

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP11863-2018

Radicación No 99950

(Aprobado Acta No. 303)

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

La Sala decide la impugnación interpuesta por NELLY NATHALY BOTINA SALAZAR, contra el fallo proferido el 13 de julio de 2018, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante el cual concedió el amparo constitucional del derecho al debido proceso impetrado por la accionante, vulnerado por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño. Trámite al cual se vinculó oficiosamente al CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA, al JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PASTO y al doctor MARIO ALBERTO DELGADO TORRES.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Así fueron sintetizados en el fallo constitucional de primera instancia<sup>1</sup>:

Narró la accionante que participó a través de la Convocatoria No. 3 al concurso público para empleados de carrera de Tribunales, Juzgados y Centro de Servicios del Distrito de Pasto y Mocoa conforme al Acuerdo No. 0189 del 28 de noviembre de 2013, al cargo de oficial

mayor o sustanciador de juzgado de circuito obteniendo un puntaje de 896.07 en la prueba de conocimiento, quedando con un total de 699.77 puntos, lo que le permitió opcionar al empleo mencionado en el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Pasto, Despacho en donde fue nombrada en propiedad mediante Resolución No. 003 del 30 de enero de 2017, tomando posesión del cargo el 3 de abril del mismo año.

Contó que en el mes de mayo de 2018 se publicó en la página oficial de la Rama Judicial como vacante el cargo de oficial mayor o sustanciador del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, motivo por el cual elevó ante el Consejo Seccional de la Judicatura Nariño, Sala Administrativa, traslado de servidores por carrera, no obstante la entidad accionada emitió concepto desfavorable a su solicitud, bajo el argumento de incumplir los requisitos previstos en el Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, los cuales se relacionan con la especialidad y jurisdicción del cargo al que se solicita el traslado, en razón a que en propiedad está adscrita a la jurisdicción contenciosa administrativa y a donde aspira es de la jurisdicción ordinaria, decisión que indicó la impugnó haciendo uso del recurso de reposición y en subsidio de apelación, los que a la fecha de interposición de la demanda tutela aún no habían sido resueltos.

Reprochó los motivos en que se basó la accionada, partiendo de lo previsto en el Acuerdo No. 0189 del 28 de noviembre de 2013, por medio del cual se determinaron los presupuestos de orden general y específico para el cargo de oficial mayor de juzgado de circuito, para luego conformar la lista de elegibles y así optar por las plazas o vacantes que se vayan generando en los despachos judiciales, sin que la elección a una u otra especialidad conllevara exigencias adicionales o requisitos de tipo académico o de experiencia; de ahí que señaló que al haber cumplido a cabalidad con las etapas del concurso le permite ejercer el cargo elegido independientemente de la especialidad que escoja.

Sumó a sus dichos lo predicado por la Ley Estatutaria en materia de traslados, de la cual se

deriva que la figura en mención operaba siempre que existe la vacante definitiva para proveer el cargo, sin que medie exigencia alguna sobre la especialidad y jurisdicción como equívocamente se señala en el Acuerdo 10754 de 2017, en el cual lo que se dice es la verificación de funciones afines, categoría y requisitos entre el cargo de carrera y el vacante.

Advirtió que si la intención de lo normado es el mejoramiento de la administración de justicia por parte de los empleados en los cargos que se ocupan en carrera, cuenta ella con la experiencia necesaria para desempeñar el cargo en la especialidad en civil, en tanto que su récord laboral al interior de la Rama Judicial lo ha desarrollado en el campo de la jurisdicción ordinaria.

Adicionó a su inconformidad el hecho de que la demandada no tuvo en cuenta un precedente judicial en donde se tramitó por vía tutelar un caso similar al expuesto, por medio del cual se concedió el amparo, ya que se determinó que el ingresar al concurso al cargo elegido de manera genérica, permite que pueda ocupar el empleo en cualquier especialidad, sin que medie condicionamiento alguno para solicitar los traslados correspondientes.

Señaló que el Consejo Seccional de la Judicatura a través de la Sala Administrativa, de manera apresurada envió al Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad la lista de elegibles para el cargo vacante, así como un concepto favorable para traslado del señor Mario Alberto Delgado Torres, en un tiempo en que ni siquiera había definido su solicitud y por ende no se había notificado sobre la determinación adoptada, además sin haber informado a esa Judicatura de su caso respecto al interés del traslado para el cargo de oficial mayor.

