San Gil, Tres (03) de Octubre de Dos Mil Veintitrés (2023)

Sentencia No. 073 Radicado 2023-00076-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la señora NUBIA MARIA TORRES CALDERÓN, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 37´898.035 expedida en San Gil, quien actúa en nombre propio, en contra de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, SECRETARIO ADMINISTRATIVO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER.

I. ANTECEDENTES

La prenombrada ciudadana interpuso acción de tutela en contra de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, SECRETARIO ADMINISTRATIVO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, buscando la protección de los Derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, a la igualdad, a la estabilidad y unidad familiar y otros, con base en los siguientes:

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual se sustenta el amparo impetrado se contrae a lo siguiente:

Afirma la inicialista que, cuenta con más de 60 años de edad, por lo cual considera que goza del derecho a una protección especial, aunado a que dentro de su núcleo familiar tiene a su cargo una menor de edad (sic), de nombre CAMILA BEDOYA FORERO, cuya custodia le fue otorgada por el ICBF, y de igual manera a una hermana llamada ROSALBA TORRES CALDERÓN, de 59 años de edad, que padece varias enfermedades como úlceras en las piernas que se deben manejar con mucha asepsia, es oxigeno dependiente, tiene lupus en la sangre, cuadros de depresión, no cuenta con esposo ni hijos, y tampoco un ingreso permanente que le permita sufragar los gastos de su enfermedad y de la vivienda, personas que dependen económicamente de sus ingresos.

Detalla su historia laboral resumiéndola así: Aduce que el día 14 de mayo de 1999, mediante acta de posesión N°1.063, fue nombrada “Auxiliar de Servicios Generales, Nivel Operativo, Código 60501, Grado 01, para trabajar en el Colegio Nacional San José de Guanentá”; el 13 de septiembre de 2004, mediante acta de posesión N°803, fue nombrada “Auxiliar de Servicios Generales, Nivel Operativo, Código 60501, Grado 01 Nivel Operativo en la Planta de Personal Administrativo, para la Prestación del Servicio Educativo en el Departamento de Santander con cargo al Sistema General de Participaciones” y finalmente que, el día 02 de octubre de 2006, mediante acta de posesión N°471, fue nombrada “Auxiliar de Servicios Generales, Nivel Operativo, Código 47001, Grado 01 Nivel Operativo en la Planta de cargos Administrativos, para la Prestación del Servicio Educativo en el Departamento de Santander con cargo al Sistema General de Participaciones”.

Indica que, en la actualidad se desempeña en calidad de Funcionaria Pública, ocupando el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, Código 470, Grado 02 del Nivel Asistencial de la planta de cargos adscritos a la Secretaría de Educación Departamental, y cumpliendo funciones dentro de la institución educativa Colegio Nacional San José de Guanentá de San Gil.

Asevera que el Dr. Camilo Andrés Arenas Valdivieso, en calidad de Secretario Administrativo de la Gobernación de Santander, expidió el acto administrativo Decreto 577 del 21 de octubre de 2022, por medio del cual se ordena su traslado del Colegio Nacional San José de Guanentá de San Gil (S.), al Colegio Nuestra Señora de la Candelaria de

Cimitarra (S.), teniendo como fundamento normativo y motivación, el fallo de tutela proferido dentro del Rdo. N° 68190310400120220007300, por el Juzgado Penal del Circuito de Cimitarra, confirmado por el Tribunal Superior de San Gil, Sala Penal, el cual dentro de su parte resolutiva ordenó a la Secretaría de Educación de Santander, a la Gobernación de Santander con acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional, adoptar las medidas presupuestales, contractuales y administrativas necesarias para proveer en el término de 15 días, el cargo de auxiliar se servicios generales que desarrolle las labores de aseo, considerando que el Secretario Administrativo desconoció el sentido real del mencionado fallo, que ordenaba realizar la provisión del cargo adoptando las medidas presupuestales y contractuales indispensables, realizando un traslado a su nombre, desconociendo los derechos que ostenta dentro de la carrera administrativa y los principios del IUS VARIANDI, de conformidad con los fallos emitidos por la Corte Constitucional.

Que con la expedición del acto administrativo atacado (Decreto 577 del 21 de octubre de 2022), se encuentran vulnerando sus derechos fundamentales, tales como el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, en relación con las condiciones médicas entregadas por parte del galeno a una persona que se encuentra bajo su custodia y cuidado, lo mismo que su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, teniendo en cuenta su realidad y la de su núcleo familiar; adicionalmente señala vulnerados sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 1, 2, 5, 13, 25, 42 y 43 de la Constitución Política, donde han sido señalados como fundamentos estructurales de la carta política en vigor, del reconocimiento expreso y reiterado de la dignidad de la persona y de la familia, como bases insustituibles de la convivencia social, aunado a que desconoció los criterios a tener en cuenta y la afectación de que podría ser objeto en su calidad de funcionaria y a su núcleo familiar.

Afirma que, frente a dicho acto administrativo, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, en forma oportuna ante la entidad accionada, siendo así que la administración departamental, mediante Resolución N° 4557 del 10 de marzo de 2023, resolvió el recurso de reposición, confirmando el traslado, y concedió el de apelación, para que la oficina Jurídica resolviera de fondo el recurso de alzada, el que fue desatado por el Despacho del Gobernador de Santander, mediante resolución 07538 del 24 de abril de 2023, confirmando el traslado efectuado a su nombre.

Aduce que, dentro de dichas resoluciones no se tuvo en cuenta los parámetros del IUS VARIANDI, dadas sus condiciones médicas, familiares, y su edad avanzada, a sabiendas que dentro de los recursos se puso de presente las condiciones por las cuales no podía proceder el correspondiente traslado. Comenta que desde que se expidió la resolución 07538 del 24 de abril de 2023, que resolvió el recurso de apelación, ha presentado condiciones médicas de atención, conforme los documentos que adjunta como pruebas, a los cuales no se ha dado aplicación, dado que en la actualidad se encuentra en incapacidad médica.

