

REF: VERBAL RESPONSABILIDAD MEDICA

Rad. 18001-31-03-001-2014-00200-01.

DEMANDANTE: LOREN YIZETH ORTIZ ÁLVAREZ y OTROS.

DEMANDADOS: COOMEVA EPS Y OTRO

Proyecto discutido y aprobado según Acta No 035.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
FLORENCIA - SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

Magistrado Ponente

GILBERTO GALVIS AVE

Florencia -Caquetá, dieciocho (18) de abril de dos mil veinticuatro
(2024).

Se resuelve el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada judicial de la demandada COOMEVA EPS en el proceso de la referencia, contra la SENTENCIA calendada el veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia.

I. ANTECEDENTES

La señora LOREN YIZETH ORTIZ ÁLVAREZ (víctima directa) y OTROS, actuando por conducto de apoderado judicial, instauraron demanda ordinaria de responsabilidad civil extracontractual, contra COOMEVA E.P.S. S.A., aduciendo como fundamentos fácticos en 28 ítems, lo siguiente:

Que comenzó a padecer molestias pélvicas con interrupción de su ciclo menstrual por 6 meses, acudiendo a COOMEVA EPS el día 17 enero de 2008, donde recibió atención sanitaria y dentro de dicho trámite le fue practicada una ecografía transvaginal que arrojó como resultado “QUISTE DE 63 MM X 43 MM X 39 MM X 33 33 MM, DIAGNÓSTICO, LESIONES QUÍSTICAS EN NÚMERO DE 2 EN REGIÓN ANEXAL DERECHA”, oportunidad en la que le fueron formulados medicamentos para la regulación de su periodo menstrual.

Refirió que el día 9 de junio de 2008, la doctora Liliana Rojas le tomó una nueva ecografía y como resultado arrojó que no era un quiste sino IDX HIDROSALPINX DERECHO V/S QUISTE COMPLEJO, por lo que le recomendó practicarse una laparoscopia.

Señaló que desde el instante en que se ordenó por la profesional de la salud perteneciente a la IPS CORPOMEDICA la intervención quirúrgica “SALPINGOSTOPIA POR LAPAROSCOPIA Y DRENAJE HIDROSALPINX”, la accionada EPS se constituyó en mora de ordenar su práctica pese a su urgencia, actitud dilatoria que conllevó en adelante a un sinnúmero de exámenes y ecografías transvaginales practicadas por diferentes galenos que confirmaban la pertinencia del procedimiento y la agudización de la patología padecida por la demandante, prolongación nociva que tuvo vocación de permanencia en el tiempo.

Que el día 09 de noviembre de 2011, se conoció el resultado de otra ecografía practicada la doctora Iliana Rojas, la cual arrojó como resultado: “GRAN QUISTE COMPLEJO DE OVARIO DERECHO HIDROSALPINX GIGANTE”, circunstancia dice le causó un aborto el día 9 de diciembre de 2011.

Que el día 16 de diciembre de 2011, le realizaron la cirugía deprecada, misma que trajo consigo la extracción y pérdida del ovario derecho, toda vez, que el quiste lo había invadido y era de gran tamaño según diagnóstico hepatológico del día 30 de mismo mes año, donde se concluyó lo siguiente: “OVARIO: SALPINGO-OFORECTOMIA DERECHA POR HISTORIA CLINICA - PLASTRONANEXIAL CON QUISTES FOLICULARES, QUISTE PARATUBARICO E HIDROSALPINX. EL MATERIAL EXAMINADO NO HAY ELEMENTOS QUE SUGIERAN MALIGNIDAD.”

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 24 de abril de 2014, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, admitió la demanda y habiéndose cumplido con el trámite contemplado para el proceso verbal, se notificó y compareció al proceso la demandada COOMEVA EPS S.A., quien por conducto de apoderado judicial, dentro del término legal, elevó inicialmente solicitud de nulidad, la cual al surtir el trámite respectivo fue despachada desfavorablemente en providencia

calendada el 26 de enero de 2015, como también su alzada con decisión del 16 de febrero siguiente, en la que se ordenó continuar con el trámite normal del proceso. El 6 de abril de 2015, el juez cognosciente señaló fecha y hora con el fin de realizar la audiencia de que tratan los artículos 430 y 431 del C.P.C.

El 5 de mayo de 2015, la demandada COOMEVA EPS S.A. presentó escrito de contestación de demanda en la que se opuso a todas y cada de las pretensiones, propuso las excepciones de mérito “INEXISTENCIA DE CONDUCTA CULPOSA DE PARTE DE COOMEVA E.P.S., EN SU CALIDAD DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD (EPS) POR LA INEXISTENCIA DE LA FUNCIÓN DE PRESTAR EL SERVICIO DE SALUD DE MANERA DIRECTA Y MATERIAL”; “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE COOMEVA E.P.S. POR EL CABAL CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES”; “INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE COOMEVA E.P.S., LAS INSTITUCIONES DE SERVICIO DE SALUD (IPS) Y LOS PROFESIONALES DE LA SALUD”; “INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD POR HECHO DE UN TERCERO”; “INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL POR UN EVENTO DE CASO FORTUITO FUERZA MAYOR” y “EXCEPCIÓN GENÉRICA” (fl. 171 a 209 del C. Principal).

El 6 de mayo de 2015, el Juzgado dispuso aplazar la audiencia señalada por solicitud de suspensión de la Sala Única del Tribunal Superior de Florencia, hasta tanto se desatara la acción de tutela

contra ese despacho judicial, que ante su prosperidad dictaminó dejar sin valor y efectos las notificaciones que se habían realizado al extremo pasivo, ordenando rehacer la actuación procesal desde la notificación del auto admisorio de la demanda, decisión acatada y materializada en proveído de fecha 29 de mayo de 2015, en la que instó al extremo accionado a presentar nuevamente escrito de contestación contra el libelo introductorio, lo que finalmente tuvo lugar el 18 de junio de 2015, en los mismos términos del escrito contestatario inicial. Igualmente, la IPS CORPOMEDICA contestó la demanda en calidad de llamada en garantía (fls. 210, 221; 223 a 255; 257 a 265 del C. Principal).

El 14 de marzo de 2016, el *A quo* dio lugar a la audiencia de que tratan los artículos 430 y 431, en la que no hubo ánimo conciliatorio, acto seguido se saneó y fijó el litigio, también se practicaron algunas pruebas (fl. 294 a 295 del C. Principal).

En el devenir del proceso fueron recaudados los demás medios suarios y en audiencia del 21 de julio de 2016, se dio por concluida la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, emitiendo la sentencia de primer grado el 21 de septiembre de 2016 (fl. 314 a 315, 322, 336 a 337 del C. Principal).

III. DE LA DECISIÓN DEL JUZGADO

El juzgador de instancia, luego de memorar los fundamentos fáctico jurídico contenidos en la demanda, así como los de réplica, de

compendiar lo rituado a través del curso del proceso, planteó el problema jurídico y amparado en jurisprudencia sobre responsabilidad civil médica, así como lo atañedero a la carga de la prueba, emprendió el examen de acreditación de los elementos de la responsabilidad en el caso concreto a la luz de los medios persuasivos militantes en el plenario, esto es, el daño sufrido y la relación de causalidad entre este y la culpa, estudio, que en efecto, vio traducido respecto al primer elemento, en la pérdida de la demandante del ovario derecho afectado por un quiste complejo y hidrosalpinx gigante, el aborto causado por ese quiste que le negó la posibilidad de traer a la vida a un ser humano que crecía en su vientre y que ocasiona en ella una probabilidad mínima de poder quedar en estado de gravidez nuevamente, aparejado a las lógicas complicaciones de salud padecidas para ese momento.

En relación con el nexo de causalidad entre la culpa y daño sufrido, lo dilucidó al establecer que el actuar negligente de la demandada fue causante eficiente del daño, pues emergió entre la fecha en que por primera vez recibió la atención sanitaria y fue recomendada la laparoscopia a la señorita Ortiz Álvarez y la calenda en que finalmente fue intervenida quirúrgicamente, o sea, una dilación de 3 años y 11 meses, la cual no obedeció a duda en el diagnóstico como fuente de exculpación, sino del cómputo temporal resultante entre el 9 de junio del año 2008, que corresponde a la fecha en la que se le practicó la ecografía por la doctora Iliana Rojas arrojando como diagnóstico “*idx hidrosalpinx derecho versus quiste complejo*” y

recomendación de realizar la mentada cirugía, valoración y accionar que fue reiterado por los diferentes galenos que tuvieron la oportunidad de atenderla durante ese extendido interregno, al punto de calificar de escandaloso y seriamente perjudicial el hecho que solo años después se haya autorizado por parte de la EPS demandada la realización de un procedimiento que según atestaciones de los mismos galenos, tenía que llevarse a cabo en un tiempo prudencial máximo de 3 meses posteriores a la emisión del primer concepto médico, lo cual posiblemente se haya debido a una falta de oportunidad en la prestación de servicio desde el punto de vista administrativo por parte de la EPS, que de no haber sido así, la paciente hoy tendría una mejor calidad de vida y no secuelas irreversibles, resultando difícil afirmar que se debió a la patología que se presentó en la paciente.

De otro lado, desvinculó a la IPS CORPOMÉDICA como llamada en garantía, debido a la inexistencia de elementos de convicción que muestren una posible responsabilidad en los hechos que fueron expuestos en el libelo genitor.

En virtud de lo anterior, declaró no probados las excepciones propuestas por el extremo pasivo y declaró civil y extracontractualmente responsable a COOMEVA PS por los daños causados a la señora LOREN YIZETH ORTIZ ÁLVAREZ como víctima directa y a sus señores padres MARÍA CESNES ÁLVAREZ DÍAZ y WILMAN ANTONIO ORTIZ OSPINA, impartiendo

condena por concepto de daño morales a favor de todos los accionantes y por daño a la salud a favor de la víctima directa LOREN YIZETH ORTIZ ÁLVAREZ; y condenó en costas a la parte demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La decisión fue recurrida por la EPS Coomeva, planteando que su inconformidad con la sentencia se concretó en dos tópicos, el primero, data que las pruebas practicadas dentro del expediente demuestran que no existe una culpabilidad absoluta referente a la parte pasiva con los daños causados a la señora Loren Yizeth, toda vez, que la EPS cumplió con sus obligaciones legales autorizando los exámenes y procedimientos que se encontraban disponibles para los años 2008 a 2010 en el POS, que ante la intervención solicitada denominada laparotomía, se abrió la posibilidad de procedimiento y se acreditó que era pertinente porque se encontraba dentro del POS. El segundo punto, se encamina a evidenciar, con soporte en la historia clínica, una conducta negligente o falta de acción de la demandante frente a los exámenes y autorizaciones necesarios para acceder a la perentoria operación.

Ante tales supuestos, asumió que no hay mérito para declarar responsabilidad contractual y extracontractual a COOMEVA EPS, como quiera que, al no existir incumplimiento contractual, tampoco

nexo causal entre el daño y la culpa, deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de libelo introductorio.

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Llegadas las diligencias a esta Corporación, con auto de fecha 13 de diciembre de 2018, el recurso de apelación fue admitido. Se corrió traslado en segunda instancia conforme a lo preceptuado por el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, de lo cual la parte apelante hizo uso de tal prerrogativa.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

Para decidir si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia de primera instancia, la Sala debe considerar los reparos y la sustentación del apelante único, los cuales enmarcan el objeto de estudio del recurso frente a lo considerado en el fallo del Juzgado de conformidad al artículo 328 del C.G. del P., los demás aspectos escapan a la competencia de esta Corporación¹.

6.2. Planteamiento del problema jurídico.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC-9587 del 5 de julio de 2017.

Pues bien, el objeto que concita el pronunciamiento de esta Sala, se circumscribe a determinar si debe revocarse el fallo de primer grado que accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en el daño causado en la humanidad de LOREN YIZETH ORTIZ ÁLVAREZ, consistente en la pérdida del ovario derecho y el fallecimiento de su hijo, previo aborto aparejado de serias dificultades de concebir en el futuro, con ocasión del quiste complejo y hidrosalpinx gigante, que se tornó con esa agudeza ante la decidida traducida en la prolongación temporal para hacer efectivo el tratamiento por laparoscopia y/o laparotomía como medio para curar y conseguir el alivio de la paciente, pues dentro de la apología expuesta en el recurso de alzada por la EPS demandada, propone cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales en el caso de marras, en la medida que autorizó los exámenes y procedimientos que se encontraban en el Plan Obligatorio de Salud (POS), en la que señala estaba incluida la intervención quirúrgica objeto de mora, pero que su realización se frustró ante una supuesta conducta negligente y omisiva de la paciente en su deber de gestión, en aras de acceder con éxito a la intervención que requería para su salubridad y así haber evitado el nefasto resultado ya conocido.

Todas estas observaciones plantean el dilema puntual de establecer los factores cruciales, y por supuesto, los verdaderos responsables en la excesiva tardanza en aquella autorización que debió culminar con la ejecución del acto quirúrgico plurimencionado, para llegar a

ello, ineludiblemente esta Sala deberá primeramente **(i)** establecer a través del acervo probatorio las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon los hechos materia de alzada; seguidamente, **ii)** abordar el estudio jurídico sobre la órbita obligacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) en relación con la prestación oportuna del servicio de salud a sus afiliados y/o beneficiarios, particularmente, cuando de intervenciones quirúrgicos se trata, bajo la preponderante labor conjunta con las involucradas Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), encargadas de ejecutar las actividades propias de los servicios médico asistenciales. Acto seguido, se establecerá **(iii)** qué deberes recaen en el afiliado y/o beneficiario del Sistema de Seguridad Social en Salud dentro de los trámites administrativos para poder acceder a los servicios de cirugías y demás procedimientos especializados, para finalmente, erigir el grado o proporción de responsabilidad de cada parte involucrada en el insuceso causante del daño.

6.2.1. Lo probado dentro del proceso.

Adentrados en el estudio conjunto de los medios de convicción recaudados oportuna y legalmente por el juez cognoscente de primer grado, esta Sala en su asunción de acercarse a la realidad fáctica o verdad procesal sobre el motivo de la diferida práctica de la intervención quirúrgica por laparoscopia y/o laparotomía que finalmente recibió LOREN YIZETH ORTÍZ ÁLVAREZ, ineludiblemente debe dirigir el foco inicialmente a los apartes de las

historias clínicas de la paciente que tuvieron lugar en CORPOMÉDICA IPS y clínica MEDILASER, de las cuales hay que decir que se arribaron al expediente y fueron decretadas como prueba documental de la parte demandante anexa al libelo introductorio². En igual sentido y con la misma relevancia, el Informe Pericial de Clínica Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Seccional Caquetá³, a través del cual tuvo lugar la transcripción, resumen y absolución de cuestionario por médico legista sobre los hallazgos de las mentadas historias clínicas, que en su mayoría, fueron confeccionadas a puño y letra por los galenos y demás asistentes sanitarios, estudio individual y conjunto concordante del que pueden derivarse una serie de conclusiones a saber:

- a) Guardando el orden cronológico, podemos decir que existe certidumbre sobre la orden médica efectivamente recepcionada por Coomeva EPS para la realización o práctica de salpingostomía por laparoscopia en la humanidad de Loren Yizeth Ortiz Álvarez por diagnóstico de hidrosalpinx derecho, contenida en formato con membrete de la clínica Medilaser y encabezado “RECETARIO MEDICO” suscrita por el ginecólogo oncólogo José Cantillo el 4 de marzo de 2010⁴, con código 6000102 y con sello de radicación en la

² Auto obrante a folio 268 a 270 C. Principal, el cual decretó como pruebas documentales de la parte demandante las allegadas con la demanda a folios 15 a 116 del C. Principal.

³ Folio 310 a 312 del C. Principal

⁴ Folio 108 C. Principal – obra orden de procedimiento por salpingostomía por laparoscopia; al respaldo del Folio 311 – obra en resumen de historia clínica donde el médico legista afirma la veracidad de la ordene el 04 de marzo de 2010; Folio 294 a 295 – obra Audiencia 14/03/2016 que contiene Testimonio

EPS Coomeva el 26 de abril de 2010, misma fecha de entrega ante esa entidad de derecho de petición⁵ elevado por la progenitora de la paciente María Cesne Álvarez Díaz, también deprecando el procedimiento, cuya emisión se soportó en el desarrollo de la doble atención sanitaria que hizo sobre la paciente, la inicial el 07 de febrero de 2010⁶ que incluyó valoración física, como de los exámenes y ecografía transvaginal con diagnóstico de quiste complejo de ovario derecho, aumentado de tamaño y anotación tajante del profesional de la salud hacia Ortiz Álvarez, aludiendo de parte de ésta, presentación de exámenes incompletos denotando su falta de colaboración, circunstancias que instaron como plan médico la práctica de una nueva ecografía transvaginal y marcadores tumorales. La segunda atención sanitaria, tuvo lugar el mismo 4 de marzo de 2010⁷, fecha de expedición de la orden de cirugía a través de consulta externa en la Clínica Medilaser, tras estimación de ecografía transvaginal del 10 de febrero de 2010⁸ y demás exámenes⁹ con diagnosticó hidrosálpinx derecho, junto a formato de “SOLICITUD JUSTIFICACIÓN SERVICIOS NO POS” suscrito por el mismo profesional de la salud el 6 de marzo de 2010¹⁰ solicitando el mismo procedimiento, pero con ausencia de sello de radicación en la EPS. Bajo esta refrendada primera premisa, si a

R. Legal de Coomeva José Ramón Cossio Olarte, tiempo: 12:59 a 1:19:38, en cual reafirma la radicación de la orden de la intervención quirúrgica.

⁵ Folio 39 a 52 C. Principal.

⁶ Folio 110 y al respaldo del C. Principal.

⁷ Folio 40 y 109 del C. Principal.

⁸ Folio 46 y 107 C. Principal.

⁹ Folio 43, 44 y 45 C. Principal – obra examen de sangre No. 209074 del 09/02/2010, examen de laboratorio a Loren Yizeht Ortiz N.I. 42472 fechado 26/02/2010 y hoja de anestesia y/o examen por anestesiólogo fechado 05/03/2010, respectivamente.