Adicionó que debido al desarrollo de las actuaciones trasgresoras del ente accionado, el Juzgado referido procedió dentro de los términos establecidos en el ordenamiento aplicable

a emitir resolución de nombramiento en el empleo conocido, razón por la cual la debió informar por escrito a ese Despacho de su situación, pues consideró que con los actos adelantados por la demandada se estaban trasgrediendo sus derechos al debido proceso administrativo, al trabajo e igualdad.

Peticionó entonces con la acción, como medida provisional se ordene al Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto la suspensión del trámite posterior a la resolución de nombramiento del señor Mario Alberto Delgado Torres hasta tanto se defina la acción tutelar, con el fin de evitar la configuración de un mayor perjuicio a las personas involucradas; como pretensiones sostuvo que se extienda el amparo a sus garantías fundamentales trasgredidas por la entidad accionada, se ordene al Consejo Seccional de la Judicatura, Sala Administrativa deje sin efectos la actuación administrativa que resolvió su petición de traslado y en su lugar, emita un concepto favorable para ese propósito, y en consecuencia, se disponga dejar sin efectos la Resolución de nombramiento emitida por el Juzgado referido en fecha 15 de junio de 2018.

## EL FALLO IMPUGNADO

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto concedió el amparo constitucional del derecho al debido conforme a las siguientes consideraciones:

En punto de verificar si la tutela es el camino para discutir el reproche que ahora alienta la demanda superior, se dirá sin dubitación alguna que ésta se torna improcedente, puesto que como se detalla anteriormente, se encuentra en curso el trámite de los recursos invocados en contra de la determinación administrativa que va en contravía de los intereses de la abogada BOTINA SALAZAR, teniéndose en conocimiento que de acuerdo a la contestación enviada por la demandada, en fecha 4 de julio del presente año la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, mediante Resolución No.CSJN18-229, resolvió no reponer la decisión objeto de reproche y concedió el recurso de

alzada ante la Dirección de la Unidad Administrativa de la Carrera Judicial, a donde se remitieron las diligencias para lo de su competencia.

Así las cosas, mal haría el Juez constitucional en inmiscuirse dentro del procedimiento legal que se encuentra en camino, pues no puede perderse de vista que fruto de las activaciones de los medios de defensa judicial que contempla el ordenamiento aplicable, es que la accionante cuenta en este preciso momento con la posibilidad de que sean salvaguardadas sus prerrogativas, ante la revisión en segunda instancia del concepto que truncó sus aspiraciones; de ahí que prime se observa palpable que los principios de residualidad y subsidiariedad de la acción tengan plena aplicación, sin que sea prudente y menos apropiado considerar excepción alguna para extender algún tipo de estudio constitucional sobre el tema.

(...)

Aspectos que entonces nos llevan a concluir que ante esta primera pretensión de amparo prodigada por la accionante, deberá el Tribunal declarar la improcedencia de la acción constitucional.

La actuación administrativa proveniente de la remisión del Acuerdo No.CSJNAA 18-55 del 23 de mayo, por medio del cual la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño formula ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, la lista de elegibles para la designación en propiedad del cargo de oficial mayor o sustanciador que se encuentra en vacancia definitiva, junto con el envío del concepto de traslado favorable para ese cargo a nombre del abogado Mario Alberto Delgado Torres, conforme al oficio de comunicación del 24 de mayo de 2018.

(...)

En guía de lo dicho se desprende que la acción de tutela que invoca la actora se torna

próspera, si en cuenta se tiene que se vislumbra la concurrencia de una de las reglas previstas por la jurisprudencia para considerar al excepcionalidad del estudio constitucional, en tanto que “(i) la actuación administrativa ha desconocido los derechos fundamentales, en especial los postulados que integran el derecho al debido proceso, ello a partir del siguiente raciocinio.

Como se puede advertir de las constancias obrantes en el plenario, todas las actuaciones y determinaciones asumidas por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, Sala Administrativa, alrededor de la vacancia definitiva del cargo de oficial mayor o sustanciador del mencionado Juzgado, se dio dentro la misma temporalidad, es decir en sesión ordinaria del 23 de mayo de 2018, en donde se resolvieron las peticiones de traslado de servidores por carrera de los abogados Nelly Nathaly Botina Salazar y Mario Alberto Delgado Torres, como también se consolidó la lista de elegibles para el empleo antes destacado, actos que fueron debidamente notificados a los interesados.

