



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL NEIVA-HUILA

Neiva, dieciocho (18) de Febrero de dos mil veintidós (2022)

Rad.: 41-001-40-03-003-2022-00076-00

I. Asunto

ADRIANA FLOREZ OSORIO acude en TUTELA en defensa de los derechos fundamentales al trabajo, integridad personal, libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad frente a la **SECRETARIA GENERAL- SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE NEIVA-MUNICIPIO DE NEIVA**.

Se vincula de manera oficiosa a la **SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL HUILA** y al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**.

II. Sinopsis Fáctica

1.- La accionante **ADRIANA FLOREZ OSORIO** es empleada pública de carrera administrativa, perteneciente a la planta global central de personal del Municipio de Neiva, adscrito a la Secretaria de Educación de Neiva, ocupando actualmente el empleo de Auxiliar Administrativo código 407, grado 16, cuyo propósito principal de acuerdo 879 de 2020 "1.por el cual se establece el manual específico de funciones y competencias labores para los empleos de la planta de personal de la Administración Central del Municipio de Neiva", es "Redactar y transcribir los oficios, requerimientos, informes, circulares y demás documentación que contenga información de la dependencia según instrucciones del jefe inmediato. 2. Apoyar la gestión de la correspondencia entrante y saliente de la dependencia asignada, conforme a los procedimientos establecidos. 3. Apoyar la organización y funcionamiento del archivo de gestión de la dependencia, y gestionar su traslado al archivo central siguiendo los procedimientos y normas del Archivo General de Nación. 4. Facilitar el servicio a los clientes internos y externos de acuerdo con las políticas de la organización. 5. Brindar apoyo logístico al área en las diversas actividades, facilitando el acceso a los materiales, personas e instancias que permitan la obtención de resultados y cumplimiento de los objetivos. 6. Controlar y llevar registros de las existencias de recursos de útiles y papelería, tramitando oportunamente la solicitud para el área de Recursos Físicos. 7. Colaborar en las labores de mensajería que le sean encomendadas, siguiendo los procedimientos y planes de rutas establecidos. 8. Desempeñar las demás funciones que sean asignadas por el jefe de la dependencia, de acuerdo con el área de trabajo y el cargo.",

2.- Señala, que de lo expuesto en precedencia se vislumbra que sus funciones giran en torno al ámbito administrativo, situación que determina que no se halla expuesta a la atención del público y a la aglomeración de personas, dado que en su puesto de trabajo siempre procura cumplir de manera estricta con los protocolos de bioseguridad, esto es: el uso permanente del tapabocas, lavado constante de manos, uso frecuente de alcohol y el distanciamiento social dentro de lo posible.

3.- De otro lado, expone que no obstante por convicción personal y religiosa ha decidido no aplicarse el esquema de vacunación contra el COVID-19, a la no ha sido diagnosticada ni contagiada con el virus del COVID-19, sin embargo, la Alcaldía de Neiva en cabeza de la Secretaria General, María Salomé Bahamón Vargas y de la Secretaria de Salud, Lina María Rivas Dussán, a su juicio, de manera arbitraria y sin ningún tipo de respaldo legal, expidieron la Circular N° 011 del 31 de enero de

2022, dirigida a Funcionarios, contratistas y personal externo de la Alcaldía de Neiva, a través de la cual restringen el ingreso de personal interno y externo sin la presentación del carnet de vacunación contra el COVID-19 a las instalaciones de la Alcaldía Municipal.

4.- Esgrime, que la anterior decisión impide a quienes, por decisión personal fundamentada en el derecho del libre derecho de la personalidad y de la integridad personal, hayan decidido no aplicarse el esquema de vacunación contra el COVID-19, puedan ingresar al Edificio Municipal y, por ende a sus puestos de trabajo a cumplir con las funciones propios de los empleados ocupados, vulnerando así el derecho al trabajo, pues advierte, el citado Acto Administrativo no expone ningún tipo de excepción, ni tampoco plantea otras formas de ejercer el cargo para quienes no disponen del carnet de vacunación, como lo es el trabajo en casa, como última alternativa.

5.- Por último, agrega que la disposición adoptada por el Ente Municipal es un directo constreñimiento a la aplicación del esquema de vacunación contra el COVID-19, que va en contra vía de los postulados constitucionales y legales, esto último, por cuanto hasta el momento el Gobierno Nacional no ha impuesto la obligatoriedad de la aplicación de esa vacuna, por lo tanto, una autoridad administrativa Territorial, de ninguna manera puede tomar decisiones administrativas que vulneren derechos fundamentales de los ciudadanos, sin el respectivo respaldo legal.

