



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO MIXTO  
DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

Fecha: 11 OCT 2018 Hora: 5:00

Nº. Folios: 26  
Recibido por: [Firma]

Señores  
JUZGADO 8 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CUCUTA  
E. S.

REFERENCIA: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA  
DEMANDANTE: HERNANDO BLANCO AYALA Y OTROS  
DEMANDADO: FIDUCIARIA LA PREVISORA SA OBRANDO COMO ADMINISTRADORA Y VOCERA DEL FOMAG  
RADICADO: 2017-00250

Respetado Doctor:

DIANA PATRICIA SANTOS RUIZ, abogada, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, domiciliada en la ciudad de Bogotá, en mi calidad de apoderada judicial de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A., sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial de Estado, constituida y reformada mediante escritura pública No. 25 del 29 de Marzo de 1985 de la Notaría 33 del Circuito Notarial de la Ciudad de Bogotá D.C., y transformada de sociedad limitada a anónima, mediante escritura pública No. 462 del 24 de enero de 1994 de la Notaría 29 del Circuito Notarial de la Ciudad de Bogotá D.C., de conformidad con el poder adjunto, acompañado por el certificado de existencia y representación legal de la Entidad, encontrándome dentro del término legal para ello, me permito presentar ante su despacho CONTESTACION DE LA DEMANDA, en el proceso de la referencia, en los siguientes términos.

I. RESPECTO DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

1. NO ME CONSTA al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
2. NO ME CONSTA al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
3. NO ME CONSTA al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
4. NO ME CONSTA al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
5. ES CIERTO.
6. ES CIERTO.
7. NO ME CONSTA al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.



8. **ES CIERTO.**
9. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
10. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
11. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
12. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
13. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
14. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
15. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
16. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
17. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
18. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
19. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
20. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
21. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
22. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
23. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
24. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
25. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
26. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.



27. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
28. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
29. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
30. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
31. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
32. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
33. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
34. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
35. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
36. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
37. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
38. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
39. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
40. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
41. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
42. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
43. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
44. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.



199

45. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
46. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
47. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
48. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
49. **NO ME CONSTA** al ser un hecho ajeno a mi representada y, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

## II. A LAS PRETENSIONES.

1. Me **OPONGO**, a que se declare administrativa y patrimonialmente a mi representada por los supuestos daños y perjuicios sufridos por el demandante, como quiera que, la falla en el servicio como quiera que el proceder de los médicos tratantes fue ajustado a la *lex artix ad hoc*, siguiendo los mandatos de la ciencia médica aplicables al caso, procurando la recuperación del paciente. Por otro lado, si en gracia de discusión se acepta lo contrario, mi representada no tiene responsabilidad alguna en el presente proceso pues sus obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias no incluyen la prestación de servicios médicos.
2. Me **OPONGO**, a que se condene a mi representada al reconocimiento y pago de los supuestos perjuicios pretendidos por el actor, relacionados de la siguiente manera.
  - A. Me **OPONGO**, a que se condene a mi representada al reconocimiento y pago del supuesto perjuicio por daño a la salud, como quiera que la responsabilidad de mi representada se limita a la administración de los recursos del FOMAG y, precisamente por esta razón contrata la prestación de los servicios de salud, los cuales para el caso que nos ocupa se encuentran a cargo de la unión temporal magisterio Región 5. En ese orden de ideas es ésta y no mi representada la responsable por los supuestos perjuicios causados según la parte actora.
  - B. Me **OPONGO**, a que se condene a mi representada al reconocimiento y pago del supuesto perjuicio moral. Por los mismos argumentos del numeral anterior.
  - C. Me **OPONGO**, a que se condene a mi representada al reconocimiento y pago del supuesto perjuicio moral pretendido en nombre de la compañera permanente del actor, como



200

quiera que mi representada no ocasionó perjuicio alguno al actor ni a su familia. Máxime si se tiene en cuenta que la responsabilidad de mi representada se limita a la administración de los recursos del FOMAG.

- D. Me **OPONGO**, a que se condene a mi representada al reconocimiento y pago del supuesto perjuicio moral pretendido en nombre de los hijos del actor, como quiera que mi representada no ocasionó perjuicio alguno al actor, ni a su familia.
- E. Me **OPONGO**, a que se condene a mi representada al reconocimiento y pago del supuestos perjuicios materiales reclamados por el actor denominados indemnización consolidada y futura, como quiera que mi representada no ocasionó perjuicio alguno al actor, por otro lado es claro que la expectativa de vida que se establece de forma estadística no puede entenderse como una obligación para los profesionales de la salud de mantener a toda la población nacional con vida, por un periodo de tiempo ilimitado sin considerar las distintas situaciones de salud que se pueden presentar en cada caso concreto.

