

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, diez (10) de octubre de dos mil catorce (2014)

Acta No. 482 de 10 de octubre de 2014

Expediente No. 66001-31-03-002-2014-00276-00

Decide esta Sala en primera instancia la acción de tutela instaurada por la señora Rosalba Vargas Botero contra la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, a la que fueron vinculados el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira, la Directora de la Unidad Administrativa de Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la señora Erien Yirleza Palacios Valencia.

A N T E C E D E N T E S

Narró la accionante los hechos que admiten el siguiente resumen:

.- Empezó su vida laboral el 24 de junio de 1981 cuando se vinculó a la Contraloría Departamental de Risaralda, entidad en la que trabajó hasta el 17 de mayo de 2001; el 15 de enero de 2002 fue nombrada en provisionalidad como notificadora grado 3 del Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira y desde el 30 de julio de 2007 se desempeña como escribiente grado 6 del mismo juzgado, también en provisionalidad.

.- Mediante oficio recibido el 15 de septiembre último, el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda remitió a ese despacho concepto favorable para el traslado de la señora Erien Yirleza Palacios Valencia al cargo que actualmente ocupa.

.- Cuenta con cincuenta y cinco años de edad y ha laborado por más de treinta; es decir, está próxima a recibir la pensión de vejez, precisamente dentro de dos años de conformidad con el Acto Legislativo No. 01 de 2005, razón por la cual debe serle aplicado el retén social de que trata el Decreto 3905 de 2009 y la Ley 790 de 2002, ya que además es madre cabeza de hogar sin alternativa económica.

Considera lesionados sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, la vida digna, la salud, el trabajo y la igualdad y solicita se ordene al Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda que el cargo de escribiente que desempeña no sea ofertado hasta que obtenga su pensión de vejez y requiera a la

señora Erien Yirleza Palacios Valencia para que solicite el traslado para otro juzgado.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- La demanda se admitió por auto del 26 de septiembre último, providencia en la que se dispuso vincular al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira, a la Directora de la Unidad Administrativa de Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la señora Erien Yirleza Palacios Valencia; como medida provisional se ordenó a la titular del referido juzgado suspender el nombramiento de la señora Erien Yirleza Palacios Valencia en el cargo que ocupa la actora.

2.- La titular del referido juzgado, luego de confirmar que la accionante labora en su despacho como escribiente en provisionalidad, indicó que el 15 de septiembre pasado recibió oficio, remitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, por medio del cual se da a conocer el concepto favorable de traslado a la señora Erien Yirleza Palacios Valencia para el cargo que ocupa la accionante; como quiera que según los documentos remitidos, el traslado se había solicitado para varios juzgados, se comunicó con el Consejo Seccional de la Judicatura y le indicaron que el paso a seguir era hacer el respectivo nombramiento, lo que debían hacer los demás despachos, a efecto de que la señora Palacios Valencia escoja entre ellos. Adujo también que si bien el artículo 167 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señala que todo nominador cuenta con un término de diez días para efectuar nombramientos, teniendo en cuenta la medida provisional decretada, tal acto debió ser suspendido. Por tanto, pidió que se le excluya de toda responsabilidad ya que en cuanto a la provisión de cargos, su función se limita a cumplir lo ordenado por el Consejo Seccional de la Judicatura.

3.- Los Magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de Risaralda se pronunciaron para manifestar que el Acuerdo PSAA10-6837 de 2010 por medio del cual se regulan los traslados de los servidores judiciales, establece su procedencia cuando sean solicitados por empleados de carrera para los cargos que se encuentren vacantes en forma definitiva y que tengan funciones afines, sean de la misma categoría y exijan los mismos requisitos; además, que compete a la Unidad de Administración de la Carrera Judicial emitir el respectivo concepto; esta solicitó a la Sala Administrativa Seccional remitir concepto favorable de traslado a la señora Juez Séptima Civil Municipal para el cargo de escribiente en ese despacho a favor de la señora Erien Yirleza Palacios Valencia, quien se desempeña en igual cargo en el Juzgado Promiscuo Municipal de Istmina, Chocó y por lo tanto, la Corporación que representan ha actuado como simple intermediario, por lo que pidieron su desvinculación del proceso; también, declarar improcedente la tutela como quiera que existen otros medios

administrativos idóneos para proteger los derechos que se dicen vulnerados.

