El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / DERECHO A LA SALUD / ASIGNACIÓN DE TURNOS LABORALES – ICBF / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / DEBE ACUDIR A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / ALLÍ PROCEDEN MEDIDAS CAUTELARES / NO SE DEMOSTRÓ PERJUICIO IRREMEDIABLE.**

… la queja constitucional de la parte actora se circunscribe a la fijación por parte del ICBF de turnos de disponibilidad en horario inhábil por los días 19 a 26 de julio de este año. Fincada en ello, pretende por esta senda se deje sin efectos la Resolución número 415 del 11 de junio de 2021…

A no dudarlo, las controversias de tipo laboral que de allí pudieran derivarse, o sobre la competencia de la funcionaria que la suscribió, o el presunto derecho a remuneración adicional, en principio exceden la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales como lo pregona la accionante, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial. En otros términos, la sola afectación (vulneración o amenaza) de garantías de esa naturaleza no hace procedente el mecanismo de amparo, en atención a su carácter eminentemente subsidiario.

Para el caso concreto, las controversias que se enarbolan contaban en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde existe la posibilidad de acudir al pedido de medidas cautelares (Art. 229 CPACA), con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, lo que hacía improcedente la intervención de la justicia constitucional. (…)

Tampoco se apreciaba la ocurrencia de un perjuicio irremediable al que se viera enfrentada la actora, no obstante la inminencia del turno de disponibilidad que se le asignó.

Lo anterior porque, a decir verdad, la necesidad, urgencia e impostergabilidad de intervención de tutela está construida sobre la base de unas consecuencias fácticas que por sí solas, no despuntan de la decisión de la administración cuestionada, pues… el turno de disponibilidad no implica per sé que el servidor deba trabajar 24 horas continuas, durante una semana consecutiva…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA CIVIL – FAMILIA**

Magistrado sustanciador:  **CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**Pereira, ocho (08) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)**

 **Acta N° 425 de 07-09-2021**

 **Sentencia: TSP. ST2-0293-2021**

 **Referencia: 66682310300120210026701**

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el extremo accionante contra la sentencia del 14 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro de la acción de tutela promovida por Claudia Alexandra González López contra el Instituto Colombiano de Bienestar -ICBF-, su Directora General y su Director de Gestión Humana, trámite al cual fue vinculada la Directora Regional de esa misma entidad.

**ANTECEDENTES**

**1. La tutela:** Narróla accionante, que actualmente se desempeña como Defensora de Familia del Centro Zonal Santa Rosa de Cabal, cargo al cual fue nombrada con ocasión a solicitud de traslado que formuló con sustento en que en ese municipio reside junto con su hijo menor de edad, frente al cual siempre ha ejercido su cuidado y protección personal.

La jornada máxima legal determinada para los servidores públicos del ICBF es de cuarenta y cuatro horas semanales, salvo los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que se podrá señalar jornadas de doce horas diarias, sin exceder un límite de 66 horas semanales.

Su horario de trabajo se extiende de las 8:00 a.m. a 5:00 p.m., con destinación de una hora para almuerzo.

Siempre ha cumplido las funciones de su cargo, relativas a la atención de los menores. Para ese efecto ha actuado en coordinación con la Policía de Infancia y Adolescencia del Municipio, entidad que, cuando se trata de horario no laboral procede a ubicar al menor que requiere de protección, a través de las distintas instituciones que tienen vínculo contractual con el ICBF. Con ese propósito el día viernes en la tarde se informa a la Policía Nacional cuales son las instituciones disponibles, los cupos, las direcciones y los números telefónicos para obtener el paradero del menor.

Para la atención de los adolescentes por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, se debe acudir a las instituciones de la ciudad de Pereira, las cuales ejercen dichas competencias desde hace varios años. En ese municipio también existe una Defensora de Familia encargada de realizar el acompañamiento en entrevistas forenses, testimonios y demás diligencias judiciales. Aunque con anterioridad había una entidad encargada de atender casos fuera del horario laboral, el ICBF no ha renovado el contrato correspondiente para continuar con ese servicio.

En el Centro Zonal Santa Rosa de Cabal, laboran cuatro Defensores de Familia, quienes han prestado su servicio de manera oportuna y no existe queja alguna sobre sus actuaciones.

El 19 de mayo pasado se llevó a cabo reunión virtual con algunos Defensores de Familia, Coordinadores de los Centros Zonales y la Directora Regional de Risaralda del ICBF, con objeto de estudiar la disponibilidad de Defensores en horario nocturno y fines de semana. Ella no hizo parte de la reunión.

De manera sorpresiva el 27 de mayo de 2021 recibió un correo electrónico en el que se comparte el cuadro de disponibilidades y con su nombre aparece asignado el turno del 19 al 26 de julio de 2021, esto es, lunes 19, martes festivo 20 de julio, miércoles 21, jueves, 22, viernes 23, sábado 24, domingo 25 y lunes 26 de julio.

No se siente en capacidad física y mental para cumplir sus funciones durante veinticuatro horas por ocho días consecutivos, razón por la cual puso en conocimiento que tiene a su cargo un hijo menor de edad que requiere acompañamiento permanente y que aquella carga laboral no solo tiene consecuencias nocivas en su ambiente familiar, sino que afecta su horario de descanso y podría desmejorar su desempeño laboral. Sin embargo, frente a lo anterior, ninguna respuesta se emitió.

Como si fuera poco la Resolución número 415 del 11 de junio de 2021, suscrita por la Directora Regional “Por medio de la cual se establecen los turnos de disponibilidad correspondiente a las Defensorías de Familia y sus equipos Psicosociales en la Regional Risaralda”, nunca fue notificada y por lo mismo dicho acto administrativo no podría producir efecto alguno. Así mismo esa Resolución fue adoptada en virtud a delegación conferida por la Directora Nacional, figura que lejos está de poder ser el sustento para regular turnos de disponibilidad, al contrario se debe ceñir a la jornada máxima laboral estipulada.

Resulta inexistente otra vía para reprochar aquel acto administrativo pues si bien se había fijado reunión con el sindicato de la entidad, la misma fue aplazada sin haberse reprogramado aún, y ante la inminencia del cumplimiento del turno, “no se alcanzaría a presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Aquella situación le ha generado trastornos de ansiedad y estrés, al punto de que ya tiene remisiones a psicología y psiquiatría por la EPS SURA.

Estima lesionados sus derechos a la salud, al descanso, el de los menores y al debido proceso. En consecuencia pide se ordene suspender la Resolución número 415 del 11 de junio de 2021 y se le excluya de las determinaciones allí adoptadas, por las razones fácticas expuestas[[1]](#footnote-1).

**2. Trámite:** Por auto del 30 de junio pasado, se admitió la acción constitucional.

Se pronunció la Directora Regional Risaralda para solicitar se declarara improcedente el amparo invocado. Alegó que antes de emitir el Acto Administrativo No. 415 de Junio de 2021 se llevó a cabo Comité, el 19 de mayo de 2021, en el que se analizó las disponibilidades de las Defensorías de Familia en horario nocturno y fines de semana, ello con sustento en el principio de atención permanente establecido en el artículo 87 de la Ley 1098 de 2006, adoptado con miras a proteger a los menores en todo momento. Por tanto, todos los servidores públicos del ICBF están en la obligación de atender la disponibilidad que se les programe, con derecho a compensación, salvo en aquellos eventos en que éstos se encuentren en incapacidad médica o con recomendaciones médicas que no les permitan atender sus funciones. Así mismo la disponibilidad en horario inhábil no implica el desplazamiento al lugar de trabajo, sino estar pendiente de las solicitudes que ameriten su intervención y solo en este evento se tendría que ejercer sus funciones, las cuales se limitan a medidas urgentes de restablecimiento y asistencia virtual a diligencias “sin entrar a todo el proceso de verificación”. Tampoco implica el incremento en los procesos asignados “porque solo realizan un (sic) intervención en la etapa inicial de este y deben hacer el direccionamiento al defensor que se encuentra de reparto para continuar con las actuaciones del PARD, a la primera hora hábil siguiente”. El turno de disponibilidad fijado a la actora corresponde desde el 16 de julio al 26 de julio de este año, el cual será debidamente compensado, todo lo cual fue informado a la accionante mediante respuesta a la petición que elevó. Finalmente, señaló que el amparo no cumple los requisitos generales de procedencia, como quiera que la tutela no es el medio para atacar actos administrativos[[2]](#footnote-2).

**3. Sentencia:** El 14 de julio último, el juzgado de primera instancia declaró improcedente el resguardo constitucional, tras considerar que en este caso la legalidad del acto administrativo que le fijó turnos de disponibilidad a la accionante desde el 19 al 26 de julio de este año, tanto por su contenido como por la supuesta indebida notificación, debe ser debatida ante la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime que no se evidencia situación de urgencia que permita un estudio de excepción por este medio constitucional, sin que el estado de salud de la actora se pueda considerar como tal, pues ella apenas fue remitida a las especialidades de psicología y psiquiátrica[[3]](#footnote-3).

**4. Impugnación:** Inconforme, la actora adujo que su reclamo es ajeno a turnos en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, al contrario lo que se pretende es que durante los días 19 a 26 de julio de este año no deba cumplir funciones más allá de su jornada máxima laboral “atendiendo el llamado que la Policía Nacional de cualquier municipio del departamento de Risaralda realice en horario no laboral, incluyendo sábados, domingos y festivos, trasladándome si es del caso del municipio donde trabajo y resido, esto es, el municipio de Santa Rosa de Cabal”, lo que demuestra que la a quo ni siquiera comprendió el objeto del debate.

De otro lado, ella, desde el mismo día en que conoció de la asignación de la disponibilidad, acudió a la demandada para ponerle de presente los motivos por los cuales no podría atender tales turnos, lo que considera debe tenerse como recurso de reposición, que solo fue atendido el 02 de julio de 2021, luego de que admitida la tutela la Directora Regional del ICBF se viera compelida a pronunciarse. En todo caso, era inexigible la interposición del mismo (artículo 161 numeral 2 inciso 2 del CPACA), pues la entidad guardó silencio sobre los recursos que procedían.

Agregó que, en menos de un mes, no era posible acudir a la vía contenciosa administrativa, ni tampoco obtener un acto judicial de admisión y adopción de medidas previas, como quiera que la vigencia del mencionado acto administrativo, como allí mismo se establece, va desde el 31 de mayo hasta el 30 de septiembre de 2021, por lo que la acción de nulidad sería totalmente inocua porque, seguramente, sería resuelta mucho después de que desapareciera de la vida jurídica dicha resolución.

Frente al perjuicio irremediable debido a su situación médica, la juez de primera instancia concluyó que era inexistente, empero no entró a analizar que laborar sin descanso podría causarle daños a su integridad personal y mental “pues así no presente ninguna patología diagnosticada ese sólo (sic) hecho no puede ser el aval para que quien ejerce la posición dominante pueda abusar del derecho, pues ni la persona más sana podría realizar con eficiencia la orden dada, por eso existe un límite a la jornada máxima legal, el derecho al descanso y otros derechos mínimos que deben serle respetados a los trabajadores”[[4]](#footnote-4).

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** En el caso sometido a consideración, se observa que la queja constitucional de la parte actora se circunscribe a la fijación por parte del ICBF de turnos de disponibilidad en horario inhábil por los días 19 a 26 de julio de este año. Fincada en ello, pretende por esta senda se deje sin efectos la Resolución número 415 del 11 de junio de 2021, en cuanto a la determinación de la disponibilidad que ella debe cumplir en su condición de Defensora de Familia, y se le excluya de la aplicación de ese acto administrativo.

De conformidad con lo anterior, el **problema jurídico** que debe resolver esta Sala es si la acción de tutela resultaba procedente para definir tal debate y, de serlo, si en aquella determinación se incurrió en lesión alguna de derechos de la actora.

**3.** Como primera medida es preciso señalar que no existe incertidumbre sobre la legitimación en la causa de las partes pues por activa está facultada Claudia Alexandra González López al alegar vulneración a sus garantías fundamentales frente al acto administrativo que le impuso una serie de turnos de disponibilidad adicionales a su jornada laboral; y por pasiva, le asiste al ICBF, más precisamente a su Directora Regional Risaralda, como funcionaria que adoptó aquella decisión.

**4.** En el caso concreto, como ya se advirtió, la actora encuentra la lesión de sus derechos fundamentales en la expedición del acto administrativo No. 415 del 11 de junio de 2021, “Por medio de la cual se establecen los turnos de disponibilidad correspondiente a las Defensorías de Familia y sus equipos en la Regional Risaralda”, concretamente con la fijación del turno a su nombre entre el 19 al 26 de julio de este año[[5]](#footnote-5).

Aduce en la impugnación que, contra tal determinación, una vez la conoció (27/05/2021) remitió una solicitud que debe ser entendida como recurso de reposición, que tan solo se resolvió el 2 de julio de 2021, luego de admitida la tutela. Luego sí formuló recursos, que en todo caso no le eran exigibles, y al tratarse de un acto administrativo con solo 4 meses de vigencia, el medio de control ordinario no resulta idóneo ni eficaz.

Desde otra arista, plantea un perjuicio irremediable por sus condiciones personales que le impiden atender los turnos de disponibilidad dispuestos.

**4.1** Pues bien, evidencia la Sala que la determinación sobre los turnos de disponibilidad fue comunicada desde el 27 de mayo de 2021, y luego se materializó en la Resolución 415 del 11 de junio siguiente.

A no dudarlo, las controversias de tipo laboral que de allí pudieran derivarse, o sobre la competencia de la funcionaria que la suscribió, o el presunto derecho a remuneración adicional, en principio exceden la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales como lo pregona la accionante, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial. En otros términos, la sola afectación (vulneración o amenaza) de garantías de esa naturaleza no hace procedente el mecanismo de amparo, en atención a su carácter eminentemente subsidiario.

Para el caso concreto, las controversias que se enarbolan contaban en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde existe la posibilidad de acudir al pedido de medidas cautelares (Art. 229 CPACA), con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, lo que hacía improcedente la intervención de la justicia constitucional.

**4.2** Ahora bien, frente a la aspiración de ser excluida de la medida de turno de disponibilidad, como se pretende con la tutela, la verdad es que, ante la autoridad administrativa, la actora no acudió a exponer en forma concreta, sustentada y probatoriamente soportada, las razones por las cuales considera, deber ser exceptuada de la misma, recibiendo un trato diferente a los demás defensores de familia que allí se mencionan.

Esa finalidad no la cumple, a juicio de esta Sala, su escrito de fecha 27/05/2021, donde en términos generales se pronunció sobre la medida, oponiéndose o mostrando su desacuerdo frente a la misma por desconocer derechos y garantías de los trabajadores, como la prerrogativa del descanso y la jornada laboral. Sin embargo, sobre su situación particular que, según afirma, le impedía sentirse en capacidad física y mental de “desempeñar mis funciones laborales de día y también en la noche durante 8 días seguidos”*,* así sea cada 16 semanas, y la de su hijo de 12 años que también consideró afectado por la labor que tendría que desarrollar a esas horas, y la posibilidad de tener que desplazarse de su residencia, nada en concreto puntualizó.

Si bien esa petición no aparecía resuelta al promoverse la tutela, fue atendida por la accionada en escrito de julio 2 de 2021, como la misma accionante lo admite.

**4.3** Tampoco se apreciaba la ocurrencia de un perjuicio irremediable al que se viera enfrentada la actora, no obstante la inminencia del turno de disponibilidad que se le asignó.

Lo anterior porque, a decir verdad, la necesidad, urgencia e impostergabilidad de intervención de tutela está construida sobre la base de unas consecuencias fácticas que por sí solas, no despuntan de la decisión de la administración cuestionada, pues tal y como se ventiló en la reunión de fecha 19 de mayo de 2021, antecedente de lo decidido, y lo menciona tanto la respuesta de la accionado al escrito de la actora, como el informe rendido dentro de este trámite ante la jueza de primer grado, el turno de disponibilidad no implica *per se* que el servidor deba trabajar 24 horas continuas, durante una semana consecutiva, aun en desmedro de su salud o dignidad humana, máxime cuando tanto en aquel comité, como en la Resolución 415 de 2021, se dejó planteado el derecho al compensatorio de forma organizada previa concertación a la finalización del correspondiente turno.

**5.** En suma, existían razones para decidir en la forma cómo se hizo, por lo que los argumentos de la impugnación no encuentran acogida en esta instancia. En estas condiciones, el fallo de primera instancia se confirmará en tanto declaró la improcedencia del amparo.

**DECISIÓN**

Con fundamento en lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA CIVIL — FAMILIA, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha y procedencia anotadas.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma a la Jueza de primera instancia.

**TERCERO: ENVIAR** oportunamente, el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Con aclaración de voto

 **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁ**

1. Documento 02 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 09 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 10 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 12 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 52 a 54 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)