Respecto del Lucro cesante, conforme lo confiesa el apoderado de la parte demandante, supuestamente el actor desempeñaba una actividad económica de la cual no se tiene certeza los ingresos económicos que percibía, por lo cual pretende aplicar la presunción de que toda persona en edad productiva devenga por lo menos un salario mínimo, sin embargo no se puede desconocer que corresponde a la parte interesada probar el supuesto de hecho que pretende hacer valer principio establecido en el código general del proceso artículo 167, de tal suerte y conforme a los documentos allegados y la misma redacción del libelo demandatorio, no se puede simplemente aseverar que el demandante realmente realizaba algún tipo de actividad económica que le otorgara ingresos mensuales.

- F. **ME OPONGO**, a que se condene a mi representada a la indexación de las pretensiones, como quiera que al no haber obligación principal tampoco habrá lugar a dicha pretensión.
- G. **ME OPONGO**, a que se condene a mi representada por las pretensiones perseguidas en la demanda como quiera que, la responsabilidad de mi representada se limita a la administración de los recursos del FOMAG y, precisamente por esta razón contrata la prestación de los servicios de salud, los cuales para el caso que nos ocupa se encuentran a cargo de la unión temporal magisterio Región 5. En ese orden de ideas es ésta y no mi representada la responsable por los supuestos perjuicios causados según la parte actora.



- H. **ME OPONGO**, como quiera que mi representada no tiene obligación alguna dentro de la presente demanda.
- I. **ME OPONGO** Como quiera que mi representada ha obrado de buena fe, dando estricto cumplimiento al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no ha debido ser llamada a juicio.

## II. HECHOS PARA LA DEFENSA DE LA FIDUPREVISORA S.A

1. Fiduprevisora S.A., es la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado con el Ministerio de educación.
2. En el contrato de fiducia mercantil, se estipuló que estará a cargo de mi representada el pago de las prestaciones económicas y la garantía de las prestaciones asistenciales al personal docente, una vez la entidad nominadora emite la correspondiente resolución.
3. No existe norma de rango constitucional o legal, que ordene a la Fiduciaria La Previsora S.A. a prestar servicios médicos, pues es claro que la responsabilidad de mi representada se limita exclusivamente administrar los recursos del FOMAG en los términos del contrato de fiducia mercantil, es decir única y exclusivamente recursos para las prestaciones sociales.
4. La responsabilidad de mi representada se limita a la administración de los recursos del FOMAG y, precisamente por esta razón contrata la prestación de los servicios de salud, los cuales para el caso que nos ocupa se encuentran a cargo de la unión temporal magisterio Región 5. En ese orden de ideas es ésta y no mi representada la responsable por los supuestos perjuicios causados según la parte actora.

## III. EXCEPCIONES.

### PREVIAS.

1. **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.** De conformidad con lo establecido por el Honorable Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de unificación de jurisprudencia, 25 de septiembre de 2013, exp. 20.420, Se tiene que:

“la (sic) capacidad para ser parte hace referencia a la posibilidad de ser sujeto de la relación jurídico-procesal, esto es, constituir uno de los dos extremos de la litis, a saber, demandante o demandado. Esta condición proviene de la capacidad jurídica que se le atribuye a la personalidad, en otras



202

ABOGADOS ASOCIADOS

palabras, la que tienen las personas, naturales, jurídicas o las ficciones habilitadas por la ley (v.gr. art. 2º ley 80 de 1993), para ser parte de cualquier relación jurídica”.

En el presente caso, tal como quedó expuesto en el contenido del presente escrito, Fiduprevisora SA no está llamado a defender el interés jurídico que se debate en el proceso, pues desborda la órbita de sus competencias establecidas por vía Constitucional, Legal y Reglamentaria.

Como sustento que refuerza lo anterior, se traen a colación lo manifestado por el Tribunal Administrativo del Quindío en Auto del 23 de Agosto de 2017 en el caso 2016-00483 en el cual ordena la desvinculación oficiosa del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG del proceso adelantado y en consecuencia remite el litigio a la jurisdicción ordinaria, ello al considerar que, los hechos narrados en el petitum, atacaban únicamente al prestador de los servicios médicos en el cumplimiento de sus funciones, ello por cuanto la labor del FOMAG es la de garantizar la prestación de los servicios asistenciales mediante la contratación de las empresas habilitadas para ello, aspecto que se cumple cabalmente.

En ese sentido, tampoco le asiste legitimación en la causa a la Fiduprevisora por cuanto únicamente se limita a la contratación y pago de los prestadores, mientras que el presente conflicto ataca directamente la prestación del servicio en el marco de la relación médico – paciente.

