

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ



Bogotá D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA AC-090/2020

ACCIÓN DE TUTELA
EXPEDIENTE No. 11001 33 34 001 2020 00200 00
ACCIONANTE: CARMEN ESTELA MARTÍNEZ GONZÁLEZ
ACCIONADO: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL

ASUNTO: DECIDE ACCIÓN DE TUTELA

Procede el despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por la señora **CARMEN ESTELA MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, identificada con la C.C. No. 52.323.907 de Bogotá, a nombre propio, en contra del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL**, para la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, referidos en el escrito de tutela.

ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso.

la señora CARMEN ESTELA MARTÍNEZ GONZÁLEZ, manifiesta que es servidora publica del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL.

Que desde el mes de marzo, en Colombia se decretó emergencia sanitaria por cuenta de la Pandemia por COVID 19, frente a la cual el Gobierno Nacional decretó el aislamiento preventivo obligatorio, así como una serie de medidas para hacerle frente a la pandemia.

Que en el mes de agosto, señala la accionante, que “*mediante Decreto 1109 de 10 de agosto de 2020, se implementó una estrategia que permite la flexibilización del aislamiento obligatorio y la puesta en marcha de un aislamiento selectivo de los casos confirmados y sospechosos o probables de alto riesgo, a través de la creación del Programa de pruebas, Rastreo y Aislamiento Selectivo Sostenible,- PRASS*”.

Que, en el tránsito al aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable, fue expedido el Decreto 1168 de 2020, para regular como se realizaría ese nuevo aislamiento.

Que en dicho decreto en su artículo 8 se señala que se privilegiará el trabajo en casa, tanto para entidades del sector público como privado.

Que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, expide la Circular 25 de 31 de agosto de 2020, donde se dan instrucciones para el “Retorno Presencial en las Sedes de la Entidad” y se señala que personas y bajo que criterios, se encuentran exceptuadas para asistir presencialmente a sus puestos de trabajo.

En criterio de la señora accionante, dicha circular vulnera sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, por cuanto señala que el Gobierno Nacional ha determinado que el 100% de los trabajadores de una entidad adscrita a la rama ejecutiva, debe presentarse en un aforo máximo del 30% en cada sede de trabajo. Sin embargo, el DPS ha interpretado equivocadamente que el 100% de todo el personal de la entidad, asista en dos jornadas de lunes a viernes y cuando no exista un aforo en la entidad superior al 30% en las instalaciones físicas.

Que por tanto, encuentra que se estarían violando los protocolos de seguridad puesto que por ejemplo en cambios de turno, se presentaría una aglomeración de personas en los pequeños espacio de la entidad, lo cual podría generar contagios masivos al interior de la entidad.

La actora señala que debido a ello, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, vulnera sus derechos a la salud y a la vida con la expedición de la Circular 25 de 31 de agosto de 2020.

1.2. Contestación

La entidad accionada esto es, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, a través de la Jefe de la Oficina Jurídica, Doctora Alejandra Paola Tacuma, dio contestación a la tutela, señalando que efectivamente, la entidad expidió la Circular 25 de 31 de agosto de 2020, “Retorno Presencial en las Sedes de la Entidad” el cual es *“un acto administrativo de carácter general e impersonal, toda vez que crea una situación jurídica que obliga de manera impersonal a sus destinatarios, su contenido es igual y el mismo para todas las personas que se encuentran dentro de las circunstancias que regula dicho acto”*.

Que la expedición de la Circular obedece a razones puntuales frente a la prestación del servicio presencial para atención al usuario, dando primacía al interés general sobre el particular, teniendo en cuenta la población objeto de atención que es población vulnerable en estado de pobreza o pobreza extrema.

Que “mediante Resolución No. 01582 de 3 de septiembre de 2020, la cual derogó la Resolución No. 00530 de fecha 16 de marzo de 2020, se estableció con carácter temporal y extraordinario, la jornada laboral de los servidores públicos del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social- Prosperidad Social, mientras continúan las condiciones de riesgo a la salud en el marco de la emergencia sanitaria, mediante los turnos y condiciones determinados en la Circular N° 25 de 31 de agosto de 2020.”

Que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado la improcedencia del medio tutelar frente a actos de carácter general y abstracto, por cuanto para ello se han previsto otras vías procesales. Que por tanto, la accionante debe acudir a proceso judicial con el fin de debatir la legalidad del acto, ante la jurisdicción contencioso administrativo.