III. Pretensiones constitucionales

ADRIANA FLOREZ OSORIO, solicita en sede constitucional, la protección de los derechos fundamentales al *trabajo, integridad personal, libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad* y, consecuentemente, se **ORDENE** al **MUNICIPIO DE NEIVA** la revocatoria de la restrictiva Circular Nro. 011 de fecha 31 de enero de 2022, o en su defecto se me permita el ingreso a mi puesto de trabajo. y, consecuentemente:

IV. Descargos Entidades Accionadas y Vinculadas

4.1. SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE NEIVA.

Al descorrer el traslado del escrito de tutela, a través de su Titular, la Secretaría de Salud Municipal de Neiva señala que tiene dentro de sus funciones gestionar y supervisar el acceso a la prestación de los servicios de salud para la población de la jurisdicción, Impulsar mecanismos para la adecuada participación social y el ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud y de seguridad social en salud, Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin, Identificar a la población pobre y vulnerable en la jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia, Celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable, y realizar el seguimiento y control directamente o por medio de interventorías, entre otras.

Respecto de las pretensiones enarboladas en el escrito tutelar, la Entidad de Salud señala que “la circular 011 de 31 de enero de 2022” expedida por el Ente Territorial no es una medida caprichosa o arbitraria sino bajo el principio de la buena fe, que busca prevenir un posible contagio del Covid 19 y sus variantes y evitar un cuarto (4) pico de la pandemia, por tal razón arguye, que es su responsabilidad tomar medidas sanitarias para proteger a las personas y funcionarios que ingresan al edificio (Alcaldía de Neiva). Por estas razones se quiere proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud de todos los que ingresan a la administración, exigiendo el carnet de vacunación o certificado digital donde se evidencie el inicio del esquema de vacunación al ingresar a la Alcaldía, evitando así un posible contagio masivo.

En consecuencia, solicita se **DECLARAR** que la **SECRETARÍA DE SALUD DEL MUNICIPIO DE NEIVA** no ha incurrido en ningún tipo de vulneración de los derechos fundamentales de la señora **ADRIANA FLOREZ OSORIO** y, consecuentemente se niegue el amparo de los derechos invocados por la accionante y presuntamente transgredidos por esa entidad.

4.2. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

Al descorrer el traslado y refiriéndose a los hechos del escrito tutelar, la accionante señala que, ese Ministerio dentro de sus funciones y competencias solo tiene las otorgadas por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 539 de 2020, en el cual se estableció que con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, el Ministerio de Salud y Protección Social será la entidad encargada de determinar y expedir los protocolos que sobre bioseguridad se requieran para todas las actividades económicas, sociales y sectores de la administración pública, para mitigar, controlar, evitar la propagación y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus COVID-19. Sin embargo, no es la entidad responsable de la vigilancia y cumplimiento de dichos protocolos de Bioseguridad. De otra parte, debe considerarse que las otras Entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones.

De otro lado, en lo que respecta a las pretensiones señala oponerse a cada una de ellas, en tanto el Ministerio de Salud y Protección Social no ha violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno, toda vez, que esa cartera ministerial, fue creada a través del artículo 9º de la Ley 1444 de 2011, como un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, y a través del Decreto Ley 4107 de 2011 "Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra del Sector Administrativo de Salud y Protección Social", en su artículo 1º se le asignó la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución y evaluación de la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud. Asimismo, y como argumentos de la defensa, dicho Ente Ministerial expone:

- i) De acuerdo al Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social en el párrafo 1 de su artículo 2.8.8.1.4.3 indica que el Ministerio de Salud y Protección Social, como autoridad sanitaria del Sistema de Vigilancia en Salud Pública. "sin perjuicio de las medidas antes señaladas y en caso de epidemias o situaciones de emergencia sanitaria nacional o internacional, se podrán adoptar medidas de carácter urgente y otras precauciones basadas en principios científicos recomendadas por expertos con el objetivo de limitar la diseminación de una enfermedad o un riesgo que haya extendido ampliamente dentro de un grupo o comunidad en una zona determinada.
- ii) Al respecto, nos permitimos informar que este Ministerio, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley 4107 de 2011, modificado por el Decreto 2562 de 2012, donde se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones de esta cartera le corresponde actuar como ente rector del sector administrativo de salud y protección social y en esa medida, sus funciones principales son formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud, tal como lo establece el artículo 58 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, de conformidad con lo previsto en el Decreto 539 de 2020, con ocasión a la pandemia ocasionada por el COVID-19, le corresponde emitir los protocolos de bioseguridad de las actividades de los sectores sociales, económicos y del Estado.
- iii) Es pertinente indicar que el comportamiento de la pandemia en todo el territorio nacional ha sido asincrónico y en cada territorio, dependiendo de las necesidades se han adoptado medidas que permitan la mitigación del mismo y van de la mano del Plan Nacional de Vacunación contra el Covid-19 con la finalidad de disminuir la incidencia de casos graves y la protección de la población que tiene alta exposición al virus, así como reducir el contagio en la población general, cuyo avance en la aplicación de la vacuna reduce el riesgo de complicaciones y de morir.
- iv) Por otra parte, las consecuencias de la pandemia por COVID -19 no solamente han impactado negativamente el ámbito de la salud, también ha tenido amplia incidencia en la educación, el trabajo, la seguridad alimentaria, la estabilidad financiera de las empresas, la seguridad ciudadana, entre otras. Esta situación ha obligado al Gobierno Nacional a buscar medidas que procuren establecer un balance entre riesgos y beneficios, como la han hecho todos los Estados del mundo, que permita de manera simultánea cuidar la salud de los