#### EXCEPCIONES DE MÉRITO.

1. **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION.** La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A., no tiene responsabilidad alguna, en el presente caso, por cuanto las indemnizaciones perseguidas, no tienen sustento legal aplicable al caso.
2. **ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA.** La vinculación y eventual cobro de un monto dinerario con ocasión a una posible prosperidad de las pretensiones, acarrearía la desviación del presupuesto sin una base jurídica.
3. **BUENA FE.** La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A., ha actuado conforme a derecho en todas las situaciones que se le presentan.  
En virtud de lo anterior, solicito al señor Juez absolver y desvincular a mi representada en el presente proceso, haciendo también, absolución respecto del pago de costas o emolumento alguno.
4. **CAUSA EXTRAÑA:** La responsabilidad de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A., se limita a la administración de los recursos del FOMAG y, precisamente por esta razón contrata la prestación de los servicios de salud, que en el presente proceso se encontraban a cargo de la unión temporal magisterio Región 5. En ese orden de ideas es ésta la responsable por los supuestos perjuicios causados



ABOGADOS ASOCIADOS

según la parte actora, como quiera que los hechos alegados dentro de la demanda hacen referencia a la actuación desplegada por los galenos, lo cual es totalmente ajeno al objeto social de mi representada.

5. **EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA.** De acuerdo con lo estipulado en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 282 del Código General del Proceso, aplicable, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la Sentencia, razón por la cual, solicito al señor Juez declarar las demás excepciones que encuentre probadas y que no hayan sido planteadas en este escrito.

#### IV. FRENTE A LAS PRUEBAS.

1. **RESPECTO DE LAS DECLARACIONES JURAMENTADAS:** Solicito del honorable despacho se cite a los declarantes para que se ratifiquen y a fin de establecer la razón de la ciencia de su dicho.
2. **RESPECTO DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS COMO EN PODER DE LA PARTE DEMANDADA.** Teniendo en cuenta que tales documentos corresponden a la custodia exclusiva de la EPS, que atendió al actor y la misma cuenta con reserva legal, razón por la cual desde ya manifiesto que mi representada no cuenta con tales documentos.

#### V. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DEFENSA

1. **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** Fiduciaria La Previsora S.A., es ante todo una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo, como se observa de la lectura del certificado de la Superintendencia Financiera de Colombia y el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá que se anexa al presente, es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como en el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriormente detalladas.

Fiduprevisora S.A. en su calidad de vocero y administrador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene a cargo la prestación de servicios médicos que por ley están reservadas a las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del estado y demás entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, dentro del marco de la ley 100 de 1993.



El sistema de salud está compuesto por dos regímenes de afiliación y financiación: el régimen contributivo, al cual deberá estar afiliada la población laboral del país; y el régimen subsidiado, al cual deberá estar afiliada la población que no pueda sufragar el costo total o parte del costo del servicios, y de instituciones que se encargan de cumplir con el objetivo como son: Entidades promotoras de Salud (EPS) y las Administradoras de Régimen Subsidiado (ARS) quienes tienen el deber de prestar los servicios directamente o a través de las instituciones Prestadoras de Salud (IPS).

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 estableció: "... EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones a cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida..." (Subrayado fuera de texto).

EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria La Previsora S.A., la cual actúa como representante del patrimonio autónomo denominado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1.990 de la Notaría 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la NACIÓN — MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

## **2. RELACIÓN DE FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y (LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL).**

El artículo 3o. de la Ley 91 de 1.989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el estado tenga más del 90% del capital, para lo cual el Gobierno Nacional suscribiría el correspondiente contrato de fiducia mercantil, contentivo de las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la referida Ley.

En virtud de lo anterior, LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, suscribieron UN CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL, contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de Junio de 1.990 de la Notaría 44, prorrogado varias veces y vigente a la fecha.



La finalidad del CONTRATO PE FIDUCIA MERCANTIL contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1.990 de la Notaría 44 es la siguiente: "... El presente contrato tiene como finalidad primordial la eficaz administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante EL FONDO, de tal manera que atienda oportunamente el pago de las prestaciones sociales, así como garantizar la adecuada prestación de los servicios médico- asistenciales del personal docente, para dar cumplimiento a los propósitos que inspiraron la Ley 91 de 1.989...". (Subrayado fuera del texto original del contrato).

El objeto del contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No.0083 del 21 de junio de 1.990 de la Notaría 44 es la siguiente: "... El presente contrato tiene por objeto constituir una Fiducia Mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio —EL FONDO—, con el fin de que LA FIDUCIARIA los administre, invierta y destine of cumplimiento de los objetivos previstos para EL FONDO, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo..." (Subrayado fuera del texto original del contrato).

De conformidad con la expresado y de acuerdo al contrato de fiducia mercantil y que rige las relaciones entre el FIDEICOMITENTE *Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales*) y el fiduciario (FIDUPREVISORA S.A.), es sin lugar a dudas que la función de FIDUPREVISORA S.A. es solamente la de administrar los recursos que integran el citado Fondo, realizando gestiones de administración y pagos, pero carece de facultades para ordenar o disponer de los recursos que integran el Fondo, pues, en todos los negocios basado en la figura del contrato de fiducia mercantil, solo se reciben instrucciones del fideicomitente y el fiduciario solo desde ese momento puede actuar de conformidad a las mismas ya que siempre en todos los casos LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. actúa COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Por otra parte, la Ley 100 de 1993, en su artículo 279, estableció que se exceptúan del sistema integral de seguridad social los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Así las cosas, se tiene que las funciones de la FIDUCIARIA están encaminadas al acatamiento de las instrucciones dadas por el FOMAG, las cuales, a su vez, se ven materializadas en la acción de pago y contratación de servicios asistenciales del sistema de seguridad social de los maestros, así como la vigilancia en cuanto a que se mantengan las condiciones bajo las cuales el contratista accedió a la adjudicación licitada. Aspecto único por el que se podría predicar una responsabilidad si llegare a ser cierto el incumplimiento de algún pago por la prestación de los mencionados servicios.



