



Señores

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL

DRA. DIGNA MARIA GUERRA PICON

Bucaramanga

E.

S.

D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTES: VIVIANA YASID ARCHILA Y OTROS.

DEMANDADOS: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A.

RADICADO: 680013333005-2023-00293-00

OSCAR ERNESTO NIETO DIAZ, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bucaramanga, abogado titulado y en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 91.279.160 de Bucaramanga y portador de la Tarjeta Profesional número 87912 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de Apoderado General de **FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER “FOSCAL”** como integrante de la **UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB**; por medio del presente escrito manifiesto al señor Juez que encontrándome dentro de la oportunidad procesal permitida, paso a dar contestación a la demanda y subsanación, en la siguiente forma:

I. A LOS HECHOS DE LA SUBSANACIÓN

Primero. - No me consta, que se pruebe.

Segundo. - No me consta, que se pruebe.

Tercero. - Es cierto.

Los hechos médicos no le constan a mis representadas, que se pruebe, debo manifestar que nos atenemos a lo registrado en la historia clínica.

Cuarto. - Es cierto.

Quinto. - No es cierto, la UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB no es una INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD, es una ficción jurídica que tiene como función ser un operador logístico en servicios de salud ya que es el encargado de organizar la prestación de servicios del FNPSM.

Sexto. - Como participe no me consta los contratos suscritos por la UNION TEMPORAL para la efectiva prestación de servicios a los usuarios del FNPSM, me atengo a lo que se pruebe.

Del Hecho Séptimo al Decimo Octavo. - Debo manifestar que los hechos médicos no le constan a mi representada, que se prueben, me atengo a lo registrado en la historia clínica.

Decimo Noveno. - No me consta que se pruebe.

Vigésimo. - No me consta que se pruebe.

Del Hecho Vigésimo Primero al Vigésimo Tercero. - Debo manifestar que los hechos médicos no le constan a mi representada, que se prueben, me atengo a lo registrado en la historia clínica.

II. A LAS PRETENSIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA y SUSTITUCIÓN

A las declaraciones, pretensiones y condenas formuladas en la demanda y sustitución las contesto respecto de mi prohijada así:

1.- ME OPONGO EN FORMA GENÉRICA Y EN CADA UNA DE SUS FORMAS A LAS PRETENSIONES (DECLARACIONES Y CONDENAS), por carecer de fundamento fáctico y jurídico, toda vez que no existe generador alguno de culpa en el daño sufrido por la **VIVIANA YASID ARCHILA LANDINEZ** y las demás personas que integran la pasiva, como tampoco existe relaciones de causalidad entre los supuestos hechos dañinos y el actuar de los médicos; como no lo existe respecto de FOSCAL.

No existe solidaridad alguna entre mi representada y la entidad responsable de la prestación de servicios de salud, ya que cada una cumple roles diferentes en la prestación del servicio de salud al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FNPSM, el cual es un régimen excepcional diferente del dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Respecto de las UNION TEMPORALES, y de las cuales mi representada FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER "FOSCAL" es participe, no existe ningún tipo de responsabilidad derivada del hecho demandado, ni de la cadena de actos que la parte demandante enrostra como causa del daño, ya que estas entidades son CONTRATISTAS del régimen excepcional de salud, encargada de la logística de la red de servicios para los usuarios del FNPSM, y no tiene ni condición de asegurador ni de prestador.

Respecto de mi prohijada FOSCAL no existe responsabilidad alguna, como quiera que los servicios y atención a la paciente, se ajustaron a la lex artis ad hoc, y el presunto daño enunciado por la parte demandante no se generó por los especialistas de FOSCAL.

2.- ME OPONGO A LA PRIMERA DECLARACIÓN Y CONDENA PRINCIPAL DE LA DEMANDA, y a que se declare que mi representada sea declarada responsable administrativa y extracontractualmente, por los daños y perjuicios que se dice sufrieron VIVIANA YASID ARCHILA LANDINEZ, MARTÍN ALONSO AMAYA TORO, JOSUE MARTIN AMAYA ARCHILA, SAMUEL ALONSO AMAYA ARCHILA, MARTÍN ALONSO AMAYA TORO, ante la concepción no deseada de VIVIANA YASID ARCHILA LANDINEZ, por cuanto sus obligaciones dentro del marco del servicio del régimen excepcional de salud del FNPSM se ajustaron a la Ley y a la lex artis ad hoc, y



específicamente FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER “FOSCAL”, no ocasionó el daño por el cual se reclama en la presente litis.