4.- La señora Erien Yirleza Palacios Valencia refirió que en uso del derecho que le concede la carrera judicial, pidió el traslado para el cargo de escribiente en el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira habida cuenta que su deseo es estudiar derecho, programa que no es ofertado por la Universidad que hace presencia en el municipio de Istmina; si bien la accionante pretende se niegue su traslado haciendo uso de la figura del retén social porque le restan dos años para pensionarse, no incorporó certificado del fondo de pensiones que acredite esa situación; tampoco demostró su condición de madre cabeza de hogar, ni el acaecimiento de un perjuicio irremediable; admitir la postura de la actora sería elevar a un nivel superior a los empleados provisionales sobre los que están en carrera. Pidió denegar el amparo.

5.- La Directora de la Unidad Administrativa de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura al ejercer su derecho de defensa expresó que la presente acción de tutela es improcedente toda vez que la actora tiene, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, otro medio de defensa judicial para atacar el acto administrativo por medio del cual supuestamente se vulneran sus derechos fundamentales, en el que puede solicitar como medida provisional la suspensión de sus efectos. Agregó que esa Unidad no ha lesionado las garantías de la demandante ya que los empleados que se desempeñan en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa y por eso su desvinculación solo puede ocurrir cuando se provea el cargo por concurso o cuando exista concepto favorable de traslado, circunstancia esta última que ocurrió en el presente caso. Explicó que de conformidad con la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, el retén social se aplica en procesos de renovación de la administración, mas no cuando se trata del acceso a la función pública a través del mérito y por último afirmó que no se demostró perjuicio irremediable alguno. Solicitó negar la protección solicitada.

CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, otorga a toda persona la facultad para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un trámite breve y sumario, la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en determinados eventos. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Así, la procedencia de la tutela exige la existencia de acción u omisión atribuible a la persona o autoridad contra la que se dirige,

a partir de la cual sea posible analizar si se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario.

2.- En el caso bajo estudio corresponde determinar si la entidad contra la que se dirigió la acción amenaza los derechos fundamentales cuya protección solicita la demandante, con motivo del traslado aceptado y que solicitó una servidora judicial en carrera judicial al cargo que ella ocupa en provisionalidad en el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira.

3.-El artículo 125 de la Constitución Política dice que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; también, que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público; que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y que el retiro se producirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

La ley 270 de 1996, en el artículo 132, señala la manera como pueden ser provistos los cargos en la rama judicial, así: a) en propiedad, para *"los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente"*; b) en provisionalidad, para el caso de vacancia definitiva, *"hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes"*; y c) en encargo, *"cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas"*.

El artículo 134 de la misma ley, modificado por el 1º de la ley 771 de 002, dice que el traslado se produce *"cuando se provee un cargo con un funcionario o empleado que ocupa en propiedad otro de funciones afines, de la misma categoría y para el cual se exijan los mismos requisitos, aunque tengan distinta sede territorial..."* y entre otros eventos lo autoriza cuando *"lo solicite un servidor público de carrera para un cargo que se encuentre vacante en forma definitiva, evento en el cual deberá resolverse la petición antes de abrir la sede territorial para la escogencia de los concursantes."* Ese traslado está consagrado además como derecho para todo empleado de la rama judicial en el numeral 6 del artículo 152 de la ley 270 de 1996, modificado por el 2º de la citada ley 771.

4.- De otro lado, las personas nombradas en provisionalidad para ejercer cargos en la rama judicial no cuentan con los mismos derechos de aquellas nombradas por mérito y que ingresan a la carrera judicial. Así por ejemplo, la estabilidad en el empleo es apenas relativa y aunque su desvinculación no puede producirse por la decisión discrecional del nominador si puede serlo, entre otras cosas, por el traslado que solicita un empleado de carrera. Así lo ha explicado la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, si bien es cierto que la situación de los servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad no puede equipararse a la situación de quienes ocupan un empleo de carrera, pues no han ingresado al cargo mediante concurso de méritos, su permanencia en éste no depende de una facultad discrecional del nominador, como si se tratara de un funcionario de libre nombramiento y remoción. En efecto, las personas que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, por lo que el acto administrativo que haga efectiva una desvinculación de un trabajador en provisionalidad debe estar respaldado por una motivación seria y suficiente en la que se indiquen específicamente las razones de tal decisión. De incumplirse este deber se está ante una clara violación del derecho al debido proceso, que puede ser reparada, en determinadas condiciones, mediante la acción de tutela.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha dicho que “la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia. Igualmente, ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad”¹.

Ahora bien, en la sentencia T-245 de 2007,² esta Corporación, después de analizar la jurisprudencia constitucional sobre la estabilidad laboral relativa de los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad, sostuvo que dicha garantía constitucional implica que, en caso de que un funcionario nombrado en provisionalidad vaya a ser despedido, debe mediar una justa causa que tenga como fundamento (i) la calificación de desempeño, (ii) la comisión de faltas disciplinarias o (iii) la provisión del cargo por concurso de méritos....”³

5.-En el proceso están acreditados los siguientes hechos:

.- Mediante Resolución No. 004 del 15 de enero de 2002, la señora Rosalba Vargas Botero fue nombrada en el cargo de notificadora grado 3, en provisionalidad en el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira⁴.