Los programas y políticas de cubrimiento no están a cargo de la FIDUCIARIA, sino en escala mayor por parte del Ministerio de Educación Nacional y en escala particular, en cabeza del ente territorial o secretaría departamental de educación.

**3. SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.** La responsabilidad civil en Colombia está regulada por el código civil en los artículos 1602 a 1627 inclusive (responsabilidad civil contractual) y artículos 2341 a 2360 inclusive (responsabilidad civil extracontractual) normas de las cuales se desprende un importante principio que orienta la reparación del daño: La víctima tiene derecho a la reparación total del daño sufrido, pero no más. Siempre que la víctima lo solicite en la demanda, el juez deberá otorgar la total indemnización de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el lesionado (Tamayo Jaramillo, Javier. De la responsabilidad civil tomo IV, Temis, Bogotá, 1999, P 189.)

Nuestra legislación civil considera la posibilidad de la indemnización integral, pero esta debe corresponder solo a los daños ocasionados y probados por la víctima, con el fin de resarcir el malestar causado como consecuencia del daño producido. En ese sentido, el artículo 2341 del código civil expresa lo siguiente: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito". La norma anteriormente transcrita debe ser interpretada en concordancia con lo ordenado por el artículo 16 de la ley 446 de 1998 que expresa lo siguiente: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

En ese orden de ideas, la responsabilidad civil contractual se origina en la existencia de un contrato, la inejecución del mismo, la ejecución imperfecta o retardada, la culpa o la imprudencia del demandado y el perjuicio sufrido por el demandante y el nexo de causalidad. Por otro lado, la responsabilidad civil extracontractual se genera en el perjuicio sufrido por una persona como consecuencia del proceder negligente o doloso de otra sin que medie un vínculo contractual entre aquellas partes.

De lo anterior se puede inferir que Solo se debe tener en cuenta una indemnización compensatoria o nominal y una de carácter moral; la indemnización no tiene una finalidad ejemplarizante; corresponde a la víctima demostrar la existencia del perjuicio causado y su cuantía.

Por otro lado, en desarrollo de los principios generales de responsabilidad solo se deben reparar aquellos daños que puedan imputarse causalmente y de manera directa a una conducta antijurídica de las entidades demandadas. En el caso que nos ocupa, vemos que la parte actora pretende que la entidad que represento le indemnice unos perjuicios causados por una supuesta falla en la prestación



207

del servicio médico por parte de un tercero, en este caso las entidades que en su momento prestaron los servicios médicos que hoy nos llaman a juicio.

Con base en todo lo anterior es claro que mi representada no ocasionó daño alguno a la parte actora como quiera que la fiduciaria la previsora SA es una entidad de servicios financieros cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias por normas generales y especiales. Esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el código de comercio y previstos tanto en el estatuto orgánico del sector financiero como en el estatuto de la contratación de la administración pública, al igual que en las disposiciones que las modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten y no la prestación de servicios médicos que por ley están reservadas a los prestadores del servicio de salud, tal cual son definidos por el artículo 3 del decreto 4747 de 2007 y que me permito transcribir: "a). Prestadores de servicios de salud. Se consideran como tales las instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. Para efectos del presente decreto, se incluyen los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados".

Por otro lado, el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio de conformidad con el artículo 3 de la ley 91 de 1989 es una cuenta especial de la nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados actualmente por la fiduciaria la previsora SA, la cual actúa como representante del patrimonio autónomo mencionado en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública número 83 del 21 de junio de 1990 de la notaría 44 de Bogotá, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado entre LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la fiduprevisora.

Para la fecha de los hechos narrados, se encontraban vigentes los contratos de prestación de servicios médicos que se anexan, los cuales tenían por objeto que los contratistas se obligaban a garantizar y asegurar la prestación de los servicios médico asistenciales al personal de docentes activos y/o pensionados de la región correspondiente y a sus beneficiarios según el plan de cobertura para el magisterio que se referencia en los términos de referencia que originó dicho contrato en las condiciones, plazos de atención, calidad y demás requisitos exigidos en las condiciones técnicas para la prestación de los servicios de los términos de referencia y de conformidad con la propuesta presentada por el contratista.