¹⁰ Folio 41 a 42 del C. Principal - obra formato solicitud justificación de Servicio no POS.

juzgar que la efectividad del procedimiento estaba supeditado a la recepción de la orden del procedimiento en la EPS por parte del usuario, sería entonces, que el extremo temporal inicial del que se debe partir el juicio de responsabilidad sobre la demandada apelante Coomeva EPS, es la fecha de radicación de la mentada orden el 26 de abril de 2010, pues resulta innegable que anterior a la concreción de dicha misiva emitida por el galeno especialista le precedieron un sinnúmero ecografías transvaginales durante el transcurso de los 2008¹¹ y 2009¹², las cuales reportaron quiste complejo ovárico derecho y de forma específica la del 8 de junio de 2008, que recomendó laparoscopia, aunado al plan de resección quirúrgica en la hoja de evolución y órdenes del médico especialista el 21 de diciembre de 2009¹³. Ajustándose al direccionamiento del acervo probatorio, la conclusión a la que llega el médico legista en el informe pericial, es que desconoce si la paciente realizó la gestión administrativa para acceder a la cirugía, pues si bien aduce que se encuentran órdenes del procedimiento por parte de los médicos especialistas desde el año 2009, de la prueba documental concluye: “...Sin embargo, la documentación aportada, no permite establecer si la paciente realizó o no, los trámites que le correspondían para avanzar en el tratamiento...”. En armonía con ese concepto, está la postura de José Ramón Cossio Olarte¹⁴, quien en su calidad de director de Coomeva

¹¹Folios 47 a 49 y 51 a 52 C. Principal – Obran ecografías transvaginales del 17 de enero, 09 de junio, 08 de septiembre y 15 de diciembre de 2008.

¹² Folio 50 – obra ecografía transvaginal del 14 de diciembre de 2009.

¹³ Folio 103 y 106 C. Principal – obra hoja de evolución y órdenes del médico de IPS CORPOMEDICA; Folio 116 – obra remisión de la paciente al especialista del 17 de diciembre de 2009.

¹⁴ Folio 294 a 295 – obra Audiencia 14/03/2016 que contiene Testimonio R. Legal de Coomeva José Ramón Cossio Olarte, tiempo: 12:59 a 1:19:38.

para esa época, dejó en claro que como EPS su objeto es garantizar que los pacientes puedan acudir a una IPS a recibir el servicio de salud.

Con respecto a las órdenes médicas para tratamientos o intervenciones que se generen por su médico tratante, señaló que su efectividad está sujeta a lo que el usuario trámite y solicite ante la EPS para su autorización, esta última que se gestiona de acuerdo a su naturaleza, es decir, si la orden se expide por el galeno en una situación de emergencia, el procedimiento o intervención se viabiliza ya sea de forma inmediata a nivel intrahospitalario, en cuestión de horas o de un día para conforme lo defina el médico tratante; si se trata de una orden electiva donde ubica el caso de Loren Yizeth, esta se puede diferir para un determinado momento y para ello tiene que mediar una autorización expresa de la EPS luego que el usuario radique la orden de cirugía para aquel tiempo en la Sala SIP, esto, porque como EPS no tienen acceso a la historia clínica de los usuarios, ni los médicos tratantes son de su resorte o manejo, respondiendo de esa forma frente al plan de resección quirúrgica del 21 de diciembre de 2009 contenida en la historia clínica. En contraposición a ello, la directamente afectada Loren Yizeth Ortiz Álvarez¹⁵, resaltó que fueron más de 3 años de lucha contra la EPS para le dieran esa orden de cirugía, que se cansó de acudir infinidad de veces a la sala SIP, cada 8 y 15 días sin respuesta

¹⁵ Folio 294 a 295 – Audiencia 14/03/2016 que contiene Testimonio Loren Yizeth Ortiz Álvarez, segunda parte de la audiencia luego de receso, tiempo: 10:13 a 26:10.

positiva para la cirugía, pues siempre le decían que tenía que esperar porque el comité no había aprobado la orden, sin embargo, que no tiene prueba que soporten sus dichos.

- b) En cuanto al trámite para el acceso a procedimientos o tratamiento no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud POS, también el director Cossio Olarte señaló que en aquellos casos luego que el usuario radica la orden para la intervención ante la EPS, la decisión de autorización se encuentra en cabeza del Comité Tecnocientífico que evalúa su pertinencia con un promedio de respuesta de 15 días hábiles, que para el caso concreto, dentro de la diligencia de su recepción testimonial, presentó unos documentos y entre ellos un Acta del Comité Técnico Científico No. 201025062 del 28 de mayo de 2010¹⁶, con la cual se desató de forma negativa el requerimiento No. 483571 del 20 de mayo de 2010, por parte del médico José Cantillo Pabón referente a la salpingostomía y drenaje trompa de falopio por laparoscopia. La improbación del tratamiento no POS a manos del comité, fue por justificación médica no pertinente o insuficiente y existencia de otras alternativas dentro del POS, avocados en el amparo legal prescrito en el artículo 6º de la Resolución No. 3099 del 19 de agosto de 2008.

De tal acta, se hizo lectura en su totalidad en audiencia de práctica testimonial, sin embargo, el juez de instancia desestimó dicha

¹⁶ Folio 298 a 299 del C. Principal

prueba documental por cuanto no se alegó en la contestación de la demanda ni se allegó o solicitó como prueba en oportunidad legal, por lo cual, le dio merito probatorio únicamente a lo atestiguado por el señor representante legal. Sobre el particular, la Sala encuentra que aun pasando por alto que el testimonio es el único medio de convicción a valorar por esta judicatura sobre tal circunstancia fáctica, esa específica actuación administrativa de autorización de servicio médico, más que ser un argumento de exculpación de la demandada apelante, lo que hace es poner en evidencia su reprochable omisión, en primer lugar, porque se puede establecer que efectivamente la EPS tuvo conocimiento de la necesidad de la intervención sanitaria y requerimiento por el galeno especialista; en segundo lugar, por cuanto la misma negó el procedimiento solicitado cuando era el pertinente e idóneo para conjurar la contingencia de salud, que en ultimas dio al traste con el hecho dañoso en la humanidad de la actora convaleciente; y en tercer lugar, no puede dársele merito o estimación probatoria porque no causó efecto jurídico alguno por su ineficacia o inoponibilidad, al carecer de la aptitud de producir efectos jurídicos a terceros ante la ausencia de constancia de notificación al médico tratante y a la lesionada demandante y/o representante legal, que a la postre les hubiese dado la oportunidad de recurrirla o valerse de otras herramientas jurídicas de orden constitucional o legal para garantizar el acceso al servicio asistencial de salud del que se habla, esto como quiera que si bien obra el Oficio de notificación AM-302-

2010 del 25 de junio de 2010¹⁷, suscrito por el médico Auditor Administrativo de Coomeva EPS dirigido a María Cesne Álvarez, y en igual sentido, sendos oficios contenidos en la documentación excluida de valoración¹⁸, lo cierto es que no obra constancia de ello y desde la génesis y devenir del proceso no se hizo mención a dicho trámite sino hasta la declaración del representante legal.

- c) Siguiendo con el desarrollo de las disposiciones médicas y actuaciones que rodearon el trámite administrativo de autorización de la cirugía, resulta ostensiblemente cuestionable la actitud dilatoria de la EPS aun partiendo desde la acreditada radicación de la orden de cirugía el 26 de abril de 2010, pues se vislumbran en adelante una serie de exigencias, reiteradas atenciones sanitarias y nuevos exámenes que reafirmaban el mismo diagnóstico y pertinencia del procedimiento, traducidos en la orden de remisión de Loren Yizeth por parte de Corpomedica IPS para atención especializada de ginecología oncológica con fecha 23 de septiembre de 2010¹⁹, por hidrosalpinx derecho con 3 años de evolución; nueva valoración médica, análisis de resultados ecográficos, plan de resección quirúrgica por laparotomía exploratoria y emisión de orden de cirugía debidamente radicada en sala SIP de Coomeva el 20 de octubre de 2010²⁰, disponiendo además valoración pre anestésica²¹. Otra atención sanitaria por parte de Corpomedica IPS

¹⁷ Folio 32 del C. Principal

¹⁸ Folio 300 a 301 del C. Principal

¹⁹ Folio 115 del C. Principal.

²⁰ Al respaldo del Folio 103 y 106 del C. Principal.

²¹ Folio 30 y 105 del C. Principal.

14 de enero de 2011²², con cuadro clínico de 4 horas de evolución de dolor tipo pulsátil en hipogastrio (dolor bajito), colocando de presente su situación de quiste de ovario derecho. El 17 de junio de 2011, se entregaron resultados de exámenes de laboratorio y control de administración de anestesia realizados a paciente por Corpomedica IPS²³.

Obra requerimiento de la Procuraduría General de la Nación a Coomeva EPS mediante Oficio PRC 051 del 19 de julio de 2011²⁴, a fin de que se autorizara la laparotomía, dado que Ortiz Álvarez acudió ante este ente control en busca de ayuda ante la persistente negativa de Coomeva sala SIP EPS de practicársela, misiva a la que esta última dio respuesta con el Oficio AM-350-2011 del 25 de julio de 2011²⁵, autorizando el procedimiento para el 1º de agosto de 2011, solicitando que la usuaria se acercara a las instalaciones de la sala SIP para la entrega del ordenamiento en la fecha estipulada, lo cual no acaeció y lo que se avizora es una nueva valoración por ginecología el 5 de noviembre de 2011²⁶, en la nota médica el doctor Javier Natera afirma que no ha sido aprobada la cirugía y ordena nueva ecografía transvaginal con diagnóstico de hidrosalpinx derecho, la cual tuvo lugar el 9 de noviembre de 2011²⁷, con conclusión diagnóstica de gran quiste complejo de ovario derecho

²² Folio 55 a 56 y 58 a 59 del C. Principal.

²³ Folio 111 a 114 del C. Principal.

²⁴ Folio 25 del C. Principal.

²⁵ Folio 26 del C. Principal.

²⁶ Folio 28, 71 y 102 del C. Principal.

²⁷ Folio 24 del C. Principal.

vs hidrosálpinx gigante.

Con apoyo en la mentada ecografía, nuevamente sugiere el especialista laparotomía exploratoria, expide orden de cirugía y de exámenes paraclínicos el día 11 de noviembre de 2011²⁸ y la autorización del procedimiento por la entidad fue del 6 de diciembre de 2011²⁹, sin embargo, a Loren Yizeth Ortiz le fue practicado legrado por parte de Corpomedica IPS el 9 de diciembre de 2011³⁰, que de acuerdo a valoración realizada por la ginecóloga Iliana Rojas, conforme los resultados de ecografía, se trató de aborto incompleto, esto ocurrió cuando todavía tenía consigo el quiste en su ovario derecho. Finalmente, le fue realizada a la paciente salpingooforectomía total de ovario derecho el 16 de diciembre de 2011³¹, es decir, la extirpación del aludido órgano ante los hallazgos de un quiste en ovario derecho de aproximadamente 15 cm de diámetro, con síndrome adherencial severo, por lo cual procede el cirujano a liberar adherencias y a resección de la masa quística.

d) De otra parte, se acreditó la pertinencia y necesidad de la intervención quirúrgica por salpingostomía o laparotomía exploratoria desde el 21 de diciembre de 2009, de ello dio cuenta en su declaración primeramente el ginecólogo José Javier Natera

²⁸ Folio 21 a 23, 69 del C. Principal.

²⁹ Folio 87 del C. Principal.

³⁰ Folio 54, 57, 84, 88 a 101 del C. Principal.

³¹ Folio 62 a 67, 74 a 83, 85 y 86 del C. Principal.

Viana³², quien en esa fecha atendió en consulta a la paciente y llegó a esa conclusión luego de revisar el reporte ecográfico que mostraba lesión quística compleja del anexo derecho con dimensiones bastante marcadas de 116 por 75 milímetros, que denotaba hidrosalpinx y aduce desconocer las razones por las cuales no se autorizó la cirugía por la EPS. En iguales términos lo expresó la especialista en ginecología y obstetricia Iliana Teresa Rojas³³, quien categóricamente expresó que el proceder ante el diagnóstico hidrosalpinx era netamente quirúrgico y no necesitaba más estudios o existían tratamientos alternativos, dado que se trata de una dilatación de la trompa de falopio con acumulación de líquido y es una trompa técnicamente dañada, por lo que debía procederse a la intervención que de acuerdo a los trámites administrativos de autorización, prudencialmente debía tener lugar en un periodo aproximado de 3 meses posterior de emitida la orden.

6.2.2. De la responsabilidad de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) en el servicio médico asistencial.

A sabiendas que los hechos materia de debate tuvieron ocurrencia entre los años 2008 a 2011, esto es, en vigencia de la Constitución Nacional de 1991 y Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, será entonces

³² Folio 294 a 295 – Audiencia 14/03/2016 que contiene Testimonio José Javier Natera Viana, tiempo: 01:22:11 a 1:46:11.

³³ Folio 294 a 295 – Audiencia 14/03/2016 que contiene Testimonio Iliana Teresa Rojas, segunda parte de la audiencia luego de receso, tiempo: 00:00 a 09:51

dentro de este marco jurídico en el que se centrará este acápite objeto de estudio del que son protagonistas las Empresas Promotoras de Salud EPS, con ocasión de sus deberes y responsabilidad para con los usuarios del servicio de salud, en su papel de garante en la consecución de los principios de oportunidad y eficacia en el servicio médico asistencial.

Así pues, tenemos que el artículo 48 de la Carta Política, es categórico en señalar que el principio de eficiencia es uno de los pilares fundamentales a los que debe sujetarse la seguridad social entendida como un servicio público obligatorio. A su turno, en desarrollo de dicho precepto de orden superior, la Ley 100 de 1993 reguladora del Sistema de Seguridad Social Integral, prescribe en su artículo 1º que: *“El Sistema de Seguridad Social Integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”*

Como se puede observar, el deber ser del mencionado sistema no es otro que garantizar los derechos irrenunciables de las personas en dirección de obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, para materializar tales fines, uno de ellos se traduce en la cobertura de las contingencias de salud que afecten a sus afiliados, es así como el Libro II de la ley, desarrolla en consonancia a dichos lineamientos **“EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD”**, entendido como un componente de ese engranaje normativo.

Siguiendo con los principios rectores de la seguridad social, el artículo 2º los enlista de forma taxativa “eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación”.

Destacan por su pertinencia en el sub examine los principios de eficiencia, integralidad y unidad, o sea, nada que discutir de la lucidez que se extrae de cada definición legal, en definitiva, la seguridad social en salud es un servicio público que le da derecho a sus usuarios a que le sean prestados de forma adecuada, oportuna y suficiente en todas sus interfaces; es integral, por cuanto tiene cobertura sobre todas las contingencias que afecten la salud; y en base al principio de unidad, supone la articulación de muchos elementos, entre estos, el que debe mediar entre las diferentes instituciones que la componen para alcanzar los fines de la seguridad social.

Los anteriores parámetros axiológicos orientadores se encuentran sobre la totalidad de las normas de la Ley 100 de 1993, en lo que respecta a la seguridad social en salud, su concreción se observa en los fundamentos legales prescritos en los numerales 3 y 9 de su artículo 153, que pregona la atención a la salud de sus vinculados en las facetas de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación dentro de un marco de protección integral, de eficiencia, oportunidad y calidad.

Ahora bien, para la consecución de tan relevantes menesteres, las Empresas Promotoras de Salud (EPS) es en quienes recae de forma

directa la administración encaminada a la prestación efectiva de tan humanitaria labor sanitaria, a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y bajo los lineamientos que establezca el Plan Obligatorio de Salud (POS), como se desprende del literal e) y k) de su artículo 156, numeral 1º del artículo 159 y 162 ibidem.

La naturaleza, características, funciones y responsabilidades a cargo de las Empresas Promotoras de Salud, concretamente se encuentran consignadas en los artículos 177 a 180 del estatuto ya mencionado.

De las normas citadas, puede colegirse de forma diáfana que, para la administración del sistema, la ley contempla un diseño institucional en el que juega el preponderante papel de garante, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), cuya responsabilidad fundamental es la afiliación de los usuarios y la prestación a sus afiliados del Plan Obligatorio de Salud (POS). Este plan obligatorio que lleva a cuestas, puede materializarlo directamente a través de sus IPS, o contratar con IPS o con profesionales independientes, o con grupos de práctica profesional debidamente constituidos.

Dicho en otras palabras, su responsabilidad deviene en instituir los procedimientos y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud, y aunado a ello, ejercer el control sobre las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), para que la atención sea integral, eficiente, oportuna y de

calidad, no obstante, también recae en estas últimas idénticos deberes de acuerdo al sistema normativo (Arts. 185 a 193).

La Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia³⁴ no ha sido ajena a la problemática planteada, en un caso análogo en el que una EPS en esa instancia extraordinaria, deprecó absolución de responsabilidad solidaria por daños causados a un paciente por la tardía realización de una intervención quirúrgica, al propugnar que “*...las Entidades Promotoras de Salud a la luz del régimen jurídico Colombiano, no son quienes directamente prestan los servicios médico asistenciales por estar en cabeza de las IPS, constitúa razón suficiente para ser apartada en la causación del daño. Sin embargo, esta postura no caló en el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria civil, quien la enervó y dejó sin bases, al reafirmar la obligación de las EPS de velar porque la prestación del servicio de salud a sus usuarios, sea con plena sujeción a los indicados principios eficiencia y calidad en las condiciones atrás reseñadas, es decir, de manera adecuada, oportuna y suficiente. Esto dijo la Corte:*

“Nítido es, por lo tanto, que la obligación que recae en las Entidades Prestadoras de Salud no se limita a garantizarle a sus afiliados y a los beneficiarios de éstos, la simple y llana prestación del servicio de salud, sino que va más allá, en tanto implica el deber de que dicha prestación se realice en condiciones de "eficiencia" y "calidad" que, conforme lo definió

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5199-2020 del 12 de enero de 2021, Rad: 11001-31-03-006-2008-00055-01

expresamente la propia ley, supone que lo sea "en forma adecuada, oportuna y suficiente".