Señala que, el día 29 de agosto del presente año, fue requerida para que diera cumplimiento al acto administrativo de su traslado, mediante oficio en el que afirman lo siguiente: *"(…) Es menester aclarar, que los recursos interpuestos por usted en vía gubernativa, fueron resueltos de acuerdo a los términos de la ley 1437 de 2011, por lo que una vez agotados dichos recursos, el contenido del decreto 577 del 21 de octubre de 2022 cobró firmeza una vez notificada la decisión del recurso de apelación; es decir el 28 de abril de 2023. Lo anterior, con ocasión a la negativa de obedecer a lo resuelto en mencionado decreto por parte de usted, a pesar que conoce el contenido de cada uno de los actos administrativos expedidos con ocasión a dicha reubicación. Desde esta dirección se requiere para que se cumpla con la orden de reubicación de manera inmediata al municipio de Cimitarra y en consecuencia se presente en la institución educativa asignada una vez haya finalizado la incapacidad médica que a la fecha usted presenta (…)",* adicionando que debido a sus incapacidades no se ha podido hacer efectivo, siendo recurrentes en solicita que una vez finalizadas sus incapacidades debe presentarse a laborar en el Colegio Nuestra Señora de la Candelaria de Cimitarra (S.), olvidando que debe tener control permanente con su médico tratante, que se ubica en el municipio de San Gil, Santander.

Refiere que el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de San Gil, mediante sentencia N° 055 dentro del Rdo. N° 2022-00060-00, amparó sus derechos constitucionales al debido proceso administrativo y ordenó que se efectuar en debida forma la notificación del acto administrativo con el cual se decidía su traslado, a fin de que pudiera ejercer en debida forma su derecho de defensa y contradicción, absteniéndose de

ordenar la revocatoria del Decreto ampliamente mencionado, atendiendo a que los demás derechos de los cuales buscaba su protección, debían tratarse y ser resueltos en el ámbito administrativo, debido a que ella aún tenía la posibilidad de defensa de sus derechos que consideraba conculcados en la vía de los recursos, o en su defecto, el escenario propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, advirtiendo que el Acto administrativo que ordena su traslado y/ reubicación, ya se encuentra en firme, no obstante por sus periodos de incapacidad no se ha podido hacer efectivo, sin que el mismo hubiera sido demandado de fondo ante la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la que al acudir a dicha jurisdicción, la misma no tendría vocación de prosperar por caducidad, y en razón a que por su incapacidad no se le ha dado cumplimiento, al terminar la misma se configuraría una vía de hecho que le causa un perjuicio irremediable, motivo por el cual acude a este instrumento sumario para que el juez constitucional ordene la revocatoria del Decreto que ordena su traslado, en salvaguarda de sus derechos fundamentales.

Aporta como pruebas los siguientes:

- Copia de la declaración juramentada suscrita el 21 de mayo de 2018, en la Notaría 1ª de San Gil, sobre convivencia en unión marital de hecho.
- Copia de las actas de posesión de los cargos para la que ha sido nombrada la accionante.
- Copia de la Resolución del ICBF, donde se modifica el restablecimiento de derechos de ubicación a la adolescente Camila Bedoya Forero, de fecha 02 de agosto de 2021.
- Copia del registro civil de nacimiento de Camila Bedoya Forero.
- Copia de orden médica e historia clínica de psicología de la adolescente Camila Bedoya Forero.
- Copia de las epicrisis y/o historias clínicas de la señora Rosalba Torres Calderón. (hermana).
- Copia de su cédula de ciudadanía.
- Copia del Decreto 577 del 21 de octubre del año 2022 por medio del cual se efectúa un traslado.
- Copia del oficio de fecha 3 de noviembre de 2022, suscrito por la accionante, donde manifiesta su inconformismo con el decreto que ordena su traslado.
- Copia de las imágenes diagnósticas y sus resultados, sobre su estado de salud.
- Certificado de incapacidades actuales del médico tratante.
- Copia de su Historia clínica y órdenes médicas.
- Copia del oficio de fecha 29 de agosto de 2023, emanado de la Dirección Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de Santander, donde se requiere el cumplimiento del Decreto 577 del 21 de octubre de 2022.
- Copia de la resolución 04557 del 10 de marzo del año 2023, que resolvió el recurso de reposición y concedió el de apelación.
- Copia de la resolución 07538 del 24 de abril del año 2023, que resolvió el recurso de apelación presentado en contra del acto administrativo decreto 577 del 21 de octubre del año 2022 por medio del cual se ordena un traslado.
- Copia de la Sentencia N° 055, Tutela Rdo. N° 2022-00060-00, del Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de San Gil.

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por la accionante es que se tutelen sus Derechos Fundamentales y los de su núcleo familiar deprecados en el libelo introductorio, teniendo en cuenta su estado de salud y sus circunstancias familiares, y en consecuencia, se ordene a las accionadas GOBERNACIÓN DE SANTANDER, SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, revocar el Decreto 577 de octubre 21 de 2022, considerando que el mismo es contrario a los principios potestativos del IUS VARIANDI, que tiene la administración departamental y adicionalmente desconoce la ponderación de los criterios razonables para proceder a su traslado, frente a su avanzada edad, su núcleo familiar y sus condiciones médicas y las de su familia. De igual manera que se revoquen las decisiones que resolvieron los recursos de reposición y apelación, y se realice un estudio pormenorizado del personal que ocupa un cargo similar al que ella ocupa, y que no se vean afectados sus derechos, a fin de realizar la correspondiente ubicación.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto, según acta N° 5786 del 20 de septiembre de 2023, este Despacho mediante auto de la misma fecha, admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado a las accionadas, de la demanda de tutela, para que dentro del término de los dos (2) días siguientes, contados a partir del recibo de la comunicación de dicho auto, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la demanda de tutela, presentaran las pruebas que consideraran pertinentes para ejercer su derecho constitucional de defensa y contradicción. Por considerarlo necesario para conformar en debida forma el contradictorio, se ordenó la vinculación de los representantes legales del Colegio Nacional San José de Guanentá de San Gil y del Colegio Nuestra Señora de la Candelaria de Cimitarra (S.).

Así mismo, respecto de la MEDIDA PROVISIONAL solicitada por la accionante, el Despacho se abstuvo de decretarla, en razón a que conforme la sumaria no se avistaba la necesidad y urgencia, dado que sobre el aspecto de que trataba, habría de requerirse a las Entidades accionadas y vinculadas en su pronunciamiento, en aseguramiento de la garantía del debido proceso y su derecho de defensa y contradicción, independiente de que con posterioridad, dadas las circunstancias que se acrediten dentro del trámite, pudiera contemplarse el ordenarla.

V. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS y VINCULADAS

DIRECCION ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DE LA GOBERNACION DE SANTANDER.

Mediante correo electrónico del 25 de septiembre hogaño, la Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de Santander, señora LUISA FERNANDA TRASLAVIÑA AMADO se pronunció en su escrito defensivo, inicialmente mencionando el aspecto de la legitimación en la causa por pasiva, las circunstancias que se deben verificar, desde el punto de vista jurisprudencial de la Corte Constitucional, frente a los principios de inmediatez y subsidiariedad que comporta la acción de tutela, y la configuración de un perjuicio irremediable, para hacer procedente la acción de tutela.