Por lo tanto, la fiduciaria la previsora SA, de conformidad con su objeto social y en desarrollo de sus obligaciones contractuales no presta servicios médicos, solo actúa en calidad de vocera del patrimonio autónomo fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

De otra parte, la responsabilidad civil de los médicos tratantes se establece mediante la demostración de la culpa, lo cual no se encuentra acreditado en el presente proceso. En sentido contrario lo que si consta es la evidencia de que el cuerpo médico colocó todos los medios que tenía a su alcance para procurar curar a la paciente.

Todo lo anterior encuentra pleno sustento en la sentencia con radicado 5507 de la corte suprema de justicia, providencia dentro de la cual el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria especialidad civil se refirió respecto de la obligación de demostrar la existencia de la culpa de los profesionales de la salud en cada caso concreto. Para una mayor claridad, me permito citar in extenso las consideraciones de la sentencia mencionada:

Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Desde luego, que ésta no ha sido la constante posición de la Corporación, porque, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959 (G.J. No. 2217, pág. 759 y s.s.), inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era "aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas". Además, anteladamente había trabajado el tema bajo el criterio de la presunción de culpa, exactamente en sentencia de 14 de marzo de 1942, donde examinando un caso de responsabilidad civil extracontractual, no obstante hacer todo un análisis probatorio para deducir la falta de prudencia del médico demandado, invocó como fundamento de derecho, entre otros, el artículo 2356 del Código Civil, y remató su estudio diciendo "el error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aún excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, así en aquellos que, como el presente -el mal de rabia- la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados JFRG. EXP. 5507 23 y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía".

De otro lado, ya en el punto de la responsabilidad contractual del médico, tampoco puede olvidarse como antecedente doctrinal, así se haya producido extrañamente a propósito de caso diferente



(incumplimiento de un contrato de asistencia técnica y financiera para cultivo de tomate), el planteado en la sentencia de casación de 3 de noviembre de 1977, donde la Corte poniendo un ejemplo con ocasión del análisis del requisito de que el daño debía ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación, formuló, por lo menos para el ejemplo, se repite, una inversión de la carga probatoria en el tema de la responsabilidad médica. Dijo la Corte en dicha providencia: "Esta condición o requisito del daño aparece de suyo en el proceso. Si el paciente fallece, valga de nuevo el ejemplo, y sus herederos afirman que el médico obligado a tratarlo suspendió o disminuyó sus servicios desde determinado momento, no puede exigírseles que demuestren que el fallecimiento de su causante se produjo precisamente por la supresión o disminución del tratamiento. Es el médico a quien corresponde demostrar, ora que sí prestó competentemente JFRG. EXP. 5507 24 sus servicios hasta el final, ora que no pudo continuar prestándolos por fuerza mayor o caso fortuito, ora que aún el supuesto de haberlos prestado hasta última hora el paciente hubiera fallecido de todos modos" (G.J. No. 2398, pág. 332). Igualmente la sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), donde, con respecto al mismo tema, la Corte presume la culpa para el evento en que se ha asegurado por parte del médico un "determinado resultado" y "no lo obtiene".

"Es en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada, pues en ella, además de indicar que en este tipo de casos no sólo debe exigirse la demostración de "la culpa del médico sino también la gravedad", expresamente descalificó el señalamiento de la actividad médica como "una empresa de riesgo", porque una tesis así sería "inadmisibles desde el punto de vista legal y científico" y haría "imposible el ejercicio de la profesión".

"Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que "...el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de JFRG. EXP. 5507 25 suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación". Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el "contrato se hubiere asegurado un determinado resultado" pues "si no lo obtiene", según dice la Corte, "el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima", a no ser que logre demostrar alguna causa de "exoneración", agrega la providencia, como la "fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada". La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998."



“Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del C. Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (medical malpractice, como se dice en USA), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del C. Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal JFRG. EXP. 5507 26 como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas.”

Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las “implicaciones humanísticas que le son inherentes”, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º parágrafo 1º de la Ley 23 de 1981.”

“Desde luego que el razonamiento precedente tiene validez, para cuando el acto médico o quirúrgico corresponde a un ejercicio legal de la profesión por persona o institución, que además de capacitada académicamente, está autorizada o habilitada oficialmente para dicha práctica, pues son esos los criterios valorativos que el acto JFRG. EXP. 5507 27 demanda para entenderlo como de beneficio para el paciente y socialmente justificado, porque como bien lo ha explicado la jurisprudencia externa, “la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina ‘Lex artis ad hoc’, debe tener en cuenta “las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado); siendo sus notas: 1) Como tal ‘lex’ implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de



su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la 'lex' es un profesional de la JFRG. EXP. 5507 28 Medicina; 4) El objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuesto 'ad hoc': tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha 'lex artis'; así como en toda profesión rige una 'lex artis' que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa 'lex', aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos". (Trib. Supremo de España, Sent. de 11 de marzo de 1991)."

"Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico "es de medio", aunque admitió que "Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos". Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de "la culpa del JFRG. EXP. 5507 29 médico...", agregando como condición "la gravedad", que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aún teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, "el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase".