"De lo expuesto, surge que el *ad quem* no interpretó erradamente los artículos 177 a 179 de la Ley 100 de 1993 cuando, fincado en ellos, sostuvo que las Entidades Prestadoras de Salud "tienen el deber de garantizar que la asistencia brindada a los usuarios se ejecute en forma eficiente y oportuna" y que, en el caso sometido a su conocimiento, el servicio de salud ofrecido al demandante por la accionada "no respondió] a los criterios de eficiencia, oportunidad y calidad que rigen el sistema de seguridad social en salud", como quiera que fue "tardía", toda vez que el estado de salud del actor, "por la naturaleza de su padecimiento, se agravaba con el transcurrir del tiempo en tanto las posibilidades de la pérdida de visión aumentaban, de ahí que el hecho de que la cirugía que el médico tratante ordenó desde mayo 31 de 2006 se hubiere programado tan solo en noviembre de esa anualidad, habiéndose culminado los estudios requeridos desde el mes de junio, deviene injustificadamente dilatada, máxime cuando no se probó que hubiere mediado circunstancia alguna que exima a la demandada de la responsabilidad que esa tardanza acarrea, habida cuenta que con ella propició un perjuicio a su afiliado, consistente en la pérdida de la visión por 'atrofia óptica bilateral'".

"Queda por decir que ningún vacío existe en la jurisprudencia nacional, sobre el alcance de las obligaciones que corresponden a las Entidades Promotoras de Salud frente a sus afiliados y/o a los beneficiarios de éstos, en cuanto hace a la prestación del servicio de salud a que ellos tienen derecho." (Subrayado fuera de texto).

“Dentro de este contexto obligacional, el creado Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ahonda de forma más específica la obligación de las EPS de prestar el servicio sanitario en las condiciones reseñadas. Sobre esa institución jurídica de control de calidad, también la Corte³⁵ hizo un estudio del cúmulo normativo que la define y consigna su objeto, esbozando las siguientes reflexiones:

“En nuestro Estado Social de Derecho la seguridad social en salud es un servicio público orientado por el principio constitucional del respeto a la dignidad humana, por cuya virtud la vida de las personas y su integridad física y moral se conciben como los bienes jurídicos de mayor valor dentro del ordenamiento positivo, lo que se traduce en la obligación de brindar una atención en salud de calidad, así como en una menor tolerancia frente a los riesgos que por mandato legal el paciente traslada a las EPS. Este replanteamiento del servicio sanitario ha introducido un cambio de visión que concibe la salud como un derecho inalienable de las personas y no como un acto de beneficencia del Estado hacia el ciudadano...”

Del anterior compendio normativo y jurisprudencial, no queda asomo de duda sobre la responsabilidad directa que recae sobre la EPS ante eventuales daños producto de la prestación deficiente del servicio de salud a sus afiliados y/o beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, fallas en las que inexorablemente se

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC9193 del 28 de julio de 2017, Rad: 2011-00108-01.

engloba la de prestación tardía de intervenciones quirúrgicas de imprescindible relevancia para la recuperación de la salud de los pacientes, dada la connotación obligacional de hacerse a las medidas y procedimientos para administrar y controlar la atención del servicio de salud, que por disposición constitucional y legal, debe prestarse de forma integral, eficiente, oportuna y de calidad³⁶.

Dentro de este marco, la atención en salud de calidad desde la vigencia de la Constitución de 1991, se *concibe como un derecho inalienable de las personas y no como un mero acto de beneficencia del Estado hacia el ciudadano, dicho de otro modo, la función de estas empresas administradoras no se agota con solo garantizar la prestación de ese servicio asistencial a través de las Instituciones Prestadoras de Salud con los que posea vínculo contractual, como si fuesen simples enviadas de piedra que dejan al exclusivo arbitrio de los centros hospitalarios el manejo y responsabilidad de la atención sanitaria propiamente dicha, cuando como se explica, ostentan el vinculante deber de representar a sus afiliados ante las instituciones prestadoras y ser prenda de garantía de calidad en la prestación del servicio de sanidad en su calidad de agentes fiscalizadoras³⁷, asumiendo desde luego el riesgo transferido por el usuario con las repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil.* Prueba de ello, es la constitución formal del plurimencionado *Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud* desde el año 1993³⁸, que tiene dentro de sus pilares

³⁶ Art. 48 C.N.; art. 178 numeral 6º de la ley 100 de 1993.

³⁷ Resolución 1043 de 2006, contiene componente de auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención.

³⁸ Art. 227 Ley 100 de 993; Decreto 2174 de 1996; Decreto 2309 de 2002 y siguientes.

fundamentales de aplicación práctica para el desarrollo de objeto, las definiciones legales de *oportunidad y pertinencia*, la primera, entendida como la *posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud*, principio que lleva intrínseco ese deber coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios; y la segunda, referida a la obtención por parte de los usuarios de un servicio, tratamiento o procedimiento que le sea más beneficioso de acuerdo con la evidencia científica. En definitiva, el Sistema Obligatorio de Calidad de la Atención en Salud no concibe demoras en la prestación del servicio y esa despreocupación por la satisfacción del cliente u la falta de atención de sus necesidades asistenciales, entre otras circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente.

6.2.3. Deberes del afiliado y/o beneficiario del Sistema de Seguridad Social en Salud frente a los trámites administrativos para acceso al servicio médico asistencial.

A propósito de los deberes de los afiliados y/o beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley 100 de 1993 en su artículo 160, los contempla como tales, de ahí que frente al caso que se analiza, lo comprendido en los numerales 1º y 6º de la norma en mención, supone por un lado, ese deber de autocuidado en su salud por parte de los pacientes integrantes del sistema, y por el otro, el acatamiento a las disposiciones contenidas en las normas, reglamentos e instrucciones de las instituciones y profesionales que

le prestan atención en salud, que no es otra cosa que responder al conducto regular contenido en las prestablecidas guías de atención que describen parámetros explícitos de pertinencia clínica y la manera de acceder de forma efectiva a los medicamentos, tratamientos o procedimientos quirúrgicos ordenados por los médicos tratantes, estatutos que brillan por su ausencia al interior del proceso ya que no fueron arrimados por Coomeva EPS, pese a que en el recurso de apelación alegue desidia de la demandante frente al trámite administrativo de exámenes y autorizaciones para acceder al procedimiento quirúrgico referenciado; por consiguiente, para el análisis de este tópico no existen criterios normativos que permita evaluar si la conducta de la demandante estuvo o no ajustada a las reglas internas exigidas por la entidad para acceder de forma oportuna a la perentoria intervención sanitaria.

Cabe considerar, que existe un trámite formal en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el otorgamiento de servicios médicos por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-, en el que vale la pena indagar si puede verse involucrada una voluntad diligente del usuario interesado en recibir algún tipo de medicamento o intervención quirúrgica especializada. En este escenario entra en juego el papel de los Comités Técnico Científicos (CTC) creados con el artículo 188 de la misma ley de seguridad social, que prescribe que los afiliados pueden solicitar ante estos las reclamaciones originadas en la asistencia que afecte la prestación

del servicio de salud. Esta norma concerniente a los CTC y que fincó en cabeza del afiliado el impulso de esta actuación administrativa para el acceso a servicios hospitalarios no incluidos, ha sido objeto de reglamentación por el Ministerio de la Protección Social en varias resoluciones, entre ellas, 5061 de 1997, 2948 de 2003, 3797 de 2004, 2933 de 2006 y 3099 de 2008.

Sin embargo, esa premisa normativa tuvo un cambio de enfoque con el pronunciamiento de la Corte Constitucional³⁹ cuando en su ejercicio abstracto de constitucionalidad sobre unos apartes del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, expuso la naturaleza y alcance de los CTC y radicó en cabeza de los médicos tratantes la obligación de tramitar ante el mentado ente administrativo el suministro de servicios médicos que se encuentren por fuera del POS, relevando de dicha tarea al paciente usuario del sistema.

Esbozados los anteriores razonamientos, puede asegurarse entonces que a la luz de la realidad constitucional y legal los usuarios y/o beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, no son los llamados a tramitar ante los CTC servicios médicos no cubiertos por el POS, se trata de una mera instancia administrativa que constituye una carga propia de la entidad, que por ninguna circunstancia puede obstruir el derecho a la salud de los pacientes indistintamente el tratamiento que requieran, a tal punto que cualesquier discrepancia que pueda presentarse entre el

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-648 del 14 de mayo de 2008.

comité y el galeno especialista sobre tratamientos necesarios para conjurar o restablecer la salud del paciente, siempre es prevalente el criterio de este último, que por cierto, se convierte respecto del ciudadano en un derecho fundamental a ser protegido por el sistema general de salud, por consiguiente, si la EPS no estudia la solicitudes de forma oportuna, ni las tramita ante el CTC, cuando se acceda por acción de tutela a la prestación del servicio de salud, los costos deberán ser cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.

6.3. Del caso concreto.

Una vez cercado el marco jurídico de estudio a desarrollar por esta Colegiatura en la resolución de la impugnación en la presente contienda judicial, que con diáfana claridad permite entrever que su manejo gira alrededor de la órbita de la responsabilidad civil médica contractual, porque así lo avalan los preceptos legales⁴⁰ y la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, esta última que se ha inclinado hacia la tesis contractualista⁴¹ en la prestación del servicio de salud cuando de afiliados al sistema de seguridad social se trata, es decir, que este tipo de responsabilidad tiene naturaleza contractual tanto con el médico como con las instituciones promotoras y prestadoras de salud a quienes se les ha confiado ese trascendental servicio, que en el caso de marras tiene

40 Arts. 1494, 1495, 1603 y 1604 del Código Civil.

41 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Civil, Sentencia del 20 de octubre de 2022, Rad: 6001-31-03-002-2018-00066-01 (2764), M.P. Jorge Jaramillo Villarreal

como partes, a la demandante, que al momento de los hechos era afiliada al régimen contributivo de la Empresa Promotora de Salud COOMEVA E.P.S. S.A. (fls. 168 a 170, 286 a 291, 305 C. 1), e igual vínculo respecto de las clínicas MEDISALER y CORPOMÉDICA como directas prestadoras del servicio médico (fl. 306 a 3307), por consiguiente, sobre este particular no se ahondará en los renglones subsiguientes, por estar dada la legitimación e interés en la causa por activa y pasiva.

Entrando en materia, la responsabilidad civil es la obligación del responsable de la conducta activa u omisiva de reparar el daño a quien lo ha sufrido, los elementos esenciales de su configuración son: comportamiento activo u omisivo del agente, daño y nexo causal entre el primero y segundo elemento.

En el marco de la responsabilidad civil contractual⁴² es indispensable que se cumplan los siguientes requisitos: 1) que haya un contrato válido, 2) que se presente un daño por la inejecución, ejecución tardía o cumplimiento defectuoso del contrato y 3) que el daño se produzca por la tardía o defectuosa actuación u omisión de las obligaciones contratadas.

Ahora bien, en el ejercicio de subsunción del caso concreto en los elementos de la responsabilidad contractual, podemos decir, que

42 Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia del 30 de enero de 2001. Exp No. 5507 M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

están dados ya los de contrato válido y la acreditación del daño, por cuanto ya fue decantada la naturaleza contractual que se desprende de la relación jurídica entre un afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud y la Empresas Promotoras de Salud EPS, y al mismo tiempo, el perjuicio traducido en la pérdida del ovario derecho entre otras secuelas que padeció LOREN YIZETH ORTIZ ÁLVAREZ, como consecuencia del agudo quiste complejo que se generó con la patología de hidrosalpinx, aserto este contenido en la sentencia proferida por el juez de primer grado que no fue cuestionado por la demandada en el recurso de apelación objeto de análisis, el cual por cierto, también presupone que la causación del daño tuvo lugar por la retardada intervención quirúrgica, pero alegando que no fue por incumplimiento de la órbita de sus obligaciones contractuales.

Dicho esto, prosigue la Sala con el minucioso examen del siguiente elemento que exige determinar si la materialización del daño tuvo ocurrencia por la tardía o defectuosa actuación u omisión de las obligaciones contratadas, claro está, dentro del marco del recurso de apelación reseñado, contentivo de dos apéndices concretos a desatar.

(i) En el primer tópico del recurso, la apoderada recurrente basada en su interpretación de los medios suyasorios afirma que no existe culpabilidad absoluta en los daños a la salud ocasionados a la demandante, puesto que la EPS cumplió con sus obligaciones

contractuales y legales con la autorización de los exámenes y procedimientos que se encontraban disponibles para los años 2008 a 2010 en el POS, entre los que se encontraba la intervención solicitada denominada laparotomía y/o laparoscopia que viabilizó por ser pertinente. Evidencia entonces la Sala, que la precedente disidencia posee un sentido enunciativo más que uno estructuralmente argumentativo, una aceptación parcial de responsabilidad cuando señala que la prestación tardía no fue culpa absoluta de la EPS, y adicionalmente, que el procedimiento por laparotomía y/o laparoscopia se encontraba dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Conviene subrayar que la compleja naturaleza del vínculo contractual que existe entre el Estado, las Empresas Promotoras de Salud y sus afiliados es especial o cualificada, o por lo menos difiere a los convenios que pueden existir entre dos partes de derecho privado, pues como se ha decantado en las consideraciones de esta decisión, la Constitución Nacional determina que la salud es un servicio público y derecho fundamental a cargo del Estado, que se presta bajo su dirección, coordinación y control dentro de unos principios, entre ellos el de eficiencia, en el que permite además que entidades privadas también puedan prestarlo, todo lo anterior a través de la ley (art. 48 CN). Entonces, es el Estado a través de su órgano legislativo en desarrollo de la Constitución que promulga la Ley 100 de 1993, creando el Sistema General de Seguridad Social en Salud y la figura legal de las entidades particulares que pueden

garantizar ese servicio esencial denominadas Empresas Promotoras de Salud, siendo una de ellas Coomeva EPS, de manera que esta última se vinculó contractualmente con el Estado con base a un objeto contractual sometido a todo esa legislación sistemática que le imprime responsabilidades y la forma como debe cumplirlas, siendo esto así, el primer cargo de censura dista de tener vocación de prosperidad al carecer de la virtualidad suficiente para enervar la culpabilidad enrostrada por el juzgador de instancia a la entidad apelante, considerando principalmente que por los expuestos estándares jurídicos y jurisprudenciales que revisten al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con su agregado Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud, para Coomeva EPS constituye un fiel reflejo de falencia organizacional y coordinación institucional que un procedimiento por laparotomía y/o laparoscopia que fuese ordenado por médico especialista desde el 21 de diciembre de 2009, posteriormente el 4 de marzo y 20 de octubre de 2010, reiterándose el 9 de noviembre de 2011, haya culminado con una salpingooforectomía total de ovario derecho solo hasta el 16 diciembre de 2011, con intermedio entre cada una de esas fechas de un sinnúmero de exigencias, reiteradas atenciones sanitarias, peticiones de apremio de la doliente, infinidad de exámenes que reafirmaban el mismo diagnóstico y pertinencia del procedimiento, inclusive, inmediación del Ministerio Público para que se autorizara la intervención, corolario, una manifiesta transgresión en sentido estricto al principio de oportunidad del que está revestido el sistema, al coartar a Ortíz Álvarez la posibilidad

de acceso de forma oportuna y sin retrasos injustificados de la imprescindible cirugía que colocaba en riesgo su salud, que como se sabe, solo se dio años después y ante un desolador cuadro clínico del mentado órgano reproductor, que al momento de la operación contaba con una adherencia de masa quística de aproximadamente 15 cm de diámetro que hizo necesaria su extirpación.

(ii) Respecto al segundo aspecto objeto de censura, que coloca de relieve la desidia de la demandante en la gestión de exámenes y autorizaciones necesarios para acceder a la cirugía por laparotomía y/o laparoscopia, la Sala encuentra al igual que la anterior discrepancia, su carácter enunciativo más que argumentativo.

Ahora bien, en el plenario se encuentran probadas ciertas circunstancias que hacen apología al planteamiento de justificación exculpatoria de la entidad apelante, sobre una idea negligente de la demandante en su gestión para acceder a la intervención sanitaria, estas se desprenden del ya realizado análisis probatorio que arrojó los siguientes hechos indicadores: a) que la primera orden de especialista para realizar el procedimiento quirúrgico fue el 21 de diciembre de 2009, pero la interpretación del médico legista en el dictamen pericial sobre los hallazgos en la historia clínica, no le permitieron establecer si la paciente realizó o no, los trámites que le correspondían para avanzar en el tratamiento; b) para Coomeva la laparotomía y/o laparoscopia que ordenó el médico tratante, era de naturaleza electiva, de manera que para su autorización tenía que

mediar orden expresa de la EPS, previa radicación por el usuario de la orden de cirugía en la sala SIP que solo se dio hasta el 26 de abril de 2010; c) La cirugía estaba por fuera del POS y no fue autorizada por el Comité Técnico Científico de Coomeva EPS.

Indiscutiblemente, en un diseño institucional de eficiencia y calidad del servicio de salud en el que gravitan las Empresas Promotoras de Salud, tales supuestos de aparente alcance persuasivo no tienen cabida al éxito o prosperidad, pues se parte de una orden de cirugía de médico tratante que se postergó desde el año 2009 y se dilató de forma excesiva en el tiempo, evidenciándose con claridad meridiana que Coomeva faltó a su obligación constitucional y legal de control sobre nivel de atención que desplegaron las Instituciones Prestadoras de Salud CORPOMEDICA y clínica MEDILASER, al no haber demostrado las medidas y procedimientos que tenía instituidos para que LOREN YIZETH ORTIZ ÁLVAREZ hubiese recibido el tratamiento por laparotomía y/o laparoscopia de forma integral, eficiente, oportuna y de calidad (art. 178 numeral 6 *ibidem*), pues como ya se anotó, su función no se limita simplemente a que el servicio asistencial lo presten las Instituciones Prestadoras de Salud con los que posea vínculo contractual, también son representantes de sus usuarios, garantes en la prestación del servicio de calidad, y desde luego, asumen de forma directa el riesgo transferido por sus afiliados ante eventuales consecuencias de responsabilidad civil.

Así pues, ante este panorama quedan en nada las insinuaciones como las del médico legista sobre su incertidumbre de si la interesada en la operación realmente realizó los trámites administrativos para recibir la atención deprecada, o que el conducto regular era radicar la orden de cirugía del médico tratante en la sala SIP de Coomeva para su aprobación según postura del gerente de la empresa, dado que, sin perjuicio a esta línea argumentativa que vislumbra plena culpa del ente implicado, estas pruebas hablan de una gestión administrativa en cabeza del afiliado para acceder a las intervenciones de sanidad, que de hecho tendría que cumplir dentro del marco de sus deberes de afiliado (art. 160 numeral 6° *ibidem*); sin embargo, no se arrimaron al plenario aquellos instructivos o guías de atención que sirvieran de parámetros normativos y así establecer si la demandante incumplió las reglas internas exigidas por la entidad para acceder de forma oportuna a la perentoria cirugía.

