LÓPEZ QUINTERO
ABOGADOS & ASOCIADOS
Honestidad y Eficiencia

Armenia, 21 de febrero de 2024

Doctora
DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE BUCARAMANGA
Bucaramanga, (Stder)

REFERENCIA: CONTESTACIÓN DE EXCEPCIONES
DEMANDANTE: VIVIANA YASID ARCHILA LANDINEZ Y OTROS.
DEMANDADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y OTROS.
RADICADO: 68001333300520230029300

LAURA MARCELA LÓPEZ QUINTERO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.960.717 de Armenia (Q) y acreditada con la T.P. No. 165.395 del C.S. de la J, de la manera más respetuosa me permito manifestar al despacho, las razones por las cuales no deben prosperar las excepciones propuestas por las entidades demandadas:

EN CUANTO LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.:

EXCEPCIÓN DE FONDO

1. **FALTA DE JURISDICCIÓN- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.**

La apoderada de la entidad demandada sostiene que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, carecen de legitimidad pasiva en este caso, por lo que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no sería competente para conocer del presente proceso.

Frente al régimen de seguridad social en salud aplicable a docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio (FOMAG), la Sentencia de la Corte

Constitucional, *T- 496 de 2014*, sala Novena de revisión, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, señalo lo siguiente:

> *"**Por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes activos y pensionados, así como de sus beneficiarios en particular, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación -adscrita al Ministerio de Educación Nacional-**, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente-, es la fiduciaria La Previsora S.A.*
>
> *Como complemento de lo anterior, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a éste; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1° y 2° del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo."* [1]

La señora VIVIANA YASID, para la época de los hechos, era beneficiaria del Servicio de Salud del Magisterio Nacional desde el 11 de agosto del año 2017, por ser Docente Afiliada al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG. (Folio 11-12 de la demanda) Este servicio de salud, destinado a los Afiliados y Beneficiarios, estaba contratado en el Departamento del Cesar y en todo el país, con recursos de una cuenta especial adscrita al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, denominada FONDO DE

[1] Sentencia de la Corte Constitucional, *T- 496 de 2014*, sala Novena de revisión, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil catorce (2014), tutela instaurada por Teresa del Niño Jesús Benavides Gaviria obrando como agente oficiosa contra la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them "Cosmitet Ltda".

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y administrada por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.. [2]

Dentro de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud contratadas por la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL - CUB en el departamento del Cesar se encuentra la IPS CLÍNICA DE URGENCIAS DE BUCARAMANGA S.A.S..Esta institución, demandada en este proceso, actuó sin tener en cuenta la cultura de seguridad del paciente y llevó a cabo de manera incompleta la cirugía de SALPINGECTOMÍA BILATERAL TOTAL. Asimismo, no proporcionó a VIVIANA información precisa, comprensible y oportuna sobre la planificación familiar. Esto resultó en un quebrantamiento de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento constitucional y convencional para mis mandantes, generando sentimientos de angustia, congoja y sufrimiento, que no estaban en el deber de soportar.

De este modo, se atribuye al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en su calidad de garante del servicio de salud, la responsabilidad por el servicio contratado a través de la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL - CUB, así como a la IPS CLÍNICA DE URGENCIAS DE BUCARAMANGA S.A.S. Ambas entidades contribuyeron a la falla en la prestación del servicio de salud sexual y reproductiva de VIVIANA, ocasionando una vulneración de su dignidad humana y su libertad reproductiva.

En ese sentido, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para conocer sobre el presente asunto y declarar la responsabilidad del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con fundamento en la solidaridad existente entre el contratante, que es la entidad estatal, y el contratista, como colaborador de la administración en el ejercicio de la función pública.

2. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN- RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA EN CABEZA DE LOS CONTRATISTAS DE SERVICIOS MÉDICOS- AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS.

Sostiene la apoderada de la entidad demandada, que el deber legal de FIDUPREVISORA S.A., consiste únicamente en celebrar contratos para garantizar el servicio de salud de los afiliados del FOMAG. Además, argumenta que ni FIDUPREVISORA S.A., ni el FONDO NACIONAL DE

[2] http://www.fomag.gov.co/seccion/nuestra-empresa.html *(Página WEB FOMAG- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora)*

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), tienen la facultad de prestar directamente servicios médico-asistenciales, como lo hacen las IPS y EPS *"El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG única y exclusivamente para el caso que nos ocupa, tenía la función de contratar la prestación de los servicios médico-asistenciales de manera eficiente al usuario, cuestión ésta que sucedió respecto de la paciente y que se reitera, es competencia absoluta del prestador del servicio."*

Si bien la falla en la prestación del servicio de salud fue cometida directamente por la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A., durante la cirugía anticonceptiva de VIVIANA, esta ocurrió mientras prestaba sus servicios para LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A., quienes eran responsables de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, según lo establecido en el artículo 5 de la Ley 91 de 1989.

