentido depende de la petición directa que se formule por el educador, la cual debe agotar el proceso administrativo, ordinario o extraordinario, dispuesto en la Ley 715 de 2001⁶ y en el Decreto 520 de 2010⁷. Una vez se haya surtido dicho trámite, 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 Administrativo⁸.

Sin embargo, aunque lo dicho anteriormente es la regla general, la misma no es absoluta, ello por cuanto dicha Colegiatura ha reconocido algunos eventos en los cuales la tutela se torna procedente para solicitar traslados, como cuando el juez constitucional encuentra acreditada *"una amenaza o violación grave e irremediable a los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar"*⁹

⁶ "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

⁷ "Por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes".

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-316 de 2016

⁹ Véase entre otras, las Sentencias T-1107 de 2007, T-468 de 2002, T-346 de 2001.



**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Acusatorio Penal
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

En concordancia, si bien le asiste razón a la accionada al indicar que en efecto el traslado debe ser motivado con ocasión a las necesidades del servicio, también lo es que en la Sentencia C-734 de 2003, la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo precitado, y concluyó que el literal a) del artículo 53 del Decreto 1278 de 2002, era exequible de manera condicionada "(...) en el entendido que esa facultad discrecional debe ser consecuencia de la necesidad del servicio, con evaluación de las condiciones subjetivas del trabajador y siempre y cuando se respeten las condiciones mínimas de afinidad funcional entre el cargo al que fue inicialmente vinculado y el nuevo destino".

Es así, que en primera medida debe este Juzgado determinar si el caso de trato es aquellos de los cuales resulta procedente el pronunciamiento de fondo del Juez de Tutela, toda vez que en la decisión que negó la solicitud del traslado, no se estudió de fondo la situación familiar y de salud del accionante y su núcleo familiar.

Con el fin de determinar lo anterior, surge indispensable hacer un estudio de la petición elevada por el ciudadano JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA. Dicho documento se adjuntó como prueba, y en él se puede advertir que se elevó "solicitud de permuta" el 18 de enero de 2021, suscrita por el accionante y la docente PROFILIA SANTOS DE JAIMES, quien labora en el municipio de Lebrija.

En dicha solicitud se evidencia que se solicitó lo siguiente:

"La presente tiene como objeto solicitar aprobación para realizar permuta libremente convenida entre los funcionarios administrativos, PROFILIA SANTOS DE JAIMES identificada con cédula de ciudadanía No. 28.160.987 de Guaca, en carrera, en el cargo de secretaria código 410 grado 8, del Colegio Integrado Nuestra Señora de las Mercedes del municipio de Lebrija; y JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.863.742 de Guaca de carrera, en el cargo secretario código 410 grado 8, del Colegio Florentino González del corregimiento de Cincelada del municipio de Coromoro"

Dicha petición fue absuelta el 26 de febrero de 2021, por cuanto luego de citar las normas aplicables en el caso concreto, se indicó que:

- "1. No se demostró la necesidad del servicio,*
- 2. Debido a la situación excepcional provocada por la emergencia económica, social y ecológica producto del Covid-19, este tipo de traslados se encuentran suspendidos;*
- 3. Se está adelantando en el momento los nombramientos y posesiones de los elegibles del concurso de méritos convocatoria 505- Gobernación de Santander, que podrían inferir en este tipo de movimientos de personal."*

Si bien, en dicho pronunciamiento nada se dijo sobre las condiciones subjetivas o particulares de los secretarios solicitantes, es pertinente resaltar que los peticionarios nada expresaron en su solicitud sobre dicha situación, por lo que no podría decirse que se hizo una omisión voluntaria, pues cómo podría exigirse un pronunciamiento al respecto, si dentro de la petición de traslado por permuta nada se alegó o se argumentó.