En igual sentido, no puede admitirse algún tipo de cuestionamiento de inactividad de parte de la actora respecto al trámite para acceder a procedimientos o tratamiento no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud ante el CTC en busca de la laparotomía y/o laparoscopia, pues al margen de las consideraciones de exclusión esbozadas en el acápite de estudio probatorio sobre el desarrollo de esta actuación administrativa que culminó con improbación de la intervención deprecada mediante Acta No. 201025062 del 28 de mayo de 2010, lo cierto es que de conformidad al artículo 188 de la

Ley 100 de 1993 y el artículo 4º de la Resolución 3099 de 2008, vigente para la época, los llamados a tramitar ante esta instancia administrativa los servicios médicos no cubiertos por el POS son los médicos tratantes.

No obstante lo anterior, debe decirse que decisión administrativa negativa del CTC a la postre fue en contravía del principio de pertinencia, si se observa que los diferentes galenos que atendieron a la paciente entre los que se encuentran José Javier Natera Viana y Iliana Teresa Rojas, fueron categóricos en señalar que ante una lesión quística compleja de ovario derecho con denotación de hidrosalpinx, el tratamiento o procedimiento más beneficioso de acuerdo con la evidencia científica era la plurimencionada laparotomía y/o laparoscopia.

Así las cosas, deberá proceder la Sala a confirmar el fallo confutado ante la improcedencia de los cargos expuestos por la apoderada judicial de Coomeva EPS en el recurso de apelación, pues no lograron desvirtuar los elementos configurativos de la responsabilidad médica contractual sobre el daño en la salud causado a LOREN YIZETH ORTIZ ÁLVAREZ con la pérdida del ovario derecho, como consecuencia de la tardía y defectuosa prestación del servicio con la excesiva prolongación temporal en hacer efectivo tratamiento por laparoscopia y/o laparotomía, materializando el incumplimiento de su órbita obligacional contenida en el Sistema de Seguridad Social en Salud, transgrediendo en estricto sentido los principios de oportunidad y

pertinencia propios de Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud y en general el derecho a la afiliada de acceso al servicio de salud de forma integral, eficiente, oportuna.

Finalmente, las condenas confirmadas a las que hace referencia el numeral 3º de la decisión se decretan en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Esta determinación se basa en la parte resolutiva oralizada por el juez de instancia, ya que en el acta de audiencia no se precisó si la condena se establecía en salarios diarios o mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA, CAQUETÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **costas** de segunda instancia a la parte apelante, conforme lo dispone el numeral 3º del artículo 365 del Código General del Proceso.

TERCERO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, en firme esta sentencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GILBERTO GALVIS AVE

Magistrado

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO⁴³

Magistrada

⁴³ RM. Rad. 2014-00200-01. Firmado electrónicamente por los H. Magistrados.

Firmado Por:

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Sala 002 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Diela Hortencia Luz Mari Ortega Castro
Magistrada
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

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

Código de verificación: **7f2d30dc697852a8d0089b84c25bdb94e160b0dd8c4be9fd77e3751bff8f5de**
Documento generado en 19/04/2024 07:13:53 PM

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

Proceso: Restitución Internacional de Menores

Demandante: Cristian Armando Poveda Vega.

Demandada: Ligia Paola Zuluaga Arcila.

Radicación: 18-001-31-10-001-2022-00062-01

Discutido y Aprobado según Acta No. 035.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
GILBERTO GALVIS AVE**

Florencia -Caquetá-, dieciocho (18) de abril de dos mil veinticuatro
(2024).

Procede esta Sala de decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante a la sentencia fechada 12 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Primero de Familia de Florencia, Caquetá, dentro del proceso verbal promovido por Cristian Armando Poveda Vega en contra de Ligia Paola Zuluaga Arcila, para obtener la Restitución Internacional de los niños Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga.

ANTECEDENTES

En la demanda con la que se dio inicio al asunto en precedencia referenciado¹, el gestor en síntesis demanda, que se declare las siguientes;

PRETENSIONES

- a)** Que se ordene la restitución internacional de los niños Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga, de 5 y 7 años de edad, respectivamente, con destino a Ecuador teniendo en cuenta la petición elevada por el padre biológico.
- b)** Que se proceda a solicitar a la Defensoría del Pueblo la designación de apoderado judicial que represente al señor Cristian Armando Poveda Vega y a Ligia Paola Zuluaga Arcila, en la reclamación realizada sobre Restitución Internacional de sus hijos a su país de origen, o en su defecto, se le nombre un abogado de la lista de auxiliares de la justicia.
- c)** Que se ordene levantar el impedimento de salida del país que pesa sobre los niños Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga, y autorizar la salida del país de los menores, con destino a Ecuador.

Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes;

¹ Ver documento 3 folio 1 a 5 del Cuaderno principal.

HECHOS

Que los niños Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga, nacieron el 12 de abril de 2017 y 08 de julio de 2015, respectivamente, en Francisco de Orellana El Coca Ecuador, producto de la relación matrimonial conformada por los señores Cristian Armando Poveda Vega y Ligia Paola Zuluaga Arcila.

Que el señor Cristian Armando Poveda Vega de nacionalidad ecuatoriana solicitó la restitución internacional de sus menores hijos.

Que la señora Ligia Paola Zuluaga Arcila de nacionalidad colombiana viajaba una vez al año de Ecuador a Colombia donde su familia, en ocasiones en compañía de su esposo Cristian Armando, pero siempre con sus menores hijos.

Que sus hijos Sergio Andrés y Cristian Alejandro, se encuentran en la Inspección de la Unión Peneya - Jurisdicción de La Montañita - Caquetá, bajo el cuidado de su abuela materna, pues la progenitora no se encuentra residiendo con ellos; y que desde principios de 2021 no tiene contacto con sus menores hijos.

Que el Comisario de Familia de La Montañita, Caquetá, avocó conocimiento de la petición de restitución internacional a favor de los niños Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga, y que el 30 de junio de 2022 adelantó diligencia de retorno voluntario sin éxito alguno.

Que el 28 de septiembre de 2022 la Autoridad Administrativa solicitó a Migración Colombia, el impedimento de salida del país de los menores de edad.

ADMISIÓN Y CONTESTACIONES

Que el Juez Promiscuo Municipal de La Montañita el 21 de octubre de 2022, declaró la falta de competencia y ordenó su remisión al Juez de Familia -Reparto-. El Juzgado Primero de Familia de Florencia, mediante auto del 8 de noviembre de 2022 inadmitió la demanda y una vez subsanada las falencias formales, mediante proveído del 23 de noviembre de 2022 admitió² la demanda de restitución internacional. Notificada en legal forma, la demandada guardó silencio.

ACTUACIÓN PROCESAL

Integrado en debida forma el contradictorio y evacuado el informe sociofamiliar visible a folios 117 a 119, la jueza de conocimiento decretó pruebas y convocó las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, en donde se profirió el fallo con el cual finalizó el trámite de instancia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

² Documento 13 del libro principal.

El a quo mediante la sentencia³ advirtió que, para que proceda la Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes, es menester el cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales la Corte Constitucional en la Sentencia T-202/2018, consagró los siguientes: *“para que se configure la retención ilegal de un menor de edad al interior de la jurisdicción de alguno de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades administrativas o judiciales, conforme a la competencia asignada por la legislación de cada país, deberán acreditar los siguientes presupuestos: (i) que el niño, niña o adolescente retenido tenga menos de dieciséis años de edad (art. 4); (ii) que exista un ejercicio individual o compartido del derecho de custodia sobre el menor de edad (art. 3); (iii) que la residencia habitual del menor retenido sea la del país requirente (art. 4); (iv) que el menor retenido se encuentre efectivamente en el país requerido (art. 1); (v) que la Autoridad Central del país donde se encuentra el menor retenido agote la etapa de restitución voluntaria (art. 10); (vi) que la solicitud de restitución del menor se haya presentado dentro del año siguiente a la retención (art. 12); y; (vii) que no se configure ninguna de las causales de excepción previstas en el Convenio (art. 13)”*, las cuales corresponden: 1) Que se demuestre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno; 2) Que los titulares de la solicitud hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad al traslado o retención; 3). Que exista un riesgo grave de que la restitución del menor puede exponerlo a un peligro físico o psíquico, o que de cualquier otra manera se pone en una situación intolerable; 4). Que se compruebe que el propio menor se opone a la restitución, cuando el este haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

³ Documento 61 del cuaderno principal

Que analizados uno a uno los anteriores presupuestos, adecuándolos al caso concreto, teniendo en cuenta las declaraciones del señor Cristian Armando Poveda Vega y de la señora Ligia Paola Zuluaga Arcila y las demás pruebas aportadas y solicitadas de manera oficiosa, se pudo advertir que, el desplazamiento de los menores de edad en compañía de la señora Ligia Paola Zuluaga Arcila hacia Colombia se hizo con el conocimiento y la voluntad del padre de los niños, en razón a los problemas familiares por los que cruzaba la pareja, aunque no eran de maltrato, si eran de mala convivencia, pues quedó demostrado que el señor Cristian Armando Poveda Vega ayudó a pasar de Ecuador a Colombia por vías ilegales de ingreso a su expareja e hijos, dado que el sitio que escogieron no se exigía permiso alguno de entrada a los menores, tal y como ocurre en los lugares apropiados para tal finalidad, además el demandante sabía y quería para ese momento que los hijos se trasladaran a Colombia, como prueba de ello, se tiene el propio conocimiento del traslado, las consignaciones hechas por Cristian Armando Poveda Vega, porque el ingreso data el 10 de marzo de 2021 y la primera consignación hecha por él fue el 12 de abril de 2021, a menos de un mes de estar sus hijos viviendo en Colombia, la segunda consignación fue el 12 de mayo de 2021 y la tercera el 19 de junio de 2021, estas consignaciones fueron hechas a los familiares de la madre de los menores ya que ella no tenía documentos que le permitieran hacer el retiro del dinero consignado. El padre permitió el traslado de sus dos hijos, lo que no se pactó o se estableció fue un término para que los menores fueran a visitar a su padre.

Ahora, en la entrevista de los menores, tampoco se evidenció la existencia de una influencia, ni del padre, ni de la madre, pues al preguntarles que, si querían que el papá y la mamá estuvieran presentes en la entrevista, señalaron afirmativamente. Dijo la jueza a quo que, en la declaración de los menores que fue realizada por la Comisaría de Familia del Tambo Cauca, en la vereda San Juan de Micay Colombia, lugar de residencia de los menores, la que por demás fue virtual por los problemas de orden público que presenta la zona, se evidenció el buen estado del sitio de residencia de los menores, que a través de diferentes preguntas se notó la espontaneidad y sinceridad de las respuestas, sumado a que se declaró que los menores se encuentran estudiando. También se hizo referencia al contenido de la ley 173 de 1994 en el literal a), donde se indica que la autoridad administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño si se constata que este se opone al regreso habiendo alcanzado una edad y madurez que demuestre que es conveniente tener en cuenta esta opinión, para el despacho ese aspecto quedó demostrado a través de la prueba de visita que realizó la psicóloga, pues fueron los mismos menores Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga quienes manifestaron que no quieren vivir en Ecuador y que si quieren vivir en Colombia, que sí desean ver a su progenitor, visitarlo, pero solo en visitas, no regresar a vivir al Ecuador, en cuanto a la madurez de los niños también fue acreditada por la forma en que contestaron, fueron auténticas y espontáneas, pueden dar las respuestas sin instrucción de alguna persona, fueron claros a lo que se les interrogó, lo que permite tener en cuenta sus manifestaciones, reiteró, la jueza a quo, la

forma como se comportaron dando las respuestas, aceptando la oposición que manifestaron, la que fue escuchada en presencia de la Defensora de Familia, la Psicóloga asistente social del despacho y la jueza.

Asimismo, la jueza a quo citó algunas sentencias de la Corte Constitucional trascendentales; tales como la Sentencia T-033/2020: *“El interés superior de los niños, niñas y adolescentes se traduce en la efectividad de numerosas garantías en favor de estos, dentro de las cuales se encuentra el derecho a ser escuchados, a formarse su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los afecten o los involucren. Esta prerrogativa tiene sustento en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la Constitución Política y en varios instrumentos internacionales, todos dirigidos a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.”* Sentencia T-019 del 2020 que señala: *“El interés superior del menor, entendido como un principio que guía el accionar de las autoridades Estatales, propende porque, al momento de tomar una determinación que pueda afectar los intereses de un niño, niña o adolescente: (i) se tengan en cuenta y evalúen las opciones o medidas que, en mejor manera, permiten la satisfacción efectiva de sus derechos, incluso si éstos entran en colisión con los derechos de terceros; y (ii) que al momento de adoptar estas determinaciones se valore la opinión del menor, siempre que éste cuente con la madurez necesaria para formarse su propio criterio al respecto.”* Sentencia T 276 2012 : *“Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a*

partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo". Por lo que, el interés superior del menor entendido como principio que guía el interés de accionar de las autoridades estatales, propende a que se tenga en cuenta los intereses de los menores y se evalúen las opciones o medidas que permitan la satisfacción efectiva de sus derechos.

Por eso, expuso que los niños se encuentran en un hogar reconstruido y todos sus derechos se encuentran garantizados evidenciándose por medio de la visita, el de educación, recreación, salud, núcleo familiar, cuidado y protección, dejando claro que, en el caso de la salud, ya se hicieron los trámites según los expedientes allegados al juzgado para vincularlos al sistema de salud.

Señaló a su vez la jueza que, la voluntad expresada por los niños no se evidenció un rechazo a su padre, que al contrario, sienten afecto por el progenitor, que tienen comunicación telefónica, pero aclaró que, de ninguna manera está haciendo alusión a esto para decir que se presenta una excepción de integración a un nuevo hogar, que en este caso no puede darse aplicación a ello en virtud de art 12 de la ley 173 de 1994, puesto que no transcurrió un año desde la fecha en que los niños llegaron a Colombia, y la fecha en que se solicita la restitución de los niños, por eso no se puede hablar de esa integración a un nuevo hogar. Refirió también, las condiciones del progenitor de los menores para efecto de tener a sus hijos, se realizó una visita al hogar para saber el estado socio familiar del señor Cristian Armando Poveda Vega, tampoco existe una prueba que indique que haya maltratado a

sus hijos, indicó que también puede tener a sus hijos, pero aclaró que, en esta audiencia se discute es la restitución de los menores, y no, la custodia de los mismos.

Concluyó resaltando que, los menores se encuentran en un hogar donde se les garantiza sus derechos fundamentales, integridad psicológica y física, aunque se encuentren en una zona de difícil orden público, se logró demostrar que los niños se encuentran bien en un sitio seguro para ellos, por esas razones negó la restitución de los niños Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga, a Ecuador desde Colombia, y no tomó decisión sobre la custodia y otros derechos en virtud del artículo 16 de la ley 173 de 1994.

EL RECURSO

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado judicial de la parte demandante apeló la sentencia proferida bajo el argumento que, se hicieron análisis generalizados de la situación y no se mencionaron concretamente las intenciones de cada niño. Que no comparte la decisión de la señora juez en cuanto que no se haya hecho un traslado ni una retención ilícitas, según lo expuesto en los alegatos de conclusión por tratarse de sitios que se consideran que el paso a Colombia no es autorizado por ninguno de los dos países. Que, según la versión dada por la madre de los menores, **(i)** ellos se desplazaron diciendo que venían de vacaciones, pero su verdadera intención era que se iban a quedar residiendo en Colombia. No está acreditado en

el expediente, no hay prueba de ello, que el padre haya dado el consentimiento para el traslado de los menores a Colombia, en este caso se ha tenido en cuenta solo los argumentos de la madre y no los del padre. En cuanto a las entrevistas **(ii)** hay una contradicción en la declaración dada por los menores en cuanto a tiempo modo y lugar en que se desplazaron a Colombia y no se puede tener como manifestaciones si están influenciados por la madre de los menores en el momento en que les hicieron la entrevista. De otra parte, **(iii)** no se realizó por parte del despacho un análisis de la sanción que debió imponerse a la demandada, por no contestar la demanda, teniendo consecuencias legales y que no se hizo ningún pronunciamiento sobre esa circunstancia en la audiencia. Los niños peligran en la zona donde se radican **(iv)** esto quedó claramente demostrado porque ni los funcionarios públicos pudieron entrar al sitio donde están los menores a realizar la entrevista de manera personal, no se valoró ni el riesgo, ni el peligro al que están expuestos en el lugar donde residen actualmente. La entrevista personal y privada **(v)** no se realizó con las garantías de libre versión a los menores, hay una mala práctica de prueba ya que la entrevista realizada no es personal ni privada, no existió un control de las personas que pudieran estar en ese sitio, tampoco que controlaran que ninguna persona pudiera influir en las respuestas, se nota que no hubo espontaneidad en las respuestas de los menores, pero lo que si se notó fue que la madre influyó en las respuestas. Los menores refirieron que sí quieren ir a Ecuador y no se tuvo en cuenta esa declaración, también se solicitó una prueba técnica que pueda realizárseles a los niños para establecer una valoración de madurez para tenerse en cuenta la opinión de cada

uno de los menores. En cuanto al trámite procesal (**vi**) no hay una valoración de una prueba técnica psicológica de madurez de los niños por parte del juzgado, no hay registro de que la funcionaria del juzgado se encontrara presente en la prueba de recaudo de entrevistas solo es una afirmación, pero en las audiencias no hay registro de intervención de esta funcionaria, ni aportes de la funcionaria, además la validez de la prueba no fue decretada, por tanto no se puede dar validez a una prueba que no se ordenó legal en el proceso para tenerla como base a ese proceso, la ausencia de la asistente judicial del despacho.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Si bien el objeto de apelación estriba en el total desacuerdo frente a la sentencia de primera instancia que negó la restitución de los menores Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga, según la parte apelante, los jóvenes fueron sustraídos de su lugar habitual de residencia en la Provincia de Orellana, ciudad Francisco de Orellana-El Coca, Barrio Bellavista, Ecuador, razón por la cual, se advierte por parte de la Sala, que el problema jurídico se circunscribe a determinar si fue o no acertada la determinación de la juez de instancia al negarse a restituir a los menores Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga de 6 y 7 años,

respectivamente, teniendo en cuenta las condiciones familiares, psicologías y económicas presentadas en el país solicitante.

Previamente a resolver lo pertinente de cara al problema jurídico que se dejó enunciado, se torna perentorio afirmar que resulta inobjetable la competencia funcional del Tribunal para conocer de este asunto, en virtud del recurso de apelación, admitido en vista de tratarse de un proceso de restitución internacional de niños y adolescentes promovido al amparo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, aprobado por la ley 173 de 22 de diciembre de 1994, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-402 de 1995, y vigente en Colombia a partir del 1º de marzo de 1996, como consta en el Decreto 517 de 1996, por el cual se le promulga, por lo que concierne con la materia regulada por las disposiciones especiales de la ley 1008 de 2006 "por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y familia", cuyo artículo 1º establece que son asuntos de competencia de los jueces de familia, que deben tramitar por la vía del proceso verbal sumario, "en los que se garantizará el principio de la doble instancia, la cual se tramitará de acuerdo con las disposiciones que la regulan para el proceso verbal de mayor y menor cuantía" regla que con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5º de la ley 57 de 1887, por gobernar asunto especial, es de aplicación preferente respecto de la norma posterior del artículo 119-3 de la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, conforme al cual la restitución internacional de niños es asunto que

debe tramitarse en única instancia, salida ajustada a la pauta de hermenéutica de su propio artículo 6º según el cual, "las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso. se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña adolescente", segmento este último de la disposición con el que se atempera la solución dada al anotado conflicto normativo, porque hace prevalecer la aplicación de la norma procesal anterior más garantista, como reguladora de conflicto disciplinado en el referido convenio tocante con el interés superior del niño en cuanto es titular del derecho fundamental a no ser separado de su familia.

Rememórese que la discrepancia del recurrente hace relación con la afirmada demostración de la concurrencia de la circunstancia excepcional contemplada en el artículo 13-b del Convenio de La Haya de Restitución Internacional de Niños, amén de la inaplicabilidad de la disposición del artículo 12, hitos demarcadores de los confines de competencia funcional que al Tribunal se le atribuye por virtud del recurso de apelación. Como el aludido convenio de derecho internacional fue convertido en norma de derecho interno y por esto se constituye en el marco jurídico regulador de la controversia, en orden a su aplicación es preciso aludir previamente a sus directrices, entre las que viene pertinente traer a colación:

"2.1 Según el artículo 1º que su objeto es i) "asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado Contratante": y ii) "hacer respetar efectivamente en los otros Estados Contratantes los derechos de guarda y de visita existentes en un estado contratante". En desarrollo de lo anterior, prevé el artículo 3º que "el traslado o no regreso de un niño será considerado como ilícito: a) Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, una institución o cualquier otro organismo, ya sea solo o conjuntamente. por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso: b) Que este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieran producido.--El derecho de guarda señalado en el inciso a) podrá resultar en especial por ministerio de la ley de pleno derecho o de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo en vigor en virtud de la legislación de dicho Estado", el artículo 5º a, define el alcance del derecho de guarda, al disponer que para los efectos del Convenio "comprenderá el derecho relativo a los cuidados de la persona del niño y en particular el de decidir su lugar de residencia", en tanto que según el literal b). el de visita "comprenderá el derecho de llevar al niño por un periodo de tiempo limitado a un lugar distinto al de la residencia habitual del niño.

"2.2 El artículo 6º crea unas autoridades centrales en cada país encargadas "de cumplir las obligaciones que fueron impuestas por el Convenio" en nuestro caso el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que a tono con el artículo 7º tienen como responsabilidades "cooperar entre sí y fomentar la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar el regreso inmediato de los niños y lograr los demás objetivos

del presente Convenio", quienes "deberán tomar todas las medidas apropiadas, ya sea directamente o con la colaboración de cualquier Intermediario". particularmente las allí enlistadas: a) Para localizar a un niño trasladado o retenido ilícitamente; b) Para prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes Interesadas, tomando o haciendo tomar medidas provisionales; c) Para asegurar la entrega voluntaria del niño o facilitar una solución amistosa; d) Para Intercambiar, si ello resultara útil, datos relativos a la situación social del niño; e) Para proporcionar información general en cuanto a la legislación del Estado relativa a la aplicación del Convenio; f) Para incoar o facilitar el inicio de un procedimiento judicial o administrativo con el fin de obtener el regreso del niño y, según sea el caso, de permitir que el derecho de visita sea organizado o efectivamente ejercido; g) Para conceder o facilitar, según sea el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, Incluyendo la participación de un abogado; h) Para asegurar, en el plano administrativo, si fuere necesario y oportuno, el regreso del niño sin peligro; i) Para mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio y hasta donde fuere posible. la eliminación de cualquier obstáculo a su aplicación"

"2.3 Conforme a los artículos 7 y siguientes, la actuación debe promoverse mediante solicitud del padre afectado o de la institución que tiene la guarda, ajustada en su contenido a lo previsto en el artículo 8º, bien sea ante dicha autoridad del estado de residencia habitual del niño, que la debe transmitir a su homóloga en el estado requerido, si es que el padre no acude directamente a ésta, autoridad que a virtud del artículo 10º "tomará o hará tomar las medidas apropiadas para asegurar su entrega voluntaria" en un trámite expedito de seis semanas de duración (art. 11), de modo que a virtud del

artículo 12 "Transcurrido un periodo de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del estado contratante donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso Inmediato. -La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del periodo de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio"

"2.4 No logrado el regreso del niño con la intervención del ICBF como autoridad Central, a virtud de lo contemplado en los artículos 6 y 7, a ésta le corresponde formular demanda con la pretensión principal de que sea decretado por el juez con la audiencia del padre o persona que lo retenga, quien puede evitarlo si alega y comprueba alguna de las situaciones excepcionalmente previstas en el artículo 13, a saber:

*"a) Que la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del niño no ejercía efectivamente el derecho de guarda en el momento del traslado o no regreso o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regreso; b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable.-*La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño si constatare que éste se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrare que es conveniente tener en cuenta esta opinión. En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas*

por la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño residiere habitualmente acerca de su situación social"

"2.5 En materia probatoria. prevé el artículo 14 que para "determinar la existencia de un traslado o de un no regreso ilícitos en el sentido del artículo 30, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido podrá tener en cuenta la legislación y las decisiones judiciales o administrativas reconocidas de manera formal o no en el Estado donde el niño residiere habitualmente sin tener que recurrir a los procedimientos específicos sobre la prueba de esa legislación o por el reconocimiento de decisiones extranjeras que de otro modo serían aplicables" el 15 establece que "Antes de ordenar el regreso del niño, las autoridades administrativas y judiciales de un estado contratante podrán pedirle al solicitante que presente una decisión o atestación que emane de las autoridades del Estado donde el niño residiere habitualmente donde se constate que el traslado o no regreso era ilícito en el sentido del artículo 3• del Convenio, en la medida en que se pueda obtener esta decisión o esta atestación en ese Estado. Las autoridades centrales de los estados contratantes colaborarán en la medida de lo posible para obtener tal decisión o atestación"

"3. En referencia a dicha normatividad, la Corte Constitucional dijo a propósito de las funciones de la autoridad administrativa que "Puede apreciarse que a la Autoridad Central corresponde, fundamentalmente recibir la solicitud e impulsar su trámite; localizar al menor, indagar sobre su actual situación y adoptar las medidas de protección que sean del caso; promover la restitución voluntaria e iniciar el trámite judicial de restitución cuando ello no sea posible. Es preciso tener en cuenta que el artículo 10 del

Tratado reitera la obligación de la Autoridad Central del Estado donde se halla el niño de tomar o hacer tomar las medidas apropiadas para asegurar su entrega voluntaria. Por otra parte, el artículo 13 del Tratado dispone que 'En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas por la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño residiere habitualmente acerca de su situación social. Considera la Corte que de acuerdo con el artículo 7 del Tratado, corresponde a la Autoridad Central la responsabilidad de '... intercambiar, si ello resultara útil, datos relativos a la situación social del niño, antes de remitir el trámite de restitución internacional a la autoridad judicial competente, la Autoridad Central debe haber establecido, cuando ello sea del caso, la situación social del menor en el Estado requirente". (Sentencia T-891/03)

4. En el caso que nos ocupa, se tiene que fracasó la gestión administrativa enderezada al regreso voluntario de los menores de edad, por lo que hubo necesidad de darle curso a la actuación judicial, en la que al juez le corresponde decidir definitivamente sobre la solicitud de restitución, para negarla o concederla, según el caso, efecto para el cual, dice la misma sentencia que en adelante será citada repetidamente, "*debe verificar, en principio y salvo que se requiera mayor debate probatorio, a partir de la Información contenida en el expediente preparado bajo la dirección de la Autoridad Central: i) La regularidad del trámite de la solicitud, de acuerdo con las normas del tratado y las disposiciones de derecho interno aplicables; ii) Que el solicitante tenga el derecho de custodia, individual o conjuntamente; lii) Que el menor tenía su*

residencia habitual con el solicitante en el Estado desde el cual se formula la solicitud; iv) Que el menor no tenga todavía 16 años; v) Que el menor, previamente a la conducta que da lugar a la solicitud, no haya sido desplazado de manera ilícita, esto es, contrariando el régimen de custodia y de visitas; y vi) Que no esté presente ninguna de las condiciones del artículo 13 para negar el retorno".

5. Conforme al derecho interno inspirado en el principio dispositivo, por regla general toda actuación judicial se inicia mediante una demanda (art. 2º y 3º del C.G. del P.) requisito del que no se exceptúa el caso de la restitución internacional de niños por no tener prevista iniciativa oficiosa, como lo confirma lo dicho en este otro pasaje del aludido fallo: *"Si la restitución del menor, no se obtuviere en forma voluntaria o mediante la conciliación, [a la denominada autoridad central le corresponde) realizar las gestiones necesarias para obtener su restitución por vía judicial. Para el efecto deberá presentar la demanda ante el juez competente. acompañada de la documentación requerida por el convenio y por las normas procedimentales vigentes sin perjuicio de la intervención del apoderado del solicitante".*

Pues bien, en el propósito de ajustar la actuación del Tribunal a los indicados lineamientos, es de ver que la demanda incumplió la exigencia formal del artículo 82-5 del C. G. del P., que impone la narración de los hechos que le sirvan de sustento a la pretensión, que no son otros que los que constituyen el presupuesto de hecho de la norma sustancial cuya aplicación se pretende: de modo que como lo

pretendido es el retorno de los niños al lugar de su residencia habitual en Ecuador al amparo de la Convención de La Haya de 1980, es apenas elemental decir que fácticamente debió sustentarse en las circunstancias previstas en los artículos 1^a y 3^o de dicho instrumento para lo cual en el acápite respectivo del libelo debió afirmarse que, conforme a la ley Ecuatoriana, la guarda radica individual o conjuntamente en ambos padres, junto a quienes vivían en ese territorio, al que no fueron devueltos por la madre (retención ilícita) después de concluido el periodo vacacional que dio lugar a su autorizado traslado a Colombia por parte del padre, pero nada de esto expresa la “**demand**a” formulada por el Comisario de Familia de La Montañita -Caquetá-, como que se ocupó más bien de narrar en detalle la Diligencia de Persuasión a Retorno Voluntario; cuyo resultado fue la oposición del retorno de los menores de edad al Ecuador.

6. Lo anterior indicaría que fallaría el presupuesto procesal de demanda en forma determinante de fallo inhibitorio -desde luego, proscrito por el C. G. del P.-, con todo, a esa solución no puede arribarse en vista de que el fallo citado dice que conforme a la estructura del Convenio, la autoridad judicial está obligada a ordenar la restitución, a partir de los presupuestos mínimos para el efecto, y solo puede negar la solicitud cuando se presenten las hipótesis exceptivas especialmente previstas en el artículo 13 que indica: “*presupuestos para la decisión de fondo en torno a la restitución*”, relación iniciada con el de “*la solicitud en forma*”, de modo que lo que es objeto de verificación no es propiamente la formalidad de la demanda, como

si la de la solicitud que le sirve de antecedente, aspecto que ningún reparo ofrece en esta especie, como que se ajustó a lo prevenido en el artículo 8º de la Convención. Junto a este presupuesto se relacionan estos otros: *"i) El trámite regular de la solicitud que garantice el derecho de defensa de los padres y el interés superior del menor; ii) La condición de signatario del Tratado del Estado de residencia habitual del menor; iii) Que el padre solicitante ejerciese la custodia, solo o conjuntamente con el padre requerido, y que residiese con el menor momento de la conducta ilícita; iv) Que se ha producido un traslado o retención ilícitas"*.

7. Cumple entonces verificar los restantes presupuestos, necesariamente con base en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, como lo impera el artículo 164 del C. G. del P. Encauzada la averiguación en esa dirección, se tiene que:

7.1 Al trámite fue vinculada directamente y en debida forma la madre requerida, quien guardó silencio (documento 16 cuaderno primera instancia expediente digital); el padre fue enterado de la iniciación del trámite y constituyó apoderado debidamente reconocido (documento 19 cuaderno primera instancia expediente digital); y en garantía de los intereses de los niños y de la sociedad fueron notificadas del auto admisorio la Defensora de Familia -ICBF-, y el Ministerio Público.

7.2 Como anexos a la referida demanda del 14 de octubre de 2022, del Señor Cristian Armando Poveda Vega, obran solicitud de restitución

internacional, Oficio 00063-MDI-UCM-SM-Q2021 del 28 de octubre de 2021 suscrito por analista responsable SAM/UCM Orellana, Acta de diligencia de restitución internacional voluntaria 30 de junio de 2023, registro civil de nacimiento de Cristian Alejandro y Sergio Andrés Poveda Zuluaga, documento de identificación de los menores y copia escaneada de las cédulas de ciudadanía de Ligia Paola Zuluaga Arcila y Cristian Armando Poveda Vega, y los registros civiles debidamente apostillados, documentos con los que se comprueba el vínculo paterno filial.

7.3 La accionada Ligia Paola Zuluaga Arcila no contestó la demanda, por lo tanto, no controvirtió la implícitamente alegada titularidad de la guarda compartida con el demandante, lo que en tal contexto debe asumirse como punto pacífico en la contienda.

7.4 Ahora bien, principalmente con base en la certificación de los movimientos migratorios expedida por la Coordinadora centro facilitador de servicio migratorios Neiva (documento 32), no se remite a duda que los menores Sergio Andrés y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga, respectivamente, junto a su progenitora la señora Ligia Paola Zuluaga Arcila se encuentran en Colombia, amén de la certificación expedida por la Comisaría de Familia de El Tambo - Cauca-y sobre todo de la narración hecha en la demanda en la que se expone que los menores y la citada señora se encuentran en Colombia: Dice la Certificación del centro facilitador de servicio Migratorio de Neiva lo siguiente:

En atención al asunto de la referencia "solicitan información de la entrada y salida del país de los señores y menores allí mencionados", comedidamente informo que realizada la búsqueda en el Módulo de Viajeros del Sistema de Información Misional desde el 05/05/2013 hasta la fecha, a la ciudadana Ligia Paola Zuluaga Arcila, identificada con Cedula de Ciudadanía N° 1.126.141.266, le figuran 2 movimientos migratorios, saliendo del país hacia Ecuador el 28/04/2016 y regresando de Ecuador el 25/07/2016 por el Puerto Terrestre San Miguel sin más información, al ciudadano Cristian Armando Poveda Vega, identificado con N.U.I/ Pasaporte 220000198-6 de nacionalidad Ecuatoriana y los menores Sergio Andres Poveda Zuluaga identificado con N.U.I.P 2250437742 y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga, identificado con N.U.I.P 1.126.142.347, NO le registran movimientos migratorios, ni se encuentra registrado en nuestro sistema.

Y el informe psicosocial expedido por la Comisaría de Familia de El Tambo señala:

“El domicilio de la señora LIGIA ZULUAGA, se encuentra ubicado en la vereda san Juan de Micay, Municipio de El Tambo Cauca, la vivienda que ocupa es propia...” afirmando que reside en dicho lugar con sus menores hijos Sergio Andrés y Cristian Alejandro. Razón por la cual, resulta suficiente para colegir de cara al derecho de guarda del padre, que presuntamente hay una retención ilícita de los niños al tenor de lo definido en el artículo 3º de la Convención, de cuyo alcance dice la sentencia citada que “*la retención ilícita tiene lugar cuando el menor es mantenido en otro país más allá de un periodo acordado, como por ejemplo un periodo de vacaciones o de visita*”, pues según alega el progenitor la salida del Ecuador se hizo con fines vacacionales.

7.5 Las manifestaciones justificativas de la demanda dieron lugar a que la juez acopiara prueba enderezada a demostrar, tal acontecer y a verificar si realmente existe la retención ilegal por parte de la

progenitora, para ello, se verificarán los elementos suarios que fueron aportados por las partes, así como las que de oficio se decretaron. Todo tendiente a resolver los reparos realizados a la sentencia opugnada.

Para el efecto tenemos, adicional a la documental ya referida, la allegada con la solicitud, la testimonial de los menores, las declaraciones del demandante y demandada, los estudios o informes familiares ICBF, el informe de restablecimiento de derechos de la Comisaria de Familia de La Montañita, entrevistas a los menores y los respectivos conceptos, visita domiciliaria a la residencia de la señora Ligia Paola Zuluaga Arcila y Cristian Armando Poveda Vega, y la respuesta al requerimiento por parte de MoneyGram.