Ahora entonces se denota que el ente accionado de manera apresurada decidió comunicar al Juzgado nominador, no solamente de la lista de elegibles para proveer el cargo en propiedad de oficial mayor o sustanciador, sino también acompañó a esa información el concepto favorable de traslado por carrera de uno de los interesados en ese empleo, desdeñando por completo el trámite correspondiente a la misma solicitud elevada por la actora, pero aún en proceso de definición, puesto que todavía no había sido notificada la profesional BOTINA SALAZAR de la negación a su pedimento.

## LA IMPUGNACIÓN

NELLY NATHALY BOTINA SALAZAR, impugnó el numeral primero de la sentencia de tutela por medio de la cual se resolvió:

“Primero.- Negar por improcedente el amparo constitucional invocado por la señora NELLY NATHALY BOTINA SALAZAR en contra de la SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO

SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE NARIÑO, en lo que se refiere a la actuación administrativa por medio de la cual se emitió concepto de traslado desfavorable, conforme a lo previsto en la parte considerativa de este proveído.”

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver la impugnación interpuesta por la accionante contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Al respecto, el problema jurídico que convoca a la Sala consiste en establecer si con la actuación administrativa por medio de la cual se emitió concepto de traslado desfavorable a la accionante, se le vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, trabajo e igualdad, y en consecuencia es procedente revocar el fallo de tutela de primera instancia y conceder el amparo invocado.

### 1. El carácter subsidiario de la acción de tutela respecto de actos administrativos

1.1. Para resolver el asunto la Sala debe reiterar que la acción de tutela, como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, de orden subsidiario y residual,<sup>2</sup> lo que significa que su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial al alcance de quien demanda.

Sin embargo, puede ocurrir, y así lo ha dicho la Corte Constitucional, que a pesar de que los interesados cuenten con los medios ordinarios para defender sus derechos concretos, ninguno de estos mecanismos actúen de manera efectiva y eficiente. Es precisamente en dichos casos, que el juez de tutela debe hacer un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo. Este dinamismo judicial permite, en un Estado Social de Derecho, asegurar la vigencia de un orden justo, de conformidad con lo

establecido en el artículo 2º de la [Constitución Política](#).<sup>3</sup>

Con todo, no se puede olvidar que la eficacia de los medios de defensa ordinarios, no necesariamente depende de la velocidad con la cual se resuelve un asunto, pues con este parámetro todas las demás acciones instituidas en el ordenamiento jurídico, con excepción del hábeas corpus, serían ineficaces y por lo mismo, ningún sentido tendrían los otros medios de defensa -consecuencia contraria a la esencia y teleología de la acción constitucional-.

1.2. La Ley 1437 de 2011 introdujo cambios significativos al procedimiento administrativo que, según la jurisprudencia constitucional, resultan relevantes para el examen de subsidiariedad de la acción de tutela contra actos administrativos. Así, una de las modificaciones más importantes es la relativa a las medidas cautelares. El artículo 230 establece que las mismas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Con fundamento en ello, el juez puede adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; (ii) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza, incluso contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; y (v) impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.<sup>4</sup>

La oportunidad para decretar las medidas cautelares tiene una regulación particular, dependiendo de que se traten de medidas ordinarias o de urgencia. Respecto de las primeras se dispone que podrán ser adoptadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso. Frente a las medidas cautelares de urgencia, el Código prevé que desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte, la autoridad judicial puede adoptar una

medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción, evidencia que por la urgencia que se presente no puede agotarse el trámite previsto.<sup>5</sup>

Tales circunstancias, sostiene la Corte Constitucional, inciden sustancialmente en la forma en la que debe ser apreciada la procedencia de la acción de tutela en cada caso particular, si se considera que para que ésta sea viable es necesario que los medios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas cuestionadas.<sup>6</sup>

#### Análisis del caso concreto

1. De los medios de convicción que obran en el expediente se extrae que NELLY NATHALY BOTINA SALAZAR ejerce, en propiedad, el cargo de oficial mayor del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto.

La libelista señaló que en el mes de mayo de 2018 se publicó en la página oficial de la Rama Judicial como vacante el cargo de oficial mayor o sustanciador del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, motivo por el cual elevó ante el Consejo Seccional de la Judicatura Nariño, Sala Administrativa, traslado de servidores por carrera, no obstante la entidad accionada emitió concepto desfavorable a su solicitud.

2. Con el libelo tutelar se pretende dejar sin efectos el acto administrativo a través del cual a NELLY NATHALY BOTINA SALAZAR, le fue negado su traslado como oficial mayor del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto a igual cargo en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, por cuanto, en criterio de la accionante, cumple con los requisitos para ello.