Es importante resaltar que el traslado por permuta, no se fundamenta en la voluntad y el acuerdo libre entre dos funcionarios, sino que se enmarca dentro del ejercicio de una facultad discrecional del Estado, la cual debe ser ejercida con base en los límites del ius variandi, desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En consecuencia, no puede concluirse que el presente evento sea de aquellos que permiten la intervención del Juez de tutela, pues si bien no se tomó en consideración la situación personal del peticionario, también es cierto que él mismo no la invocó ni la acreditó ante el competente de decidir en forma ordinaria sobre su solicitud de traslado, Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.

j16pmpalcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Acusatorio Penal
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

por lo que no resultaría procedente decidir vía constitucional sobre el traslado por permuta, cuando ambos servidores omitieron expresar ante el nominador, los argumentos que traen de presente por vía de tutela.

En torno a la posibilidad de resolver de fondo por vía de tutela una solicitud de traslado, han existido varios pronunciamientos constitucionales en los que se han especificado varios requisitos, es así que la H. Corte Constitucional en sentencia T- 095 de 2018, señaló lo siguiente:

"(i) Que la decisión del traslado no obedezca a criterios objetivos de necesidad del servicio, o que no consulte situaciones subjetivas del trabajador que resultaban absolutamente relevantes para la decisión, o que el traslado implique una clara desmejora en las condiciones de trabajo. En estos casos la Corte ha dicho que la decisión del traslado se considera arbitraria y,

(ii) Que exista vulneración o amenaza grave y directa de un derecho fundamental del docente o de su familia".

Es así, que en este evento se estima que no se tomó a consideración el estado de salud de la hija del accionante para dar respuesta a su petición de traslado, ni la afectación económica de su núcleo familiar, pero esto ocurrió porque la administración desconocía por completo dicha situación, pues así como no se enunció en la solicitud de traslado, tampoco se acreditaron las condiciones que, dentro del trámite tutelar, se invocan para que sea sometido a estudio por vía de tutela.

De esta manera, se tiene que la Secretaría General de Santander dispuso negar la petición de traslado sin analizar las especiales circunstancias del demandante, por cuanto las mismas no fueron invocadas, por lo que en este evento no se cumplen con las hipótesis enunciadas con anterioridad y no se encuentra demostrada la existencia de un nexo de causalidad entre la afectación del derecho a la salud de la hija del funcionario JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA y la negativa de traslado, pues nunca fueron sometidas a consideración del nominador.

Ahora bien, podría argumentarse que no resultaba indispensable invocar motivos personales para solicitar y aplicar a un traslado por permuta, pues existe el acuerdo libre de voluntades entre los interesados, no obstante, ello también es una facultad de discrecionalidad del Estado.

En torno a la figura de traslado por permuta, la H. Corte Constitucional señaló lo siguiente:

"La figura de traslado mediante permuta se encuentra consagrada en el inciso 3º del artículo 22 de la Ley 715 de 2001, el cual establece que "[l]as solicitudes de traslados y las permutas procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio y no podrán afectarse con ellos la composición de las plantas de personal de las entidades territoriales" (subrayado fuera del texto original). Esta Corte, en la sentencia C-918 de 2002, declaró la exequibilidad de la expresión "permuta" antes citada, en el marco del análisis del carácter discrecional de la decisión de traslado adoptada por la autoridad nominadora. En esta medida, el Tribunal Constitucional entendió que con el cambio que se introdujo en la regulación legal sobre traslados docentes, la posibilidad de realizar traslados por permuta depende del ejercicio de una facultad discrecional del Estado, y no de un acuerdo libre entre dos funcionarios, como lo disponía anteriormente el artículo 4º del Decreto 180 de 1982.

Sumado a lo anterior, la figura de permuta en el traslado de docentes se encuentra referida en el inciso 2º, parágrafo 2º, del artículo 2.4.5.1.2 del Decreto 1075 de 2015, el cual menciona que "[c]uando se trate de permuta, con estricta sujeción a la atención de las necesidades del servicio educativo, según lo establecido en el inciso 3º del artículo 22 de la ley 715 de 2001, no será autorizado el traslado por la autoridad nominadora si a uno de los dos solicitantes le faltan cinco (5) años o menos de servicio para alcanzar la edad de retiro forzoso" (subrayado fuera del texto



**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Acusatorio Penal
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

original). Debido a lo anterior, se ha considerado que la permuta, al encontrarse dentro del artículo 2º del citado Decreto que regula el proceso ordinario de traslados, es una figura que debe seguir los mismos lineamientos que aquel.