7.6 Para zanjar la problemática planteada, contamos con el testimonio del niño Cristian Alejandro, quien manifestó, a groso modo lo siguiente *"tengo 7 años y medio, en Ecuador vivía feliz hasta que mis papás se separaron, vivo con mi mamá y mi abuelita, he vivido en Ecuador, Caquetá y Cauca, ahora vivo en el Cauca, estoy estudiando segundo primaria, escuela cerca donde vivo, queda como a 5 minutos de la casa, ahora vivo con mi mamá y mi padrastro, no me maltratan vivo bien, del Ecuador nos vinimos en carro, me acuerdo que por Mocoa, Quito, Guayaquil, me he visto como dos veces con mi papá desde que nos vinimos del Ecuador, quiero a mi mamá y papá, con mi papá nos hemos visto en Florencia, mi papá me ha dicho que quiere vivir con él, pero le dije que no, porque quiero vivir con mi mamá, pero si lo puedo visitar en vacaciones o que él venga en vacaciones, quiero vivir acá me*

gusta todo, no quiero vivir en Ecuador. Mi papá me trata bien.” A la pregunta de la defensora frente a la salida del Ecuador respondió que, *“salió del Ecuador con mi papá y mamá, mi papá nos acompañó hasta la Hormiga hasta la Frontera, yo seguí con mi mamá”*.

7.7 Por su parte el niño Sergio Andrés, hizo lo propio y relató que *“está estudiando, en Layica, cursa primero, vivo con mi mamá y Erminson y mi hermano Cristian, me la lleva bien con ellos, nací en el Hospital Francisco Orellana, ahora vivo en Micay Colombia, yo me vine con mi mamá y con mi papá hasta la frontera, nos fuimos en un río y nos fuimos en una canoa con mi mamá, y mi papá se devolvió, no me iba a devolver pues como mi mamá nos llevó, mi mamá tuvo problemas con mi papá y nos vinimos con mi mamá; mi papá me ha visitado una vez, la paso bien cuando estoy con él, vamos al centro comercial y al cine, hablo por teléfono con mi papito”*, cuando se le pregunta si su papá le ha dicho que vaya al Ecuador dijo que *“le digo que voy en vacaciones, me gustaría ir al Ecuador unos días, irme no quiero, allá mi papá trabaja muy lejos acá Erminson trabaja aquí mismo, sí estoy contento de vivir acá”*.

7.8 También se recopiló la declaración de Cristian armando Poveda Vega, quien fue conteste en relatar que, los niños se vinieron a Colombia con la mamá, que la salida del Ecuador la hicieron por medios ilegales porque no hay salida de inmigración ni permiso de salida del país, que él si los acompañó hasta la ciudad de la “Guaradio” que está como a 30 km de la frontera, que sí sabía que se había ido con sus hijos, pero no pudo hacer nada; también adujo que,

inicialmente se fueron a visitar a la mamá de Ligia unos días, luego volvieron y ahí fue que se fueron definitivamente, que para dicha fecha no había una relación buena, pero que tenían una comunicación normal; adujo que les enviaba dinero pero por algunos problemas con la identificación de Ligia lo enviaba a nombre de un hermano de ella, incluso del papá, reiteró que, sabía que estaban en Colombia, pero luego perdió contacto con ellos y por eso, presentó la denuncia en junio de 2021, después se enteró que los niños estaban en el Cauca, también expuso que Ligia le comentó que no iba a volver a ver a sus hijos, que duró un mes sin tener contacto con ellos, por eso puso la denuncia como desaparecidos. Continuó su relato diciendo que, ha visitado a sus hijos estuvo desde el 1 de diciembre hasta el 5 de diciembre de 2022, que hizo una conciliación que en cuanto a las visitas y a los alimentos de los niños, incluso fue claro cuando dijo que fue en esa fecha que se fueron para el Cauca, porque viajaron hasta Pitalito con Ligia y los niños, y que él se devolvió para Ecuador y ellos siguieron para Popayán, sin que se le hubiese permitido estar con sus hijos; asimismo expuso que, la comunicación con los niños es difícil, porque la mamá casi no los deja hablar, ella habla por ellos, está pendiente de lo que hablan y eso resulta molesto, no puede hablar bien con sus hijos, dice que por motivos de orden público los niños no deberían estar en Colombia, hablando del Cauca -El Tambo-, por el momento no he podido tener una buena relación con la señora Ligia, igual confirma que conoce que los niños están estudiando.

7.9 A su vez se tiene la declaración de Ligia Paola Zuluaga Arcila, quien dijo que el 10 de marzo de 2021, salimos en familia desde el Ecuador, que la salida hacia Colombia, la hicieron de manera irregular por San Miguel que comunica el Valle del Guamuez, siendo indicativa que él -o sea Cristian Armando- los había acompañado hasta Colombia, hasta la Hormiga Putumayo, que incluso fueron a la terminal, les compró los boletos, los acompañó al carro y no presentó objeción o incomodidad alguna, tampoco se negó a que sacará a los niños del país de origen, no hizo permiso porque la salida se hizo como familia, expuso que hicieron un acuerdo verbal que ella tenía los niños en Colombia y él cumplía con su obligación alimentaria y las visitas, reiteró que, él los acompañó hasta la frontera que pasaron también en canoa y él iba ahí con nosotros. Que ellos tuvieron problemas y que desde noviembre de 2020 se habían separado, que los problemas fueron porque él la suplantó y le hackeó las cuentas, se hacía pasar por ella y tenía conversaciones con personas de su pasado, siendo grosero y pornográfico, hecho que llevó a confirmar su separación definitiva; de esos hechos le reclamó a Cristian y él le aceptó lo que había hecho, todo eso la afectó como mujer y en su integridad, incluso por esas circunstancias tuvo problemas con su familia, por eso no lo quieren.

Aclaró en su relató que, vino en noviembre de 2020 a Colombia con los niños a la casa de su mamá, que en febrero de 2021 regresó sola a Ecuador hacer unas diligencias de su cédula de ciudadanía, que habló con él y ahí hicieron el acuerdo verbal, por eso volvió a Colombia y en marzo de 2021 regresó al Ecuador con los niños para que se

despidieran del papá, fue ahí cuando él los acompañó por ese paso ilegal que incluso menciona fueron irresponsables por haber hecho eso. Fue clara en manifestar que, luego de eso y estando ya en Colombia no le pasaba los niños al teléfono porque él llamaba llorando y ponía mal a los niños, que le decía no haga eso ellos no deben estar en esas cosas, también entiende que una separación es difícil, incluso dijo que le envió gente a la casa para hablar con ella, envió a un pastor.

También aclaró que en la frontera de San Miguel - Ecuador, los carros pasan y no se revisan o no se registran ni se lleva el control, no les exigen papeles ni nada, si la persona quiere que sellen el pasaporte va a la oficina para hacer ese proceso, reiteró que, contrario a lo expuesto por Cristian, él si estaba enterado que se había traído a los niños para Colombia, pues como dijo anteriormente, él los acompañó a pasar de manera irregular. Refirió que Cristian ha visitado a los niños, que tiene comunicación abierta con los niños, él les pregunta lo que quiere, los niños les muestran su habitación sus uniformes, útiles escolares, negó las amenazas que indicó el señor Cristian frente a la comunicación con sus hijos, que es él quien la amenaza con la Comisoria y el Juzgado, y que el trato entre los dos es complicado, pues el señor Cristian lo único que quiere es tener a los hijos allá con él.

Finalmente, resaltó que, el señor es irresponsable, porque habla por celular mientras conduce, que antes de la conciliación en la Comisaría

no aportó por 1 año alimentos para los niños, y ahora debe 3 meses, y confirmó que le había comunicado que se iba a llevar a los niños para el Cauca a San Juan de Micay, que donde reside hay colegio, puesto de salud que tiene un trabajo independiente un local de venta de zapatos y que la distancia al Tambo es de 3 horas en carro.

7.10 También encontramos la visita de la Comisaría de Familia del Tambo Cauca, a través de la trabajadora social y de la psicóloga quienes informaron. La Trabajadora Social: *“...De acuerdo a la información recolectada en la visita realizada por video llamada a la señora LIGIA PAOLA ZULUAGA se observa tipología familiar reconstruida, compuesta por cuatro (4) integrantes, la señora en mención, el compañero sentimental el señor ERMINZO GONZALES de veintinueve (29) años de edad, los hijos el niño SERGIO ANDRES POVEDA ZULUAGA de seis (6) años de edad y CRISTIAN ALEJANDRO ZULUAGA de siete (7) años de edad, según el ciclo vital, se encuentran en las etapas de adultez y niñez, se perciben relaciones familiares cercanas, afectivas, comunicación, confianza y respeto. Así mismo, se observan garantizados los de derechos en salud, educación, alimentación y protección, también se observa pautas de crianza adecuadas.*

“En la dinámica familiar, se perciben relaciones sanas, buenas relaciones familiares, condiciones de habitabilidad se perciben adecuadas, el ambiente en los dormitorios se observa limpios, buena higiene y espacios amplios al igual que el sitio de preparación de alimentos. Las condiciones socioeconómicas, se perciben actualmente estables.

“En consecuencia, se considera que la señora LIGIA PAOLA ZULUAGA cuenta con factores de generatividad, así mismo, establecer compromisos y realizar seguimientos periódicos por las áreas de Psicología y Trabajo Social, con el fin de verificar el goce afectivo de derechos de los niños, según lo establece la ley 1098 de 2006, código infancia y adolescencia ley 1878 de 2018 y demás normas concordantes.” –ver documento 36 del expediente de primera instancia-.

La Psicóloga: “...mediante la video llamada y por el área de psicología se genera empatía con los usuarios y se realiza contención emocional debido a su situación actual, se puede evidenciar que la señora y sus hijos es expresiva durante la video llamada, presenta un lenguaje fluido, se identifica coherencia en su discurso, orientado en tiempo, persona y espacio, al parecer sus habilidades cognoscitivas están de acuerdo para su edad, se puede identificar un buen manejo en la planificación y organización de sus pensamientos y procesamiento de la información. A sí mismo no se evidencia dificultad en el área atencional en sus tipologías sostenida y discriminativa, logrando atender y responder de forma adecuada a los estímulos que se presentan en el tiempo y espacio a nivel de salud no se percibe aparentemente estable.

“Cabe resaltar que durante el trascurso de la video llamada por el equipo psicosocial y por el área de psicología se observa los sucesos mencionados anteriormente se puede evidenciar que la señora y sus hijos es determinando

su estado emocional estable se muestra de suma importancia resaltar que los señores y sus hijos están garantes de sus derechos.

“Área emocional- afectiva: con respecto al área afectiva y emocional la señora y sus hijos tiene la capacidad de recibir y expresar amor a su hijo, reconoce con claridad las emociones básicas tales como alegría, tristeza, rabia y miedo, logrando identificar los estímulos que ocasionan cada emoción en los cuales la señora los padece con baja autoestima soledad.”

7.11 Adicionalmente tenemos la entrevista de la Psicóloga en calidad de Asistente Social Grado 1 del Juzgado Primero de Familia de Florencia quien conceptuó frente al niño Cristian Alejandro que: *“El niño CAPZ de 7 años y 10 meses de edad, presenta desarrollo psicomotor acorde a su edad cronológica, no se evidencia algún tipo de trauma o dificultad que le impida aprender o relacionarse con su entorno. Actualmente se encuentra vinculado al sistema educativo.*

“Durante la entrevista virtual se observaron en el niño CAPZ comportamientos positivos como muestras de afecto hacia sus padres, hermanos y demás miembros de su familia. Actualmente vive en compañía de su progenitora señora LIGIA PAOLA ZULUAGA ARCILA, su hermano SAPZ de 6 años y su padrastro Erminso González.

“Finalmente, pudo observarse que todo lo dicho por el menor CAPZ se hizo de manera espontánea y abierta, se mostró tranquilo en su relato y no se

evidenció en su actuar algún tipo de presión o influencia por parte de terceros en sus respuestas."

Lo propio ocurrió con la entrevista que también se realizó al niño Sergio Andrés donde expuso: *"El niño SAPZ de 6 años, presenta desarrollo psicomotor acorde a su edad cronológica, no se evidencia algún tipo de trauma o dificultad que le impida aprender o relacionarse con su entorno. Actualmente se encuentra vinculado al sistema educativo.*

"Pudo observarse que todo lo dicho por el menor SAPZ se hizo de manera espontánea y abierta, se mostró tranquilo en su relato y no se evidenció en su actuar algún tipo de presión o influencia por parte de terceros en sus respuestas."

7.12 Como podemos observar, de las pruebas decretadas por la jueza de primera instancia en desarrollo de este propósito, el Tribunal estima que resultan conducentes, es más, de las declaraciones rendidas por los niños, se pudo colegir con meridiana claridad que la información fue objetiva, confiable espontánea, libre de presión o coacción alguna, y no como los catalogó el recurrente, de haberse visto bajo la influencia de un tercero -mamá-, todo lo contrario, dichas manifestaciones fueron abiertas y sencillas, sus respuestas como ya se dijo, fueron sinceras. Sumado a que se acompañan con los demás elementos probatorios que militan en el expediente, como lo son, los informes y conceptos antes trasuntados, donde se constata el buen estado anímico, físico y psicológico de los menores, la

espontaneidad con la que refieren sentirse bien, felices y alegres, informes o conceptos que por demás no fueron atacados o que el demandante haya demostrado su inconformidad, ni se pidió aclaración o adición alguna, lo que denotó total asentimiento frente a tales informes y conceptos, por ello no puede ahora pretender descalificar la decisión de la juez a quo, y menos admitir que era deber del juzgado decretar una valoración oficiosa a los menores para verificar la madurez intelectual para tener por ciertos sus dichos, en los términos que fueron precisados en los reparos respectivos, pues no existe en el ordenamiento legal colombiano una disposición que así lo determine, amen, de que todo lo contrario, la valoración de la cual se duele el señor Cristian Armando, no sólo fue realizada por parte de la Comisaría de Familia de El Tambo Cauca, sino por el personal idóneo que tiene el Juzgado para este tipo de procesos, atendiendo desde luego la orden que la juzgadora les impuso.

Agréguese a lo antes anotado, que por el hecho que los niños tengan una corta edad, no quiere significar que por tal circunstancia no deben ser escuchados o que sus expresiones caigan en el vacío, cuando para la Sala fueron los propios niños quienes de viva voz, y de manera espontánea y objetiva, expresaron el deseo de permanecer al lado de su mamá.

Con todo lo anterior, queda claro que, los niños se encuentran en un lugar apto para su desarrollo físico, mental y emocional, y si bien es cierto que los progenitores, son los primeros quienes deben velar por

el interés superior de los niños, y que en el plano afectivo y material las relaciones paterno filiales pueden calificarse satisfactoriamente, no menos cierto es que, al terminar una relación sentimental, alguna disfunción emocional padecerán los niños, por eso resulta importante una comunicación asertiva por parte de los progenitores que garantice el disfrute de un ambiente de amor y de paz necesario para el equilibrado desarrollo psíquico y emocional al que tienen derecho.

Tampoco, resulta factible exponer que, las entrevistas realizadas a los menores o la forma en que se practicaron fue desnaturalizada, pues cabe recordar que, los conceptos técnicos dan fe del estado anímico de los menores y de su óptimo desarrollo, ni que al ser virtuales resultan carentes de valor o mérito, pues la legislación actual permite precisamente, la práctica de los medios tecnológicos con la única finalidad de salvaguardar el acceso a la administración de justicia, la contradicción y el debido proceso, los cuales fueron debidamente garantizados.

7.13 Por lo demás y no menos importante, aunque la demandada haya guardado silencio, ello no quiere decir que tenga que salir avante las pretensiones deprecadas en el libelo, solo que existe un indicio, que puede desvirtuarse, tal y como aconteció, tampoco cuando ha sido criterio jurisprudencial de vieja data, que por el hecho de que el juzgador tome un grupo de testimonios o le brinde mayor credibilidad a uno que otro, no por ello, se debe invalidar su exégesis, menos si la autonomía jurídica y la sana critica le permite analizar

desde esa perspectiva los elementos probatorios para hacerse su propio juicio de validez, razonamiento que comparte la Sala, quien también encuentra creíble el testimonio de la señora Ligia Paola, pues fue contundente en manifestar que el señor Cristian Armando tuvo conocimiento desde el primer momento de la salida del Ecuador de sus hijos con la intención de no retornar, hecho que incluso fue corroborado por los niños quienes manifestaron que su padre los acompañó hasta La Hormiga- Putumayo, y no es que se esté compartiendo la manera en que lo hicieron, solo que, el demandante tenía plena convicción de que sus hijos salieron de Ecuador con destino a Colombia, con la intención de no volver, incluso sabía de la ida al Cauca, pues como él mismo lo expuso en su declaración, el día que se fueron para dicho Departamento, él los acompañó hasta Pitalito y de ahí ellos partieron hacia Popayán.

7.14 Por último, es de rigor anotar que así no se interpusiese al éxito de la pretensión de restitución la ya anotada situación, al mismo resultado se arribaría fatalmente, en vista de que, la misma prueba arroja seria evidencia de que los dos niños se han integrado a su nuevo medio, se denota acoplamiento de los niños no solo al medio familiar materno, sino también al nuevo núcleo sentimental que conformó su progenitora, como claramente ellos mismos lo expusieron, al igual que los informes de la Comisaría de Familia del Tambo y el concepto de la asistente social del juzgado a quo, que ellos quieren y son queridos, van al Colegio, cuentan con el apoyo de la familia extensa, inicialmente con su abuela materna, ahora con su abuelo paterno, lo que se trae a cuenta porque desde su llegada a

Colombia, el 10 de marzo de 2021, a la fecha ha pasado ya mucho más de un año, motivo que no puede echarse por la borda en vista de ser la circunstancia fáctica en que se apoya el artículo 12 del Convenio para impedir su regreso en caso de integración al nuevo medio, disposición que nada tiene que ver con la hipótesis prevista en el mismo artículo 13, según la cual es de recibo la oposición al traslado manifestada por el propio menor "*que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrare que es conveniente tener en cuenta esta opinión*", pero tampoco sería el caso, porque ellos mismos manifestaron que quieren estar con su mamá y que no quieren regresar al Ecuador sino por vacaciones.