colombianos, mediante la expedición de protocolos de bioseguridad que deberán cumplirse en todos los sectores de la sociedad y que deben adoptarse atendiendo a la exposición a los factores de riesgo de cada actividad. Las medidas de bioseguridad, están soportadas en la mejor evidencia científica disponible y las recomendaciones de expertos y sociedades científicas que han trabajado de la mano con este Ministerio, así como la Organización Panamericana y Mundial de la Salud. El Gobierno Nacional, tras haber aplicado las medidas de salud pública más estrictas existentes durante varios meses como son las cuarentenas generalizadas y focalizadas, ha emitido los protocolos de bioseguridad, en los cuales se recogen las medidas más costo-efectivas disponibles y ha definido que la vigilancia de su cumplimiento se haga por parte de las entidades territoriales en su jurisdicción, de acuerdo con el sector económico o social que corresponda. Con la implementación de estos protocolos se espera permitir a la población el ejercicio de sus otros derechos, ampliamente reclamados por la población y los gremios, como son el derecho al trabajo, el derecho a la educación, a la movilidad, a la protesta, entre otros

- v) El disfrute de estos derechos implica permitir el ejercicio laboral por parte de los diferentes sectores de la economía, con lo que a su vez se mejoran los ingresos de la población, y en consecuencia, se mitigan situaciones, como la inseguridad alimentaria, ya que al haber mayores ingresos en los hogares, habrá mayor posibilidad de adquirir los productos de la canasta básica. Los impactos de esta apertura gradual y biosegura también se considera una medida que puede impactar positivamente en la seguridad de la población, ya que al existir oportunidades laborales e ingresos producto del trabajo legal, se espera reducción de la criminalidad. El rezago en términos de la formación y educación de los niños por la falta de prespecialidad en las instituciones educativas, los problemas de salud mental y la violencia secundarios a la imposibilidad de trabajar y cumplir con las obligaciones personales y familiares, también son algunos de los objetivos que se pretenden lograr y superar con la apertura económica y la aplicación de estas medidas de bioseguridad.
- vi) Ahora bien, para el manejo de la pandemia originada por el COVID-19 y a fin de disminuir su transmisión adoptó medidas de bioseguridad para mitigar, evitar la propagación y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus COVID-19, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” expidió la Resolución 777 de 2021, por medio de la cual se derogó la Resolución 666 y sus modificaciones. Adicionalmente se definen los criterios y condiciones para el desarrollo de las actividades económicas, sociales y del Estado y se adopta el protocolo de bioseguridad para la ejecución de estas.
- vii) Sin perjuicio de lo anterior, el particular puede demandar la decisión administrativa ante la Jurisdicción del Contencioso Administrativo, mediante el ejercicio de las acciones previstas en la ley, ya sea mediante una acción de nulidad o una acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, tal como lo contempla la ley y para los casos en que una y otra sean procedentes.

De otro lado, señala que al respecto, la H. Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia constitucional que la acción de tutela por regla general no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el ejercicio de derechos de rango legal. Por ello, se ha precisado que la tutela solamente procede en forma excepcional, como mecanismo transitorio, cuando se busca evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de la parte accionante. La Corte ha reiterado en infinidad de veces la característica esencial de la acción de tutela, de ser un medio subsidiario de las demás acciones judiciales existentes en el ordenamiento legal colombiano y por tanto no puede ser utilizado como medio alternativo de los mecanismos judiciales existentes.

De igual manera, recalca que teniendo en cuenta los argumentos expuestos, el mecanismo o acción procedente en el caso que se analiza no sería la acción de tutela, dado que la jurisprudencia constitucional se ha ido apartando, cada vez con mayor claridad, de los pronunciamientos iniciales que catalogaban la protección de derechos económicos, sociales y culturales en sede de tutela como algo excepcional en atención al carácter no fundamental de las prerrogativas que integran dicha categoría.

