

**MAGISTRADO
HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN
PRIMERA
CIUDAD**

Radicación: 11001-03-15-000-2021-00447-00
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA - NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Accionante: LUZ MERY CHAPARRO ROJAS
Accionada: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B".
Vinculada: SUBRED INTEGRADA PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE.
Asunto: RECURSO DE APELACIÓN

PAULA VIVIAN TAPIAS GALINDO, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderada judicial de la **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE**; a la cual pertenece la (**Unidad de Prestación de Servicios de Salud Hospital de Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E**), dentro del término señalado por el Despacho, me permito presentar RECURSO DE APELACIÓN CONTRA FALLO DEL 23 DE ABRIL DEL 2021, notificado con fecha del 13 de mayo de 2021, conforme o establecido en el Artículo 56 del C.P.A.C.A "La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda a la misma, hecho que deberá ser certificado por la administración".

I. REORGANIZACIÓN DEL SECTOR SALUD DE BOGOTÁ

Los Hospitales Pablo VI de Bosa I Nivel, Bosa II Nivel ESE y Occidente Kennedy III Nivel, entre otros, fueron fusionados mediante el Acuerdo Número 641 de Abril 6 de 2016 "POR EL CUAL SE EFECTÚA LA REORGANIZACIÓN DEL SECTOR SALUD DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL, SE MODIFICA EL ACUERDO 257 DE 2006 Y SE EXPIDEN OTRAS DISPOSICIONES" para lo cual dispuso en su Artículo Segundo "(...) Empresas Sociales del Estado de: Pablo VI Bosa, del Sur, Bosa, Fontibón y Occidente de Kennedy se fusionan en la Empresa Social del Estado denominada "Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E." (...)"

Así mismo, que respecto de los derechos y obligaciones de la ESE se determinó la subrogación de las mismas “ARTÍCULO 5°. Subrogación de derechos y obligaciones. Subrogar en las Empresas Sociales del Estado, que resultan de la fusión ordenada mediante el presente Acuerdo, las obligaciones y derechos de toda índole pertenecientes a las Empresas Sociales del Estado fusionadas...”

La SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. - es una entidad pública descentralizada de carácter Distrital, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyo objeto principal es la prestación de servicios de salud como parte integrante del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en desarrollo de dicho objeto adelanta acciones y servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 1876 de 1994 y el Acuerdo 641 de 2016 del Concejo de Bogotá D.C.

II. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

1. Nombre del vinculado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E

Domicilio: Calle 9 # 39 – 46 Oficina asesora jurídica Subred Integrada de servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Creación: Acuerdo Distrital Consejo de Bogotá No. 641 del 6 de abril de 2016.

Representante legal: OMAR BENIGNO PERILLA BALLESTEROS

Cedula de ciudadanía. 79.347.264 de Bogotá

Nombramiento: Decreto de nombramiento No. 097 del 30 de marzo de 2020

Acta de posesión: primero (01) de abril de 2020

Nombre de apoderado judicial: Paula Vivian Tapias Galindo

Cedula de ciudadanía: 52'816.615 de Bogotá

Tarjeta profesional: 181893 del Consejo Superior de la Judicatura

Dirección de notificación: Calle 9 # 39 – 46 Piso 2 Oficina Asesora Jurídica - Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

III. MOTIVACIÓN DE LA ACCIÓN

“[...] 1.- Que se ordene tutelar el derecho fundamental de mi mandante a la igualdad, a la seguridad social, a la favorabilidad, el debido proceso y en su

lugar disponer que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D" proceda a fallar el proceso de conformidad con el precedente jurisprudencial vertical ordenando el pago establecido en las sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 19 de abril de 2018, expediente No. 810012333000201300096-01 (4559-14), Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, actora: Carmen Omaira Puerta Lamu (Pago de las vacaciones en dinero, teniendo en cuenta el salario de un empleado de planta como quedo establecio en el fallo que se tutela) y la sentencia de 29 de abril de 2010, Sección Segunda, Subsección "B", M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación 050012331000200004729-01 (0821-09), que corresponde al pago de los aportes por concepto de cajas de compensación familiar que debió transferir la demandada si no se hubiera disfrazado la relación laboral en contratos de prestación de servicios.

2.- Como petición adicional, solicito al H Magistrado Ponente, se suspendan los términos de prescripción de los derechos que le fueron concedidos parcialmente a mi poderdante en el proceso que da origen a la presente acción de tutela, si el pronunciamiento por la Sala que corresponda decidir la presente acción de tutela sobre pase el término de los derechos reclamados y además suspender los términos de prescripción para iniciar cualquier otra acción o recurso. [...]"

CONSIDERACIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA-

"El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte

probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso.”

Lo anterior da cuenta, a que la presente acción de tutela si fue contestada por parte de la entidad, sin valorarse lo manifestado en la misma, y por el contrario mencionar haber guardado silencio.

2. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE EQUIDAD PROCESAL

Contrario a lo establecido en la sentencia de tutela emitida por su señoría, no es dable considerar un derecho el cual no ha sido otorgado de manera legal y reglamentaria, es decir tener la calidad de empleada pública mediante el concurso de méritos, y ser así acreedora de lo que pretende le sea reconocido, ya que de hacerlo, se estaría violando el principio de los derechos y las cargas, el cual establece, que aunque una de las partes sea vencida, por encontrarse probada parte de lo demandado, también es cierto, que debe respetársele aquello que no fue reconocido por no existir elementos e prueba para aquello.

Es así como el Consejo de Estado en sentencia del estableció que:

“(…)

CONTRATO REALIDAD – Reconocimiento de derechos laborales a título de reparación del daño. Condena al pago de prestaciones sociales

Ello implica que los derechos económicos laborales deben reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de reparación del daño, porque quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público. Bajo tal entendimiento, no podría ordenarse que la situación del contratista volviera al estado de cosas propio de un empleado público porque jamás ha ostentado dicha condición, en cambio, la Sala ha reconocido que una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, siendo la sentencia constitutiva de dicho derecho.

Manifestando que: - **“pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que de otra forma se incurría en subjetivismos por parte de la administración, a la hora de definir la identidad o equivalencia con otro empleo existente en la planta de la entidad, con el riesgo de reabrir la controversia al momento de ejecutar la sentencia”**

En consecuencia de fallar a favor de lo peticionado, por la parte actora, se estaría incurriendo en subjetividades procesales, la cuales irían en contra de lo preceptuado de manera legal y reglamentaría, mediante sentencia de unificación y así desconocer los derechos que le asisten a mi representada, violando de manera sustancial el debido proceso.

Adicional a que entraría en conflicto, con lo manifestado por el mismo Consejo de Estado, y aplicado en infinidad de fallos.

Con base en lo anterior a su Señoría me permito presentar las siguientes:

II. DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

i) *Improcedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales al no cumplirse las condiciones ni fácticas ni procesales para que el amparo constitucional proceda contra providencias judiciales:*

Lo anterior, debido a que está probado que en franco equilibrio de cargas procesales y en plena Autonomía del Poder Judicial, el proceso se ha desarrollado dentro de las oportunidades, solemnidades y técnica procesal, **inclusive la decisión que hoy pretende revertir por medio de Acción de Tutela.** Es de indicar que no es procedente, que la Accionante pretenda interferir en la sana crítica y juicio del Despacho, activando un mecanismo excepcional y sobre todo, residual a los medios procesales ordinarios. Esta condición se encuentra revisada prolijamente por la Jurisprudencia, cuya referencia de entre muchos antecedentes, me atrevo respetuosamente a transcribir en su literalidad:

“Precisamente, en una labor de sistematización sobre la materia, en la Sentencia C-590 de 2005, la Corte identificó los requisitos generales y específicos de procedencia de la tutela cuando la amenaza o violación de los derechos proviene de una decisión judicial. Al respecto, se aclaró en el fallo que los primeros son presupuestos cuyo cumplimiento forzoso es condición necesaria para que el juez constitucional pueda entrar a valorar de fondo el asunto

puesto en su conocimiento, mientras que los segundos corresponden, específicamente, a los vicios o defectos presentes en la decisión judicial y que constituyen la causa de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. [18]

Siguiendo lo dicho en la referida providencia, a su vez reiterada de manera uniforme en posteriores pronunciamientos, para que una decisión judicial pueda ser revisada en sede de tutela, es necesario que previamente cumpla con los siguientes requisitos generales, también denominados por la jurisprudencia como presupuestos formales:

(i) Que la controversia planteada sea constitucionalmente relevante, lo que significa que el juez de tutela tiene la carga de explicar por qué el asunto sometido a su conocimiento trasciende el ámbito de la mera legalidad y plantea una controversia de marcada importancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de alguna de las partes

(ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, a menos que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Dado el carácter subsidiario y residual que identifica la acción de tutela, y con el fin de evitar que la misma sea utilizada como un medio alternativo o supletivo de defensa, es deber del actor, antes de acudir a ella, agotar todos los mecanismos judiciales que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos.

(iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez. Es decir, que la acción de tutela se promueva en un término razonable y proporcional a la ocurrencia del hecho que originó la amenaza o vulneración del derecho. En la medida que la tutela tiene como propósito la protección inmediata de los derechos fundamentales, se requiere, para efectos de lograr tal objetivo, que la misma se promueva oportunamente, es decir, en forma consecutiva o próxima al evento que da lugar a la afectación de los derechos fundamentales. Respecto al cumplimiento de este requisito, la jurisprudencia constitucional [19] ha estimado que, “al momento de determinar si se presenta el fenómeno de la inmediatez en materia de acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario examinar los siguientes aspectos: (i) si obra en el expediente prueba alguna que justifique la inactividad del peticionario; (ii) si se está en presencia de un sujeto de especial protección o de persona que se encontraba en una situación de especial indefensión; y (iii) la existencia de un plazo razonable”. [20]

(iv) Que tratándose de una irregularidad procesal, la misma tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión a la que se le atribuye la afectación de los derechos fundamentales. De acuerdo con tal presupuesto, cuando se alega

una irregularidad procesal, es necesario que el vicio invocado incida de tal manera en la decisión final, que de no haberse presentado o de haberse corregido a tiempo, habría variado sustancialmente el alcance de tal decisión. No obstante, de acuerdo con lo expresado en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente del efecto sobre la decisión y, por ello, hay lugar a la anulación del juicio.