Por lo tanto, aunque LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A., no presten directamente el servicio de salud, esto no significa que se eximan totalmente de su obligación de garantizar a sus afiliados la prestación de un servicio eficiente e íntegro. Así, fue ratificado por el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Bogotá D.C, treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018), radicación: *19001-23-31-000-2003-01304-01 (41860),* según lo siguiente:

> *"A pesar de que el consorcio Cosmisur fue el que prestó deficientemente el servicio médico,* ***el daño también resulta atribuible a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues*** *"****al prestar el servicio de salud a través de una persona de derecho privado, no se desprendió de su obligación positiva de prestar el servicio de salud sino que se constituyó frente al usuario en una prolongación de la entidad pública obligada a prestar dicho servicio*** *(Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, exp. 25706, C.P. Ramiro Pazos Guerrero."*[3] (Negrilla fuera del texto original)

[3] Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Bogotá D.C, treinta (30) de agosto de de agosto de dos mil dieciocho (2018), radicación: *19001-23-31-000-2003-01304-01 (41860)*

En lo concerniente a la responsabilidad solidaria entre el contratante y el contratista, cuando los daños a terceros son generados por acciones del contratista en colaboración con la administración, el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Argemiro de Jesus Giraldo, Bogotá D.C, veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002), radicación: *05001-23-31-000-1993-0621-01(12789)* y el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Jesus Maria Carrillo Ballesteros, Bogotá D.C, veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), expediente: *10.624*, han establecido lo siguiente:

> *"La Sala considera pertinente precisar que existe una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado fundada en el incumplimiento de un deber de control y vigilancia respecto de un tercero que, con su actuación, le causa perjuicio a otro-cuyos elementos han sido explicados-, y aquélla que se presenta en los casos mencionados por el apoderado de la parte demandante, en los que se pretende la indemnización del daño causado por sus contratistas.* ***En efecto, en la medida en que la función o la obra que se les encarga a éstos últimos no deja de ser pública y, por lo tanto, se ejecuta por cuenta del Estado, la jurisprudencia ha entendido que se presenta una ficción legal, que permite considerar que es éste mismo quien actúa. Esto se explica por el hecho de que la contratación de particulares para los efectos indicados obedece, generalmente, a la insuficiencia o incapacidad técnica del personal de las entidades estatales, o a la ausencia de equipo adecuado para llevar a cabo las correspondientes funciones u obras de manera directa. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que, por no tener los contratistas la calidad de servidores públicos o agentes estatales****, la repetición que la respectiva entidad puede intentar en su contra pueda tener fundamento en criterios de carácter objetivo si la naturaleza del vínculo existente entre ellos lo permite- y, en todo caso, no esté sujeta a la limitación impuesta para aquéllos, referida a que su conducta pueda ser calificada de dolosa o gravemente culposa, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política."* [4]

[4] Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Argemiro de Jesus Giraldo, Bogotá D.C, veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002), radicación: *05001-23-31-000-1993-0621-01(12789)*

> *"Es reiterada la orientación de la jurisprudencia, en el sentido de que la administración propietaria de la obra que destinara al servicio público - debe responder por los daños ocasionados a los administrados, por culpa del contratista en desarrollo de la obra, contra el cual después de declarada la responsabilidad podrá repetir las cantidades pagadas."* [5]

De esta manera, es evidente que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO– FIDUPREVISORA S.A., no solo han incumplido con su obligación legal y contractual de garantizar la prestación del servicio de salud a VIVIANA, sino que también han ocasionado un daño moral para ella y su familia.

3. CLÁUSULA DE INDEMNIDAD Y EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD.

También, la apoderada de las entidades demandadas afirma que en el contrato suscrito bajo el número 12076-003-2018 con la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL CUB, se incluye una cláusula de indemnidad y exclusión de responsabilidad para la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A..