Que en cuanto a la accionante se revisa que se encuentra vinculada en el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 16 en la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat de la entidad, que no presenta una condición médica especial y que por tanto debe asistir dos veces a la semana en alguno de los turnos establecidos, (mañana o tarde). Que por lo tanto no se encuentra con ello afectación a su vida o salud. Que por consiguiente la accionante no logra demostrar el daño o amenaza con la expedición del acto administrativo en mención, que vulnera sus derechos fundamentales.

Que por tanto no procede la acción de tutela por cuanto éste es un mecanismo subsidiario y residual. Que las decisiones se han tomado en derecho, y que por consiguiente, la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno, a la accionante.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017, este Despacho es competente para conocer y decidir la presente acción de tutela.

2. Problema Jurídico

Determinar si el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante CARMEN ESTELA MARTÍNEZ GONZÁLEZ, con la expedición de la Circular 25 de 31 de agosto de 2020.

3. Aspectos Generales

Para resolver, se estudiarán aspectos generales sobre: i) la acción de tutela; (ii) Naturaleza Subsidiaria de la tutela iii) Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos administrativos. Verificación de requisitos de subsidiaridad

i) De la Tutela

La acción de tutela, se encuentra prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, los Decretos 2591 y 306 de 1992, como un mecanismo residual, específico y directo para la protección de derechos constitucionales fundamentales. Lo anterior, dada la sujeción de ésta a que, el afectado carezca de otro medio de defensa judicial. Excepto, cuando la misma sea utilizada como un mecanismo transitorio, tendiente a evitar un perjuicio irremediable (art.5-6).

Esta garantía tiene dos características esenciales a saber: la subsidiaridad y la inmediatez. La primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y, la segunda, porque se trata de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda, efectiva, concreta y actual, del derecho sujeto a violación o amenaza.

Entonces, para la viabilidad y prosperidad de la acción de tutela, se requiere que se vea lesionado o amenazado un derecho fundamental con la acción u omisión de una autoridad pública o un particular, en este último caso, en los eventos definidos por la ley, un derecho fundamental establecido en la Constitución y que para la protección del mismo no exista otro medio de defensa judicial, a menos que se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

ii) Naturaleza Subsidiaria de la tutela

El artículo 6º del referido Decreto reglamentario, previó que *“La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el pronunciamiento que realizó el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional en la acción de tutela T-892 de 2014¹, a través del cual recabó:

*“El principio de subsidiariedad busca dar balance a dos intereses en juego: (i) contar con un remedio pronto y certero, a través del recurso a la jurisdicción constitucional, para asegurar el goce efectivo y oportuno de los derechos fundamentales, y (ii) **la necesidad de respetar la competencia del juez***

¹ Corte Constitucional, sentencia T-892/14 Principio de Subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción tutela (M. P. María Victoria Calle Correa).

ordinario, a través del sistema de acciones previsto por el legislador, para dirimir las controversias que los ciudadanos plantean ante la jurisdicción.

3.1.1. Aquel principio se entiende satisfecho en tres supuestos diferenciados: (i) cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial para que el accionante pueda hacer valer sus derechos; (ii) cuando existen otros medios judiciales disponibles, pero estos resultan inidóneos o ineficaces para la protección de las garantías constitucionales, en atención a las circunstancias del caso concreto; o (iii) cuando existen otros medios de defensa judicial disponibles, idóneos y eficaces, pero debe acudir a la tutela para evitar un perjuicio irremediable” (Destacado fuera del original).

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; o que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende, o, finalmente, que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial correspondiente.

En este último caso, el juez constitucional debe verificar si el perjuicio que busca conjurarse con la tutela es: (i) actual o inminente, es decir, si está ocurriendo o está próximo a ocurrir; (ii) grave, o tiene la potencialidad de dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante, y si requiere medidas (iii) urgentes e (iv) impostergables, a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad.

iii) Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos administrativos. Verificación de requisitos de subsidiaridad

Como anteriormente se mencionó, la acción de tutela fue regulada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, como un mecanismo judicial autónomo, subsidiario y sumario, que permite a todos los habitantes del territorio nacional hacer uso de éste para proteger de manera inmediata sus derechos fundamentales, cuando consideren que puedan resultar amenazados o vulnerados por las autoridades, e incluso por los particulares.

Al ser un medio privilegiado de protección, su procedencia se determina a partir de la ausencia en el ordenamiento jurídico colombiano de otros medios de defensa judicial, que permitan garantizar el amparo incoado, o que a pesar de existir, se promueva para precaver un perjuicio irremediable, este último caso en el cual se ordenará la protección como mecanismo transitorio.