(v) Que la parte actora identifique de forma razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados, y que hubiere alegado tal situación en el proceso judicial en la medida de lo posible. En contraposición a la informalidad que identifica la acción de tutela, cuando está se promueve contra providencias judiciales, se requiere que el actor no solo tenga claridad en cuanto a la causa de la afectación de derechos que surge de la decisión cuestionada, sino también, que la haya planteado previamente al interior del proceso, debiendo dar cuenta de ello en la solicitud de protección constitucional.

(vi) Que la acción de tutela no se promueva contra una sentencia de tutela, pues los debates sobre la protección de los derechos fundamentales, no pueden prolongarse indefinidamente. Tal exigencia resulta particularmente relevante, si se tiene en cuenta que todas las sentencias proferidas en sede de tutela son remitidas a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, con ese propósito, son sometidas a un riguroso proceso de selección, en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas e inmutables".

Verificado el cumplimiento de los requisitos generales, la procedencia de la tutela contra una decisión judicial depende de que la misma haya incurrido en al menos una de las siguientes causales específicas, también denominadas por la jurisprudencia vicios o defectos materiales, y ello traiga como consecuencia la violación de derechos fundamentales:

- (i) Defecto orgánico, el cual se configura cuando el funcionario judicial que adoptó la decisión objeto de cuestionamiento carece de competencia para ello.
- (ii) Defecto procedimental absoluto, que se origina en los casos en que la autoridad judicial se aparta abiertamente y sin justificación de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto.

- (iii) Defecto fáctico, que tiene lugar cuando existan fallas en la decisión que sean imputables a deficiencias probatorias del proceso.
- (iv) Defecto sustantivo o material, que se presenta en los casos en que la decisión judicial se apoya o se sustenta en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto o inexistente.
- (v) Error inducido o por consecuencia, el cual tiene lugar cuando la decisión judicial se fundamenta en hechos o situaciones en la que participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo proceder irregular induce en error o engaño al funcionario judicial con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.
- (vi) Decisión sin motivación, que se configura por el incumplimiento del servidor judicial de su obligación de fundamentar fáctica y jurídicamente las decisiones que le corresponde adoptar.
- (vii) Desconocimiento del precedente judicial, que se presenta en los casos en que la autoridad judicial, a través de sus decisiones, se aparta del precedente aplicable al caso sin presentar las razones jurídicas que justifiquen debidamente el cambio de jurisprudencia.
- (viii) Violación directa de la Constitución, la cual ocurre, entre otros supuestos, cuando la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política.

De acuerdo con lo expuesto es posible concluir que la acción de tutela, como mecanismo idóneo de protección judicial de los derechos fundamentales, procede excepcionalmente para controvertir decisiones judiciales, siempre que: (i) se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, (ii) se demuestre que la providencia cuestionada incurrió en una o varias de las causales específicas, y, acorde con ello, (iii) se determine que el vicio o defecto es de tal trascendencia que conlleva la amenaza o la vulneración de derechos fundamentales".

ii) Improcedencia de la Acción de Tutela por falta de prueba de vulneración por parte de SUBRED SUROCCIDENTE E.S.E:

Teniendo en cuenta lo manifestado, se evidencia que la Subred Sur Occidente E.S.E no ha vulnerado, ni por acción, ni por omisión, derecho fundamental alguno; el efecto procesal necesario es la improcedencia de la Acción de

Tutela hacia mi representada, quien ha demostrado la falta de supuestos procesales para que sea objeto de acción de tutela. Lo anterior, si se tiene en cuenta el tenor literal del Art. 13 del Decreto 2591 de 1991:

“Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”.

Por lo anteriormente, expuesto elevo ante el Despacho las siguientes:

III. PETICIONES

Primera: Declarar probada las excepciones de Improcedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales al no cumplirse las condiciones ni fácticas ni procesales para que el amparo constitucional proceda contra providencias judiciales he Improcedencia de la Acción de Tutela por falta de prueba de vulneración por parte de SUBRED SUROCCIDENTE E.S.E. en la acción de tutela de la referencia.

Cualquier información adicional con mucho gusto la suministraremos en la oportunidad que se nos indique. De igual manera, informamos que nuestra única dirección electrónica autorizada para efectos de notificación judicial es: defensajudicial@subredsureccidente.gov.co

De su Honorable Magistrado.

Atentamente,



PAULA VIVIAN TAPIAS GALINDO



SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD
SUR OCCIDENTE ESE

C.C. No. 52'816.615 de Bogotá

T.P. No 181893 del Consejo Superior de la Judicatura

Calle 9 No. 39-46
PBX: 555 1347
Ext: 1008
www.subredsuoccidente.gov.co

Código Postal: 111611



USS Pablo VI Bosa
USS Fontibón



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.