La Agencia Nacional de Contratación Pública define la cláusula de indemnidad como un acuerdo entre la entidad contratante y el contratista, mediante el cual este último se compromete a eximir a la entidad de cualquier reclamación derivada de acciones que el contratista realice y que resulten en daños a terceros.[6]

Por consiguiente, la cláusula de indemnidad se aplica específicamente a la acción de repetición contra la entidad pública por las obligaciones directas del contratista. Sin embargo, dicha cláusula no exonera al contratante de su responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones hacia sus afiliados. Así, lo ha establecido el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A, consejero ponente: Hernan Andrade Rincon, Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce

---

[5] Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Jesus Maria Carrillo Ballesteros, Bogotá D.C, veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), expediente: *10.624*

[6] Agencia Nacional de Contratación Pública. (2017). Recuperado de https://colombiacompra.gov.co/content/que-es-la-clausula-de-indemnidad-esta-clausula-tiene-incidencia-en-el-seguro-de

(2014), radicación: *25000-23-26-000-1995-11369-01(27771)* y el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil ocho (2008), radicación: *25000-23-26-000-1995-11369-01(27771),* al señalar que:

> *"Ahora, si bien es cierto que esta cláusula estaría encaminada a establecer la indemnidad o exoneración de responsabilidad de la entidad estatal por los daños que con ocasión de la ejecución del contrato la sociedad cause a terceras personas, no lo es menos que esta Sala ha entendido que esa clase de pactos, de resultar válidos, sólo estarían llamados a surtir efectos entre las partes del convenio y, por tanto, son inoponibles a terceros."* [7]
>
> *"Así las cosas, las entidades demandadas están llamadas a responder de manera solidaria por los perjuicios ocasionados a los demandantes, en tanto el daño cuya reparación se reclama por los demandantes les sea imputable, sin perjuicio de las estipulaciones contractuales pactadas entre las entidades demandadas."* [8]

Por lo tanto, es un error considerar que la existencia de esta cláusula exime a la entidad demandada de su vinculación en el proceso. Puesto que, para el momento de los hechos, la entidad tenía la responsabilidad legal y subsidiaria de garantizar la prestación del servicio de sus afiliados, como VIVIANA YASID ARCHILA LANDINEZ. (Folios 11-12 de la demanda)

4. BUENA FE DEMANDADO Y MALA FE DEL DEMANDANTE

La buena fe, como principio esencial del derecho en las relaciones jurídicas, se consagra en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991, estableciendo que las actuaciones de particulares y autoridades deben regirse por ella, siendo esta presunción inherente a todas las gestiones ante estas últimas. Sin embargo, al ser una presunción legal, puede ser refutada mediante prueba en contrario.

---

[7] Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A, consejero ponente: Hernan Andrade Rincon, Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), radicación: *25000-23-26-000-1995-11369-01(27771)*

[8] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil ocho (2008), radicación: *25000-23-26-000-1995-11369-01(27771)*

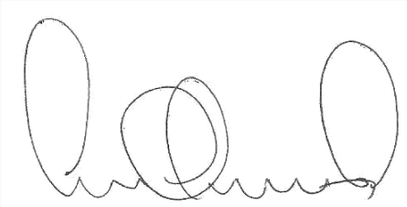
Teniendo en cuenta lo anterior, la solicitud infundada de la apoderada de presumir la mala fe de esta parte, respecto a la vinculación de las entidades demandadas, representa una acusación que contradice el orden jurídico. No basta con manifestar de manera arbitraria y sin fundamento la disolución de esta presunción legal, ignorando los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico vigente para tal fin. Más bien, denota una postura temeraria, al ejercer el derecho de contradicción consciente de la falta de fundamentos y adoptar actitudes dilatorias para obstaculizar el proceso, buscando satisfacer sus intereses individuales a toda costa.

El cuestionamiento legal dirigido a todas las partes demandadas cuenta con un sólido respaldo en fundamentos legales y pruebas fehacientes, alejándose de meras afirmaciones carentes de sustento o motivadas por conveniencias.

5. EXCEPCIÓN INNOMINADA.

Su señoría, este tipo de excepción permite entrever la carencia de soporte jurídico que ostenta la defensa de las entidades demandadas; claramente no existen argumentos de peso para desvirtuar lo probado con el escrito de demanda y por esta razón, LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., descarga su responsabilidad al azar de lo que pueda resultar probado.

Atentamente,



LAURA MARCELA LÓPEZ QUINTERO
C.C N° 41.960.717 de Armenia Q
T.P N° 165.395 del C.S de la J.