De manera puntual, en cuanto la procedencia de esta acción constitucional en contra de actos administrativos, jurisprudencialmente se encuentra sentada la posición de la H. Corte Constitucional, en la cual se señala su improcedencia, en tanto los ciudadanos cuentan con otros mecanismos judiciales pertinentes a los cuales pueden acudir para ejercer sus derechos, tanto de defensa como de contradicción, ello incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental.

En este último evento, esto es, cuando se esté en presencia de violación de un derecho fundamental, será deber del juez constitucional determinar si con la expedición del acto administrativo se causa al actor un perjuicio irremediable que permita acudir a la acción de tutela de manera primaria. Así lo dictaminó la Corte Constitucional en sentencia T-051 de 2016:

“(...) Empero, cuando la entidad accionada, en un obrar negligente o abusivo, no ponga en conocimiento del ciudadano afectado el inicio de una actuación administrativa adelantada en su contra, el procedimiento administrativo queda viciado de nulidad, debido a que se impide el ejercicio del derecho de defensa. En consecuencia, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso. En ese evento, deberá estudiarse si con el acto administrativo proferido se puede ocasionar un perjuicio irremediable, de ser así resulta procedente acudir a la acción de tutela, de lo contrario se debe acudir al medio de control ordinario previsto por el legislador. (...)”

4. Caso concreto.

Las pruebas recaudadas en el presente trámite sumario, son las siguientes:

- 1- Circular 25 de 31 de agosto de 2020
- 2- Protocolo de Bioseguridad adoptado por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social
- 3- Respuesta a SIESSOCIAL sobre el protocolo de bioseguridad
- 4- Comunicación solicitud de trabajo en casa con radicado No. M-2020-4301-013736 con sus correspondientes soportes.
- 5- Respuesta a solicitud de trabajo en casa de radicado No. M-2020-2402-013972
- 6- Reiteración solicitud autorización continuidad trabajo en casa.
- 7- Memorando Número M- 2020- 2400-023439 de la Subdirección de Talento Humano Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y sus anexos, los cuales podrán consultar en el link: https://dpsco-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/alejandra_tacuma_prosperidadsocial_gov_co/EgfVLJ927Z5Hpo71wsl6lk8BFXocHIJTAh4WKs1iUtVI3Q?e=rtoC3i
- 8- Oficio M-2020-2002-022975 de fecha 7 de septiembre de 2020.
- 9- Resolución 01582 del 3 de septiembre de 2020.

10- Formato de Suministro y/o inspección de elementos de protección personal.

Procedencia de la tutela

Pues bien, en aras de determinar la procedencia, se tiene que en el caso bajo estudio, se alega la presunta vulneración a la salud y a la vida, derechos presuntamente vulnerados respecto de la accionante, señora CARMEN ESTELA MARTÍNEZ GONZÁLEZ, que alega por parte del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, con la expedición de la Circular 25 de 31 de agosto de 2020.

Así las cosas, previo a determinar si lo alegado por la demandante guarda correspondencia con lo probado en el expediente, se analiza si se cumple con los criterios de subsidiariedad, inmediatez, y perjuicio irremediable, que amerite el examen anterior y, quizá, el amparo por medio de tutela, como mecanismo transitorio.

Como anteriormente se mencionó, la acción de tutela fue regulada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, como un mecanismo judicial autónomo, subsidiario y sumario, que permite a todos los habitantes del territorio nacional hacer uso de éste para proteger de manera inmediata sus derechos fundamentales, cuando consideren que puedan resultar amenazados o vulnerados por las autoridades, e incluso por los particulares.

Al ser un medio privilegiado de protección, su procedencia se determina a partir de la ausencia en el ordenamiento jurídico colombiano de otros medios de defensa judicial, que permitan garantizar el amparo incoado, o que a pesar de existir, se promueva para precaver un perjuicio irremediable, este último caso en el cual se ordenará la protección como mecanismo transitorio.

Teniendo en cuenta la revisión jurisprudencial realizada anteriormente, como es claro, la procedencia de la acción de tutela por regla general solo es viable cuando no exista otro medio de defensa judicial o cuando el existente no resulte idóneo ni eficaz para garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales de la accionante.

Tal como lo precisó la entidad accionada, es deber de la accionante acudir a los medios ordinarios; frente al caso en concreto este tipo de controversias deben dirimirse a través de la jurisdicción contenciosa administrativa. Es claro que dicho correctivo se puede debatir en su legalidad mediante el uso de los mecanismos ordinarios que para el efecto trae la normatividad colombiana, y que para el asunto en estudio, son completamente eficaces e idóneos para resolver lo planteado, sin que con ellos resulten vulnerados derechos de la actora.