7.15 El primero de dichos artículos es de este tenor: "*Cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido del artículo 3º y que hubiere transcurrido un periodo de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del Estado Contratante donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso inmediato. La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del periodo de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio**" La recta interpretación del precepto lleva a asumir que guarda armonía con la necesaria celeridad que debe caracterizar el trámite en estos casos (art. 11), de modo de hacerse expedito el regreso si la actuación ante las autoridades es iniciada antes del año y -se entiende lógicamente- culmina también sin desbordar ese marco temporal, caso en el cual es que la estabilidad de

la radicación en el país es precaria, a tono con lo dicho por la Corte Constitucional, y sólo tienen cabida las situaciones exceptivas previstas en los literales a) y b) del artículo 13; otro es el tratamiento para cuando el regreso haya de ordenarse después de transcurrido ese lapso porque la autoridad tuvo conocimiento del asunto tardíamente, pues aunque esto no impide el surtimiento del trámite, la decisión acerca del regreso requiere de una averiguación adicional orientada a evaluar si en el interregno entre la llegada al país y el momento de la decisión, superior a un año de duración, se ha producido la integración del niño al nuevo medio, hecho que como se dejó claro, aconteció en el sub lite, pues los niños fueron integrados a un nuevo núcleo familiar, sin olvidar un aspecto de relevancia, como lo fue el consentimiento del progenitor en permitir la salida del Ecuador de sus hijos en compañía de su progenitora.

8. Así las cosas, la Sala concluye por estas razones, que la providencia materia de alzada debe confirmarse. Sin condena en costas al recurrente Cristian Armando Poveda Vega, en pro de cuyos intereses intervino inicialmente la Comisaría de Familia de La Montañita, Caquetá.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA, CAQUETÁ, SALA CIVIL FAMILIA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Florencia, Caquetá, el 12 de julio de 2023, dentro del proceso verbal de restitución internacional de los niños Sergio Andrés Poveda Zuluaga y Cristian Alejandro Poveda Zuluaga.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Una vez en firme esta decisión; DISPONER por la secretaría del Tribunal, la devolución del expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

GILBERTO GALVIS AVE

Magistrado

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO⁴

Magistrada

⁴ Ordinario Familia. Rad. 2022-00062-01. Firmado electrónicamente por los H. Magistrados.

Firmado Por:

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Sala 002 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Diela Hortencia Luz Mari Ortega Castro
Magistrada
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

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

Código de verificación: **ad7b04bcbb628e43193d64eaa80a019e221729cdf50dd20b79d354feb883fdd0**
Documento generado en 19/04/2024 07:13:48 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Florencia -Caquetá-, veintitrés (23) de abril de dos mil veinticuatro
(2024)

Ref. Ejecutivo de Alimentos por KERLY YOHANNA GUTIÉRREZ CALDERÓN en contra de ENOC JOSÉ RINCÓN CARMONA.
Rad. No. 18-001-31-10-002-2024-00087-01.

Se pronuncia la Sala, respecto del conflicto negativo de competencia, suscitado entre el Juzgado Promiscuo Municipal de Morelia, Caquetá y el Juzgado Segundo de Familia de Florencia, Caquetá, en el trámite de la referencia.

Para resolver, **SE CONSIDERA:**

1.- Kerly Johanna Gutiérrez Calderón, presentó demanda ejecutiva de alimentos actuando en representación de su menor hija LCRG, contra Enoc José Rincón Carmona, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Morelia, Caquetá, para que se librara mandamiento de pago, correspondiente a cuotas alimentarias.

Repartido el negocio al Juzgado Promiscuo Municipal de Morelia, Caquetá, con providencia del pasado 6 de marzo de 2024, lo rechazó aduciendo la falta de competencia, al considerar que según *"la Ordenanza 03 del 12 de noviembre de 1985, modificado por la*

Ordenanza 016 del 16 de diciembre de 2000, los límites del municipio de Morelia con el municipio de Florencia son los siguientes: (...).

"Es claro que éste despacho no es competente para conocer del trámite de la demanda de la referencia, toda vez que el límite de este Municipio con el Municipio de Florencia es el río Bodoquero, y la vereda Santander no hace parte de este municipio", por lo que dispuso enviar el expediente al Centro de Servicios Judiciales de Florencia, para que fuera repartida ante los Juzgados de Familia de la ciudad, siendo asignado al Juzgado Segundo de Familia de Florencia, Caquetá.

A su turno, el Juzgado Segundo de Familia, mediante providencia de 13 de marzo de 2024, se abstuvo de avocar conocimiento y, en su lugar, provocó conflicto negativo de competencia, ordenando remitir el expediente a esta Corporación, tras considerar que el competente es el juzgado al que se repartió la actuación originalmente.

La decisión la fundamenta en que la demandante estableció su domicilio en Morelia, Caquetá, específicamente en la Vereda Santander, lo que indica que su residencia se encuentra en esa localidad, motivo por el cual, la competencia es del juzgado primigenio.

2.- Para abordar este asunto, es importante tener presente que, según la jurisprudencia, los conflictos negativos de competencia son disputas procesales en las que varios jueces se resisten a aceptar el conocimiento de un caso debido a su presunta incompetencia.

En esta situación, en lo que respecta al factor territorial de competencia, la norma predominante es la establecida en el numeral 1º del artículo 28 del Código General del Proceso, que asigna la competencia al juez del domicilio del demandado, “*salvo disposición legal en contrario*”, la excepción a esta regla se describe en el inciso segundo del numeral segundo del mismo artículo, el cual establece que: “*en los procesos de alimentos (...), en los que el niño, niña o adolescente sea demandante o demandado, la competencia corresponde en forma privativa al juez del domicilio o residencia de aquél*”.

De lo anterior se deduce que, en los procesos de alimentos en los que un menor sea parte, la competencia por el factor territorial corresponde de manera exclusiva al juez del domicilio y residencia del menor. Esta afirmación se basa en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha establecido esta regla en casos de naturaleza similar así, “*la atribución de competencia por el factor territorial en los procesos ejecutivos de alimentos en la que se encuentre vinculado un menor, está asignada de manera privativa al juez del domicilio y/o residencia de éste, sin que pueda regularse por la pauta ordinaria*”¹

La justificación de esta regulación especial radica en el interés del legislador por facilitar la participación de los menores en causas de vital importancia, como aquellas relacionadas con su sustento.

¹ 1 AC8147-2016.

3.- Así las cosas, esta Sala pudo constatar a través de la Secretaría de Planeación Municipal de Florencia que la Vereda Santander, pertenece a la jurisdicción de San Martín, el cual, a su vez, hace parte del Municipio de Florencia, Caquetá, aspecto que muestra insoslayable que la competencia radica en los Jueces de Florencia, para el caso concreto el Juzgado Segundo de Familia de Florencia, Caquetá; por lo que también se muestra irrelevante e intrascendente para este asunto, que la demandante haya manifestado que se encuentra domiciliada en el Municipio de Morelia y recibir *notificaciones en la vereda Santander del municipio de Morelia, Caquetá, (...).* Hubo, por tanto, un desatino por parte del Juez Segundo de Familia de esta ciudad, al no haber hecho las averiguaciones pertinentes de cara a la ubicación exacta de la Vereda Santander lugar de residencia del menor demandante.

Por tal razón, se ordenará remitir el expediente al Juzgado de Familia ya referenciado, para que asuma el conocimiento de la demanda de alimentos formulada por la señora Kerly Johanna Gutiérrez Calderón en representación de su menor hija LCRG, dando cuenta de esta decisión al señor Juez Promiscuo Municipal de Morelia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA -CAQUETA-, SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL,**

R e s u e l v e:

PRIMERO: DECLARAR que el señor Juez Segundo de Familia de Florencia, es el competente para conocer de la demanda ejecutiva de alimentos promovida por la señora Kerly Johanna Gutiérrez Calderón en representación de su menor hija LCRG, en consonancia con las consideraciones que se dejaron expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Remitir el expediente, junto con sus anexos, al Juzgado Segundo de Familia de Florencia, para que asuma el trámite del proceso ejecutivo de alimentos en mención.

TERCERO: Comunicar lo resuelto al Juzgado Promiscuo Municipal de Morelia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GILBERTO GALVIS AVE
Magistrado

Firmado Por:
Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caquetá

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

Código de verificación: **85d7366b3d5939993e5bc4d2ccf28670696604347ab1e3b051a4e9d66dfb85c1**

Documento generado en 23/04/2024 03:09:40 PM

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

Proceso: *Ordinario Laboral*
Demandante: *YULIET NATALIA ARENAS MONTAÑO*
Demandado: *Nación – Ministerio de Salud y Protección Social y otro.*
Apelación: *Sent. 27 de febrero de 2019*
Rad. *18001-31-05-002-2016-00924-01*
Proyecto discutido y aprobado mediante Acta No. 037.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA
CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
GILBERTO GALVIS AVE**

Florencia -Caquetá-, veintidós (22) de abril de dos mil veinticuatro
(2024).

Sería oportuno continuar con el trámite de segunda instancia que impone la ley procesal laboral y proceder a desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, dentro del proceso ordinario laboral de YULIET NATALIA ARENAS MONTAÑO contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO, y la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, sino fuera porque se advierte la falta de jurisdicción y de competencia. Veamos:

ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES:

La señora YULIET NATALIA ARENAS MONTAÑO, por medio de apoderada judicial, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO, y la NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, con el objeto de que, en sentencia, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre ella en calidad de trabajadora, y el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO, como empleador, para los extremos temporales del 16 de octubre de 2012 al 31 de octubre de 2015.

Así mismo, solicitó se declare solidariamente responsable a las entidades demandadas por las condenas resultantes, y que, el contrato de trabajo terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de la demandada y, en consecuencia, se ordene el pago de unas sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales, auxilio de transporte legal y convencional, subsidio de alimentación legal, prima de vacaciones, compensación de las vacaciones, bonificación por servicios prestados legal y convencional, prima de servicios convencional, prima de navidad convencional, bonificación por recreación, sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías e intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, proporción de otras primas causadas, la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales, y demás.

1.2 RAZONES DE HECHO:

Que fue vinculada al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO, mediante contratos de prestación de servicios de las siguientes especificaciones:

Contrato	Plazo	Cargo	Valor Total (m/cte)
OR18-233-2012	16/10/2012 al 31/12/2012 *Se extendió hasta el 22/01/2013	Auditor de Cuentas	\$11.376.394,00
OR18-052-2013	22/01/2013 al 31/03/2013		\$10.328.569,00
OR18-151-2013	01/04/2013 al 30/11/2013		\$35.925.456,00
OR18-253-2013	10/12/2013 al 31/12/2013		\$3.143.477,00
OR18-064-2014	07/01/2014 al 30/04/2014 *Se prorrogó del 01/05/2014 al 27/06/2014		\$17.064.591,00 *Valor de adición: \$8.532.296,00
OR18-126-2014	01/07/2014 al 31/08/2014		\$8.981.364,00
OR18-185-2014	01/09/2014 al 28/11/2014		\$13.172.667,00
OR18-210-2014	01/12/2014 al 31/01/2015		\$7.005.468,00
OR18-066-2015	02/02/2015 al 30/06/2015		\$17.513.670,00
OR18-110-2015	01/07/2015 al 31/10/2015		\$14.010.936,00

Concluyó que, de manera ininterrumpida del 16 de octubre de 2012 al 31 de octubre de 2015 se desempeñó como profesional “Auditor de cuentas” médicas, en el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO.

Refirió que, las funciones desempeñadas eran propias y permanentes del aludido PAR CAPRECOM LIQUIDADO, así como inherentes a su actividad económica y social, pues, las mismas correspondían de forma taxativa a un cargo establecido en el Manual de Competencias.

Manifestó que, durante el tiempo de vinculación cumplió de manera continua y constante las órdenes de los superiores y un horario de trabajo, bajo dependencia y subordinación, agregando que para la ejecución del cargo se estableció un puesto de trabajo en la sede principal del PAR CAPRECOM LIQUIDADO.

Narró que, el servicio fue prestado de manera personal y sin delegación, a cambio de una remuneración, precisando que debió asumir el pago de los aportes a la seguridad social y pólizas para garantizar el cumplimiento del contrato.

Afirmó que, el PAR CAPRECOM LIQUIDADO fue vinculado al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL mediante el Decreto N° 205 del 03 de febrero de 2003, entidad que a su sentir no ejerció un verdadero seguimiento y control a las políticas manejadas por la primera, además de haber ordenado su liquidación, y en virtud de esto, se dio por terminada la relación laboral de forma unilateral.

Por último, dijo que no le fue realizado el pago de prestaciones sociales y emolumentos salariales de tipo legal y convencional, para

lo cual hizo alusión a las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre las Organizaciones Sindicales de Trabajadores y la CAPRECOM. (fls. 01 a 40, y 386 a 388)

2. TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia-Caquetá, admitió la demanda y su reforma mediante auto interlocutorio del día treinta (30) de enero y seis (06) de abril del año dos mil diecisiete (2017), respectivamente, disponiendo la notificación personal de dicho proveído y el traslado de rigor a la parte demandada (fl. 385 y 390).

Una vez trabada la relación jurídico-procesal, la parte accionada NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, a través de apoderado judicial hizo uso de su derecho de defensa dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, para lo cual argumentó que no ha existido obligaciones ni vínculo de alguna naturaleza con la demandante, y presentó como excepciones de mérito las denominadas *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“Inexistencia de la obligación”*, *“Cobro de lo no debido”*, e *“Inexistencia de la solidaridad entre Caprecom y el Ministerio”*. (fls. 411 a 433)

Por su parte, el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADO, representada a través de apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones

por carecer de soporte jurídico y probatorio, destacando que la relación con la demandante estuvo regida por un contrato de prestación de servicios en el marco de una coordinación, y no una subordinación, sin que las funciones desarrolladas fueran las mismas de un funcionario de planta.

Propuso como excepción de mérito la “*Inexistencia de relación laboral*”, “*Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de CAPRECOM*”, “*Buena fe de parte de la entidad demandada*”, “*Prescripción*”, “*Imposibilidad de reconocimiento de beneficios convencionales a la demandante*”, y la excepción “*Genérica*”. (fls. 447 a 465)

El once (11) de septiembre del año dos mil dieciocho (2018) se dio inicio a la práctica de la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la que se declaró clausurada la etapa de conciliación, se agotó la etapa de saneamiento, fijación de litigio y decreto de pruebas. (fls. 483 a 485)

Posteriormente, el cinco (05) de febrero del año dos mil diecinueve (2019) se celebró audiencia de trámite en la que declaró terminada la etapa probatoria y se recibió los alegatos de conclusión. (fl. 491)

2.1. LA DECISIÓN APELADA

El A quo declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la YULIETH NATALIA ARENAS MONTAÑO y el PATRIMONIO

AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO-, para los extremos temporales del 16 de octubre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2015, y emitió condena por unas acreencias laborales, sin embargo, también declaró probada de manera parcial la excepción de prescripción, y las propuestas por la NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Para arribar a tal decisión, el Juez de Primera Instancia, en primer lugar, edificó consideraciones respecto al contrato de trabajo para los trabajadores oficiales y el contrato de prestación de servicios; y, seguidamente, abordó el caso concreto concluyendo que, de conformidad con la prueba documental y testimonial, la parte demandante logró demostrar elementos de juicio que permitían colegir una relación de naturaleza laboral, y dispuso el reconocimiento de unas acreencias laborales reclamadas, al no haberse allegado medio de prueba que demostrara haberse sufragado, previo estudio de la excepción de prescripción.

Finalmente, y en punto a la responsabilidad solidaria por parte del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, consideró que no era viable su declaración al no existir norma que indicara que debía asumir con sus propios recursos las obligaciones de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM.

2.2. EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO

Los apoderados judiciales de la parte demandante y demandada PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO, procedieron en alzada contra la providencia del A quo, los cuales fueron sustentados básicamente de la siguiente manera:

- La parte demandante cuestiona, en primer lugar, haberse declarado parcialmente la excepción de prescripción, comoquiera que, a su sentir, la vigencia de los derechos que se deriven de la relación laboral es a partir del fallo de primera instancia, para lo cual argumentó que se trata de un fallo constitutivo que crea una situación jurídica que no existía; a su turno, y como segundo punto, debate no haberse impuesto la sanción moratoria pese a que, a efectos de declarar la relación laboral, se tuvo en cuenta una mala fe; y, como tercer punto, discute la legitimación en la causa por pasiva del MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, para lo cual trae a colación el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, y plantea que dicho Ministerio es beneficiario del trabajo, ejerció un control de tutela o administrativo, y, en razón a la condición de ente que ordena la liquidación, se subrogó las obligaciones a cargo del PAR CAPRECOM LIQUIDADO.
- El PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO, expuso no haber resultado probado que se trató de disfrazar una verdadera relación laboral con un contrato de prestación de servicios, explicando que la vinculación fue a través de una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993,

en virtud de la cual no se desmejoró condiciones laborales, no existió parámetros de subordinación, sino de coordinación, y no es dable confundir los conceptos de salario y honorarios.

Ahora, teniendo en cuenta que la entidad demandada es una Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, debe forzosamente estudiarse también el fallo, en vía de consulta, al tenor del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3. CONSIDERACIONES

1.- Al situarnos en el caso que ocupa la atención del Tribunal, delanterioramente la Sala debe determinar cuál es la jurisdicción que debe conocer de la demanda laboral incoada por el señor YULIET NATALIA ARENAS MONTAÑO contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO, y la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, teniendo en cuenta que lo que se persigue es el reconocimiento de un contrato realidad, básicamente porque se dice que entre el demandante y la entidad del Estado existió una vinculación laboral donde aquella fue trabajadora por el período comprendido entre el 16 de octubre de 2012 al 31 de octubre de 2015.

2.- Para dar respuesta a esa inquietud, advierte la Sala de entrada, que, el numeral 1º del artículo 2º del C.P.L. y de la S.S. modificado

por la Ley 1564 de 2012 atribuyó de manera general a la Jurisdicción Ordinaria Laboral la competencia para conocer de los asuntos relativos a los conflictos que se originan directa o indirectamente en el contrato de trabajo. Por el contrario, y de manera especial el numeral 2º del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 definió la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública, y en el numeral 4 ibídem establece que también conocerá de las relaciones legales y reglamentarias entre los servidores públicos y el Estado.

3.- Rememórese que el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015 mencionó que los conflictos de competencia entre jurisdicciones diferentes que eran dirimidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura pasarían a ser resueltos por la Corte Constitucional. De tal suerte, que esa alta Corporación sentó como tesis frente a asuntos de este linaje, que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa conocer de las controversias en las que se discutan vínculos laborales ocultos bajo contratos de prestación de servicios celebrados con el Estado. Así, se dejó decantado en los autos: A479-2021, A908-2021, A492-2021, A330-2021, A491-2021, A739-2021, criterio reiterado en auto A1389 de 2023 constituyéndose en posición consolidada; todo ello, porque corresponde a la jurisdicción contenciosa el estudio de los contratos estatales y la calificación de la naturaleza jurídica del vínculo que ató al contratista con la administración.