Sin perjuicio de esto, debe destacarse que a diferencia del traslado tanto ordinario como extraordinario, con la figura de traslado por permuta en ningún momento se presenta una vacante definitiva en el empleo que desempeñaba el docente que fue objeto de traslado, siendo éste quizás el elemento más diferenciador entre estas figuras. Independientemente de esto, la modalidad de traslados recíprocos o permuta de cargos, en principio, parecería enmarcarse dentro del proceso ordinario o al menos sujetarse al mismo procedimiento de aquel, que "al estar sujeto a ciertos requisitos, como lo es el referente al cronograma del cual depende su procedencia, le otorga a la Administración la posibilidad de realizar un ejercicio ponderado de planeación que garantice la prestación continua del servicio de educación". En todo caso, debe tenerse en cuenta que esta figura, bajo ningún supuesto, se basa en un acuerdo libre entre dos funcionarios, sino que se enmarca dentro del ejercicio de una facultad discrecional del Estado, la cual debe ser ejercida con base en los límites y principios del ius variandi arriba descritos."

En consecuencia, estima el Juzgado que no se encuentran acreditados los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para que se considere procedente el pronunciamiento sobre un traslado por vía de acción de tutela, pues no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para intervenir en el marco de una decisión en materia de traslado.

En ese orden de ideas, es claro que la tutela en este caso se torna improcedente, pues así como nada se dijo al momento de someterse a estudio la petición de traslado sobre las condiciones familiares de la menor, se tiene que tampoco se indicó la imposibilidad de acudir a la vía administrativa a debatir la decisión, pues ni siquiera se recurrió ante el mismo nominador poniendo de presente aquellos argumentos que nunca fueron presentados, por lo que no resulta "desproporcionado someter a la rigurosidad de la vía ordinaria la protección de los derechos fundamentales del docente o de su familia, cuando se acreditan circunstancias especiales de vulnerabilidad o urgencia que hagan imperativa una pronta actuación por parte de la Administración"¹⁰, pues la misma nunca fue tan siquiera enunciada a la administración.

Bajo ese paradigma, encuentra este Despacho que la negativa de la administración no fue arbitraria o vulneró los derechos fundamentales del accionante o de sus menores hijas, pues, se insiste, las condiciones de salud hoy alegadas nunca fueron sometidas a estudio de la Gobernación de Santander y por tanto, en el proceso ordinario, no podrían haber sido sometidas a estudio.

En consecuencia, la acción de tutela se declarará improcedente, pues no se satisfacen los requisitos constitucionales que le permitan al Juez entrar a pronunciarse de fondo sobre una situación fáctica que debe discutirse vía administrativa.

Con fundamento en las razones fácticas y probatorias, el **JUZGADO DIECISEIS (16) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA (S)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. –DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de tutela invocada por el ciudadano JOSÉ ALFREDO DELGADO TARAZONA, identificado con la cédula de ciudadanía número 13.862.742, en contra de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-316 de 2016
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.





**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Acusatorio Penal
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

SEGUNDO.- COMUNICAR a las partes que contra este fallo procede la impugnación dentro del término de tres (03) días contados a partir de la notificación de la sentencia. De no impugnarse, envíese al día siguiente de su firmeza, ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO.- NOTIFICAR por el medio más idóneo, a las partes el contenido del fallo librando para ello las comunicaciones de ley. Una vez regrese el expediente de la Honorable Corte Constitucional, se ordena el archivo definitivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

**ANGELA JOHANNA CASTELLANOS BARAJAS
JUEZ**

JUZGADO 016 MUNICIPAL PENAL CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA-SANTANDER

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: **5001d531af29d1beaaecd8589745493e8474666d213feefd1cb73b1a90040548**
Documento generado en 30/04/2021 02:14:17 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**