

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá, 11 de agosto de 2018

MAGISTRADO PONENTE: **FRANKLIN PÉREZ CAMARGO**

Ref. Expediente: 11001334306520180022201

Demandante: Omaira Jiménez Díaz

Demandado: Dirección de Sanidad de la Policía Nacional,
Hospital Central de la Policía Nacional y otros

Asunto: Sentencia de segunda instancia – Revoca

Acción de tutela

1. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación presentada por el Hospital Central de la Policía Nacional en contra del fallo de tutela del 29 de junio de 2018, proferido por el Juzgado 65 Administrativo de Bogotá, en la se accedió a las peticiones de la tutela así:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al Trabajo, en conexidad con los derechos fundamentales al Debido Proceso, a la Estabilidad Laboral Reforzada, a la Familia, a la Igualdad, a la Salud, a la Seguridad Social, al Mínimo Vital, Y A Recibir una Protección Especial por ser Madre Cabeza de Familia, de la señora **OMAIRA JIMÉNEZ DÍAZ**, y su hijo **GABRIEL SANTIAGO REYES JIMÉNEZ**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARARÁ de manera transitoria la existencia del Contrato Realidad entre la señora Omaira Jiménez Díaz y el Hospital Central de la Policía Nacional.

TERCERO: ORDENAR a la **DIRECCIÓN DEL HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL** y a sus funcionarios **CORONEL MARÍA ANTONIA CARO COUTTIN; TENIENTE DE LA POLICÍA YUDY PALMA HERNÁNDEZ; TENIENTE DE LA POLICÍA ANYELA PATRICIA TRUJILLO TRUJILLO; SUBINTENDENTE DE LA POLICÍA EDWIN CARILLO Y PATRULLERA JEFE DE ENFERMERÍA HOCEN JUVIELEM PACHECO**, garanticen la estabilidad laboral de la accionante.

CUARTO: ORDENAR a la **DIRECCIÓN DEL HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL** y a sus funcionarios **CORONEL MARÍA ANTONIA CARO COUTTIN; TENIENTE DE LA POLICÍA YUDY PALMA HERNÁNDEZ; TENIENTE DE LA POLICÍA ANYELA PATRICIA TRUJILLO TRUJILLO; SUBINTENDENTE DE LA POLICÍA EDWIN CARILLO Y PATRULLERA JEFE DE ENFERMERÍA HOCEN JUVIELEM PACHECO**, le den trámite al Debido Proceso Administrativo respecto de la eventual suspensión del contrato por inasistencia a laborar los días 6, 8, 19, 12, 14 y 16 de junio de 2018.

QUINTO: ORDENAR a la **DIRECCIÓN DEL HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL** y a sus funcionarios **CORONEL MARÍA ANTONIA CARO COUTTIN; TENIENTE DE LA POLICÍA YUDY PALMA HERNÁNDEZ; TENIENTE DE LA POLICÍA ANYELA PATRICIA TRUJILLO TRUJILLO; SUBINTENDENTE DE LA POLICÍA EDWIN CARILLO Y PATRULLERA JEFE DE ENFERMERÍA HOCEN JUVIELEM PACHECO**, que sea reubicada la señora Omaira Jiménez Díaz en un cargo de igual o mayor categoría acorde con sus condiciones de salud y sin solución de continuidad en un turno diurno.

SEXTO: ORDENAR a la **DIRECCIÓN DEL HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL** y a sus funcionarios **CORONEL MARÍA ANTONIA CARO COUTTIN; TENIENTE DE LA POLICÍA YUDY PALMA HERNÁNDEZ; TENIENTE DE LA POLICÍA ANYELA PATRICIA TRUJILLO TRUJILLO; SUBINTENDENTE DE LA POLICÍA EDWIN CARILLO Y PATRULLERA JEFE DE ENFERMERÍA HOCEN JUVIELEM PACHECO**, el pago de los aportes a la Seguridad Social Integral de la señora Omaira Jiménez Díaz de conformidad con el salario mensual asignado, hasta tanto el Juez Competente, resuelva sobre la existencia definitiva del Contrato Realidad, para lo cual, la accionante cuenta con un término máximo de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

Si la señora Omaira Jiménez, no acude a la Jurisdicción laboral correspondiente, para que sea decidida la existencia del Contrato Realidad dentro del término improrrogable de cuatro (4) meses, los efectos de la presente providencia cesaran excepto los de tránsito a cosa juzgada.