¹ Sentencia C-279 de 2007 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa).

² MP. Humberto Antonio Sierra Porto

³ Sentencia T-17 de 3 2012, MP. Dra. María Victoria Calle Correa

⁴ Folio 2

.- Por Resolución No. 13 de 30 de julio de 2007 la misma señora fue nombrada en ese despacho en el cargo de escribiente grado 6, en provisionalidad⁵ y tomó posesión del cargo el 1º de agosto siguiente⁶.

.- El 4 de agosto de 2014 la señora Erien Yirleza Palacios Valencia solicitó a la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura concepto favorable de traslado para los cargos de escribiente nominado en el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira o en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas, al cumplir con los requisitos establecidos en el Acuerdo No. 6837 de 2010⁷.

.- La Directora de esa Unidad, mediante oficio de 5 de septiembre siguiente, remitió concepto favorable de traslado a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda⁸; Corporación esta que, a su vez lo envió al Juzgado Séptimo Civil Municipal de esta ciudad, siendo recibido allí el 15 de septiembre⁹.

6.- Surge de lo que hasta aquí se ha expuesto, que la conducta de la Directora de la Unidad de Administración Judicial de Carrera Judicial que emitió concepto favorable para el traslado de que se ha hecho mención, se ajusta a los preceptos constitucionales y legales que se han citado; también a la jurisprudencia constitucional que se ha transcrito, toda vez que es el traslado es una forma de proveer en propiedad los cargos vacantes de la rama judicial y de esa manera las cosas, se concluye que no procede la tutela solicitada.

7.- De todos modos, no puede pasar por alto esta Sala otras consideraciones. Es sabido que una de las características de la acción de tutela es la de constituir un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual, en virtud a que solo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa judicial, o cuando aun existiendo, la tutela es usada como mecanismo transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual sus efectos son temporales y quedan supeditados a lo que resuelva de fondo la autoridad competente. Por esa razón, el artículo 6º, numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala como causal de improcedencia de la tutela, la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial.

Como ya se expresara, pretende la accionante se le protejan sus derechos al trabajo, la vida digna, la seguridad social, el mínimo vital, la salud y la igualdad, los que considera vulnerados con el concepto favorable emitido para el traslado de la señora Erien Yirleza Palacios Valencia al cargo que ella ocupa en provisionalidad,

⁵ Folio 3

⁶ Folio 5

⁷ Folio 6

⁸ Folio 47

⁹ Folio 9

sin tener en cuenta su condición de madre cabeza de hogar, sin alternativa económica y porque le restan dos años para pensionarse, todo lo cual la hace merecedora al retén social.

Dice el artículo 12 de la ley 790 de 2002¹⁰:

“Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”

El artículo 12 del decreto 190 de 2003 se encargó de definir los destinatarios de esa protección especial, así:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1º del presente decreto.”

Por su parte, el artículo 1º del decreto 3905 de 2009 establece un margen de protección más amplio:

“Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de 2004 a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.”

En el asunto bajo estudio, la demandante no ha solicitado a la autoridad que aceptó el traslado de la señora Palacios Valencia, ni tampoco a aquella frente a la que dirigió la acción, ni a las demás personas vinculadas a la acción, lo que pretende le sea decidido por este medio excepcional de protección. En efecto, requerida con tal fin por esta Sala, manifestó no haberlo hecho porque lo consideró innecesario en razón a que no existe lista de elegibles para el cargo que desempeña y el concurso de méritos de empleados se encuentra suspendido¹¹.

¹⁰ “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.

¹¹ Folio 79

En esa circunstancia encuentra esta Corporación un motivo que hace improcedente el amparo solicitado, pues acudió la actora a la tutela como mecanismo principal de protección constitucional. De considerar que en su caso debe aplicarse la figura del retén social, por las circunstancias que aduce, debe dirigirse en primer lugar a su nominadora, pues es la competente para definir la cuestión.

8.- Además, la Corte Constitucional de manera reiterada ha sostenido que la informalidad de la tutela no libera al peticionario de acreditar los hechos sobre los que edifica su solicitud y por eso, en principio, corre con esa carga probatoria. Al respecto, en un caso similar al actual señaló:

"...encuentra la Sala que, como presupuesto para el estudio de la conducta de CAPRECOM, es pertinente primero definir si la accionante cumple con las condiciones objetivas para ser considerada madre cabeza de familia, y en virtud de las cuales tenga derecho a acceder a las medidas de protección contempladas en la ley y la jurisprudencia.