De ahí, que no podamos olvidar que las decisiones de la Corte Constitucional son vinculantes según quedó establecido en la sentencia C-816 de 2011 en donde se resaltó la fuerza vinculante de sus decisiones, por lo que, su acatamiento se torna obligatorio.

4.- Al resolver un conflicto de jurisdicciones en donde se discutía un asunto de similares características al que ocupará la atención de la Sala, la Corte Constitucional en el auto A908-21 sostuvo la siguiente tesis que ha venido reiterando entre otros en el Auto A1389 de 2023 : “En el Auto 492 de 2021 la Corte estableció que “*de conformidad con el artículo 104 del CPACA, la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer y decidir de fondo un proceso promovido para determinar la existencia de una relación laboral, presuntamente encubierta a través de la sucesiva suscripción de contratos de prestación de servicios con el Estado.*” La Corte ha llegado a esta conclusión con base en el Artículo 104.4 según el cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá los asuntos laborales relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, además es la que conoce de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones que estén sujetos al derecho administrativo y en los que se encuentren involucradas las entidades públicas. Al contrario, a la Jurisdicción Ordinaria Laboral le corresponde el conocimiento de los procesos laborales en los que son parte trabajadores oficiales.

“9. Ahora bien, las personas naturales se vinculan con el Estado para prestar sus servicios u oficios, a través de tres tipos de relaciones: (i) como empleados públicos en virtud de una relación legal y reglamentaria; (ii) como trabajadores oficiales por medio de un contrato laboral; y (iii) como contratistas mediante contrato estatal de prestación de servicios. Al respecto, esta Corporación ha

mencionado que las dos primeras modalidades suponen la existencia de un vínculo de carácter laboral, mientras que la última no, dado su carácter “contractual estatal”. En específico, el numeral 3 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que entre los contratos estatales están los contratos de prestación de servicios, que son “los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

“10. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la Jurisdicción Contencioso de lo Administrativo es la competente para conocer las controversias originadas para reclamar la declaratoria de un vínculo laboral oculto bajo la figura de un contrato de prestación de servicios celebrado con el Estado, porque es la jurisdicción que el ordenamiento jurídico ha habilitado para controlar y revisar los contratos estatales y determinar la calificación de la naturaleza jurídica del vínculo laboral que une al contratista con la administración, a partir del acervo probatorio y las circunstancias específicas del caso concreto.

“11. Este Tribunal ha establecido, además, que dicha jurisdicción dispone de los mecanismos de defensa idóneos para controvertir la existencia de posibles contratos laborales y el cobro de acreencias derivadas de la celebración indebida de contratos de prestación de servicios con el Estado. En consecuencia, cuando el litigio planteado cuestiona la legalidad de actuaciones de la administración, como los contratos de prestación de servicios celebrados por una entidad pública o la validez de un acto administrativo, la competencia es de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.”

5.- Ahora, como en este asunto, YULIET NATALIA ARENAS MONTAÑO señala en los hechos de la demanda que como “*Auditor de cuentas*” prestó sus servicios personales al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO a través de varios contratos de prestación de servicios, reclamando la existencia de un contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es por lo que esta Sala estima, que la jurisdicción competente llamada a resolver esa controversia es la Contenciosa Administrativa.

6.- Por consiguiente, la Sala acoge en su integridad las directrices trazadas por la Corte Constitucional en el pronunciamiento trasuntado y de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del C. G. del P., y en armonía con el artículo 138 ejusdem, ante la evidente falta de jurisdicción y de competencia por los factores subjetivo y funcional, las cuales se tornan improrrogables, **se dispondrá** que todo el diligenciamiento que acá nos concierne, sea enviado a la oficina judicial de esta ciudad, para que sea repartido entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Florencia, Caquetá.

Finalmente cumple precisar, que si bien esta Sala era del criterio que cuando las pretensiones de la parte demandante estaban encaminadas a que se declarara la existencia de un contrato de trabajo encubierto por medio de contratos de prestación de servicios, la competencia era de la jurisdicción ordinaria; hoy por

hoy, ha de cambiarse de criterio al tener conocimiento de que las reglas de competencia en asuntos laborales de la naturaleza ya mencionada, fueron variadas por la Corte Constitucional a través de los autos a los cuales se hizo mención. Por tanto, la Sala recoge esa postura de competencia recientemente expuesta en procesos de este mismo linaje, así como en cualquier otro proceso donde se haya pretendido la declaratoria de un contrato realidad con fundamento en contratos de prestación de servicios celebrados con entidades del Estado y en los que se haya asumido el conocimiento del asunto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA -CAQUETA-, SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL,**

R e s u e l v e:

PRIMERO: Declarar la falta de jurisdicción y de competencia para conocer del proceso laboral de YULIET NATALIA ARENAS MONTAÑO contra el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR CAPRECOM LIQUIDADO, y la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,** por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: **ABSTENERSE** de desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 27 de febrero de

2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, la cual, por ende, se inválida de conformidad con el artículo 138 del C. G. del P.-, aplicable en materia laboral por la remisión expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la Seguridad Social.

TERCERO: ORDENAR la remisión de las diligencias a la Oficina Judicial de FLORENCIA para que se haga el reparto correspondiente entre los juzgados administrativos de la localidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GILBERTO GALVIS AVE

Magistrado

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO¹

Magistrada

-Con Permiso Justificado y Legalmente Concedido-

¹ Ordinario Laboral. Rad. 2016-00924-01. Firmado electrónicamente por los H. Magistrados.

Firmado Por:

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Sala 002 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

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

Código de verificación: **152ef2a361889ed88e6934060ec08e44915a96506a08bacd5326756075eeb779**

Documento generado en 23/04/2024 01:08:55 PM

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

Proceso: *Ordinario Laboral*
Demandante: *Conrado Pareja Agudelo*
Demandado: *EMPRESAS PÚBLICAS DE EL DONCELLO S.A. E.S.P.*
Públicas de El Doncello S.A. E.S.P.
Apelación: *Sent. 17 de junio de 2019*
Rad. *18592-31-89-001-2016-00018-01*
Proyecto discutido y aprobado mediante Acta No. 037.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA
CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE:
GILBERTO GALVIS AVE

Florencia -Caquetá-, veintidós (22) de abril de dos mil veinticuatro
(2024).

Sería oportuno continuar con el trámite de segunda instancia que impone la ley procesal laboral y proceder a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de junio de 2019, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico, Caquetá, dentro del proceso ordinario laboral de CONRADO PAREJA AGUDELO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE EL DONCELLO S.A. E.S.P., sino fuera porque se advierte la falta de jurisdicción y de competencia. Veamos:

ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES:

El señor CONRADO PAREJA AGUDELO, por medio de apoderada judicial, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia contra la persona jurídica EMPRESAS PÚBLICAS DE EL DONCELLO S.A. E.S.P., con el objeto de que, en sentencia, se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad en los extremos temporales del 02 de enero al 31 de diciembre de 2012, en la que se omitió obligaciones patronales, y, en consecuencia, se condene al pago de salarios dejados de percibir, junto con intereses corrientes y moratorios, prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, dotación, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y perjuicios morales.

1.2 RAZONES DE HECHO:

Que el 2 de enero de 2012 fue vinculado laboralmente mediante Contrato de Prestación de Servicios con fecha de terminación el 31 de marzo del mismo año, para desempeñarse como Asesor Contable, con funciones de brindar asesoría contable, rendir informes contables y demás inherentes al objeto del contrato, con un salario equivalente a \$1.322.000,oo M/CTE, sin embargo, solo se le canceló \$1.375.000,oo M/CTE.

Refiere que, el 18 de mayo de 2012 firmó renovación del Contrato de Prestación de Servicios, para las mismas funciones, pero con un salario equivalente a \$1.842.000,oo M/CTE.

Narró que, desde el día en que inició el contrato laboral no se ha realizado el pago de los haberes salariales, además de haber presentado diversas solicitudes a fin de que le sean cancelados los dineros productos del desempeño de su labor, sin obtener respuesta.

Por último, afirmó que el 14 de diciembre de 2015 en la Inspección de Policía del Municipio de El Doncello-Caquetá, se celebró audiencia de conciliación, en la que se obtuvo un resultado de no acuerdo. (fls. 02 a 08)

2. TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico-Caquetá, admitió la demanda mediante Auto Interlocutorio del día veintiuno (21) de noviembre del año dos mil dieciséis (2016) en el que dispuso por reunir los requisitos legales, la notificación personal de dicho proveído y el traslado de rigor a la parte demandada.

Una vez trabada la relación jurídico-procesal, la parte accionada EMPRESAS PÚBLICAS DE EL DONCELLO S.A. E.S.P., a través de apoderado judicial hizo uso de su derecho de defensa dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, para lo cual argumentaron que nunca existió un contrato laboral con la demandante, sino un contrato de prestación de servicios donde la contratista contó con autonomía, de ahí que no ha omitido obligaciones patronales, y presentó como excepciones las

denominadas “Ineptitud de la demanda”, “Falta de jurisdicción y de competencia” e “Innominada”. (fls. 42 a 47)

Así, el trece (13) de junio del año dos mil diecisiete (2017) se dio inicio a la práctica de la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la que se declaró clausurada la etapa de conciliación, se agotó la etapa de saneamiento, fijación de litigio y decreto de pruebas. (fls. 95 y 96)

Posteriormente, el diecisiete (17) de junio del año dos mil diecinueve (2019) se celebró audiencia de trámite en la que declaró terminada la etapa probatoria y se recibió los alegatos de conclusión. (fls. 204 a 213)

2.1. LA DECISIÓN APELADA

El A quo denegó todas las pretensiones, y absolvió a la convocada EMPRESAS PÚBLICAS DE EL DONCELLO S.A. E.S.P., de los cargos y condenas formuladas por el señor CONRADO PAREJA AGUDELO.

Para arribar a tal decisión, el Juez de Primera Instancia, en primer lugar, edificó consideraciones respecto al contrato de trabajo en armonía con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo; y, seguidamente, abordó el caso concreto concluyendo de conformidad con el material probatorio la parte demandante no

demostró el elemento de la subordinación, sumado a quedar duda si cumplió con la labor encomendada.

2.2. EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO

El apoderado judicial de la parte demandante procedió en alzada contra la providencia del A quo, el cual fue sustentado básicamente de la siguiente manera:

Refiere que, difiere de la existencia de los contratos de prestación de servicios, agregando que de la declaración rendida por la Representante Legal de la sociedad demandada se advierte que acepta la existencia del contrato y ausencia en el pago de los emolumentos salariales, además de hacer mención que la entidad demandada tiene una deuda con el demandante.

3. CONSIDERACIONES

1.- Al situarnos en el caso que ocupa la atención del Tribunal, delanterioramente la Sala debe determinar cuál es la jurisdicción que debe conocer de la demanda laboral incoada por el señor CONRADO PAREJA AGUDELO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE EL DONCELLO S.A. E.S.P., teniendo en cuenta que lo que se persigue es el reconocimiento de un contrato realidad, básicamente porque se dice que entre el demandante y la entidad del Estado existió una vinculación laboral donde aquella fue trabajadora por el período comprendido entre el 16 de octubre de 2012 al 31 de octubre de 2015.

2.- Para dar respuesta a esa inquietud, advierte la Sala de entrada, que, el numeral 1º del artículo 2º del C.P.L. y de la S.S. modificado por la Ley 1564 de 2012 atribuyó de manera general a la Jurisdicción Ordinaria Laboral la competencia para conocer de los asuntos relativos a los conflictos que se originan directa o indirectamente en el contrato de trabajo. Por el contrario, y de manera especial el numeral 2º del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 definió la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública, y en el numeral 4 ibídem establece que también conocerá de las relaciones legales y reglamentarias entre los servidores públicos y el Estado.

3.- Rememórese que el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015 mencionó que los conflictos de competencia entre jurisdicciones diferentes que eran dirimidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura pasarían a ser resueltos por la Corte Constitucional. De tal suerte, que esa alta Corporación sentó como tesis frente a asuntos de este linaje, que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa conocer de las controversias en las que se discutan vínculos laborales ocultos bajo contratos de prestación de servicios celebrados con el Estado. Así, se dejó decantado en los autos: A479-2021, A908-2021, A492-2021, A330-2021, A491-2021, A739-2021, criterio reiterado en auto A1389 de 2023 constituyéndose en posición consolidada; todo ello, porque corresponde a la jurisdicción contenciosa el estudio de los

contratos estatales y la calificación de la naturaleza jurídica del vínculo que ató al contratista con la administración.

De ahí, que no podamos olvidar que las decisiones de la Corte Constitucional son vinculantes según quedó establecido en la sentencia C-816 de 2011 en donde se resaltó la fuerza vinculante de sus decisiones, por lo que, su acatamiento se torna obligatorio.

4.- Al resolver un conflicto de jurisdicciones en donde se discutía un asunto de similares características al que ocupará la atención de la Sala, la Corte Constitucional en el auto A908-21 sostuvo la siguiente tesis que ha venido reiterando entre otros en el Auto A1389 de 2023 : “En el Auto 492 de 2021 la Corte estableció que “*de conformidad con el artículo 104 del CPACA, la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer y decidir de fondo un proceso promovido para determinar la existencia de una relación laboral, presuntamente encubierta a través de la sucesiva suscripción de contratos de prestación de servicios con el Estado.*” La Corte ha llegado a esta conclusión con base en el Artículo 104.4 según el cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá los asuntos laborales relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, además es la que conoce de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones que estén sujetos al derecho administrativo y en los que se encuentren involucradas las entidades públicas. Al contrario, a la Jurisdicción Ordinaria Laboral le corresponde el conocimiento de los procesos laborales en los que son parte trabajadores oficiales.

“9. Ahora bien, las personas naturales se vinculan con el Estado para prestar sus servicios u oficios, a través de tres tipos de relaciones: (i) como empleados

públicos en virtud de una relación legal y reglamentaria; (ii) como trabajadores oficiales por medio de un contrato laboral; y (iii) como contratistas mediante contrato estatal de prestación de servicios. Al respecto, esta Corporación ha mencionado que las dos primeras modalidades suponen la existencia de un vínculo de carácter laboral, mientras que la última no, dado su carácter “contractual estatal”. En específico, el numeral 3 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que entre los contratos estatales están los contratos de prestación de servicios, que son “los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

“10. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la Jurisdicción Contencioso de lo Administrativo es la competente para conocer las controversias originadas para reclamar la declaratoria de un vínculo laboral oculto bajo la figura de un contrato de prestación de servicios celebrado con el Estado, porque es la jurisdicción que el ordenamiento jurídico ha habilitado para controlar y revisar los contratos estatales y determinar la calificación de la naturaleza jurídica del vínculo laboral que une al contratista con la administración, a partir del acervo probatorio y las circunstancias específicas del caso concreto.

“11. Este Tribunal ha establecido, además, que dicha jurisdicción dispone de los mecanismos de defensa idóneos para controvertir la existencia de posibles contratos laborales y el cobro de acreencias derivadas de la celebración indebida de contratos de prestación de servicios con el Estado. En consecuencia, cuando el litigio planteado cuestiona la legalidad de actuaciones de la administración,

como los contratos de prestación de servicios celebrados por una entidad pública o la validez de un acto administrativo, la competencia es de la Jurisdicción Contencioso Administrativo."

5.- Ahora, como en este asunto, CONRADO PAREJA AGUDELO señala en los hechos de la demanda que como "Asesor Contable" prestó sus servicios personales a EMPRESAS PÚBLICAS DE EL DONCELLO S.A. E.S.P. a través de contrato de prestación de servicios, reclamando la existencia de un contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es por lo que esta Sala estima, que la jurisdicción competente llamada a resolver esa controversia es la Contenciosa Administrativa.

6.- Por consiguiente, la Sala acoge en su integridad las directrices trazadas por la Corte Constitucional en el pronunciamiento trasuntado y de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del C. G. del P., y en armonía con el artículo 138 ejusdem, ante la evidente falta de jurisdicción y de competencia por los factores subjetivo y funcional, las cuales se tornan improrrogables, **se dispondrá** que todo el diligenciamiento que acá nos concierne, sea enviado a la oficina judicial de esta ciudad, para que sea repartido entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Florencia, Caquetá.

Finalmente cumple precisar, que si bien esta Sala era del criterio que cuando las pretensiones de la parte demandante estaban

encaminadas a que se declarara la existencia de un contrato de trabajo encubierto por medio de contratos de prestación de servicios, la competencia era de la jurisdicción ordinaria; hoy por hoy, ha de cambiarse de criterio al tener conocimiento de que las reglas de competencia en asuntos laborales de la naturaleza ya mencionada, fueron variadas por la Corte Constitucional a través de los autos a los cuales se hizo mención. Por tanto, la Sala recoge esa postura de competencia recientemente expuesta en procesos de este mismo linaje, así como en cualquier otro proceso donde se haya pretendido la declaratoria de un contrato realidad con fundamento en contratos de prestación de servicios celebrados con entidades del Estado y en los que se haya asumido el conocimiento del asunto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA -CAQUETA-, SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL,**

R e s u e l v e:

PRIMERO: Declarar la falta de jurisdicción y de competencia para conocer del proceso laboral de CONRADO PAREJA AGUDELO contra **EMPRESAS PÚBLICAS DE EL DONCELLO S.A. E.S.P.,** por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ABSTENERSE de desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 17 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico, Caquetá, la cual, por ende, se inválida de conformidad con el artículo 138 del C. G. del P.-, aplicable en materia laboral por la remisión expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la Seguridad Social.

TERCERO: ORDENAR la remisión de las diligencias a la Oficina Judicial de FLORENCIA para que se haga el reparto correspondiente entre los juzgados administrativos de la localidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GILBERTO GALVIS AVE
Magistrado

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA
Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO¹
Magistrada

-Con Permiso Justificado y Legalmente Concedido-

¹ Ordinario Laboral. Rad. 2016-00018-01. Firmado electrónicamente por los H. Magistrados.

Firmado Por:

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Sala 002 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

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

Código de verificación: **b1f672518c2bf8af33c28805964de0fe31bb416f9395c1d46588776f7c5de89a**

Documento generado en 23/04/2024 01:08:49 PM

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