Así las cosas, si se encuentra inconforme, es su deber acudir a los mecanismos ordinarios dispuestos por el ordenamiento jurídico para ello, que en este caso el

idóneo es el medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, establecidos en el artículo 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a efectos de formular los cargos que consideran desvirtúan la presunción de legalidad de los actos presuntamente ilegales o contrarios al ordenamiento jurídico. Además, se debe destacar que en el compendio normativo que regula el procedimiento administrativo, puntualmente del artículo 229 al 241, se establecieron las medidas cautelares procedentes y sus requisitos, mecanismo que es eficaz para lograr una verdadera tutela judicial.

Respecto de este tópico, en reciente sentencia emitida por el Consejo de Estado, se dispuso:

“ (...) En ese orden de ideas, corresponderá entonces al juez de lo contencioso administrativo a la hora de decidir las medidas cautelares que le sean solicitadas dentro del trámite de un proceso ordinario, garantizar los principios que rigen a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: los derechos de las personas -sean estos de carácter fundamental o legal- y la preservación del orden jurídico, como lo estipula el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

Por otra parte, si en gracia de discusión se aludiera la existencia de un perjuicio irremediable, como se explicó él mismo puede ser ventilado con las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo (...).”

Por ello, al determinar que la accionante cuenta con otros mecanismos jurídicos para impetrar lo solicitado, el principio de subsidiariedad no opera para el presente asunto tutelar.

Ahora bien, respecto del perjuicio irremediable se tiene que para establecer si el perjuicio es irremediable, se requiere que concurren los siguientes elementos estructurales, a saber: la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia, que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

La concurrencia de los elementos mencionados, pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza”, es conveniente manifestar que, “no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

De otra parte, excepcionalmente, la Alta Corporación también precisó que es procedente la protección de los derechos vía tutela en casos en los que por la inminencia, urgencia y gravedad de la situación, sea imposible postergar la presentación de la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable

Revisado el expediente, se establece que, de los hechos de la demanda, no se infiere la presencia de un perjuicio irremediable, y no se logra acreditar circunstancias especiales que demuestren que la actora se encuentra frente a un perjuicio de tal magnitud que amerite con urgencia la intervención de esta Jueza de Tutela. En cuanto al **perjuicio irremediable**, se concluye que el mismo no se acreditó en el trámite sumario constitucional.

Para el caso concreto, verificados los documentos aportados al expediente, esta Jueza Constitucional, no cuenta con material probatorio que demuestre que la accionante se encuentre en una situación tal en donde, se vean afectados sus derechos que ameriten protección de forma expedita, ella alega una posible contaminación en el cambio de turno, pero no hace alusión a que la entidad está o no poniendo en marcha protocolos de bioseguridad, situación que si fue puesta en conocimiento por parte de la entidad demandada, pues el solo hecho de tener que laborar en tiempos de pandemia no genera per sé una vulneración a ningún derecho salvo que los riesgos dentro de la empresa sean reales y de fácil comprobación, los cuales en el presente caso no se encuentran demostrados por la actora.

En conclusión, en lo que a este punto se refiere, del examen que antecede se puede concluir que los presupuestos de procedencia no fueron verificados, lo que impide descender a determinar si hubo o no violación a la salud y a la vida con la expedición del acto administrativo en mención. Además la parte actora no ha agotado los requisitos necesarios para que la acción constitucional proceda como mecanismo de protección subsidiario y/o transitorio, pues no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y la sola expedición de la Circular No. 25 de 2020, no la constituye.

Bajo este contexto legal y jurisprudencial enunciado en párrafos precedentes, y ejerciendo la competencia constitucional para proferir fallo dentro de la presente Acción de Tutela; al percibir la existencia de otro mecanismo idóneo para reclamar el derecho pretendido, y en razón a que la accionante no se encuentra inmersa dentro de las reglas propuestas por la Corte Constitucional para ser merecedora del amparo de derechos por vía de tutela, ésta solicitud se considera improcedente.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución Política y de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la **ACCIÓN DE TUTELA** interpuesta por la señora **CARMEN ESTELA MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, identificada con la C.C. No. 52.323.907 de Bogotá, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: Por Secretaría NOTIFICAR la presente decisión a la interesada, por el medio más expedito.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de impugnación, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de éste fallo.

CUARTO: Si no fuere impugnado, envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (inciso 2°, artículo 31 Decreto Ley 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MYRIAM ESPEJO RODRÍGUEZ
Jueza

LCBB

Firmado Por:

LUZ MYRIAM ESPEJO RODRIGUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

bfb388c1d764964baeea9e86393797c2dea7e7d0b9335fa8b5757e24d8ba41da

Documento generado en 21/09/2020 02:33:44 p.m.