3. En efecto, el 31 de mayo de 2018, el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, mediante Acuerdo CSJNAO 18-874, emitió concepto desfavorable frente a la solicitud de traslado efectuada por la ahora demandante, con base en los siguientes argumentos:

“De los documentos aportados por la solicitante, se evidencia que su vinculación en propiedad se dio a la jurisdicción contencioso administrativa, Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el cargo al cual requiere ser trasladado pertenece a la jurisdicción ordinaria y en tal virtud no se cumple con el requisito exigido en el acuerdo reglamentario de traslados de servidores judiciales, toda vez que la especialidad y jurisdicción a la que se vinculó es diferente de la que actualmente solicita ser trasladada.

Trámite que se encuentra surtiendo recurso de reposición y en subsidio apelación, motivo por el cual esta Sala comparte la decisión del fallador de primera instancia en el sentido de conceder el amparo constitucional del derecho al debido proceso impetrado por la accionante; sin embargo, la impugnante insiste en que la accionada vulneró su derecho al debido proceso administrativo.

4. La demandante olvida que en el inciso final del artículo 3º del Acuerdo PSAA12-9312 del Consejo Superior de la Judicatura, a través del cual se modifica el artículo 17 del Acuerdo PSAA10-6837 de 2010, establece:

Tratándose de solicitudes de traslado para los cargos de empleados, deberá observarse para la emisión de concepto favorable de traslado, la especialidad y jurisdicción a la cual se vinculó en propiedad, salvo para escribientes y citadores para quienes sólo se tendrá en cuenta que se trate de la misma jurisdicción.

5. Bajo este marco normativo se precisaron las reglas para avalar los traslados horizontales de empleados y se establece una condicionante que, prima facie, no satisface la libelista, quien actualmente ejerce, en propiedad, el cargo de Oficial mayor Juzgado Segundo Administrativo de Pasto y pretende desempeñarse como Oficial mayor del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, los cuales pertenecen a jurisdicciones distintas, de allí que se denegara la solicitud que al respecto formuló.

Desde esa perspectiva, no se vislumbra ninguna afectación a sus derechos fundamentales,

pues lo cierto es que no se cumplen los requisitos previstos en el citado precepto para que se autorice el cambio laboral deprecado.

6. Visto así lo anterior y sin que la demandante hubiere probado en debida forma que las accionadas se hayan apartado de las pautas fijadas en las normas vigentes, el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño no tenía otra opción que denegar su traslado.

No puede la accionante pretender que por esta vía se favorezca con una interpretación adicional a los parámetros previamente indicados, aceptar la intervención del juez constitucional en la órbita propia de los funcionarios a quienes el legislador ha atribuido determinadas competencias, equivale no sólo a desnaturalizar el carácter subsidiario y residual del mecanismo de amparo, sino también a atentar contra los principios constitucionales de independencia y autonomía funcionales que informan el ejercicio de la administración de justicia.

7. Sumado a lo anterior, la libelista aún cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, donde tendrá la oportunidad de debatir la presunta afrenta al derecho a la igualdad.

Instancia en la que además se tiene la posibilidad de reclamar la adopción de una decisión por parte de la administración, constituyéndose así en el mecanismo idóneo para controvertir el pronunciamiento que dice atenta contra sus derechos fundamentales.

La alternativa de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, impide al juez de tutela intervenir en el asunto objeto del sub júdice, según lo ha dicho la jurisprudencia constitucional:

En términos normativos y de la jurisprudencia, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el

sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

(...) De otro lado, en el presente asunto no se configura el perjuicio irremediable, porque (...) el peticionario podría obtener la suspensión provisional de los actos censurados sin perjuicio de la eventual nulidad. De tal forma, resulta improcedente conceder el amparo, al haberse podido acudir a otro mecanismo de defensa judicial considerado eficaz para reclamar ante la jurisdicción especializada, como lo ha reiterado esta corporación:

(...) 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 líbello, 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.<sup>7</sup>

8. Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, no existe mérito para acceder a la protección constitucional deprecada, dada la existencia de otros mecanismos de defensa judicial y en atención a que no se avizora la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. En consecuencia, será confirmada la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º CONFIRMAR el fallo impugnado.

2º NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3º REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 87 a 88

2 Ver también sentencias: T- 1277 de 2005, T-771 de 2004, T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992.

3 Ver entre otros: sentencia T-1277 de 2005, T- 771 de 2004, T- 408 de 2002, T-432 de 2002 y SU- 646 de 1999.

4 Sentencia SU-355 de 2015.

5 Ibídem.

6 Ibidem.

7 Sentencia T-766 de 2006.