"Igualmente en sentencia de 3 de noviembre de 1977, la Corte consideró que por lo regular las obligaciones que para los médicos surgen, son de medio, de ahí que éstos no se obliguen, según se dijo "a sanar el enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir el resultado. El haber puesto estos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones".

"Posteriormente, concretamente en sentencia de 12 de septiembre de 1985, ya referenciada, la Corporación luego de ubicar el tema en la responsabilidad contractual y anotar que el contenido de las obligaciones que en virtud del contrato asumen los médicos y los establecimientos hospitalarios, "variará según la naturaleza JFRG. EXP. 5507 30 de la afección que padezca el enfermo y la especialización misma de los servicios que preste la entidad", sostuvo que "Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso sino exactamente de curar al enfermo, si al



menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que, en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”.

Sobre el particular, la honorable corte suprema de justicia ha manifestado que en los casos en los que se pretenda declarar la responsabilidad médica por acción u omisión, se deben estudiar en cada caso concreto, las condiciones de salud del paciente, sus distintos síntomas, lo ambiguo que puede ser el cuerpo humano y por supuesto, es menester estudiar si de acuerdo a la información con la que contaba el galeno obró de forma debida, sin tener en cuenta que es claro que una vez obtenido un resultado, a primera vista parece resultar fácil establecer las consecuencias, pero no se debe olvidar que antes de que se llegue al mencionado resultado, existen infinitas posibilidades que enfrentan los profesionales de la salud al momento de diagnosticar y tratar las distintas patologías que aquejan a las personas. Así pues, en sentencia del 26 de noviembre de 2010 con radicado 1999 08667 01, Reiterada en sentencias con radicado 2001 0077801 del 8 de agosto de 2011 y SC 12449 – 2014 del 15 de septiembre de 2014 la corporación manifestó lo siguiente:

“El diagnóstico está constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la “anamnesis”, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.”

“Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnosticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él.”

“En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el error culposos en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad;



vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis. En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia."

"Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad."

"Por supuesto que esto coloca al juez ante un singular apremio, consistente en diferenciar el error culposo del que no lo es, pero tal problema es superable acudiendo a la apreciación de los medios utilizados para obtener el diagnóstico, a la determinación de la negligencia en la que hubiese incurrido en la valoración de los síntomas; en la equivocación que cometa en aquellos casos, no pocos, ciertamente, en los que, dadas las características de la sintomatología, era exigible exactitud en el diagnóstico, o cuando la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza. De manera, pues, que el meollo del asunto es determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, y si ellos fueron o no aprovechados, y en este último caso porque no lo fueron."

"En todo caso, y esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un diagnóstico acertado."

"(...) El tratamiento consiste, en un sentido amplio, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar



214

directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético.”

“En el primero de esos aspectos, que es el que interesa al caso, el tratamiento asume un fin eminentemente curativo, entendido este no solo en el sentido de sanar al paciente, sino, también, dependiendo de las circunstancias del caso, el de impedir el agravamiento del mal, o el de hacerlo más llevadero, o mejorar sus condiciones de vida e, incluso, en el caso de enfermos terminales, mitigar sus padecimientos. Así las cosas, el facultativo se encuentra ante una ponderación de intereses en la que, atendiendo las reglas de la ciencia, debe prevalecer aquella consideración que le brinde la mayor probabilidad de alcanzar la finalidad propuesta. Por lo demás, no puede olvidarse que aquel goza de cierta discreción para elegir, dentro de las diversas posibilidades que la medicina le ofrece, por aquella que considere la más oportuna, todo esto, por supuesto, sin soslayar el poder de autodeterminación del paciente.”

“Por último, el tratamiento debe comenzar a la brevedad que las circunstancias lo reclamen, tanto más en cuanto su eficacia dependa de la prontitud con la que actúe sobre la persona”.

Descendiendo al caso concreto, es importante aclarar que la misma parte demandante confiesa a lo largo de la redacción de los hechos que los médicos tratantes obraron de forma diligente pues no hubo queja alguna de la prestación de los servicios médicos por más de 10 años y el lamentable deceso ocurrió como consecuencia de las distintas patologías que aquejaban a la causante, a pesar del proceder diligente de los médicos tratantes.

**4. CONCEPTOS SOBRE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD.** El decreto 4747 de 2007 establece entre otras cosas, dos conceptos diferentes: El primero es el de las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud (Las IPS que forman parte de la red pública o privada) y las entidades encargadas del pago de los servicios de salud como lo son las EPS, las ARL, las entidades territoriales entre otras. En ese orden de ideas, tal cual se puede observar en las obligaciones adquiridas con mi representada, la entidad fiduciaria que represento contrata con entidades que hacen las veces de EPS, las cuales se encargan de contratar la red que prestará los servicios asistenciales a favor del personal docente. En ese orden de ideas, de acuerdo a lo estipulado en el contrato NÚMERO 12076-005-2012 suscrito entre mi representada y la unión temporal MAGISTERIO REGIÓN 4, dicha entidad es la encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a que tiene derecho el personal docente residente en la región delegada, razón por la cual, en caso de demostrarse que al actor le asiste razón, serán los miembros de la unión temporal mencionada llamados a responder y no mi representada.