Por último, advierte que esa cartera ministerial no ha vulnerado ni amenaza vulnerar los derechos fundamentales objeto de la presente acción de tutela por cuanto en ejercicio de sus

competencias, es la institución encargada de dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, lo anterior, dado que en el marco de sus competencias legales da línea de política en materia de salud en Colombia, empero no tiene competencia para pronunciarse en relación a la presencialidad laboral.

Por lo expuesto, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela teniendo en cuenta que no se reúnen los requisitos de procedibilidad establecidos en el Decreto 2591 de 1991, y en su lugar se exonere al del Ministerio de Salud y Protección Social de cualquier responsabilidad que se le pretenda endilgar en el trámite tutelar teniendo en cuenta que no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

4.3. SECRETARÍA GENERAL DEL MUNICIPIO DE NEIVA.

Al descorrer el traslado del escrito de tutela, a través de su Titular, dicha Secretaría se opone a cada una de las pretensiones enarboladas por la accionante y, refiriéndose a cada uno de los hechos efectúa las siguientes aserciones:

- i) Le asiste parcialmente la razón al accionante respecto de las funciones que desempeña, sin embargo, es menester acotar al accionante que dentro de las mismas y teniendo en cuenta el carácter de público que se depreca de la entidad siempre se va a requerir de la atención al público. Así las cosas, se debe hacer hincapié, en que indistintamente el índice o periodicidad de contacto con usuarios (internos y externos), los servidores públicos estamos conminados a presentar constante interacción con aquellos quienes requieren del servicio prestado o que coadyuvan en los diferentes procesos y procedimientos propios de cada dependencia.
- ii) La administración municipal no se ha planteado como objetivo con la expedición de la Circular No. 011 de 2022, la enervación de los derechos del conglomerado social, sino, por el contrario, el cuidado del bien común en un espacio que a la fecha se ha visto altamente golpeado por los embates de ésta pandemia.
- iii) Evidentemente se vienen incrementando de manera sustancial las cifras de contagios en nuestro municipio, donde de manera desafortunada debemos señalar que la administración municipal en el último mes ha venido siendo golpeada duramente con el nivel de contagios tanto en servidores públicos como en contratistas, situación que no es un hecho de menor importancia, teniendo en cuenta los niveles de exposición a los cuales nos hemos visto abocados en virtud de las diferentes competencias que desarrolla el Municipio de Neiva.
- iv) El Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Trabajo y la Protección Social, emitió la Circular No. 03 de fecha 12 de enero de 2022, en la cual estableció que toda actividad que implique atención al público, deberán adelantar el esquema de vacunación para presentar ante el empleador el carné que así lo acredite; en el marco de la responsabilidad social, sensibilización humana, la autodeterminación y autonomía personal, los trabajadores y empleadores que adelanten funciones en los establecimientos abiertos al público o que implique atención al público, deberán tener en cuenta que la vacunación no solo constituye una medida preventiva para el propio individuo, sino también sanitaria para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, pues resalta que el El empleador debe desplegar acciones, mecanismos y establecer protocolos de bioseguridad para la protección de la vida y salud de sus trabajadores, tales como el cumplimiento del esquema de vacunación.
- v) Colofón de lo anterior y ante la suma de los factores expuestos (el alto índice de contagios + el alto flujo de afluencia) la administración debió avanzar en la toma de una decisión que permitiera una mayor garantía no sólo para quienes asisten a realizar los diferentes trámites en el edificio Municipal, sino para quienes allí laboran.
- vi) Adicional a lo anterior, encuentra el suscrito que **no se han agotado otros recursos por parte del hoy accionante**, como la solicitud al empleador o al jefe de la Dependencia para que se brinde un trámite diferencial a la hoy accionante; ni mucho menos se ha logrado verificar

que se haya negado el acceso a su lugar de trabajo. Valga la pena señalar que al tratarse de una circular que recién surgió, se vienen estableciendo los protocolos y/o procesos para dar cumplimiento a la misma, sin que ello se constituya de manera alguna en un impedimento para el ingreso de los funcionarios que laboran en éstas Dependencias.

- vii) En dicho sentido, el accionante no agotó en debida forma las herramientas con las cuales ha sido dotado por el ordenamiento jurídico y en este orden de ideas se deslegitimaría la subsidiariedad y la residualidad deprecada de la acción de tutela.
- viii) De todo lo anterior se puede colegir sin hesitación alguna que la administración municipal no ha trasgredido los derechos fundamentales de la accionante con la expedición de la circular No. 011 de 2022, y en dicho sentido encuentra que no es procedente la presente acción constitucional.

En consecuencia, SOLICITA, NO TUTELAR el derecho fundamental invocado por la parte Actora, teniendo en cuenta que como ya se precisó, no existe violación alguna.

4.4. SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL HUILA.

En abierta oposición a las pretensiones, señala que **ADRIANA FLOREZ OSORIO** registra afiliación en el régimen contributivo en salud a través de **NUEVA EPS** en estado activo en Neiva, por tanto, a ese Ente Dptal. no le asiste responsabilidad constitucional alguna frente a los hechos, pues señala que, a partir del 01 de enero de 2020, las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios (No PBS) serán pagadas por la Nación a través del ADRES, como se observa en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 Plan Nacional de Desarrollo.

Frente al caso de salud de la accionante, señala que se hace necesario dilucidar si la suspensión de los efectos jurídicos de la Circular Nro. 011 de fecha 31 de enero de 2022, es procedente o no y si es competencia de esa entidad.

Posteriormente, hace un barrido general de la normatividad que regenta el Sistema de Seguridad Social aplicable al caso como Ley 100 de 1993, Resolución 997 de 2015, Resolución No. 5857 de 2018, condiciones de acceso a los servicios de salud, medicamentos, recuperación de la salud, principio de integralidad en el derecho a la salud, entre otras, para finalizar solicitando se le EXONERE de cualquier responsabilidad frente a la posible violación de los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que esa entidad no tiene competencia para determinar la suspensión de los efectos jurídicos de la Circular Nro. 011 de fecha 31 de enero de 2022, precisando que en sub. Lite es el juez de tutela, quien deberá determinar si la pretensión de la señora ADRIANA FLOREZ OSORIO C.C. No. 36.311.954 es procedente o no.

V. Pruebas documentales

- Decreto de Nombramiento y Acta de Posesión.
- Certificación laboral.
- Circular 011 del 31 de enero de 2022.
- Aparte del radicado 202211300026301 del concepto del Ministerio de Salud.
- Copia del Decreto de Nombramiento y Acta de Posesión de la suscrita secretaria.
- Copia de las estadísticas del Covid 19 (06-02-2022) del Municipio de Neiva.

VI. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 86 Superior, los Arts. 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del 1382 de 2000, esta dependencia judicial es competente para el conocimiento de la Acción de Tutela.

6.1. Problema Jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada y las pretensiones enarboladas por la accionante en el escrito tutelar, corresponde a esta Agencia Judicial determinar (i) si la presente acción de tutela es formalmente procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados. En ese sentido, este Operador Constitucional deberá establecer si en el caso concreto los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para estudiar la protección constitucional solicitada, o si se advierte la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio. De encontrar procedente la acción, se deberá establecer (ii) si la Alcaldía de Neiva a través de la Secretaría General y de Salud vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, integridad personal, libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad de la accionante al expedir la Circular N° 011 del 31 de enero de 2022, dirigida a Funcionarios, contratistas y personal externo de ese Ente Territorial a través de la cual restringen el ingreso de personal interno y externo sin la presentación del carnet de vacunación contra el COVID-19 a las instalaciones de la Alcaldía Municipal.

6.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos definitivos y de trámite expedidos por la Administración (Sentencia T-560/17)

Señala la Corte Constitucional en la providencia en cita, que por regla general la acción de tutela es improcedente para controvertir actos administrativos definitivos, de trámite o preparatorios, dado que el accionante dispone de otros mecanismos idóneos de defensa procesal en el ordenamiento jurídico colombiano, tales como solicitar nulidades, interponer recursos o intervenir en el trámite en procura de defender sus derechos, o acudir a la jurisdicción contencioso administrativa: *“En el caso de actos definitivos, se ha considerado que se cuentan con los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contencioso administrativa. Por su parte, los actos de trámite o preparatorios, podrán ser controvertidos cuando esté en firme el acto administrativo definitivo.”*¹

Sin embargo, advierte que la Corporación ha estudiado la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos definitivos y de trámite de las entidades de orden nacional y territorial, distinguiéndolos según su naturaleza. Al respecto, ha establecido que los primeros, son aquellos que incluyen *“la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”*. Mientras que los segundos, *“no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo”*.

Destaca la Corporación, que la acción de tutela solo resultará procedente para controvertir actos administrativos definitivos *“cuando éstos vulneran derechos fundamentales y existe la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal manera que se haga necesaria la protección urgente de los mismos”* y, que en la medida, si no se logra probar el perjuicio en el asunto, el amparo se tornará improcedente, bajo el entendido que existe mecanismos de defensa judicial ordinarios ante la jurisdicción contencioso administrativa.

De otro lado, ha expuesto, que en la medida que los actos de trámite o preparatorios tienen por objeto impulsar las actuaciones administrativas que tendrán reflejo en un acto principal posterior, la acción de tutela es, por regla general, improcedente. Sin embargo, ha sentado una excepción, cual es la de aquellos casos en los que en un acto de trámite que resuelva un asunto de naturaleza sustancial, se evidencie una actuación irrazonable o desproporcionada y, que amenace o vulnere derechos fundamentales será procedente el amparo como mecanismo definitivo.

Señala la Corte, que las razones que justifican la procedencia excepcional de la acción de tutela contra Actos Administrativos de trámite, siempre y cuando decidan una cuestión sustancial dentro de una actuación administrativa, son:

¹ Sentencia T-560 de 2017, M.P. DIANA FAJARDO RIVERA

“ Esta clase de actos no son susceptibles de acción contenciosa administrativa y, en tal virtud, no existe medio alternativo de defensa judicial que pueda ser utilizado para amparar los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados de manera inmediata.

- Según el art. 209 de la C.P., “[l]a función administrativa esta (sic) al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...” y el artículo 29 de la C.P, garantiza el debido proceso en las actuaciones administrativas. La tutela contra actos de trámite que definen una cuestión esencial dentro de la actuación administrativa, a la manera de una medida preventiva, como se explicó antes, persigue la finalidad de que las actuaciones administrativas adelantadas con anterioridad a la adopción de la decisión final se adecuen a los mencionados principios y aseguren el derecho de defensa de los administrados. De esta manera, se logra la efectividad de los derechos de los administrados en forma oportuna, se les evita el tener que acudir necesariamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener su protección, a través de la impugnación del acto definitivo y, consecuentemente, se conjura la proliferación de los procesos ante dicha jurisdicción, lo cual indudablemente redundará en beneficio del interés público o social.”

Así, pues, colige la Corte, señalando que en los anteriores eventos corresponderá al juez constitucional analizar si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y, que por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental para que proceda el amparo de tutela de manera definitiva.

Por último, señala: *“En definitiva, por regla general la acción de tutela es improcedente para controvertir actos administrativos definitivos, al existir un mecanismo de defensa judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa. Lo mismo, sucederá con los actos de trámite o preparatorios, pues al ser actos que no tienen efectos jurídicos claros y concretos, su control su solamente se realizará frente al acto definitivo, interponiendo los recursos procedentes contra él o denotando alguna causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativa. Sin embargo, cabe precisar que, si en el asunto se verifica el acto de trámite resuelve un asunto de naturaleza sustancial y de fondo, que evidencie una actuación irrazonable o desproporcionada por parte del funcionario que la emita, la acción de tutela se activará para conceder un amparo transitorio o definitivo”.*

6.3. Principio de subsidiariedad de la acción de tutela²

De conformidad con el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela, *“sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”* Igualmente, el numeral 1º. del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela es improcedente en los casos en que el accionante posea otros recursos o medios de defensa judicial para la protección de sus derechos.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela obedece al principio de subsidiariedad, es decir, no es un mecanismo de defensa judicial alternativo o supletorio de los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho, no puede ser utilizada para revivir oportunidades procesales vencidas como consecuencia de la inactividad injustificada del interesado y, no constituye un último medio judicial para alegar la vulneración o afectación de un derecho.

En efecto, conforme a la naturaleza constitucional en criterio de la Corte, la acción de tutela es el mecanismo preferente de protección de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio debe estar dirigido a obtener un amparo efectivo e inmediato frente a los actos u omisiones que los amenace o vulnere. Por

² Consideraciones extractadas de la sentencia T-086 de 2012

ello, ha indicado que la acción de tutela no puede ser entendida como una instancia idónea para tramitar y decidir conflictos de rango legal, pues con este propósito el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes.

6.4. La acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este sentido, y de acuerdo con las anteriores premisas constitucionales, en aquellos casos en que el accionante cuente con otros mecanismos alternos para la defensa judicial de sus derechos, la acción de amparo procederá en la medida en que verifique la existencia de un perjuicio irremediable.

Sin embargo, es necesario aclarar aquellos eventos o factores que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación con este punto, la Corte ha aplicado varios criterios para determinar su existencia:

“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.”³

Bajo tales parámetros, en la Sentencia T-225 de 1993 la Corte definió y explicó los elementos configurativos del perjuicio irremediable, bajo el siguiente tenor:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados

³ Sentencia T-225 de 1993.

bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

Asimismo, en lo que se refiere a la determinación de perjuicio irremediable, se ha definido que es obligatorio sustentar o presentar los factores de hecho que configuran el daño o menoscabo cierto a los derechos fundamentales invocados.

En la sentencia SU-713 de 2006, la Sala Plena del Cuerpo Colegiado, explicó:

“(…) debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración. (...)”

“Así, a manera de ejemplo, en sentencia SU-219 de 2003, previamente citada, esta Corporación reconoció que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, requiere de la comprobación de un perjuicio irremediable, el cual además de su carácter personal, específico y concreto, debe comprometer los derechos de naturaleza ius fundamental invocados por el demandante, como lo fue, en dicha ocasión, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14) derivado de la imposición de una sanción de “inhabilidad” que privó de manera total del ejercicio de la capacidad jurídica a las sociedades demandantes.

“(…)”

“Por consiguiente, es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos.”

No obstante, según la informalidad del amparo constitucional, quien pretenda acudir a la tutela debe presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia

misma, tesis que fue desarrollada en la sentencia T-436 de 2007, de la cual es importante destacar los siguientes segmentos:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

“La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión.”

Por supuesto, es imprescindible anotar, que tal y como lo dispone el artículo 86 de la Carta, la existencia de un perjuicio irremediable debe ser comprendida conforme a las condiciones de cada caso. Particularmente, la Corte ha señalado que los requisitos o condiciones para que se estructure tal perjuicio se hace más flexibles cuando la acción es promovida por un sujeto de especial protección o, que se encuentre en situación de debilidad manifiesta, a saber, discapacitados, madres cabeza de familia o personas de la tercera edad⁴.

6.5. Resultados del caso

Los anteriores postulados jurisprudenciales, hacen inviable el recurso de amparo y, por tanto, desvanecen por completo la satisfacción de las pretensiones de la accionante, en cuanto el **problema jurídico** analizado desde la órbita constitucional, es a todas luces improcedente a través de este mecanismo. Primariamente, por cuanto en lo que respecta a la alegada vulneración al derecho fundamental al *trabajo*, es claro para esta Judicatura que a la fecha a la señora **ADRIANA FLÓREZ OSORIO** no se le está conculcado dicha prerrogativa constitucional por parte del **MUNICIPIO DE NEIVA** según se extrae de los elementos de juicio aportados y del escrito de descargos, dado que actualmente sigue ejerciendo su cargo de carrera administrativa, perteneciente a la planta global central de personal de ese Ente Territorial, adscrita a la Secretaria de Educación de Neiva en el empleo de Auxiliar Administrativo código 407, grado 16.

Obsérvese que tal como lo ha informado la **SECRETARÍA GENERAL** del **MUNICIPIO DE NEIVA** en respuesta a esta acción constitucional, la accionante no agotó los recursos internos previos a acudir a este mecanismo, como es la solicitud al empleador o al jefe de la Dependencia para que se le brindara un trámite diferencial y se le salvaguardara sus derechos fundamentales de *libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad*; como tampoco se logró establecer al interior de este trámite constitucional se le haya negado el acceso a su lugar de trabajo, pues de los supuestos fácticos se corrobora dicha información.

Ahora bien, este juzgador comparte el argumento expuesto por la Entidad accionada de cara a señalar que, al tratarse de un acto administrativo recientemente expedido (Circular N° 011 del 31 de enero de 2022), es evidente, que prematuro es cuestionarlo sin que a la fecha exista prueba evidente de una posible vulneración al derecho fundamental al trabajo, pues tal como lo indica el Ente Municipal, se vienen estableciendo los protocolos y/o procesos para dar cumplimiento a la misma, sin que ello se

⁴ Sentencias T-083 de 2007.

constituya de manera alguna en un impedimento para el ingreso de los funcionarios que laboran en esas Dependencias.

De todo lo anterior se puede colegir, sin hesitación alguna, que la administración municipal no ha trasgredido los derechos fundamentales de la accionante con la expedición de la Circular No. 011 de 2022, y en dicho sentido encuentra que no es procedente acceder a lo pretendido mediante este trámite constitucional, cuando de otro lado, se ha de advertir por parte del Juez de Tutela, que a la fecha existen varios métodos alternos para desarrollar las laborales a cargo, como lo es el “trabajo en casa” y, para tal caso el legislador ha expedido la Ley 2088 de fecha 12 de mayo de 2021 “por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones”, cuyo objeto es regular la habilitación de trabajo en casa, como una forma de prestación del servicio en situaciones ocasionales, excepcionales o especiales, que se presenten en el marco de una relación laboral, legal y reglamentaria con el Estado, o con el sector privado, sin que conlleve variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral, lo cual de contera, proporcionaría en este caso una solución consensuada y ecuatoria para ambas partes.