Continua su relato aduciendo que, existe temeridad de parte de la accionante, por la interposición de dos acciones de tutela por los mismos hechos y con las mismas pretensiones, aduciendo que la libelista pretende un nuevo análisis de hechos y pretensiones que ya fueron examinados y resueltos por este mismo Despacho, dentro de la acción de tutela Rdo. N° 2022-00060-00, citando los numerales PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutiva del fallo proferido el 12 de diciembre de 2022, mediante el que se tuteló el derecho al debido proceso administrativo de la señora NUBIA MARÍA TORRES CALDERÓN, ordenando que se efectuara en debida forma la notificación del Decreto 577 del 21 de octubre de 2002, haciendo entrega formal del acto administrativo el cual debía contener la anotación de fecha y hora del correspondiente acto de notificación, los recursos que proceden contra dicha decisión, el término para interponerlos y las autoridades ante las cuales se deben presentar; y adicionalmente se declaró la improcedencia por subsidiariedad ante la inexistencia de perjuicio irremediable, en cuanto a los derechos de petición, trabajo en condiciones dignas y justas, la igualdad, la estabilidad y unidad familiar.

Esgrime en su defensa que, de conformidad con la orden anterior, la administración departamental procedió a notificar el acto administrativo decreto 577 del 21 de octubre de 2022 por el cual se ordena un traslado y/o reubicación, ante el cual la accionante interpuso recurso de reposición, resolviéndose mediante resolución 4557 del 10 de marzo de 2023, a lo cual la accionante interpuso el de apelación, expidiéndose la resolución 07538 del 24 de abril de 2023, es decir, agotándose la vía administrativa respecto al mencionado decreto, y el mismo se encuentra en firme.

Aduce que en la decisión de primera instancia se declaró la improcedencia ante la inexistencia de perjuicio irremediable, por motivo de la expedición del acto administrativo de traslado, toda vez que no se evidencia afectación a los derechos de petición, trabajo en

condiciones dignas y justas, la igualdad, la estabilidad y unidad familiar, como hoy día, once (11) meses después, pretende reclamar la accionante, evidenciándose TEMERIDAD y MALA FE en el uso de la acción de tutela, reclamando por los mismos hechos que ya fueron materia de análisis, con la gravedad de que ya se agotó la vía administrativa, motivo por el cual solicita que se declare la improcedencia de la presente acción por Cosa Juzgada.

Prosigue su defensa respecto de de la INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA ACCIONANTE, expresando que no existe vulneración al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, pues el traslado realizado no implica la trasgresión de derecho fundamental alguno ni somete a la peticionaria a un trabajo en condiciones indignas e injustas, toda vez que continuará realizando las mismas funciones que ha venido desempeñando como auxiliar de servicios generales en pro de las necesidades del servicio, y no se exterioriza que en la institución educativa Nuestra Señora de la Candelaria del Municipio de Cimitarra, se le someterá a tratos crueles e inhumanos.

A renglón seguido alude sobre la estabilidad laboral reforzada, soportando jurisprudencialmente su dicho en la sentencia T-052/20, afirmando que en el caso concreto se evidencia que se trató de un traslado laboral y no una terminación del nombramiento de carrera administrativa sin justa causa; así mismo, la funcionaria no aporta prueba sumaria, ni aviso alguno al empleador de que se encuentre dentro de los requisitos para ser persona de especial protección, caso en el que operaría la estabilidad laboral reforzada, únicamente si ella hubiese sido despedida, lo cual no acaeció en este caso, pues se trata de una reubicación laboral por necesidades del servicio que en nada afecta el mínimo vital de la accionante, quien además de devengar su salario integral, es acreedora de prima técnica.

Ahora bien, del derecho a la igualdad, indicó que, el artículo 13 de la Constitución política de Colombia, establece el derecho fundamental a la igualdad, según el cual toda persona recibirá la misma protección y trato de las autoridades, y gozará de los mismos derechos, libertades y oportunidades. En relación con la figura del traslado y a propósito del derecho a la igualdad y al cumplimiento de los deberes de los servidores públicos, refirió lo instituido por la sala plena de la Corte Constitucional dentro del expediente D-4467 y lo esbozado en el Art. 34 de la Ley 734 de 2002 sobre los deberes de todo servidor público, advirtiendo que, el traslado de la funcionaria y accionante obedece a las necesidades del servicio y con el fin de hacer efectivos los principios de la función pública en la Institución educativa Nuestra Señora de La Candelaria del Municipio de Cimitarra Santander el cual requiere un auxiliar de servicios generales en pro de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y dando estricto cumplimiento a un fallo de tutela.

De la Unidad Familiar, afirmó que, este derecho no se encuentra vulnerado por la administración departamental al realizar la reubicación laboral, más aún cuando la accionante manifestó que su hermana Rosalba Torres Calderón, depende económicamente de ella con ayuda de su trabajo, sin que residan juntas, sin que la accionante deba solventar sus necesidades básicas, tal y como se evidencia en la historia clínica aportada en la presente acción, no existen prescripciones médicas que obliguen el acompañamiento constante y permanente a la señora Rosalba Torres Calderón, motivo por el cual no se está vulnerando el derecho fundamental invocado, más aún cuando no existe ningún tipo de material probatorio que certifique dicha manifestación, con la gravedad de que verificado el sistema de información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud -ADRES, se verifica que la accionante no cuenta con beneficiarios y que respecto a CAMILA BEDOYA FORERO, es importante aclarar que NO SE TRATA DE UNA MENOR DE EDAD, lo anterior, teniendo en cuenta que si se examina el material probatorio aportado por la accionante, el registro civil de CAMILA BEDOYA FORERO indica que nació el 21 de noviembre de 2004, es decir que a la fecha es mayor de edad y que si la accionante y su compañero permanente Juan Miguel Arciniegas Sanabria desean seguir a cargo de CAMILA BEDOYA FORERO, lo pueden realizar trasladándose con ella, toda vez que la accionante continuará devengando el mismo salario más la prima técnica, emolumento adicional con el que no cuentan todos los funcionarios, sin que ello implique el empeoramiento de las patologías de CAMILA BEDOYA FORERO.