SÉPTIMO: La **DIRECCIÓN DEL HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL** y a sus funcionarios **CORONEL MARÍA ANTONIA CARO COUTTIN; TENIENTE DE LA POLICÍA YUDY PALMA HERNÁNDEZ; TENIENTE DE LA POLICÍA ANYELA PATRICIA TRIJILLO TRUJILLO; SUBINTENDENTE DE LA POLICÍA EDWIN CARILLO Y PATRULLERA JEFE DE ENFERMERÍA HOCEN JUVIELEM PACHECO**, remitirán con destino a este Despacho las constancias del cumplimiento de lo resuelto en esta providencia.

OCTAVO: Declarar la **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** frente al presente trámite constitucional de la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL** de acuerdo con las consideraciones esbozadas en esta providencia.

NOVENO: Niéguese las demás pretensiones

(...)

2. PRETENSIONES

El 12 de junio de 2018, la señora Omaira Jiménez Díaz, actuando como agente oficiosa de su menor hijo, presentó acción de tutela en contra de la Dirección de Sanidad de la Policía, el Hospital Central de la Policía y los funcionarios Cr. María Antonia Caro Couttin, Te. Yudy Palma Hernández, Te. Anyela Patricia Trijillo Trujillo, St. Edwin Carillo y Pt. Jefe de Enfermería HOCEN Juviem Pacheco, para la protección de sus derechos fundamentales.

Para el efecto, formuló las siguientes peticiones:

1. Se **TUTELE** y ampare los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, a la estabilidad laboral reforzada, a la familia, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a recibir una protección especial por ser madre cabeza de familia, los derechos de mi hijo a la educación y otros conexos.
2. Se **ORDENE** a las accionadas, para que dentro del término de 24 horas, cumplan la orden de dejarme en el horario diurno, el mismo con el que llevo más de 10 años, laborando para el hospital Central de la Policía Nacional.
3. **DECLARAR** la existencia del Contrato Realidad y, en consecuencia, **ORDENAR** a las accionadas Dirección de Sanidad y Hospital Central de la Policía Nacional, que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, procedan a la expedición y notificación del acto administrativo correspondiente.
4. Se **ORDENE** a las accionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas que atenten contra la ley 1010 de 2006 - Acosa laboral-.
5. **ORDENAR** a la accionada que en caso de no ser posible la anterior medida, prorrogue la oferta contractual hasta tanto la entidad logre ubicarla en un cargo equivalente al que ostenta en la actualidad.
6. **ORDENAR** la compulsa de copias ante la Procuraduría Delegada para la Infancia y la Adolescencia y la de Contratación Estatal, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para que se investigue lo de su competencia.
7. **ORDENE** a la Procuraduría General de la Nación, para que a través del poder preferente asuma la investigación respecto del acosa laboral y otros conexos, pues por imparcialidad no podría la misma Policía Nacional asumir esta investigación.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS DE LA TUTELA

De lo expuesto en la tutela se extraen los siguientes hechos relevantes:

Que desde el año 2008 hasta la fecha, la accionante ingresó a laboral en las entidades demandadas, en el cargo de auxiliar de enfermería. Cargo en el que se ha desempeñado de manera personal, con subordinación y dependencia, y cumpliendo horario de lunes a viernes de 7 am a 1 pm y fines de semana un turno de 12 horas sábado o domingo.

Que en algunas ocasiones, por falta de personal, ha tenido que asumir las funciones de Jefe de Enfermería como administración de medicamentos, seguimiento a exámenes por realizar y gestión de interconsultas por especialista entre otras.

Que la demandante es madre cabeza de familia, tiene un hijo de ocho años que depende en todo de ella, pues el padre del menor los abandonó y no tiene familiares cercanos que se encarguen del cuidado del menor. Así

mismo, que el salario que recibe no es suficiente para pagar el cuidado de su hijo.

Que en abril de 2018, de manera unilateral y grosera, decidieron cambiarle de turno, pues pasó del horario de la mañana al horario de noche, es decir desde que su turno sería desde las 7 de la noche hasta las 7 de la mañana del día siguiente. Lo anterior, a pesar que había sido contratada para laborar en horario diurno.

Que como consecuencia del cambio de horario su hijo debía permanecer solo toda la noche, exponiéndose a peligros o a una denuncia ante el ICBF por abandono, situación que podía causarle la pérdida de su menor. Adicional a que en las mañanas no podría alistararlo para que lo recogiera la ruta escolar.

Que desde el 2 de junio de 2018 ha sentido persecución y acoso laboral, por lo siguiente: (i) en esa fecha recibió una llamada del Subintendente Edwin Carrillo quien le informó que se habían realizado cambios en los horarios de servicio, por lo que cumplida la incapacidad debía presentarse en el turno de la noche (ii) le informaron que las tenientes Anyela y Judy habían concertado, como consecuencia de la orden de un superior, el cambio de turno, (iii) el 5 de junio de 2018, la jefe Juvielem le comunicó verbalmente que la decisión del cambio de horario había sido tomada por el Coronel Ruiz, (iv) al hablar con la Coronel María Antonia Caro Couttin, directora encargada del hospital, quien se comunicó con la jefe del departamento de enfermería del HOCEN y con el Coronel Ruiz y le informó que el cambio de horario era una orden directa e inamovible del Coronel, en atención a la reunión que se había hecho a todo el personal de salud de urgencias.

Que mediante correo electrónico del 8 de junio de 2018, mediante oficio S-2018-045748-DIREC-ENFER-29 suscrito por la Teniente Judy Palma se me informó que el cambio de horario obedecía a las necesidades del servicio y que se aplicaba a partir del 7 de junio de 2018.

Que mediante oficio S-2018-ARCIN-ENFER-2925 del 7 de junio de 2018, la Teniente Anyela Trujillo, jefe del departamento de urgencias del HOCEN, requirió formalmente a Omaira Jiménez, por un presunto incumplimiento contractual por no asistencia el 6 de junio de 2018. Sin embargo, ese día la señora Omaira asistió al turno de la mañana e incluso ese día habló con la Teniente Judy Palma sobre el cambio de horario.

Que al exponerle su situación a la Teniente Judy Palma, ella le indicó que la solución al problema era que firmara la notificación del cambio de turno,

el requerimiento o la terminación del contrato por mutuo acuerdo, pues la orden la había del cambio de turno la había dado el Coronel Ruiz.

Que ha intentado hablar con el Coronel Ruiz pero le ha sido imposible. Que siente persecución laboral, pues le han hecho firmar varios documentos con la finalidad de presionar su renuncia, como ha ocurrido en otros casos en la entidad.

4. CONTESTACIÓN

La **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Hospital Central** contestó la acción de tutela y se opuso a las pretensiones. Afirmó que como la vinculación de la señora Omaira Jiménez era a través de contrato de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión como auxiliar de enfermería, el contrato había estado soportado en un estudio de identificación de la necesidad y justificación para contratar el servicio, en el que se determinó la carencia de personal de enfermería para satisfacer la prestación del servicio.

Que mediante oficio S-2018-04996-DIREC-ENFER la jefe del departamento de enfermería manifestó que la justificación para el cambio de turno eran las necesidades propias del servicio, puesto que el agendamiento del servicio de salud era 24 horas y se habían presentado inconvenientes por diferentes circunstancias administrativas (vacaciones, licencias, inasistencias entre otras) que habían sido informadas mediante oficio S-2018-046123.

Que mediante oficio 048193 del 15 de junio de 2018, el Subintendente Edwin Carrillo, coordinador de enfermería de urgencias, reiteró que en varias oportunidades había puesto de presente el déficit de personal en los turnos de la noche, razón por la que en el mes de junio, para equilibrar la cantidad de funcionarios, se debía notificar a tres auxiliares de enfermería el cambio de jornada, elección que se hizo de forma aleatoria y quedaron seleccionadas Carmenza Henao, Leidy Torres y Omaira Jiménez.

Que mediante oficio 018446 del 15 de junio de 2018, el departamento de Urgencias informó que a la fecha la señora Omaira Jiménez no se había presentado a los turnos programados para los días 6, 8, 10, 12, 14 y 16 de junio y que tampoco había aportado justificación de la insistencia, por lo que se enviaron, vía correo electrónico, cuatro requerimientos para que explicara su situación.

Que el contrato de prestación de servicio profesionales suscrito entre Omaira Jiménez y el Hospital Central de la Policía se encuentra sujeto a la

programación de tiempo o jornada que determine el hospital, en tanto la finalidad es la prestación ininterrumpida del servicio de salud, razón por la que en los contratos no se incluyen cláusulas relativas a la jornada laboral, pues la programación está atada a las necesidades del servicio, razón por la que los cambios de horario no deben ser interpretados como actos de acoso laboral o represalias personales, sino que los mismos obedecen a la naturaleza de la vinculación.

Señaló que las conductas enmarcadas en un presunto acoso laboral no son aplicables a los contratos de prestación de servicios de conformidad con el parágrafo del artículo primero de la Ley 1010 de 2006.

Finalmente, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela por existencia medio judicial idóneo, pues la controversia planteada debía ser resuelta por el juez laboral administrativa

5. PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

- Copia del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión PC HOCEN 96-7-20109-18, celebrado entre la Policía Nacional y la Omaira Jiménez (fls. 114-119 cp1).
- Copia del estudio previo del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión PC HOCEN 96-7-20109-18 (fls. 120-138 cp1).
- Respuesta de la señora Omaira Jiménez a los requerimientos por incumplimiento del contrato (fls. 68-72 cp1).
- Copia del oficio 045748 del 6 de junio de 2018, por el que la jefe departamento de Urgencias HOCEN informó a Omaira Jiménez el cambio de turno (fl. 103 cp1).
- Copia del requerimiento N° S-2018-/ARCIN-ENFER del 7 de junio de 2018, por la no ejecución del contrato el 6 de junio de 2018 (fls. 73-74 cp1).
- Copia del memorial del 8 de junio de 2018, en el que la señora Omaira Jiménez en la que solicita el estudio del cambio de turno, pues se encuentra en imposibilidad de cumplir el de la noche (fls. 97-99 cp1).
- Copia del requerimiento N° S-2018-/ARCIN-ENFER del 12 de junio de 2018, por la no ejecución del contrato los días 8 y 10 de junio de 2018 (fls. 75-76 cp1).

- Copias de la incapacidad Nros 71752034 para los días 12 y 13 de junio de 2018 (fl. 81 cp1).
- Copia del requerimiento N° S-2018-/ARCIN-ENFER del 14 de junio de 2018, por la no ejecución del contrato el 12 de junio de 2018 (fls. 77-78 cp1).
- Copia del oficio 047939 del 14 de junio de 2018 por el que la Patrullera Juviem Pacheco Fonseca rindió informe para la presente tutela (fl. 100 cp1).
- Copia del oficio 048193 del 15 de junio de 2018 por el que el Subintendente Edwin Carrillo rindió informe para la presente tutela (fl. 102 cp1).
- Copia del requerimiento N° S-2018-/ARCIN-ENFER del 17 de junio de 2018, por la no ejecución del contrato los días 14 y 16 de junio de 2018 (fl. 110 cp1).
- Copia del oficio 048446 del 17 de junio de 2018 por el que el departamento de Urgencias HOCEN rindió informe para la presente tutela (fl. 101 cp1).

6. DECISIÓN IMPUGNADA

El 29 de junio de 2018, el Juzgado 65 Administrativo de Bogotá amparó los derechos fundamentales de la actora y su menor hijo. Como fundamento de la decisión el juez de primera instancia citó jurisprudencia constitucional relativa a la condición de madre cabeza de familia, estabilidad laboral reforzada y contrato realidad para determinar la procedencia de la acción de tutela a pesar de la existencia de un medio judicial para resolver la controversia.

Así, concluyó que en el presente caso se configuró el contrato realidad, puesto que se acreditaron los elementos esenciales de un contrato laboral, como subordinación, prestación personal de un servicio y remuneración. Adicional argumentó que la señora Omaira Jiménez se encontraba en un estado de debilidad manifiesta por ser madre cabeza de hogar, haber perdido a un hijo en proceso de gestación, tener su esposo fuera de la ciudad por situaciones laborales, por los quebrantos de salud que han generado las diferentes incapacidades y por la imposibilidad del cuidado de su hijo, hecho que tenía que ser observado por las entidades demandadas al momento de solucionar su situación laboral.

Con base en lo anterior, como medida transitoria y con el fin de evitar un perjuicio irremediable, el *a quo* tuteló los derechos fundamentales al trabajo

con conexidad con el debido proceso, estabilidad laboral reforzada, familia, igualdad, salud, seguridad social, mínimo vital y a recibir protección especial por ser madre cabeza de familia de la señora Omaira Jiménez y, en consecuencia, declaró la existencia del contrato realidad y ordenó la reubicación de la señora Jiménez en un cargo de igual o mayor categoría y ordenó el pago de aportes a seguridad social.

7. LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito del 6 de julio de 2018, la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Hospital Central** impugnó así:

Insistió en que la relación existente entre las accionadas y la señora Omaira es de naturaleza contractual y se encuentra regulada en la Ley 80 de 1993, por lo que no era posible pretender la protección de los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social y estabilidad laboral reforzada por la condición de madre cabeza de hogar, máxime si se tenía en cuenta que existían otros medios judiciales idóneos para resolver la controversia planteada.

Indicó que la acción de tutela se tornaba improcedente en el caso concreto, porque además de existir otro medio judicial idóneo, la acción de amparo no está consagrada para obtener reconocimientos económicos tal y como se pretendía en el presente caso.

Finalmente, solicitó que en caso de confirmarse el fallo de primera instancia se autorizara a la Dirección de Sanidad – Hospital Central de la Policía Nacional a recobrar al Fosyga el costo correspondiente al cumplimiento de la sentencia.

8. CONSIDERACIONES

Procedencia de la acción

En primer lugar, la Sala deberá analizar la procedencia de la tutela formulada, y luego, en caso de encontrarla procedente, se pronunciará sobre los motivos de inconformidad de la impugnante.

Así, la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 306 de 1992, se ejerce para reclamar de la jurisdicción, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales

cuando se vean amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

En cuanto a la procedencia, los artículos 5 y 6 del Decreto 2591 de 1991 establecen lo siguiente:

ARTICULO 5. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito

ARTICULO 6 CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA. La acción de tutela no procederá

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellos se utilicen 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.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Respecto a la primera causal de improcedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha señalado:

10. El inciso 4° del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que *“esta acción 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”*.

Del mismo modo, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

En la **sentencia T-1008 de 2012**, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar**

de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015**, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico**, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que *“siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”*¹

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el legislador consagró la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y residual de protección de derechos, por lo que la acción no procederá cuando el actor cuente con un medio judicial diferente al amparo constitucional para ejercer la protección de sus derechos fundamentales.

Así mismo, el principio de subsidiariedad está basado en que el juez constitucional no puede reemplazar al juez ordinario en la solución de los conflictos que a este último le corresponde conocer, pues si bien la acción de tutela ha sido consagrada como mecanismo de protección de derechos fundamentales, también es cierto que el legislador ha dotado al usuario de la justicia con una amplia gama de medios de control para la materialización de los derechos de que son titulares. Así pues, no se puede pretender la protección de derechos por vía de tutela, cuando no se ha acudido a la jurisdicción a reclamar de un juez ordinario la protección de los mismos.

Adicional a lo anterior y de manera excepcional, procede la acción de tutela cuando a pesar de que existe un mecanismo judicial diferente este no es

¹ Sentencia T 471 del 19 de julio de 2017, proferida por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional. magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

idóneo o se requiere la intervención inmediata del juez constitucional en aras de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, caso en el que la acción de tutela será procedente pero la orden que se profiera tendrá el carácter de ser transitoria y condicionada a que el actor inicie el trámite judicial idóneo para la protección de sus derechos. Respecto a estas excepciones, la Corte Constitucional ha expuesto:

En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la **sentencia SU-961 de 1999** indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

En el mismo sentido, la **sentencia T-230 de 2013**, indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal, en la **sentencia T-225 de 1993**, señaló que de acuerdo con el inciso 3° del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**, reiterada en la **T-956 de 2014**, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.²

Así las cosas, quien pretenda el amparo de sus derechos fundamentales en sede de tutela, deberá acreditar que acude al recurso de amparo habiendo agotado previamente todas las instancias judiciales con que contaba para solicitar la protección de sus derechos o que solicita la protección

² Sentencia T 471 del 19 de julio de 2017, proferida por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

constitucional como un mecanismo transitorio mientras se resuelve su situación por el juez natural. Lo anterior, en aras de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita de decisión del juez ordinario.

De la revisión del caso concreto la Sala considera que la acción de tutela se tornar en improcedente por lo siguiente:

Del accionante como agente oficioso

- No se puede perder de vista que la solicitud de amparo la eleva el menor³ Gabriel Santiago Reyes Jiménez a través de agente oficioso (madre), la Corte Constitucional ha reconocido que la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona sin distinción de edad, sexo, raza, nacionalidad o capacidades intelectuales, razón por la que incluso los menores de edad pueden solicitar, de forma directa, el amparo constitucional de sus derechos fundamentales⁴, aunque también se le, permite a los padres que, como agentes oficiosos, actúen en representación de sus hijos.

Visto lo anterior, la Sala encuentra que los derechos sobre los que se requiere protección constitucional no se encuentran dentro del patrimonio de la persona que pide el amparo, es decir el menor Gabriel Reyes no es titular de los derecho fundamentales al trabajo, protección especial, estabilidad laboral reforzada, igualdad, seguridad social y debido proceso, que se dicen transgredidos, puesto que los hechos que originan la solicitud de protección constitucional, son prestados por la madre y no por el accionante oficiado, quien no se encarga de la prestación personal del servicio.

Del derecho a la familia del menor Gabriel Reyes

La protección al derecho a la familia, del que si es titular el menor, convertiría en procedente la acción de tutela, lo cierto es que en el caso concreto no existen elementos probatorios que conlleven a considerar como vulnerado este derecho, en tanto el cambio de horario, es decir pasar de cumplir sus obligaciones contractuales en el turno de 7 am a 1 pm a cumplirlas en el turno de 7 pm a 7 am, no implica la privación de la relación familiar entre Omaira Jiménez y el menor Gabriel Reyes, máxime si se tiene en cuenta que no se trata de privación legal de custodia, cuidado y acompañamiento definitivo y si no se tiene certeza si el cambio de jornada

³ De conformidad con el registro civil de nacimiento obrante a en el cd aportado con la tutela, se tiene que Gabriel Reyes en actualidad tiene 8 años y 10 meses.

⁴ Sentencia T 895 del 30 de noviembre de 2011, proferida por la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

es definitivo o temporal.

- Por otro lado, en un ejercicio interpretativo, de considerarse que la señora Omaira Jiménez, actúa en nombre propio y solicita la protección de sus derechos fundamentales, la Sala considera que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la tutela, en tanto de la lectura acuciosa de la solicitud de amparo, se observa que la pretensión principal gira en torno a la declaratoria de existencia de un contrato realidad entre la señora Omaira y las entidades accionadas, controversia que debe ventilarse ante la jurisdicción laboral administrativa, pues se reitera, el juez constitucional no puede arrogarse la competencia de los jueces ordinarios y asumir el conocimiento de causas o pretensiones que han sido asignadas al juez natural.

De forma excepcional se ha considerado que la acción de tutela es procedente incluso ante la existencia de un medio judicial diferente cuando el mismo no es suficiente para conjurar el daño, o cuando se está ante la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable. Sin embargo, ninguna de esas situaciones se configuran en el caso bajo estudio, debido a que el medio judicial ordinario ofrece una solución integral y resuelve el conflicto en toda su dimensión, pues al realizarse el estudio de la existencia o no del contrato realidad, el juez laboral debe analizar absolutamente todas las circunstancias de la vinculación de la señora Jiménez respecto de las entidades demandas y la decisión que se adopte será definitiva.

Así mismo, no se avizora la existencia de un perjuicio irremediable, en principio porque los derechos laborales no han sido vulnerados, en tanto el cambio de horario, en que se requiere el cumplimiento de las obligaciones contractuales, no genera una violación al derecho al trabajo ni al mínimo vital.

Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia del 29 de junio de 2018, proferida por el Juzgado 65 Administrativo de Bogotá y, en su lugar, declarará improcedente la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: Revocar la decisión del 29 de junio de 2018, proferida por el Juzgado 65 Administrativo de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: declarará improcedente la presente acción de tutela.

TERCERO: Notificar a las partes la presente providencia por el medio más expedito.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Aprobado en sesión de la fecha, acta No.


FRANKLIN PÉREZ CAMARGO
Magistrado


HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN
Magistrado


CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA
Magistrado

SLRO