De otro lado, en el asunto objeto de estudio, la acción de tutela resulta ser improcedente, en la medida que no se cumple con el requisito general de subsidiariedad de la acción constitucional, por cuanto: (i) el actor cuenta con mecanismos de defensa legales para alegar las posibles contradicciones surgidas en la decisión proferida por la entidad accionada, en tanto no se encuentra en presencia de un perjuicio irremediable y, (ii) la acción de tutela no es procedente para controvertir las posibles contradicciones que surjan de las decisiones o actos administrativos de entidades territoriales respecto de asuntos relacionados con el protocolo de bioseguridad implementado de cara a mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo del riesgo de la pandemia del Coronavirus COVID.

Obsérvese que la accionante no acredita, al menos de manera sumaria, la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable la intervención del Juez de tutela. En tratándose de la existencia de un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional⁵ ha sido enfática en señalar, la necesidad que se trate de un daño cierto e inminente y no emanado de conjeturas o especulaciones, sino razonablemente sustentado en la apreciación de hechos reales y apremiantes, que sea grave por su trascendencia contra el derecho fundamental lesionado o en amenaza y de suma atención, al ser inaplazable precaverlo o mitigarlo para evitar que se consuma una lesión antijurídica de connotación irreparable.

Y, en cuanto a la segunda pretensión del accionante, tal como lo ha definido la Corte Constitucional, en tratándose de Actos Administrativos de trámite, la acción de tutela es, por regla general improcedente, pues al ser un acto que carece de una declaración de la administración que cree, transforme o extinga una situación jurídica, “...resulta inane para el juzgador pronunciarse frente a un acto que no tiene efectos jurídicos claros y concretos. La misma solo será procedente en aquellas situaciones en las que el acto administrativo de trámite resuelva un asunto de naturaleza sustancial, que evidencie una actuación irrazonable o desproporcionada por parte del funcionario que la emita”.

Visto lo anterior, en el caso sub. examine es axiomático que la accionante **ADRIANA FLÓREZ OSORIO** dispone de mecanismos alternos procesales y judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa para debatir los intereses que dice le son adversos respecto del contenido del Acto Administrativo -Circular N° 011 del 31 de enero de 2022- expedido por la Administración Municipal de Neva, al no existir elementos de juicio que permitan al Operador Constitucional arribar a la conclusión contraria, de que si no se actúa con la prontitud e inminencia propia de la acción de tutela, se le pueda irrogar al tutelante un perjuicio irremediable, por lo que evidentemente resulta improcedente el amparo constitucional a sus pretensiones.

Luego entonces, la señora **ADRIANA FLÓREZ OSORIO**, podrá acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, a alegar y debatir las posibles contradicciones que dice surgidas torpedeando sus intereses por la Secretaría General y de Salud Municipal, con la expedición del Acto Administrativo proferido y, de las conductas que esgrime y califica como irregulares por parte de esa dependencia, por

⁵ Sentencia T-125 de 2014, M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

cuanto no demostró la existencia de un perjuicio irremediable que hubiese activado excepcionalmente el amparo constitucional.

Finalmente, y tal como lo indica la Sentencia T-560/2017, tampoco se probó la inminencia de un daño para que el juez constitucional entrara a resolver asuntos relacionados con actos y decisiones de la entidad territorial, relativas al uso de los suelos previamente establecidos en los Planes de Ordenamiento Territorial, por cuanto la competencia del ordenamiento de los territorios recae en los Alcaldes y Consejos Municipales de conformidad con los artículos 311 y 313 numeral 7, 24 y 25 de la Ley 388 de 1997.

En mérito de las antedichas consideraciones, el **Juzgado Tercero Civil Municipal de Neiva**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO: DECLARAR improcedentes las pretensiones constitucionales incoadas por la señora **ADRIANA FLÓREZ OSORIO**, dados los considerandos y extractos jurisprudenciales expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR la Notificación de la sentencia a las partes (Art. 30 Dcto. 2591/1991).

TERCERO: ORDENAR que en firme esta providencia y dentro de la oportunidad legal, se envíe la Acción de Tutela a la Corte Constitucional para su eventual Revisión en caso de no ser impugnada.

CUARTO: ARCHIVARSE las diligencias, una vez surtido y agotado el trámite riguroso de la Acción de Tutela previa desanotación en el Sistema Gestión XXI.

NOTIFÍQUESE,



CARLOS ANDRÉS OCHOA MARTÍNEZ
Juez.

Cal

Firmado Por:

Carlos Andres Ochoa Martínez
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 003
Neiva - Huila

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

Código de verificación:

a6c34473f7066a3f4da153038f660d46fa4a659f30c9991a1d895c2c79999d98

Documento generado en 18/02/2022 03:21:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>