Adiciona que el traslado efectuado a la señora NUBIA MARÍA TORRES CALDERÓN a la institución educativa Nuestra Señora de la Candelaria de Cimitarra (S.), objeto de la presente acción constitucional, se dio en cumplimiento de otra acción de tutela promovida por el señor Hernán Florez Rincón, Personero Municipal de dicha localidad, dentro de la cual se profirió fallo

de primera instancia el 08 de julio de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Cimitarra, confirmado en segunda instancia el 11 de agosto de 2022, por el Tribunal Superior de San Gil – Sala Penal, bajo el Rdo. N° 2022-00046, en el cual se tutelaron los derechos fundamentales de la población estudiantil menores de edad, de la institución antes mencionada, ordenando a la Secretaría de Educación de Santander, Gobernación de Santander y con acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional, adoptar las medidas presupuestales, contractuales y administrativas necesarias para proveer, en el término de 15 días, contados a partir de la notificación de dicha providencia, los cargos auxiliares de servicios generales que desarrolle las labores de aseo para el plantel educativo enunciado, mientras se convoca a concurso de méritos. Por tal motivo, y teniendo en cuenta que el personal administrativo Auxiliar de Servicios Generales, es pago con recursos del Sistema General de Participaciones SGP, girados por el Ministerio de Educación Nacional, ente que no autoriza el giro de recursos que permita ampliar la planta de personal para tal cargo, se hizo necesario su redistribución para la prestación de servicios en las instituciones educativas de municipios no certificados pagos con SGP, por necesidades del servicio, motivo por el cual se expidió el Decreto 577 del 21 de octubre de 2022, mediante el cual se reubicó a la funcionaria Nubia María Torres Calderón, sin que esta decisión afecte derecho fundamental alguno como lo indica la accionante.

Precisa una legítima aplicación del IUS VARIANDI, en el traslado realizado a la accionante NUBIA MARÍA TORRES CALDERÓN, puesto que se dio en cumplimiento y concordancia con la normatividad vigente, teniendo en cuenta la potestad de subordinación que ostenta la Administración Departamental, al estar obligado a distribuir la planta administrativa de 2.200 instituciones educativas en 82 municipios del departamento de Santander, sin que ello implique la trasgresión de derechos fundamentales como lo afirma la mencionada accionante, y citando la sentencia T-797 de 2005 de la Corte Constitucional, precisa que como servidores públicos se está en el deber de soportar la subordinación, resaltando que debe ser en el margen de discrecionalidad y obedeciendo a razones de mayor preponderancia.

Concluye su defensa, resaltando que, no se están vulnerando los derechos fundamentales invocados por la accionante, teniendo en cuenta que no cumple con ninguno de los requisitos para ser acreedora de la calidad que dice ostentar, incluso, la accionante se encuentra vulnerando los deberes como servidora pública, aun cuando se le reconoce y es acreedora de un 50% adicional de salario mes a mes como prima técnica, emolumento que no devengan todos los auxiliares de servicios generales, motivo por el cual de acuerdo al análisis de procedencia realizado en el presente escrito frente a los hechos expuestos al Despacho se puede concluir que es **IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela, peticionando, **NEGAR** por **IMPROCEDENTE**, la presente acción de tutela instaurada por NUBIA MARÍA TORRES CALDERÓN, en calidad de auxiliar de servicios generales, código 470, grado 02, de nivel asistencial, en contra de la **DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL** y otros, de acuerdo con los argumentos expuestos.

Adjuntó como prueba de lo aducido, los siguientes documentos digitalizados:

- Resolución de nombramiento y acta de posesión de la Doctora LUISA FERNANDA TRASLAVIÑA AMADO Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de Santander.
- Decreto No. 577 del 21 de octubre de 2022.
- Notificación del Decreto No. 577 del 21 de octubre de 2022, el día 01 de noviembre de 2022.
- Fallo de tutela de primera instancia del 08 de julio de 2022 proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Cimitarra, bajo el radicado número 2022- 00046-00.
- Fallo de tutela de segunda instancia del 11 de agosto de 2022 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil – Sala Penal, bajo el radicado número 2022- 00046-01.
- Desprendible de pago emitido por nómina de la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER que corrobora el pago de la prima técnica a la accionante.
- Certificado de información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud -ADRES de la accionante.
- Respuesta a derecho de petición del 03 de noviembre de 2022 a la accionante y certificado de envío de dicha respuesta el 24 de noviembre de 2022.

- Copia del Registro civil de nacimiento de CAMILA BEDOYA FORERO.

GOBERNACIÓN DE SANTANDER, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, SECRETARIA ADMINISTRATIVA DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER, EL COLEGIO NUESTRA SEÑORA DE LA CANDELARIA DE CIMITARRA (S.) Y EL COLEGIO NACIONAL SAN JOSÉ DE GUANENTÁ DE SAN GIL (S.)

No obstante haber sido notificados en debida forma y haberse corrido el traslado del escrito de tutela y sus anexos, estas entidades, dejaron transcurrir en silencio el termino para ejercer du derecho de defensa y contradicción.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

> *"(...) En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce." (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, Abril 3 de 1992, página 167).*

B. COMPETENCIA

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que, a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES.

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que existe legitimación por activa por parte de la señora NUBIA MARÍA TORRES CALDERÓN, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 37´898.035 expedida en San Gil, quien de manera directa y a nombre propio promueve la presente acción de tutela, propendiendo por la protección de sus derechos fundamentales, que siente vulnerados por parte de las accionadas.

A la par, refulge la legitimidad por pasiva de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, del SECRETARIO ADMINISTRATIVO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, como entidades gubernamentales directamente accionadas, al igual que las vinculadas, COLEGIO NUESTRA SEÑORA DE LA CANDELARIA de Cimitarra (S.) y el COLEGIO NACIONAL SAN JOSÉ DE GUANENTÁ de San Gil, de los cuales se reprocha la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

D. PROBLEMA JURÍDICO

El presente caso se circunscribe a determinar, si la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, del SECRETARIO ADMINISTRATIVO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, conculcaron o no los Derechos Fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, a la igualdad, a la estabilidad y unidad familiar y otros, por la expedición del Decreto 577 del 21 de octubre de 2022, mediante el cual se realiza el traslado de la señora NUBIA MARÍA TORRES CALDERÓN del Colegio San José de Guanentá de San Gil, al Colegio Nuestra Señora de la Candelaria de Cimitarra (S.), la Resolución 4557 del 10 de marzo de 2023 que resolvió el recurso de reposición y la Resolución N° 07538 del 24 de abril de 2023, que resolvió el recurso de apelación, confirmando ambas la decisión de traslado contenida en el decreto antes mencionado, y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tal fin.

E. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

DERECHO AL TRABAJO

Con el fin de abordar eficazmente el tema objeto de estudio en el presente caso, es pertinente acudir al concepto jurisprudencial que en torno al derecho al trabajo ha decantado la H. Corte Constitucional, que en sentencia SU-544 de 2001[1], expresó:

> *"(…) La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el derecho al trabajo ostenta carácter fundamental. Así, en sentencia C-221 de 1992, la Corte expresó:*
>
> *"En el marco normativo del Estado social de derecho vigente en Colombia, el trabajo tiene la doble calidad de derecho fundamental y de obligación social (artículo 25 C.P.); además, es doctrina reiterada de esta Corte que: "El trabajo tiene un carácter de derecho-deber y, como todo el tríptico económico de la carta -propiedad, trabajo, empresa-, cumple una función social. Es una actividad que goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado".*
>
> *Sin embargo, teniendo en cuenta que no existen derechos absolutos, la Corporación no se ha limitado a considerarlo en su dimensión individual, sino que ha destacado su papel estructural:*
>
> *"2.3. La Constitución Colombiana, por su parte, no sólo consagra todos los postulados esenciales del Estado social de derecho, sino que, de manera específica, define al trabajo como uno de los*

[1] Corte Constitucional, Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

fundamentos del Estado (C.P. art. 1) y contempla plenas garantías laborales para la consecución de los fines propuestos (C.P. Arts. 53, 54, 55, 56 y 57).

Como características esenciales de esta nueva concepción de las relaciones obrero-patronales sobresalen las siguientes: 1) percepción dialéctica y conflictiva de los intereses que confluyen; 2) carácter funcional de los conflictos como impulsadores de una sociedad pluralista, solidaria y justa y 3) excepción al principio del derecho romano de igualdad contractual en beneficio de la protección especial de los intereses de los trabajadores".[2]*.*

Es claro que no todos los elementos derivados de esta garantía quedan comprendidos dentro de la naturaleza fundamental del mismo. Así, en la sentencia T-047 de 1995, la Corte sostuvo:

"Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo, sean, per se, tutelables, como si fueran la parte esencial".

Lo anterior, por cuanto el trabajo tiene distintas dimensiones, con consecuencias constitucionales diversas. En la sentencia T-576 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte precisó:

"Está por un lado el derecho al trabajo como derecho subjetivo (artículo 25 C.P.) y por otro lado la política de empleo ('El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar', artículo 54 C.P.) que constituye un derecho programático; son dos aspectos muy diferentes".

(…)

"La vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima".

Dentro de estas condiciones se ha tutelado el derecho al trabajo de personas cuyas opciones de ser vinculadas laboralmente se han visto sometidas a tratos discriminatorios.

Por otra parte, se ha entendido que el derecho al trabajo comprende el derecho a que las condiciones de trabajo sean dignas. Sobre el particular, en la sentencia T-644 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte sostuvo:

"La jurisprudencia de la Corte ha sido uniforme y reiterada, en el sentido de señalar que el derecho al trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas, como lo establece el artículo 25 de la Carta Política, lo cual se traduce, entre otros aspectos, en la verificación por la vía judicial o administrativa, según las competencias asignadas en la ley, acerca del cumplimiento por parte de los patronos públicos y privados de la normatividad que rige las relaciones laborales y de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores.

(...)

En efecto, la doctrina constitucional ha considerado, repetidamente, que una parte bien importante de la dignidad y justicia en las relaciones laborales consiste en la proporcionalidad entre la remuneración que reciba el trabajador y la cantidad y calidad de su trabajo". (…)".

LA TUTELA COMO MECANISMO PRINCIPAL Y TRANSITORIO DE PROTECCIÓN

En torno a la procedencia de la tutela como mecanismo principal y transitorio para lograr la salvaguarda de derechos fundamentales, en la sentencia de unificación precitada[3], el máximo órgano constitucional expresó:

"(…) Tutela como mecanismo principal de protección.

8. La protección de los derechos constitucionales no es un asunto reservado a la tutela. El ordenamiento jurídico en su integridad debe respetar los derechos constitucionales (C.P. art. 4) y todas las herramientas judiciales dispuestas por el legislador deben permitir su protección (C.P. art. 2).

[2] Sentencia T-230 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
[3] Corte Constitucional, Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

En este contexto, se debe entender que los recursos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos. El juez está obligado a resolver el problema legal sometido a su consideración. Sin embargo, dicha solución no puede comprometer los derechos fundamentales de los asociados. Por el contrario, en el proceso ordinario se está en la obligación de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5). De ahí que la tutela adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial.

(…)

12. En la tutela como mecanismo transitorio, no basta con la existencia de un peligro inminente para el Derecho Fundamental. Se requiere un presupuesto más: que de consumarse la vulneración, se ocasione un perjuicio irremediable. Es decir, que hay urgencia de tomar medidas cautelares, porque de no hacerlo, se consumaría un daño irreparable.

Como corolario de lo anterior, resulta que, si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización, en principio resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio. En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral. (…)".

SOBRE LA REGLA GENERAL DEL *DERECHO "NO SE ESCUCHA A QUIEN ALEGA SU PROPIA CULPA"*

De igual manera es indispensable traer en cita, el aspecto relacionado con la principialística que reza que nadie puede alegar en su favor su propia culpa, acotando que la Corte Constitucional en Sentencia T-122 de 2017, se refirió sobre el tema, así:

"(…) 7.1. La Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", a través de la cual sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está prima facie en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso[4].

Según ese principio, una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma[5].

7.2. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación[6].

---

[4] En particular, en la **Sentencia C-083 de 1993**, la Corte tuvo la oportunidad de analizar la compatibilidad de los criterios auxiliares de justicia fijados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y los postulados previstos en el artículo 230 de la Constitución de 1991. A partir de ese examen, en relación con el tema aquí expuesto, el Tribunal consideró que el aforismo nemo propriam turpitudinem allegans potest, de hecho, constituye una regla general que hace parte del sistema de fuentes del derecho, en tanto proviene de la analogía iuris. A juicio de la Corte, no hay duda de que quien alega su propia culpa falta a la buena fe, fin amparado por la Carta Política. **///** Con posterioridad, en la Sentencia **SU-624 de 1999**, al analizar el caso de una persona que a través de la acción de tutela buscaba mantener a su hijo en el colegio sin pagar lo debido, estando en condiciones para hacerlo, la Corte afirmó que constituye un deber constitucional el no abusar del derecho propio, por lo que no existe justificación frente al dolo indirecto y malicioso del sujeto que, a sabiendas de su inconducta, pretende validar su incumplimiento. **///** En la **Sentencia C-670 de 2004**, en la que se declaró exequible el inciso 4 del artículo 12 de la Ley 820 de 2003, por medio del cual se prohíbe a los arrendatarios en el proceso de restitución de inmueble alegar su indebida notificación, la Corte también consideró que la medida legislativa además de perseguir un fin constitucionalmente legítimo, cual es, imprimir mayor celeridad a los procesos judiciales, se soporta en el principio nemo propriam turpitudinem allegans potest, ya que las partes no pueden invocar en su beneficio su propia culpa, como se evidencia con la falta de diligencia para informar oportunamente el cambio de dirección señalada en su momento en el texto del contrato de arrendamiento. **///** En la **Sentencia T-213 de 2008**, la Corte nuevamente analiza la regla nemo propriam turpitudinem allegans potest, frente al caso en el que el apoderado judicial presenta la tutela por la decisión desfavorable del recurso de apelación en el trámite ordinario, al no haber presentado a tiempo las expresas facultades del mandante. Respecto de la aplicación de esta regla, la Corporación expuso que los jueces están en el deber de negar las suplicas cuya fuente es la incuria, el dolo o la mala fe, de acuerdo con esta regla general del derecho.

[5] Sentencia T-213 de 2008.

[6] Sentencia C-083 de 1995.

7.3. A partir de dicho criterio es que esta Corporación ha considerado que la regla general del derecho de que no se escucha a quien alega su propia culpa guarda compatibilidad con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en particular, con el "deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" consagrado en el artículo 95 de la Carta Política. Por una parte, porque la Norma Superior define con claridad que la actuación de un individuo no puede servir para dañar, de forma injusta e ilegítima, los derechos que el Estado ha otorgado a favor de todos los habitantes del territorio nacional. Es decir, en sí mismo los derechos tienen un límite sustancial, según el cual, para la primacía de un orden justo se requiere el ejercicio simultáneo de los derechos propios y ajenos[7]. Y, por otra parte, en razón a que la Carta Política establece la obligación de ejercer los derechos constitucionales y legales en consonancia con el espíritu, fin y sentido que le son propios. Así, las personas tienen el deber de actuar de forma justa, lo que significa que no pueden desvirtuar el objetivo que persigue la norma, llevándola a resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico vigente[8].

En la misma perspectiva, esta regla se ciñe al principio de buena fe, luego de que el artículo 83 de la Constitución de 1991 presupone que en todas las gestiones que adelanten los particulares y las autoridades públicas, debe incorporarse, como presupuesto ético de las relaciones sociales con trascendencia jurídica, la confianza de que el comportamiento de todos los sujetos del derecho se cimienta sobre la honestidad, rectitud y credibilidad de su conducta[9].

7.4. Por consiguiente, para este Tribunal, la regla general del derecho, según la cual no se escucha a quien alega su propia culpa (bajo el aforismo nemo auditur suam turpitudniem allegans) hace parte del ordenamiento jurídico y resulta compatible con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en la medida que tiene por fin imposibilitar el acceso a ventajas que se consideran indebidas o inmerecidas jurídicamente[10]. Así, existe el deber de negar toda pretensión cuya fuente sea el propio error, dolo o culpa[11]. (…)".

VII. CASO EN CONCRETO

Tiene su génesis en el escrito presentado vía correo electrónico por la señora NUBIA MARÍA TORRES CALDERÓN, quien promueve acción de tutela en contra de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, SECRETARIO ADMINISTRATIVO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, a la igualdad, a la estabilidad y unidad familiar y otros, generado a raíz de la expedición del Decreto 577 del 21 de octubre de 2022, mediante el cual efectúan su traslado del Colegio San José de Guanentá de San Gil, al Colegio Nuestra Señora de la Candelaria de Cimitarra (S.), tal y como se reseñó en los antecedentes, y las posteriores decisiones, que resolvieron de fondo los recursos por ella impetrados en contra del decreto antes referido (Resolución 4557 del 10 de marzo de 2023 que resolvió el recurso de reposición y la Resolución 07538 del 24 de abril de 2023, que desató el de apelación), mediante los cuales confirmaron la decisión recurrida, aduciendo que no se tuvo en cuenta su estado actual de salud (ya que ha venido estando incapacitada durante los últimos meses), así como tampoco la realidad de su núcleo familiar, que se vería afectada por efectos de su traslado, puesto que, por resolución de restablecimiento de derechos de ubicación en núcleo familiar extenso de la joven Camila Bedoya Forero, quien quedaría desprotegida y sin la asistencia requerida, dado que padece cuadros de depresión, aunado a que tiene una hermana llamada Rosalba Torres Calderón, de 59 años de edad, que padece varias enfermedades, es oxigeno dependiente, tiene lupus en la sangre, a quien le ayuda económicamente para su arriendo y le brinda su alimentación, siendo imperante que deba ocuparse de su cuidado, lo cual no podría cumplir debido a la situación administrativa que genera su reubicación laboral.

Aduce que la Administración Departamental la requirió mediante oficio del 29 de agosto del presente año, para que una vez culminara su incapacidad, diera cumplimiento a la orden de traslado, olvidando que debe tener control permanente con su médico tratante que se ubica en el

[7] Sentencia T-630 de 1997.
[8] Sentencia C-258 de 2013.
[9] Sentencia C-1194 de 2008.
[10] Sentencia T-1231 de 2008
[11] Sentencia T-213 de 2008.

municipio de San Gil, y que al terminar la misma se configuraría una vía de hecho que le causaría un perjuicio irremediable.

Así mismo, hace mención del amparo de que fue objeto dentro de la acción de tutela Rdo. N° 2022-00060-00, adelantada en este mismo Juzgado, que mediante fallo de primera instancia, proferido el 12 de diciembre de 2022, protegió su derecho al debido proceso administrativo, considerando que el Decreto por el cual se ordenaba su traslado adolecía de la debida notificación y por tanto debía surtirse a cabalidad, en aras de garantizarle su derecho de defensa y contradicción, a fin de que tuviera el momento procesal específico para interponer los recursos de ley, con la ritualidad necesaria; actuación que en efecto se cumplió a cabalidad por la accionada y a la fecha ya cobró firmeza, tal y como la misma libelista lo afirma en su escrito genitor, sin que se haya hecho efectivo debido a sus periodos de incapacidad, confesando además que omitió acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para demandar dicho acto, y que al hacerlo en este momento, la misma no tendría vocación de prosperar por caducidad

En ese orden de ideas, este Fallador centrará el análisis del presente caso en los siguientes aspectos:

ACERCA DE SI OPERA EL FENÓMENO DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y TEMERIDAD EN EL PRESENTE CASO

Corresponde analizar, inicialmente, si la existencia de solicitud de tutela presentada por la señora NUBIA MARÍA TORRES CALDERÓN, nos ubica en el campo del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, ante la posibilidad de tratarse de lo mismo; superado lo anterior, se establecerá si a la actora se le están vulnerando sus derechos reclamados en amparo. De vieja data, la Corte Constitucional estableció que, cuando este mecanismo se utiliza de manera irregular, desconociendo su naturaleza intrínseca extraordinaria, nos encontramos frente a la tutela temeraria, la cual está consagrada en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, que estatuye: *"Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.".*

De ahí se desprende, que existe cosa juzgada constitucional por el accionante cuando se presenta, en más de una oportunidad, acción de tutela sobre los mismos hechos y derechos, excepto, cuando la conducta se encuentre expresa y razonablemente justificada. Y como lo ha indicado reiteradamente la H. Corte Constitucional, debe existir *"identidad (i) de partes; (ii) de objeto; y (iii) de causa o fundamentos de hecho. De faltar correspondencia de alguno de estos elementos no podrá predicarse que existe cosa juzgada de ninguna clase."*

En consecuencia, revisada la acción sub examine, de entrada se desvirtúa la Cosa Juzgada Constitucional y por ende la temeridad y mala fe, esgrimida por la entidad accionada, comoquiera que no se dan los presupuestos antes mencionados, por cuanto del escrito genitor se desprenden hechos diferentes, habida cuenta que en la anterior solicitud de amparo, además de las garantías primarias al trabajo en condiciones dignas y justas, a la igualdad, a la estabilidad y unidad familiar, se adujo vulnerado su Derecho de Petición y debido proceso administrativo, por parte de la Administración Departamental de Santander, considerando injusta la motivación con la que se expidió el Decreto 577 del 21 de octubre de 2022, que en últimas desembocó en su protección mediante el fallo que la misma libelista adujo, mientras que en la que ahora es motivo de estudio, se está cuestionando es las decisiones posteriores con las que se resolvieron los recursos interpuestos por la actora, en contra del Decreto previamente aludido, como se vislumbra cuando la accionante, entendiendo el despacho parte del principio constitucional de buena fe, en su escrito refiere que: *"(…) en razón a la expedición del* ***ACTO ADMINISTRATIVO RESOLUCIONES 04557 DEL 10 DE MARZO DEL AÑO 2023 POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN Y SE CONCEDIÓ EL RECURSO DE APELACIÓN Y EL ACTO ADMINISTRATIVO RESOLUCIÓN 07538 DE 24 DE ABRIL DE 2023 POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE APELACIÓN FRENTE AL ACTO ADMINISTRATIVO DECRETO 577 DEL 21 DE OCTUBRE DEL AÑO 2022 POR MEDIO DEL CUAL SE ORDENA UN TRASLADO Y/O REUBICACIÓN*** *el cual me traslada de la institución educativa* ***COLEGIO NACIONAL SAN JOSÉ DE GUANENTA (SAN GIL)*** *a la institución educativa* ***COLEGIO NUESTRA SEÑORA DE LA CALENDARÍA (CIMITARRA) (…)"****.*

EN CUANTO A LA IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA CUANDO HAY CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PRINCIPAL

En vista de lo anterior, la presente decisión se centrará en revisar si es procedente otorgar el amparo deprecado, no obstante haberse analizado en la anterior acción de tutela que la misma inicialista había interpuesto ante este célula judicial, sobre el principio de subsidiariedad que comporta la acción de tutela, en la que con toda claridad se le indicó a la libelista respecto de la posibilidad que le asistía de acudir a la jurisdicción natural de lo contencioso administrativo, en procura de los derechos que hoy reclama vulnerados, para lo cual era preciso su concurso y participación efectiva, notando este Despacho que, en su defecto, se obró con descuido, dado que dejó trascurrir el tiempo procesal que tenía a su disposición para promover el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que en sus propias palabras confiesa haber pretermitido, cuando afirma en el numeral 18 de la situación fáctica del escrito genitor lo siguiente: *"(…)* ***18.*** *Es de resaltar que el* ***ACTO ADMINISTRATIVO DECRETO 577 DEL 21 DE OCTUBRE DEL AÑO 2022 POR MEDIO DEL CUAL SE ORDENA UN TRASLADO Y/O REUBICACIÓN*** *se encuentra en firme, pero no se le ha dado cumplimiento por parte de la gobernación de Santander, y solo hasta el* ***DÍA 29 DE AGOSTO DEL AÑO 2023 fui requerida para su cumplimiento, y que con la expedición del ACTO ADMINISTRATIVO RESOLUCIÓN 07538 DEL 24 DE ABRIL DEL AÑO 2023*** *resolvió el* ***RECURSO DE APELACION PRESENTADO EN CONTRA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DECRETO 577 DEL 21 DE OCTUBRE DEL AÑO 2022 POR MEDIO DEL CUAL SE ORDENA UN TRASLADO Y/O REUBICACIÓN,*** *el mismo ya cobro firmeza, no obstante por mis periodos de incapacidad, no se ha podido hacer efectivo, sin que el mismo se hubiere demandado de fondo ante la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la que al acudir a la jurisdicción ordinaria administrativa, la misma no tendría vocación de prosperar por caducidad, y en razón a que el mismo no se le ha dado cumplimiento por mi incapacidad, al terminar la misma se configuraría una vía de hecho que causa un perjuicio irremediable. (…)".* (Subraya del Despacho).

Es por ello que, en consonancia con el precedente jurisprudencial en torno al principio del derecho *"Nemo auditur propriam turpitudinem allegans",* considera este Fallador que la promotora de esta acción pretende el amparo de sus derechos, cuando ella misma ha omitido acudir oportunamente a las instancias judiciales propias que el legislador ha dispuesto en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como de las medidas precautelativas, con ocasión de la solicitud que pudiese haber efectuado de suspensión provisional de los actos acá atacados y que le correspondía adelantar, en aras de procurarse a sí misma el restablecimiento de sus prerrogativas fundamentales, pretendiendo ahora, a través de la presente acción de tutela, revivir los términos con que contaba para tal fin, y que con ella se resguarde el derecho que, no obstante estar advertida, omitió hacer efectivo mediante el proceso expedito, existente normativamente para tales propósitos.