Cuando una persona pretende beneficiarse de las medidas de protección otorgadas a las madres cabeza de familia debe acreditar el cumplimiento de las condiciones objetivas que se han previsto para ello, sin perjuicio de que no se exija una formalidad jurídica específica para demostrar los requisitos a los que se ha aludido en esta providencia.

No obstante, a pesar de la libertad probatoria que existe para demostrar el cumplimiento de las condiciones objetivas para que una persona sea considerada madre cabeza de familia, si es necesaria, por lo menos, una manifestación clara, directa y oportuna por parte de la interesada en constituirse como tal, por medio de la cual se le de conocimiento a la entidad empleadora o, posteriormente a la autoridad juzgadora, que se encuentra en esta condición de debilidad manifiesta, poniendo de presente las circunstancias que así lo acreditan. En ausencia de esa manifestación, no se le puede exigir al empleador que otorgue las medidas de protección, o al juez que reconozca la condición de madre cabeza de familia.

En el caso que nos ocupa, la entidad accionada, mediante correo electrónico, publicó un listado de las personas que eventualmente tendrían derecho al retén social; sin embargo, tal como CAPRECOM lo manifestó en el mismo comunicado, ese listado incluía a las personas que eran posibles beneficiarios de un eventual retén social y estaba sujeto a que, posteriormente, en relación con cada persona, se acreditaran las condiciones que les permitían acceder a ese beneficio. En este sentido, no obra manifestación alguna de la accionada en la que hubiese acreditado esas condiciones, y solo fue hasta después de su desvinculación que la demandante invocó la protección especial y solicitó el reintegro, de modo que ante la negativa de CAPRECOM instauró la presente acción de amparo.

Dentro del proceso de tutela la accionante acreditó la responsabilidad que tenía a su cargo -el cuidado de su hija Melisa Bulla Sepúlveda- aportando el respectivo registro de nacimiento, y la manifestación de que estaba totalmente a

su cuidado, igualmente está acreditado el divorcio de la tutelante con el padre de sus hijas, con lo que se satisface la condición objetiva de tener la responsabilidad permanente del cuidado y manutención de un menor.

Sin embargo, respecto a la inexistencia de una alternativa económica, la peticionaria no hizo manifestación alguna, no se pronunció respecto al padre de su hija, o del eventual incumplimiento de sus obligaciones; y si bien no se reclama algún tipo de formalidad probatoria para este fin, si existe un mínimo de exigencia consistente en la carga que tiene la interesada en manifestar las condiciones que la constituyen como madre cabeza de familia, entre ellas la ausencia de una alternativa económica.

...

En ese contexto, no puede darse a la accionante el mismo trato que se dio en la Sentencia T-650 de 2005 y que la actora invoca, pues, como en esa providencia se señaló, no procede el amparo cuando no se constaten los requisitos establecidos para ser cobijado por el retén social. Por lo tanto, dado que la peticionaria no demostró cumplir con la totalidad de las condiciones para ser considerada madre cabeza de familia sin alternativa económica, ni desvirtuó las manifestaciones de la accionada, soportadas documentalmente, conforme a las cuales si tiene una alternativa económica, no resulta procedente el amparo solicitado.¹²”

En este caso, la peticionaria no solo omitió poner en conocimiento de la entidad accionada y de las demás personas vinculadas al proceso su situación actual; también dejó de acreditar los hechos constitutivos de su solicitud constitucional. En efecto, si bien afirmó que es madre cabeza de familia sin alternativa económica y está pronta a pensionarse por vejez, no arrimó prueba siquiera sumaria de esas situaciones pues se limitó a enunciarlas sin que pueda concluirse con toda certeza que efectivamente tiene a costas la responsabilidad de su hogar; que su actual empleo sea el único medio con que cuenta para sustentarse y que le resten dos años para pensionarse.

9.- De acuerdo con lo expuesto, se negará el amparo solicitado y se levantará la medida previa decretada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Civil-Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- NEGAR la tutela reclamada por Rosalba Vargas Botero contra la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, a la que fueron vinculados el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira, la Directora de la Unidad Administrativa de

¹² Sentencia T-303 de 2006 Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la señora Erien Yirleza Palacios Valencia.

SEGUNDO.- LEVANTAR la medida provisional de suspensión del nombramiento de la señora Erien Yirleza Palacios Valencia en el cargo de escribiente grado 6 en el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira.

TERCERO.- Notifíquese lo aquí decidido a las partes al tenor del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- De no ser impugnada esta decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo dispone el artículo 32 del referido decreto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO