

Señores
CONSEJO DE ESTADO
Tutela en Línea
Ciudad

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DEL JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE QUIBDÓ Y SALA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ.

Respetado, Sr. Magistrado:

JAIME SARRIA PEREA, mayor de edad, domiciliado en Medellín, abogado en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 71650838 de Medellín y la Tarjeta Profesional No. 58.439 del C. S. de la J., actuando conforme al poder conferido por **ESE- HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ**; me permito interponer la presente **ACCIÓN DE TUTELA** en contra del **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE QUIBDÓ Y SALA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ**, por la vulneración de los derechos a la IGUALDAD, DEBIDO PROCESO y al DERECHO DE DEFENSA, consagrados en el artículo 13 y 29 de la Constitución Política de Colombia; como consecuencia de las sentencias en las sentencias No. con fundamento en lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. En distintas posturas jurisprudenciales, el H. Consejo de Estado ha determinado la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y para ello ha establecido los requisitos generales y especiales de procedibilidad, así como se observa en reciente fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera del 23 de febrero de 2023 Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Radicación: 11001-03-

15-000-2022-03314-01 Accionante: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Accionado:
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA, de la siguiente manera:

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Requisitos generales y especiales de procedibilidad

En sentencia de 31 de julio de 20125 , la Sala Plena del Consejo de Estado cambió su postura inicial y decidió asumir el estudio de fondo de las acciones de tutela dirigidas en contra de providencias judiciales violatorias de derechos fundamentales siguiendo los lineamientos dispuestos por la Corte Constitucional y su propia jurisprudencia.

Ahora bien, la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, estableció los siguientes presupuestos generales y especiales para que proceda la acción de tutela en contra de decisiones judiciales:

*Como **requisitos generales de procedibilidad** fijó: i) la relevancia constitucional del asunto; ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial, salvo la existencia de un perjuicio irremediable; iii) el cumplimiento del principio de inmediatez; iv) si se trata de una irregularidad procesal, que ésta tenga efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; v) la identificación clara de los hechos causantes de vulneración y su alegación en el proceso, y vi) que la acción no se dirija contra un fallo de tutela, salvo las excepciones previstas en la sentencia SU-627 de 2015.*

*Como **requisitos especiales** de procedencia del amparo, y que permiten al juez constitucional dejar sin efectos una providencia judicial, la sentencia C-590 de 2005 estableció la existencia de los siguientes defectos: orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución:*

*«**Defecto orgánico**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de jurisdicción o competencia para ello.*

***Defecto procedimental absoluto**, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.*

***Defecto fáctico**, que surge cuando la providencia judicial carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, valora erradamente los elementos de juicio; o da por demostrada una situación fáctica sin existir evidencia probatoria de la misma.*

***Defecto material o sustantivo**, existe cuando las decisiones se fundamentan en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.*

***Error inducido**, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por las partes o intervinientes y ese engaño lo llevó a tomar una determinación que afecta derechos fundamentales.*

***Decisión sin motivación**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no expone los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada en la parte resolutive de la providencia judicial.*

***Desconocimiento del precedente**, que se origina cuando el juez ordinario desconoce o limita el alcance dado por esta Corte Constitucional a una disposición constitucional o derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*

***Violación directa de la Constitución**, que se presenta cuando la actuación de la autoridad se opone de manera directa a las normas establecidas en la Constitución Política»*

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo lugar, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera “[...] dejar sin efecto o modular la decisión” que se encaje en dichos parámetros.

Se trata, entonces, de una rigurosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01”.

Lo anteriormente transcrito tiene por objeto manifestar de antemano que, con la presente acción de amparo, no se pretende una tercera instancia, sino evidenciar el defecto fáctico y el desconocimiento de los precedentes que se denuncian, en la que incurrieron los despachos contra los que se dirige esta acción de protección constitucional.

2. Mediante el ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la señora MARÍA YADIRA MORENO PINO a través de apoderada judicial solicitó *“Que se declare la nulidad del acto expreso Nro. ESELIQUI-874, recibido el 17 de diciembre de 2019, siendo las 09:08 a.m.; por medio de la cual el HDSFA en liquidación, manifiestan que para el período octubre de 2016 a agosto de 2017, no prestaba servicios de salud, como tampoco era la entidad encargada de contratar servicios profesionales de mi prohijado.*

Que se declare la nulidad del acto expreso, con fecha 03 de febrero del 2020, recibido por el HLIRV, el 03 de febrero de la presente anualidad, siendo las 04:29 p.m.; por medio de la cual esta institución niega el pago de las prestaciones sociales, en razón al vínculo contractual con mi poderdante”(sic)

3. El Juzgado Quinto Administrativo del Quibdó, al avocar conocimiento mediante auto interlocutorio No. 55 de 2 de marzo de 2021, y tal vez con la errada creencia de algunos operadores judiciales de considerar que el contrato de prestación de servicios es pecaminoso e ilícito per sé y con el preconcepto de que debe ser indefectiblemente sancionado por el solo hecho de existir, determinó que se podía dictar sentencia anticipada atendiendo a lo dispuesto en el artículo 182ª del CPACA, y que *“Revisando el expediente se tiene que en este caso **no es necesario la práctica de pruebas**, no obstante, sí hay lugar a incorporar al plenario algunas de tipo documental, y de manera previa a correr traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito en los términos señalados en la referida norma”* (Resalto por fuera del texto original), ordenando así prescindir de la audiencia inicial y omitir el debate probatorio.

4. Al descorrer el traslado para alegar, el demandado HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA DE QUIBDÓ reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, indicando la situación especial de la contratación con el personal requerido para la operación que le fuera encargada a través del convenio interadministrativo 001 de 2016, celebrado a instancias de la decisión de la SUPERINTENDENCIA DE SALUD de intervenir administrativamente el HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASÍS DE QUIBDÓ y las disposiciones del auto 314 de 2016 de la Corte Constitucional mediante el cual se hacía

seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 respecto a la situación legal del Hospital intervenido que ameritaba la actuación del HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA DE QUIBDÓ como garantía de los servicios de Salud para el Departamento del Chocó necesarios la población en esta región, ante la inminente liquidación del Hospital San Francisco de Asís de Quibdó.

Igualmente se expuso que las particularidades que ha señalado el art. 32 de la ley 80 de 1993 y la jurisprudencia nacional en relación a la *indispensabilidad, temporalidad, necesidad, ausencia de intención de permanencia y justificación* dados por las características del convenio interadministrativo mencionado, que, como única motivación, condujo a la vinculación por servicios del personal requerido para la atención operativa del Hospital San Francisco de Asís encargada a mi poderdante, hacía válido este tipo de contratación, además que por el nivel de complejidad en la atención de ambas entidades, requería que para ese fin se contratara personal ya que por ser el HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA de primer nivel de atención, no tenía personal disponible ni capacitado su disposición en su propia planta para atender la función misional del Hospital intervenido, y que, además, por no estar facultado ni legal ni convencionalmente para hacerlo, no podía válidamente destinar personal de su propia planta para la ejecución de labores de otra de segundo nivel de atención, con una función misional distinta a la suya. Y que dado que, al haberse omitido la etapa probatoria en la que la parte demandante debía presentar los elementos de convicción requeridos para demostrar esa subordinación, se solicitaba denegar las pretensiones.

5. Mediante sentencia No. 106 del 25 de agosto de 2021, el Juzgado Quinto Administrativo de Quibdó resolvió declarar la *“nulidad del acto administrativo derivado de la reclamación administrativa por medio de la cual se dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento del vínculo laboral y pago de los correspondientes conceptos prestacionales y demás emolumentos, en los períodos contractuales de la señora MARIA YADIRA MORENO PINO quien se desempeñó como Auxiliar de Enfermería en la ESE Hospital Local Ismael Roldán Valencia de Quibdó, entre el primero (1) de octubre de 2016 hasta el treinta y uno de agosto de 2017”*

6. Dicha sentencia se dictó con base en supuestos relacionados en la parte motiva de la misma que no cuentan con el debido respaldo probatorio: Aunque el *a quo* acepta que el contrato se realizó por el término estrictamente indispensable, basa su decisión condenatoria en que la labor que cumplía la demandante correspondía al carácter misional de la demandada ESE HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ, lo cual no

es cierto como más adelante se explicará. También consideró sin soporte probatorio alguno, que *“de los contratos de prestación de servicios se desprende que estaban supeditados al cumplimiento de horarios y/o turnos; que las funciones desempeñadas por la actora eran idénticas a las de auxiliares de enfermería de planta de la ESE; todo lo cual permite evidenciar la configuración de los 3 elementos de la relación laboral antes descritos, en especial, la subordinación; pero sobre todo, que prestaron la labor en forma subordinada y dependiente respecto del empleador, sujeta a órdenes y lineamientos del Hospital”*, pues de los contratos aportados por la demandante no se desprende esos cumplimientos de horarios, tampoco se demostró esa similitud con alguna auxiliar de enfermería de la planta de personal de mi representado que es el Hospital demandado (porque, además, era imposible hacerse dado que las auxiliares de enfermería del Hospital Local Ismael Roldán Valencia de Quibdó no realizan las mismas funciones de las auxiliares de enfermería contratadas con la demandante para la operación del HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASÍS DE QUIBDÓ, que por ser un centro asistencial de segundo nivel, realizan actividades clínicas ausentes en la actividad misional del demandado: como atender el servicio de cirugía, ortopedia, ginecobstetricia, etc, tampoco hubo aporte de Manual de funciones ni cuadros de turno (y aunque así lo hubiese hecho, de acuerdo con pronunciamiento del H. Consejo de Estado, tampoco son suficientes para demostrar la subordinación, tal como se indicó la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A - Consejero ponente: William Hernández Gómez - de fecha 21 de junio de 2018 - Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00028- 01(2706-14) - actor: Rafael Antonio Aguirre Herrera - demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca. Y en igual sentido la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" - Consejero ponente: William Hernández Gómez del 4 de octubre de 2018 actor: Néstor Ferrer Pineda-Demandado: ESE Hospital María Inmaculada de Rioblanco), ni tampoco se recibieron testimonios que pudieran corroborar los hechos de la demanda.

También, sin ser probado, encontró que *“el servidor de planta devengaba una asignación mensual más alta que los honorarios pagados a la contratista y los factores salariales sueldo mensual, bonificaciones por servicios prestados y por recreación, primas de servicios, vacaciones y navidad, y cesantías”*, **pues no existe la más mínima evidencia en el expediente de que se haya hecho esta comparación salarial y prestacional.**

Tampoco se demostró que la labor contratada se haya realizado dentro de la planta del HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ como contratante y demandado, ni con los elementos de trabajo de su propiedad, algo que también resultaría imposible de demostrar pues como se observa en los contratos, las actividades realizadas por la demandante fueron contratadas para ser desarrolladas dentro del operado HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASÍS DE QUIBDÓ, denominado como SEDE II y con los elementos de trabajo propios de este. Y si bien es cierto que tanto el uno como el otro, tiene como función la

prestación del servicio de salud, tampoco se consideró que atendiendo al decreto 1760 de 1990, la función misional de ambos centros asistenciales es distinta por ser de disímil nivel de complejidad en la atención y por tanto los servicios prestados en uno son diferentes al otro.

Concluye igualmente, que *“valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que si bien la señora María Yadira Moreno Pino estuvo vinculada a la ESE Hospital Local Ismael Roldan Valencia de Quibdó a través de contratos de prestación de servicios, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación”*.

7. Ninguno de los argumentos esgrimidos por el *a quo* en la sentencia cuentan con soporte probatorio que conduzca a la condena a mi representado. Esto ocurrió tal vez, por el uso indiscriminado de un formato preestablecido de sentencia sancionatorio cuando se debate este tipo de contratación, utilizado en común por algunos jueces de la región **sin atender a las características propias de cada contrato de prestación particularmente considerado, que, acorde con lo expresado por el H. Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos, estos deben ser analizados individualmente atendiendo a sus características propias, las motivaciones de los mismos, y el servicio o labor para el cual es utilizado**. Los reparos al respecto evidenciando la ausencia de los elementos necesarios y la falaz presencia de hechos, circunstancias y situaciones anotadas como existentes en el proceso, fueron expresadas en el escrito de apelación surtido ante el Tribunal Administrativo del Chocó.

8. Al resolver el recurso de apelación mediante sentencia No. 135 de 16 de septiembre de 2022, notificada a mi representado el 27 de septiembre de 2022, a pesar de lo evidenciado en el sentido de no haberse demostrado la subordinación por la decisión del *a quo* de prescindir de la audiencia inicial y por ende la omisión del debate probatorio y de no aparecer demostrados hechos relacionados como presentes por el *a quo*, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó, sin dar respuesta a los cuestionamientos hechos en el escrito de apelación respecto a lo arriba denunciado, confirmó la sentencia apelada arguyendo para ello que:

- a. *“Del material probatorio relacionado en el acápite precedente se tiene que la accionante, en efecto, fue vinculada directamente por la E.S.E Hospital Local Ismael Roldán Valencia de Quibdó, mediante órdenes de prestación de servicios, cuyo objeto contractual fue siempre el mismo, esto es, el de prestar sus servicios como auxiliar de enfermería entre el 1° de octubre de 2016 al 31 de agosto de 2017”*. Sin

embargo, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó al no valorar en conjunto las pruebas documentales aportadas, pasó por alto algo relevante como es la determinación de la justificación de esta contratación, que si bien es cierto que la demandante fue vinculada contractualmente por mi representado, el objeto del contrato estuvo íntimamente ligado a la operación que le fuera encargada a través del convenio interadministrativo 001 de 2016, **el cual, como único motivante de la misma, fue indicado en las consideraciones 1ª, 2ª, 3ª y 4ª plasmadas en el contrato inicial suscrito entre las partes el 1 de octubre de 2016, el mismo cuya copia aparece a flo 37 del expediente digital, así:**

“1) Que mediante Resolución 001662 de julio 5 de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención Forzosa Administrativa para liquidar la (sic) San Francisco de asís, identificada con el Nit 891680047-5

2) Que el artículo quinto de la Resolución 001662 de julio 5 de 2016, dispuso que como efecto de la liquidación aquí ordenada y con el fin de garantizar la prestación del servicio de salud, la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASÍS EN LIQUIDACIÓN podrá disponer de los bienes afectos al servicio de salud, previa celebración de un convenio interadministrativo con la ESE HOSPITAL LOCAL ISAMEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ, prestador público, ubicado en el Municipio de Quibdó

3) Que en virtud de lo anterior el 28 de julio de 2016, se suscribió Convenio Interadministrativo entre ESE HDSFA en liquidación y la ESE HLIRV, con efectos a partir del 1 de agosto del año en curso, que tiene por objeto la Operación de los bienes muebles e inmuebles entregados por el hospital para garantizar la prestación de los servicios de salud a la comunidad de acuerdo con las necesidades del Departamento de Chocó.

4) Que la ESE HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ SEDE II no cuenta con personal suficiente para atender los Servicios Asistenciales y por lo tanto disponible para atender el objeto a contratar por lo que se hace necesario la contratación de un Auxiliar de Enfermería para cumplir con los Servicios Asistenciales de salud de la ESE” (Resaltos fuera del texto original)

Estas consideraciones no valoradas ni por el *a quo* ni por el *ad quem*, son esenciales para el asunto debatido, en la medida que evidencian la presencia de una planificación con base en **estudios previos** que determinan la imposibilidad legal del HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ para destinar personal de su propia planta a atender una planta clínica ajena a la suya como lo era el HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASÍS, que además contaba con un objeto misional distinto al suyo atendiendo al mayor nivel de complejidad como lo determinó el decreto 1760 de 1990, como ya de expuso, ya que, atendiendo a las cláusulas no analizadas por los despachos accionados, la naturaleza jurídica del convenio no le otorgó la propiedad de esos bienes operados a mi representado

y su obligación era restituirlos al finalizar el término pactado del mismo, por lo que atendiendo a lo reglado en la ley 80 de 1993, lo facultaba para hacer uso de este tipo de contratación en vista que esa operación encargada fue **temporal**, en la medida que solo se hizo durante el tiempo que duró la intervención administrativa del Hospital operado, temporalidad que además **le impedía aumentar su propia planta de manera reglamentaria, para destinar personal temporalmente por los 9 meses inicialmente pactados y ser destinados a la atención de un Hospital distinto para el que tampoco le fue autorizada la vinculación reglamentaria de su personal, ni mucho menos su ampliación.**

- b. Respecto de la subordinación, en abierta contradicción con la sentencia que confirma pues el a quo en ella había considerado que *“para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador -que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por la duración del contrato- y una retribución del servicio”*, la Sala de Decisión del H. Tribunal Administrativo del Chocó manifestó que *“Una vez analizado el material probatorio existen elementos de juicio que permiten concluir que el ejercicio de las funciones desplegadas por la demandante, esto es, las de auxiliar de enfermería comporta el elemento de subordinación, por cuanto es claro que no puede desarrollar tal actividad sin estar sujeta a las órdenes e instrucciones impartidas por sus superiores, además de estar sometida a un horario, así como también a unos turnos de trabajo, circunstancias que en efecto desvanecen la figura de coordinación y desvirtúan la autonomía con la que se presta el servicio que se entiende es personal”*.

Además de la ambivalencia, al respecto es válido preguntarse: ¿Cuál es el material probatorio analizado tanto por el Juzgado Quinto Administrativo de Quibdó, como por la Sala de Decisión del H. Tribunal Administrativo del Chocó para encontrar demostrada esa **subordinación** si no se practicaron pruebas al interior del proceso? En esta causa aparecen únicamente los contratos aportados, los mismos que atendiendo a los pronunciamientos del H. Consejo de Estado ya señalados, no son suficiente para determinar obediencia o acatamiento, pues no acreditan fehacientemente las condiciones bajo las cuales se desarrolló el servicio prestado, máxime cuando del objeto contractual que aparece en ellos (flos 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43) no se puede desprender que las labores concertadas sean exclusivas de funcionario de planta de una institución y que no puedan ser prestadas también por una persona en situación de independencia.

9. Sin haber advertido esa ausencia de elementos probatorios, y para justificar lo decidido por el Juzgado Quinto Administrativo a pesar de la denunciada falta de actividad probatoria por parte de la demandante y por ende, la ausencia de elementos evidenciables, la Sala de Decisión se valió de los extractos de una sentencia señalada como dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del expediente 2820 -2014, **(la que inexplicablemente de manera errada atribuye a la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez como magistrada ponente, cuando el verdadero relator fue el H. Magistrado Dr. Gabriel Valbuena Hernández en sentencia con radicación 13001 23 31 000 2012 00233 01 (2820 – 2014) del 21 de abril de 2016, Actor: LUZ ELVIRA MONTES DÍAZ Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL)**, de la cual transcribe solamente lo siguiente:

«...se ha considerado que la labor de enfermera no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios. Además de lo anterior, la actividad que desarrollan no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud.

Adicionalmente, se debe tener en consideración que en términos generales le corresponde a los médicos dictar las directrices y órdenes respecto de los cuidados especiales que requiere cada paciente, así como establecer condiciones respecto de cómo asistirlos en todo procedimiento médico y cómo se debe realizar el control de los pacientes en los centros de salud. Lo anterior implica que la relación entre médicos y enfermeras por lo general va más allá de la simple coordinación y pasa a ser de subordinación.

Lo expuesto no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir. En consecuencia, le corresponderá a las entidades demandadas desvirtuar dicha presunción.»

Sin embargo el Tribunal Administrativo del Chocó no advirtió que para llegar a esta decisión confirmatoria de lo resuelto en esa ocasión por el Tribunal Administrativo de Bolívar, la Sección Segunda del Consejo de Estado contó con lo soportado a partir del testimonio recibido a JACKELINE DEL CARMEN SILVA MEZA, medio de prueba ausente en el presente asunto.

10. Aunque no existe unanimidad en el Consejo de Estado en aceptar como general la presunción que menciona la providencia del 21 de abril de 2016 dentro del expediente 2820–2014 a la que alude la H. Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó en su sentencia para encontrar probada la subordinación en este asunto, pues al revisar las

sesenta y tres (63) providencias recientes (posteriores todas al año 2016) que aparecen relacionadas con el parámetro de búsqueda “CONTRATO REALIDAD” y “ENFERMERAS” en el aparte de la relatoría del Consejo de Estado del portal SAMAI, para sentencias dictadas con posterioridad al 1 de diciembre de 2021, **en ninguna de ellas de observa que se haya eximido a la parte demandante de su obligación de demostrar la prestación personal, la remuneración y la subordinación**, como elementos necesarios para encontrar probada la existencia de una relación laboral encubierta, posición reiterada desde décadas atrás por el Alto Tribunal Administrativo, y **ninguna de ellas tampoco considera como inútil el recaudo de los elementos probatorios que generen esa convicción necesaria para decidir mediante el uso de la sana crítica exigida, la existencia de ese acatamiento u obediencia.**

11. De todas estas sentencias 63 sentencias del Consejo de Estado estudiadas, se observó que solo tres (3) de ellas apelan a esa presunción señalada en la sentencia impugnada para su decisión. Esas sentencias son las siguientes:

- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN A- CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ de 1 de septiembre de 2022 Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 20001-23-39-000-2016-00618-01 (5193-2019) Demandante: ISAIBIS MARÍA REALES MEZA DEMANDADA: ESE HOSPITAL EDUARDO ARREDONDO DAZA
- SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. 22 de septiembre de 2022- Nulidad y restablecimiento del derecho. Expediente. 66001-23-33-000-2014-00472-01(2266-2021). Demandante: Diana Matilde López Gaviria. Demandada: Empresa Social del Estado (ESE) Hospital Santa Mónica de Dosquebradas (Risaralda)
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A - CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ - 12 de mayo de 2022. Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Radicación: 25000-23-42-000-2017-00635-01 (5002-2019) Demandante: Jenny Patricia Urbina García Demandado: ES.E. Hospital Meissen Segundo Nivel - hoy E.S.E. Subred integrada de Servicios de Salud Sur

Sin embargo, en todas ellas, incluso en la providencia dictada dentro del proceso con radicación 13001 23 31 000 2012 00233 01 (2820 – 2014) del 21 de abril de 2016, Actor: LUZ ELVIRA MONTES DÍAZ Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL, señalada por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó en esta oportunidad, las decisiones tomadas **están precedidas de actividad probatoria desplegada por los demandantes basadas esencialmente en testimonios**, como cumplimiento de la exigencia de demostración de los elementos que componen la pretendida subordinación, y en todas ellas la relación laboral reclamada corresponde a extensos períodos de servicios demostrado, que sin duda alguna comportan ese **ánimo de permanencia** necesario para predicar la subordinación, el mismo que está ausente en el presente caso, en donde la intervención administrativa del HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASIS DE QUIBDÓ, fue **determinado temporalmente de manera expresa y previa en el convenio por un lapso de 9 meses** (“Plazo: del primero de agosto de 2016 al 30 de abril de 2017” dice su texto), aunque que por razones ajenas a la voluntad de mi mandante y solo atribuibles a la demora de la SUPERINTENDENCIA DE SALUD en el saneamiento administrativo y fiscal del Hospital intervenido, debió ser prorrogado por tres (3) meses más hasta el 31 de agosto de

2017, tal como consta en los otros sí que se acompañaron con la contestación de la demanda. Y Por estar limitado el período de duración del convenio, los contratos de prestación de servicio celebrados con ocasión de esa operación no se extendieron hasta más de esa fecha. En estas 3 sentencias relacionadas, se llegó entonces a la conclusión de la existencia de la subordinación después de haberse adelantado amplia actividad probatoria (declaraciones de testigos y declaración de parte) que lograron crear en el juez esa convicción ausente en el presente caso por no contar el proceso con los elementos necesarios para ese fin.

12. La Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021, a pesar de que se limitó a unificar la jurisprudencia en torno a 3 aspectos: (a. Sentido y alcance de la expresión “*término estrictamente indispensable*”, 2. Delimitación del término de solución de continuidad en los contratos estatales de prestación de servicio que ocultaron la existencia de una relación laboral que se declara, a efectos de determinar la prescripción de derechos, 3. Improcedencia de la devolución de los aportes a la Seguridad en salud afectados por el contratista), precisa además que, a diferencia de lo que muchos erróneamente han entendido como justificación para satanizar los contratos de prestación de servicios, en ningún momento los asimila a una modalidad de las relaciones laborales. Igualmente se reitera, **sin hacer distinciones de profesiones u oficios, la obligatoriedad de que la parte demandante pruebe los elementos necesarios para predicar la existencia de una relación laboral:**

*“95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable **cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral**”.*

Esta exigencia la consagra incluso la sentencia C-154 de 1997, que cuando al estudiar la exequibilidad de la ley 80 de 1993, indicó que son exequibles “*las expresiones acusadas del numeral 3 del artículo 32 de la Ley exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una labor subordinada*”, y es reafirmada en múltiples providencias del Consejo de Estado:

- *“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, **se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma**, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el*

- cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.* (CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS - 04 de abril de 2019. Radicación número: 50001-23-31-000-2011-00712-01(1809-17)- Actor: MANUEL JOAQUÍN BARRIOS MUÑOZ -Demandado: HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO E.S.E.)
- *Así las cosas, para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por la duración del contrato; y una retribución del servicio.*(CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "A" Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS 5 de noviembre de 2020. Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01043-01(1688-18) Actor: MARÍA LUISA QUIÑONES MONTAÑO Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN)
 - *“De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que, quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo”.* CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "A" -Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - 4 de octubre de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00300-01(3412-15)- Actor: NESTOR FERRER PINEDA - Demandado: HOSPITAL MARIA INMACULADA DE RIOBLANCO ESE
 - *“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma”* SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN "B" - Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- 18 de julio de 2019 Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00087-01(0878-18) - Actor: LUCILA RODRÍGUEZ VANEGAS- Demandado: DEPARTAMENTO DEL META

13. La necesidad de adelantar una eficiente actividad probatoria que demuestre fehacientemente la existencia del elemento de subordinación para predicar la presencia de una relación laboral encubierta, además de estar contenida en todas las sentencias del Consejo de Estado anotadas, también lo está en decisiones recientes de la misma Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó, compuesta por los mismos tres magistrados que tomaron la decisión cuyo amparo se solicita en este escrito: Dres. MIRTHA ABADÍA SERNA, ARIOSTO CASTRO PEREA Y NORMA MORENO MOSQUERA, quienes al decidir en procesos similares en los que no se llevó a cabo esa necesaria actividad probatoria y solo se contó con el aporte de los contratos, se decidió negar las pretensiones de las demandas, indicando que:

1. (...) *En este punto se hace necesario destacar que cuando una controversia debe*

ser dirimida por el juez competente, a éste le corresponderá definirla a partir del análisis que realice del acervo probatorio que está en la obligación de adelantar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica que debe confrontarlo, además, permitir que las partes las contradigan y, si es del caso, lo desvirtúen, y ponderarlo en su conjunto a la luz de su saber técnico específico y de su experiencia.

Por todo lo anterior, es evidente la falta de actividad probatoria de la parte demandante de quien, como se dijo, dependía exclusivamente dicha carga según el aforismo “onus probandi incumbit actori”, dirigida en este caso a desvirtuar: (i) la naturaleza contractual de la relación establecida, con la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos de la relación laboral, en especial la subordinación o dependencia del cual claramente se pudiera inferir que el desarrollo de la actividad encomendada se tuvo que desplegar conforme a los parámetros, órdenes y horarios señalados por la ESE Hospital Local Ismael Roldán Valencia Sede II; y (ii) los extremos temporales respecto de los cuales predicaba la existencia de un contrato realidad, pues sólo de esta manera era viable acceder a las pretensiones formuladas, por lo que se impone para la Sala denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas. (SENTENCIA No. 058 de 13 mayo de 2022. REFERENCIA: 27001233300020210003700. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ACCIONANTE: ANDRES MAURICIO ALZATE GARCÍA. ACCIONADO: E.S.E. HOSPITAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA). MAGISTRADA PONENTE: Dra. MIRTHA ABADÍA SERNA. (Resaltos fuera del texto original)

2. La repite textualmente en la sentencia No. 166 de 28 de octubre de 2022. RADICACIÓN NÚMERO: 27001233300020200001500 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEMANDANTE: EZEQUIEL VARELA VALENCIA DEMANDADO: HOSPITAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA. MAGISTRADO PONENTE: ARIOSTO CASTRO PEREA) (...) *En este punto se hace necesario destacar que cuando una controversia debe ser dirimida por el juez competente, a éste le corresponderá definirla a partir del análisis que realice del acervo probatorio que está en la obligación de adelantar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica que debe confrontarlo, además, permitir que las partes las contradigan y, si es del caso, lo desvirtúen, y ponderarlo en su conjunto a la luz de su saber técnico específico y de su experiencia.*

Por todo lo anterior, es evidente la falta de actividad probatoria de la parte demandante de quien, como se dijo, dependía exclusivamente dicha carga según el aforismo “onus probandi incumbit actori”, dirigida en este caso a desvirtuar: (i) la naturaleza contractual de la relación establecida, con la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos de la relación laboral, en especial la subordinación o dependencia del cual claramente se pudiera inferir que el desarrollo de la actividad encomendada se tuvo que desplegar conforme a los parámetros, órdenes y horarios señalados por la ESE Hospital Local Ismael

Roldán Valencia Sede II; y (ii) los extremos temporales respecto de los cuales predicaba la existencia de un contrato realidad, pues sólo de esta manera era viable acceder a las pretensiones formuladas, por lo que se impone para la Sala denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas. (Resaltos fuera del texto original)

3. La reitera en la Sentencia No. 167 de 28 de octubre de 2022. RADICACIÓN NÚMERO: 27001233300020200014700 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEMANDANTE: HENRY BENÍTEZ VARGAS DEMANDADO: HOSPITAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA. MAGISTRADO PONENTE: ARIOSTO CASTRO PEREA). (...) *En este punto se hace necesario destacar que cuando una controversia debe ser dirimida por el juez competente, a éste le corresponderá definirla a partir del análisis que realice del acervo probatorio que está en la obligación de adelantar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica que debe confrontarlo, además, permitir que las partes las contradigan y, si es del caso, lo desvirtúen, y ponderarlo en su conjunto a la luz de su saber técnico específico y de su experiencia.*

Por todo lo anterior, es evidente la falta de actividad probatoria de la parte demandante de quien, como se dijo, dependía exclusivamente dicha carga según el aforismo “onus probandi incumbit actori”, dirigida en este caso a desvirtuar: (i) la naturaleza contractual de la relación establecida, con la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos de la relación laboral, en especial la subordinación o dependencia del cual claramente se pudiera inferir que el desarrollo de la actividad encomendada se tuvo que desplegar conforme a los parámetros, órdenes y horarios señalados por la ESE Hospital Local Ismael Roldán Valencia Sede II; y (ii) los extremos temporales respecto de los cuales predicaba la existencia de un contrato realidad, pues sólo de esta manera era viable acceder a las pretensiones formuladas, por lo que se impone para la Sala denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas. (Resaltos fuera del texto original)

Si bien es cierto que esos pronunciamientos se hicieron dentro de procesos en los que los demandantes son médicos especialistas, la razón de probar fehacientemente la subordinación en este tipo de procesos como lo determina el H. Consejo de Estado, es también explícita y clara para la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó, aunque inexplicablemente no haya encontrado lo mismo en el presente caso debatido.

13. De otro lado, la postura de considerar como absoluta la presunción de la subordinación en el caso de enfermeras y las auxiliares de enfermería que asume la Sala de Decisión del

Tribunal Administrativo del Chocó con la decisión impugnada, riñe con lo decidido también en la misma la sentencia traída a colación por ella, pues en esta se indica que se permite la demostración de los elementos en contrario: *“Lo expuesto no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir. En consecuencia, le corresponderá a las entidades demandadas desvirtuar dicha presunción”*

14. Atendiendo a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia al realizar el estudio de los contratos de prestación de servicios y que es recogido por múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado, es obligación del Juez *“analizar las particularidades fácticas de cada caso a fin de establecer si están acreditados los elementos configurativos de la subordinación, y para ello es esencial el análisis de la naturaleza de la labor y el conjunto de circunstancias en que esta se desarrolla (CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 35201 y CSJ SL2885-2019)...»Referencia, SL3126-2021 Radicación n.º 68162 Acta 18; 19 de mayo de 2021, (ver sentencia Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00058-01).*

Esta obligación no fue atendida por los despachos tutelados, pues en ambos se obvió realizar la valoración integral de los documentos aportados con la demanda y resaltados en los alegatos presentados, que demuestran la **particularidad de los contratos suscritos con ocasión del convenio interadministrativo 001 de 2016 firmado por mi representado**, y que a pesar de ser este la fuente y columna vertebral que justificó la contratación por servicios del personal asistencial necesario para atender la operación encomendada del HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASÍS DE QUIBDÓ, no mereció el más mínimo análisis por parte de estos despachos judiciales.

De haber examinado, analizado y valorado íntegramente los elementos probatorios aportados, tanto el Juzgado Quinto Administrativo de Quibdó (que encontró como probados hechos no soportados), como La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó (quien adujo la presunción contenida en la sentencia del 21 de abril de 2016 dentro del expediente 2820 – 2014), hubieran encontrado probadas las excepciones a esa presunción que alegan cómo válida para la existencia de la subordinación, al contrastar el contenido de esos documentos (en especial el convenio interadministrativo celebrado y los contratos celebrados con la demandante) con los indicios que, para determinar la existencia de ese elemento, trae la Sentencia de Unificación 9 de septiembre de 2021 de la siguiente manera:

- a. Que el “**término estrictamente indispensable**”, entendido este como “*como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento*”, se cumplió a cabalidad, pues como quiera que la labor contratada se hizo con el único propósito de hacer efectivo el encargo operacional **temporal** contenido en el convenio interadministrativo 001 de 2016 (para lo cual es de suma importancia resaltar la **temporalidad** del convenio), la **indispensabilidad** de los mismos estuvo indefectible y necesariamente ligada a la duración de ese convenio, pues una vez concluyó el término del mismo (conocido de antemano al estar fijado en el texto del documento), las tareas contratadas por mi representado con todo el personal asistencial en procura de ese objeto, perdieron su razón de ser. Al culminar la operación, la contratación celebrada con la demandante y el resto del personal asistencia, **ya no era necesaria ni indispensable** para mi representado, pues la operación del HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASÍS para la cual fueron contratados temporalmente por el HOSPITAL LOCAL ISMAEL RODAN VALENCIA DE QUIBDÓ como ente encargado de ella cesó al ser asumida por el nuevo ente designado por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD, quien entró a realizar su operación de manera definitiva. Por tanto, la administración del Hospital intervenido quedó en manos de esa nueva entidad a cuyo cargo quedó la facultad de llenar su propia planta con el personal reglamentariamente vinculado, como en efecto también sucedió. Atendiendo entonces a la interpretación gramatical que se hace en la mencionada Sentencia de Unificación, los contratos celebrados estuvieron “**ajustados enteramente a la necesidad**” requerida en su momento, que no fue otra que la operación encomendada por el convenio interadministrativo 001 de 2016 celebrado entre esas dos EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. De ahí la importancia de este documento, prueba que no fue apreciada ni valorada por los despachos judiciales accionados.
- b. Que los contratos celebrados, al estar atados a la duración del convenio interadministrativo, (que como en el caso de la demandante comenzó el 1 de octubre de 2016, es decir, dentro de ese período de la operación y terminó en la misma fecha del contrato celebrado entre las dos entidades: 1 de Octubre de 2016 a 31 de agosto de 2017) fueron **temporales y sin ánimo de permanencia**, pues una vez culminó la operación, también llegaron a su fin los contratos de prestación de servicio celebrados con todo el personal contratado para ese fin.

- c. Que atendiendo a lo dispuesto por el decreto 1760 de 1990, que le otorga unas características propias a las labores misionales de las entidades de **primer nivel de complejidad** como lo es el HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA DE QUIBDÓ, distintas a las de un centro hospitalario de **segundo nivel de complejidad** como lo es el operado HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASÍS EN QUIBDÓ, las labores contratadas por mi representado para la operación del Hospital intervenido, **no hacen parte de sus funciones permanentes, pues requieren de una mayor preparación asistencial especialmente de sus enfermeras y auxiliares de enfermería, ya que atienden servicios como cirugía, ginecobstetricia, radiología, hospitalización, etc, que por estar estas ausentes en el giro de actividades de mi representado, le son extrañas.** Pero aun así, y en gracia de discusión se acepte que las auxiliares de enfermería contratadas por mi poderdante para la operación **temporal** del Hospital operado, cumplen el mismo objeto misional de aquel, en el numeral 93 de la sentencia SUJ-025-CE-S2-2021, se indica *“Por lo tanto, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública –como peritos, técnicos y obreros–; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados”*, elementos de **temporalidad y necesidad** presentes y probadas en este asunto.
- d. Que del convenio administrativo 001 de 2016 se desprende la existencia de los **estudios previos** exigidos para desvirtuar la subordinación, definidos estos por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 como *como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin*, pues precisamente de estos nace la necesidad de contratar el personal asistencial, no para ser usado en la planta del HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA, así aparezca este como contratante, **sino para ser destinado a la operación del HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASIS DE QUIBDÓ**, y fue precisamente por esos **estudios previos** que se determinó la duración del negocio jurídico. Se reitera, que tal como se indicó en el numeral 8º de este escrito, estas razones fueron incluidas en las consideraciones para la contratación en cada uno de los contratos iniciales del personal contratado, dentro del cual está la demandante y puede ser apreciado en el flo. 37 del expediente digital, sin embargo, esta prueba tampoco fue ni analizada ni valorada.

También dijo el Consejo de Estado, en referencia a los estudios previos que validan la contratación por prestación de servicios, que *“En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada”*. Y reitero, esto también fue cumplido por mi mandante al indicar dentro de las consideraciones 1, 2, 3 y 4 anotadas en el texto del primer contrato celebrado con la demandante el 1 de octubre de 2016, (flo 37 del expediente digital), indicando que su contratación por servicios obedecía a la necesidad operativa del HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASIS (denominado como SEDE II).

- e. Que al estar contratado por servicios todo el personal asistencial destinado a la operación del HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASÍS, las personas que actuaron como “superiores jerárquicos” conformados por **médicos generales y/o especialistas, enfermeras jefes y demás**, de los cuales recibía la demandante las *“directrices y órdenes respecto de los cuidados especiales que requiere cada paciente, así como establecer condiciones respecto de cómo asistirlos en todo procedimiento médico y cómo se debe realizar el control de los pacientes en los centros de salud”*, los que elaboraron los cuadros de turno, y de quienes recibían instrucciones las auxiliares de enfermería dentro de las que se encontraba la demandante, y que sirvieron tanto el Juez Quinto Administrativo de Quibdó, como la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Quibdó para deducir la existencia de la subordinación, **también tenían la misma categoría de contratistas al igual que la Sra. Moreno Pino. Por tanto, al no provenir esas directrices, instrucciones y parámetros de persona alguna vinculada de la planta de personal de mi representado, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar la realizaron personas de la misma calidad contractual por servicios de la demandante, lo que se hace imposible la configuración de esa continuada dependencia que se exige para predicar la existencia de una subordinación.**

- f. **Que el lugar físico donde desempeñó las labores la demandante, al igual que todo el resto del personal asistencial contratado para la operación del HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASÍS, no fue el propio del HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ que es a quien se demanda y condena,** algo sencillamente comprobable al analizar tanto el texto del convenio interadministrativo 001 de 2016 aportado el expediente, como el de los contratos allegados, en donde se determina el objeto de las actividades contratadas para ser realizadas en el espacio físico del Hospital operado, situación tampoco valorada por los despachos accionados .

- g. **Que al haber sido contratada la demandante para la operación del HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASÍS DE QUIBDÓ como consecuencia necesaria e indispensable del convenio interadministrativo 001 de 2016 celebrado entre las dos ESEs, los elementos con los cuales desarrolló la labor, no pertenecieron nunca al HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ,** así este como encargado de la operación administrativa haya fungido como contratante, sino que eran propios del **HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASÍS DE QUIBDÓ,** ya que de acuerdo con la naturaleza jurídica del convenio, no se le a mi representado la titularidad de los bienes operados, dado que su entrega fue a título precario (*mera tenencia*) con la obligación de ser devueltos una vez culminara la operación. Esto también es corroborable a partir del texto del convenio interadministrativo 001 de 2016 aportado con la contestación de la demanda, que al no aparecer ninguna referencia a los mismos en las sentencias dictadas, es un indicio de que tampoco fueron advertidos ni valorados como parte de las pruebas documentales presentadas.

- h. **Que todo el personal asistencial contratado por mi poderdante destinado a la operación del HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASÍS DE QUIBDÓ, fue contratado por servicios y, por obvias razones, no existía personal de auxiliares de enfermería de planta de al interior del mismo con el que se pudiera comparar las actividades o tareas a desarrollar,** lo que también impide determinar la identidad de funciones o realización de tareas equivalentes **con cualquier otro auxiliar de enfermería vinculado de manera reglamentaria al interior del Hospital operado pues no existían,** lo que también impide la demostración de ese indicio necesario para predicar la existencia de esa pretendida y supuesta subordinación. Y, además, esa comparación tampoco podía hacerse con el personal de planta del HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA atendiendo a la diferencia misional de ambas entidades que consagra el decreto 1760 de 1990 dado su disímil nivel de complejidad, como ya se advirtió, siendo más precario el de mi representado.

15. Menciona la sentencia SU-129 de 2021 de la Corte Constitucional que *“El objeto de la actividad probatoria en el proceso judicial es superar el estado de incertidumbre”*, por eso no se logra entender cómo pudo el operador judicial haber hecho uso de la sana crítica que se requiere para demostrar la subordinación, si dentro del proceso judicial no se realizó la actividad probatoria necesaria con la que se permitiera *“superar el estado de incertidumbre”* que lleve a una decisión en derecho, cuando como en el presente asunto, se decidió prescindir de la celebración de la etapa probatoria por considerar erradamente el juez, que era un asunto de puro derecho. Por tanto, las circunstancias y hechos que, de acuerdo con las diversas sentencias dictadas por el Consejo de Estado, debían ser demostrados fehacientemente para determinar la existencia de la subordinación, y que el Juez Quinto Administrativo de Quibdó **encontró probados**, y cuyo veredicto fue ratificado por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó aún en contra de propias decisiones como se demostró, resultan **irracionales y caprichosos, pues no se desprenden de material probatorio alguno** al carecer del debido soporte exigido por la ley y la jurisprudencia, y por tanto no cuentan con un fundamento objetivo, sino que las decisiones se tomaron basadas en meras suposiciones o conjeturas. Las pruebas de ello es que las preguntas que en ese sentido se hicieron en el escrito de apelación, no fueron absueltas por el Tribunal Administrativo del Chocó en su sentencia confirmatoria.

16. Atendiendo a la sentencia SU-129 de 2021 de la Corte Constitucional, con la sentencia 106 del 25 de agosto de 2021 del Juzgado Quinto Administrativo de Quibdó, confirmada por la sentencia No. 135 de 16 de septiembre de 2022 de la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó, se configuró un defecto fáctico que atenta contra el derecho a la igualdad, debido proceso y por ende a la defensa y contradicción, toda vez que, como lo ha reconocido la Jurisprudencia Nacional, ante la ausencia de actividad probatoria no se demostró fehacientemente la existencia de una relación laboral. Además sin soporte alguno que así lo determinara, los despachos accionados encontraron demostrados hechos y elementos de esa relación laboral inexistentes en el plenario. Igualmente los despachos tutelados omitieron la valoración integral de los documentos aportados como prueba por mi representado, en especial el convenio interadministrativo 001 de 2016 que determinó la necesidad de realizar la contratación por servicios del personal asistencia para atender la operación del HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASÍS DE QUIBDÓ, del que, como se indicó, se desprenden todas las características permitidas por el art. 32 de la ley 80 de 1993 para validar esta forma de contratación.

17. Igualmente, al considerar innecesaria la obligación por parte de la demandante de probar los elementos que comportan la existencia de una subordinación para poder determinar la nulidad de un contrato de prestación de servicios al considerar que con él se esconde una relación laboral, y no estar aquella acreditada ni siquiera sumariamente, se está desconociendo el precedente jurisprudencial contenido en múltiples sentencias comunes y de unificación que, como las descritas, en ese sentido ha dictado la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y, en el caso específico, la misma Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó, compuesta por los mismos 3 magistrados que suscriben la sentencia de segunda instancia yendo así incluso en contra de sus propias decisiones sin justificar el cambio de postura, lo cual también amerita la intervención del Juez de Tutela.

II. CUMPLIMIENTO DE LAS CAUSALES GENÉRICAS PARA LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES:

Siguiendo los parámetros dados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional contra providencias judiciales, me permitiré hacer la siguiente demostración de su cumplimiento¹:

a) La cuestión del presente asunto es de evidente relevancia constitucional:

Por tratarse de la violación de los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO y al DERECHO A LA DEFENSA como garantía de la tutela judicial efectiva, sin duda alguna el presente caso es de relevancia constitucional.

b) Agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa (Subsidiariedad):

En el caso cuya protección se pide se interpusieron los recursos de ley contra las decisiones que así lo permitían, de tal modo que están agotados todos los medios de defensa siendo procedente el mecanismo protector de la tutela.

c) Se cumple el requisito de inmediatez:

Dado que la sentencia correspondiente a la decisión de la apelación interpuesta fue notificada a mi mandante el 27 de septiembre de 2022, y atendiendo a la dificultad que

¹ Sentencia C-590/05.

representa el estudio de tutelas contra providencias judiciales, se encuentra cumplido el requisito de la inmediatez.

d) Irregularidad procesal con efecto en la decisión:

La irregularidad procesal en que incurrió el juzgador tiene claramente un efecto decisivo tanto en el trámite procesal como en el resultado del mismo, toda vez que por la vulneración del debido proceso anunciado se está afectando el debido proceso, derecho de defensa y contradicción a mi representado.

e) Identificación de los hechos de la vulneración:

Los hechos tanto de la presente tutela están claramente identificados, así como los derechos cuya protección se pide.

f) No se trata de tutela contra tutela:

Como es evidente, la presente acción de tutela no tiene como finalidad controvertir una decisión de tutela sino las providencias dictadas por el juez de conocimiento afectando derechos fundamentales del actor.

III.. CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDENCIA DE LA PRESENTE TUTELA CONTRA LA REFERIDA PROVIDENCIA JUDICIAL:

1. DEFECTOS FÁCTICOS:

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, este *“surge cuando la providencia judicial carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, valora erradamente los elementos de juicio; o da por demostrada una situación fáctica sin existir evidencia probatoria de la misma”* que es lo que consideramos ocurrió con las decisiones impugnadas por la que se solicita el amparo constitucional al haber encontrado como demostrada la subordinación sin soporte alguno, además que, también sin sustento, se encontraron acreditados hechos y elementos inexistentes de una relación laboral. Igualmente se omitió la valoración integral de los documentos aportados como prueba, resultando así una sentencia caprichosa o antojadiza.

2. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE:

Los despachos judiciales accionados, desconocieron los precedentes jurisprudenciales que obligan a la parte que solicita el reconocimiento de una relación laboral, a demostrar fehacientemente la existencia de los 3 elementos que la comportan: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, este último de gran importancia pues es el que determina el elemento diferencial respecto a otras situaciones jurídicas.

IV. DECLARACIÓN DE NO HABER INTERPUESTO OTRA TUTELA POR LOS MISMOS HECHOS:

Bajo la gravedad de juramento manifiesto que no se ha interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos.

V. PETICIÓN:

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, solicito amablemente al Despacho:

Que se **TUTELEN** los **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO Y DE DEFENSA (Art. 29 CN)**, ordenando al **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE QUIBDÓ** y a la **SALA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ**, revocar sentencias No. 106 del 25 de agosto de 2021 y No. 135 de 16 de septiembre de 2022 respectivamente, por presentar estas providencias defectos fácticos y desconocimiento de precedentes, tal como se ha indicado en el texto de esta solicitud, y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

VI. PRUEBAS Y ANEXOS:

Aporto con la presente acción de tutela los siguientes documentos como pruebas y anexos:

1. Documentales:
 - a. Hago llegar al despacho copia de la sentencia No. 106 del 25 de agosto de 2021, el Juzgado Quinto Administrativo de Quibdó
 - b. Copia de la sentencia No. 135 de 16 de septiembre de 2022 de la Sala de Decisión de Tribunal Administrativo del Chocó
 - c. Anexo copia de las siguientes sentencias mencionadas en este escrito y dictadas por el Tribunal Administrativo del Chocó:

- Sentencia No. 058 de 13 mayo de 2022. REFERENCIA: 27001233300020210003700. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ACCIONANTE: ANDRES MAURICIO ALZATE GARCÍA. ACCIONADO: E.S.E. HOSPITAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA). MAGISTRADA PONENTE: Dra. MIRTHA ABADÍA SERNA.

- Sentencia No. 166 de 28 de octubre de 2022. RADICACIÓN NÚMERO: 27001233300020200001500 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEMANDANTE: EZEQUIEL VARELA VALENCIA DEMANDADO: HOSPITAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA. MAGISTRADO PONENTE: ARIOSTO CASTRO PEREA

- Sentencia No. 167 de 28 de octubre de 2022. RADICACIÓN NÚMERO: 27001233300020200014700 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEMANDANTE: HENRY BENÍTEZ VARGAS DEMANDADO: HOSPITAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA. MAGISTRADO PONENTE: ARIOSTO CASTRO PEREA)

2. Solicito respetuosamente se oficie tanto al Juzgado el Juzgado Quinto Administrativo de Quibdó como al Tribunal Administrativo del Chocó para que alleguen a su despacho todas las actuaciones surtidas dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante MARIA YADIRA MORENO PINO, Demandados: ESE - HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ Y OTROS. Radicado 27001333300220200009500
3. Poder
4. Decreto de nombramiento y acta de posesión de la Dra. **DENNY FRANCISCA MENA MENA** como Gerente de ESE - HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ
5. Tarjeta profesional y documento de identificación del suscrito

VIII. COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES:

Al **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE QUIBDÓ**: Al correo electrónico: j05admqdo@cendoj.ramajudicial.gov.co

Al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ**: Al correo electrónico: sectriadmchoco@cendoj.ramajudicial.gov.co

A la demandante por no aparecer en la demanda registro de su correo electrónico, se suministra el de su apoderada, **Dra. SANDRA PATRICIA MENA MENA**: sameservicios@gmail.com

JAIME SARRIA PEREA
Abogado U. de M.
Cra. 46 No. 52-140 Of. 1003. Tel 5112162. Ed. Banco Caja Social
Medellín

Al codemandado: HOSPITAL SAN DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASÍS EN
LIQUIDACIÓN: esehdsfaenliquidacion@gmail.com

Al suscrito apoderado de **ESE - HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDAN VALENCIA DE QUIBDÓ:**
Al correo electrónico: sarriape@hotmail.com

Atentamente,



JAIME SARRIA PEREA
C. C No. 71650838
T. P. No. 58439 del C. S. de la J.