Así lo expresa fehacientemente el máximo órgano de Cierre Constitucional en la sentencia de unificación SU-544 de 2001 en cita, cuando afirma:

> *"(…) En principio, no existe obligación alguna de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la tutela. Basta que dicha posibilidad esté abierta al interponerse la demanda. Con todo, debe observarse que, a fin de no desnaturalizar la figura, en aquellos casos en los cuales las acciones ordinarias están sujetas a caducidad o, en general, a limitaciones temporales, en principio le asiste al demandante la carga de iniciar la acción pertinente, sea al momento de interponerse la acción o durante su trámite -si el término de caducidad opera durante el trámite-.*
>
> ***La anterior exigencia guarda relación directa con la naturaleza cautelar de la tutela transitoria, pues de caducar o prescribir las posibilidades de acceso a la administración de justicia por causas imputables al demandante, mal puede la tutela fungir como mecanismo para revivir los términos ordinarios. De ser así, la tutela perdería todo carácter transitorio. De tramitarse, a pesar de dicho efecto jurídico, se tornaría en principal. En consecuencia, si los términos de caducidad o prescripción de la acción principal ya han operado, no es procedente la tutela como mecanismo transitorio.***
>
> ***14. En cuanto a los mecanismos de defensa judicial considerados principales u ordinarios, es pertinente tener en cuenta que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás. Así, por ejemplo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ejerce ante la***

jurisdicción contencioso administrativa, bien puede ir acompañada de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado.

La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto. Sobre esta materia, la Corte ha señalado:

"7.- Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de la administración. Y ello ocurre, precisamente, porque la misma Constitución (artículo 238) contempla la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos, que es resuelta desde el momento mismo de admitirse la demanda (Artículos 152 y siguientes del C.C.A.). El propio legislador fue consciente de la posibilidad de encontrar procesos enredados en el tiempo, y para ello diseñó esta importante medida. La jurisprudencia de esta Corporación, en anteriores pronunciamientos, ha reconocido expresamente la eficacia de la suspensión provisional, en los siguientes términos:

'Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbelo, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiere escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos'. Sentencia T-533/98 MP. Hernando Herrera Vergara. (Subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido conviene citar la sentencia T-640/96[12] en cuya oportunidad la Corte señaló:

'(…) la suspensión provisional de los actos administrativos es trámite que se ubica como una de las medidas que deben solicitarse antes de que sea admitida la demanda que se formule en contra del acto correspondiente; es concebida como medida cautelar en presencia de excepcionales casos en los que la vulneración de normas superiores sea manifiesta, y como tal es cuestión previa a decidir en el trámite de la acción que se adelanta. Así las cosas, esta posibilidad judicial resulta ser un trámite pronto, y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela". (Subrayado fuera de texto). Sentencia T-127 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. *(…)"* (Subraya y negrilla propias del texto original)

Corolario de lo anterior, el amparo constitucional no está llamado a prosperar y se deberá declarar su improcedencia, por subsidiariedad, en lo que atañe a buscar la revocatoria del acto administrativo de traslado cuestionado con fundamento en la afectación a los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, la igualdad, la estabilidad y unidad familiar, ante la inexistencia de perjuicio irremediable, dado que el término de caducidad de la acción principal con que contaba la accionante para acudir ante la instancia contenciosa ya han operado, con los demás pronunciamientos a que haya lugar. Se dispondrá además lo consecuente con la notificación del fallo y su envío a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.

Como colofón, al no advertirse amenaza o vulneración de Derechos Fundamentales por parte de las accionadas, GOBERNACIÓN DE SANTANDER, la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, el COLEGIO NUESTRA SEÑORA DE LA CALENDARÍA DE CIMITARRA (S.) y el COLEGIO NACIONAL SAN JOSÉ DE GUANENTA DE SAN GIL (S.), se procederá a su desvinculación del presente trámite tutelar, no sin antes prevenirlas para que atiendan de

[12] MP. Vladimiro Naranjo Mesa,

manera oportuna los requerimientos efectuados por los Jueces Constitucionales, so pena de las medidas correspondientes.

****

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO**. DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** por **SUBSIDIARIEDAD** ante la inexistencia de perjuicio irremediable, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora NUBIA MARIA TORRES CALDERÓN, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 37´898.035 expedida en San Gil, quien actúa en nombre propio, en contra de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, SECRETARIO ADMINISTRATIVO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER, la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, en lo que atañe a buscar la revocatoria del acto administrativo de traslado cuestionado con fundamento en la afectación a los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, la igualdad, la estabilidad y unidad familiar, ante la inexistencia de perjuicio irremediable, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO**. DESVINCULAR** del presente trámite tutelar a la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, el COLEGIO NUESTRA SEÑORA DE LA CALENDARÍA DE CIMITARRA (S.) y el COLEGIO NACIONAL SAN JOSÉ DE GUANENTA DE SAN GIL (S.), no sin antes prevenirlas para que atiendan de manera oportuna los requerimientos efectuados por los Jueces Constitucionales, so pena de las medidas correspondientes.

TERCERO**. NOTIFÍQUESE** esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

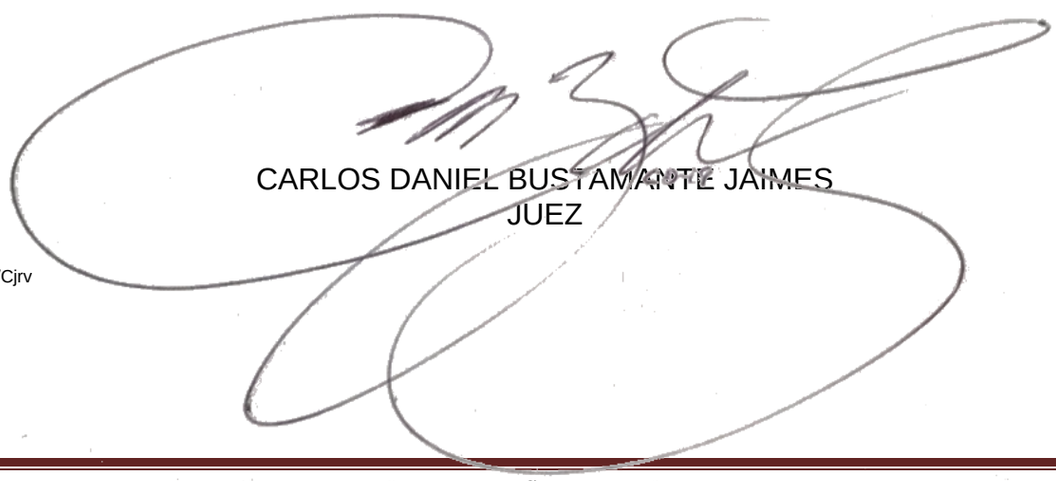
CUARTO**.** Contra este fallo procede la **IMPUGNACIÓN** presentada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO**.** A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

SEXTO**.** Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO**. EXCLUIDA DE REVISIÓN**, previas las anotaciones de rigor, **ARCHÍVENSE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ

CDBJ/Cjrv