**5. DE LA CARGA DE LA PRUEBA.** Resulta oportuno frente al tema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial tener en cuenta lo expuesto por la sección tercera de estado mediante fallo de fecha 13 de diciembre de 2004, referencia 14722 así:

“De acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y solo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia.

“Se observa. Conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión – ni siquiera eventual- del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación a indemnizar.”

“En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención. En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanece oculta, aún para los propios médicos.”

“Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que – salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado- los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquellos. Al respecto, considera la sala acertadas las siguientes observaciones formuladas por el profesor Alberto Bueres:”

“Creemos que el mero contacto físico o material entre el actuar profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica (adecuada). En rigor, a partir de la evidencia de que el enfermo acude al médico por lo común con su salud desmejorada, a



veces resulta difícil afirmar que existe un daño y, en otras oportunidades, los tropiezos se localizan en el establecer si ciertamente el daño (existente) obedece al actuar médico o si deriva de la evolución natural propia del enfermo (Ataz López, los médicos y la responsabilidad civil, edit Montecorvo, Madrid, 1985, p. 340,)."

"Esta última afirmación nos conduce de la mano a reiterar que en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios... Frente al daño médico, es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del propio estado de salud del enfermo –amén de los supuestos de hecho (o culpa) de éste último-.

(...)

Solo resta advertir –como también lo hizo la sala en el fallo que acaba de citarse- que el análisis de la causalidad debe preceder siempre al de la existencia de la falla del servicio, en los casos en que ésta se requiere para estructurar la responsabilidad de la entidad demandada. En efecto, solo aquellas fallas a las que pueda atribuirse la producción del daño tendrán relevancia para la demostración de dicha responsabilidad de manera que la inversión del orden en el estudio de los elementos citados puede dar lugar a que la falla inicialmente probada resulte inocua, o a valorar indebidamente los resultados del examen de la conducta, teniendo por demostrado lo que no está."

"Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla en el servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos..."

Finalmente, respecto a la necesidad de concretar y probar los perjuicios en los procesos de naturaleza resarcitoria, ha sido reiterada la jurisprudencia proferida por el honorable consejo de estado, además, y a propósito del daño moral, la corporación manifestó lo siguiente:

"... es del caso hacer ver que cuando se predica del daño moral que debe ser cierto para que haya lugar a su reparación, se alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia



24

como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre cuyo papel es aquí de grande importancia, toda vez que quien pretenda ser compensado por el dolor sufrido a raíz de la muerte de un ser querido, tendrá que poner en evidencia según se lee en brillantes páginas que forman parte de los anales de jurisprudencia administrativa nacional – no solo quebranto que constituye factor atributivo de la responsabilidad ajena” --- sino su vinculación con el occiso (...) su intimidad con él, el grado de su solidaridad y, por lo mismo, la realidad de su afectación singular y la medida de ésta. (Acl. De voto, sec. Tercera; exp. 1651, del conjuetz, Dr. Fernando Hineztrosa, feb. 25/82).

Con base en lo anterior, es claro que la parte actora no logrará demostrar la negligencia de los profesionales de la salud ni por acción ni por omisión, como quiera que su proceder fue prudente, siguiendo los mandatos de la ciencia médica aplicables al caso, razón por la cual se deben despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

6. **DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.** De la forma más atenta y respetuosa ruego del honorable despacho se sirva absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda como quiera que es claro que ni los profesionales de la salud que intervinieron en el proceso de rehabilitación del causante ni fiduciaria la previsora SA vocera y administradora del fondo nacional de prestaciones sociales del incurrieron en culpa alguna ni incumplieron sus obligaciones legales y mucho menos faltaron a sus deberes y obligaciones.

En ese sentido, es claro que los distintos profesionales de la salud y las distintas entidades prestadoras de salud obraron de buena fe, dando estricto cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, esto es, aplicando los protocolos, sus conocimientos, el estado del arte correspondiente y demás medidas tendientes a garantizar el mejor tratamiento de salud del causante lo cual a pesar del gran esfuerzo no pudo evitar lo inevitable, su deceso.

Sobre el particular, la honorable corte suprema de justicia ha manifestado que en los casos en los que se pretenda declarar la responsabilidad médica por acción u omisión, se debe estudiar en cada caso concreto, las condiciones de salud del paciente, sus distintos síntomas, lo ambiguo que puede ser el cuerpo humano y por supuesto, es menester estudiar si de acuerdo a la información con la que contaba el galeno obró de forma debida, sin tener en cuenta que es claro que una vez obtenido un resultado, a primera vista parece resultar fácil establecer las causas, pero no se debe olvidar que antes de que se llegue al mencionado resultado (que en este caso es el lamentable deceso del causante), existen infinitas posibilidades que enfrentan los profesionales de la salud al momento de diagnosticar y tratar las distintas patologías que aquejan a las personas. Así pues, en sentencia del 26 de noviembre de 2010 con radicado



218

1999 08667 01, Reiterada en sentencias con radicado 2001 0077801 del 8 de agosto de 2011 y SC 12449 – 2014 del 15 de septiembre de 2014 la corporación manifestó lo siguiente:

*“El diagnóstico está constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la “anamnesis”, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.”*

*“Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él.*

*“En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el error culposos en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis. En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia.”*

*“Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la*



*manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.”*

*“Por supuesto que esto coloca al juez ante un singular apremio, consistente en diferenciar el error culposo del que no lo es, pero tal problema es superable acudiendo a la apreciación de los medios utilizados para obtener el diagnóstico, a la determinación de la negligencia en la que hubiese incurrido en la valoración de los síntomas; en la equivocación que cometa en aquellos casos, no pocos, ciertamente, en los que, dadas las características de la sintomatología, era exigible exactitud en el diagnóstico, o cuando la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza. De manera, pues, que el meollo del asunto es determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, y si ellos fueron o no aprovechados, y en este último caso porque no lo fueron.”*

*“En todo caso, y esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un diagnóstico acertado.*

*“(…) El tratamiento consiste, en un sentido amplio, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético.”*

*“En el primero de esos aspectos, que es el que interesa al caso, el tratamiento asume un fin eminentemente curativo, entendido este no solo en el sentido de sanar al paciente, sino, también, dependiendo de las circunstancias del caso, el de impedir el agravamiento del mal, o el de hacerlo más llevadero, o mejorar sus condiciones de vida e, incluso, en el caso de enfermos terminales, mitigar sus padecimientos. Así las cosas, el facultativo se encuentra ante una ponderación de intereses en la que, atendiendo las reglas de la ciencia, debe prevalecer aquella consideración que le brinde la mayor probabilidad de alcanzar la finalidad propuesta. Por lo demás, no puede olvidarse que aquel goza de cierta discreción para elegir, dentro de las diversas posibilidades que la medicina le ofrece, por aquella que considere la más oportuna, todo esto, por supuesto, sin soslayar el poder de autodeterminación del paciente.”*

*“Por último, el tratamiento debe comenzar a la brevedad que las circunstancias lo reclamen, tanto más en cuanto su eficacia dependa de la prontitud con la que actúe sobre la persona”.*



Así pues, forzoso resulta concluir que los procedimientos médicos y todo el trato brindado por los galenos y el personal administrativo de los distintos prestadores de salud se adecuó a las necesidades del demandante y que sus complicaciones médicas no ocurrieron por negligencia de aquellos, sino por situaciones ajenas que no pueden ser evitadas por más experto y acucioso que sea el personal.

### 1. INTERROGATORIO DE PARTE

Comedidamente solicito Señor Juez se sirva decretar y señalar fecha y hora para recepcionar interrogatorio de parte, que verbalmente o mediante sobre cerrado que allegaré en su oportunidad, a los demandantes que relaciono a continuación:

- HERNANDO BLANCO AYALA.
- BLANCA EDLIMA PEÑA CARDENAS.
- SHIRLEY TIBISAY BLANCO CAMACHO.
- ELKIN HERNANDO BLANCO CAMACHO.

### 2. DOCUMENTALES

1. Contrato de fiducia mercantil con sus correspondientes prórrogas suscrito entre La Nación-Ministerio de Educación y mi representada.
2. Contrato para la prestación de servicios médico asistenciales número 12076-005-2012 suscrito entre el FOMAG-FIDUPREVISORA SA y la unión temporal magisterio regional 5.
3. Auto emitido por el tribunal superior del Quindío dentro del proceso 630012333000201600483 en un caso idéntico al actual, dentro del cual la corporación decreta de oficio la excepción previa de falta de legitimación en la causa a favor de fiduprevisora y ministerio de educación desvinculándolos y enviando el proceso a la jurisdicción ordinaria civil.
4. Sentencia emitida por el tribunal administrativo del Tolima dentro del proceso con radicado 73001230000020110018500 dentro del cual la corporación decreta de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de fiduprevisora.

### VI. ANEXOS



227

Anexo CD contentivo de las documentales relacionadas y poder para actuar con sus respectivos soportes.

## VII. NOTIFICACIONES

A La FIDUPREVISORA S.A, en la:

Dirección: Calle 72 No. 10 - 03 Pisos 4, 5, 8, 9 Bogotá D.C,

e-mail notjudicial@fiduprevisora.com.co

La suscrita apoderada en la secretaría de su Despacho y en la:

Dirección: Carrera 15 No. 73 - 68 Oficina 301 Edificio "Siro" de la ciudad de Bogotá.

e-mail: dpabogados.diana@outlook.com

Teléfono: (1) 805 2590

Del Señor juez, con todo respeto,

DIANA PATRICIA SANTOS RUIZ  
C.C. No. 65.715.969 del Líbano  
T.P. 101.436 del C.S. de la J.