Adicionalmente en cuanto a mi representada FOSCAL como participe de las UNIONES TEMPORAL, y las uniones temporales UT ORIENTE REGIÓN 5 Y LA UNION TEMPORAL FOSCAL - CUB no existe responsabilidad alguna en las obligaciones del aseguramiento, ya que no confluye en ella la condición de asegurador.

3.- ME OPONGO A LA SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA Y SÉPTIMA DECLARACIÓN Y CONDENA PRINCIPAL, habiéndome opuesto a la declaración inicial, por supuesto me opongo a la solicitud de condena de indemnizar el daño mora causado a los demandantes; ya que como se demostrará no hubo hecho lesivo, no hubo falla en el servicio, ni tampoco nexo causal; por tanto, no opera dolo o culpa imputable a mi representada, lo cual no permite la configuración de los elementos propios de la Responsabilidad Medica Administrativa, como lo pretende la actora.

Adicionalmente y como se ha indicado que no existe falla en el servicio, por lo tanto, no operará ninguna actualización monetaria ni cobro de intereses monetarios; y ante la prosperidad de todas las anteriores pretensiones y la rogada declaración de una o todas las excepciones propuestas no habrá condena que cumplir y deberá condenarse en costas al actor, debiendo sujetarse el magistrado a lo solicitado y pedido en la demanda.

4.- ME OPONGO A CUALQUIER DECLARACION O CONDENA QUE NO HUBIERA SIDO PEDIDA, no tiene arraigo legal la solicitud.

5.- Condénese en costas y agencias en derecho a la parte actora.

EXCEPCIONES EN CONTRA DE LA PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto las mismas carecen de fundamento fáctico y probatorio como se demostrará a lo largo de este proceso, razón por la cual desde ahora solicito se condene en costas y gastos al actor.

1.- PRIMERA EXCEPCIÓN DE FONDO: INEXISTENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD, AUSENCIA DE OMISIÓN DE MI REPRESENTADA; AUSENCIA DE CULPA Y CUMPLIMIENTO DE LA LEX ARTIS Y FALTA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS HECHOS ALEGADOS, EL DAÑO Y EL ACTUAR DE FUNDACION OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER “FOSCAL” COMO INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS

La ley 23 de 1981, la cual reglamento y contiene las normas en materia de ética médica, señala en su artículo 16 que la responsabilidad del médico por reacciones adversas inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento



no va más allá del riesgo previsto, y en todo caso se debe advertir al paciente de estos mismos.

De tal proveído legal se deriva que todo acto médico crea en igual forma un menor o mayor riesgo, y que la ocurrencia de estos pueden generar responsabilidad del médico tratante y consecuentemente de la entidad en la que se presta los servicios, y por quien contrata con el afiliado los servicios.

La falla en el servicio en particular en la prestación de servicios médicos, corresponde al régimen de responsabilidad por la actuación defectuosa u omisión de acto, de acuerdo con el cual, le corresponde al actor probar que, hubo tal; pero que para efectos probatorios de mis representadas entrara a demostrar que ante las circunstancias propias del caso concreto, se actuó con eficiencia, prudencia e idoneidad suficientes, para de esta manera brindar al tribunal una mayor claridad sobre los procedimientos, técnicas y motivos que llevaron a los profesionales de la medicina a actuar en la forma en que se evidencia en la historia clínica.

De las pruebas obrantes en el expediente y de la Historia Clínica de la paciente **NANCY YANNETH CASTELLANOS GÓMEZ**, se tiene que:

II.- SEGUNDA EXCEPCIÓN DE FONDO: INEXISTENCIA DE DEFICIENTE PRESTACIÓN DEL SERVICIOS COMO HECHO GENERADOR DE LA FALLA MEDICA POR PARTE DE FOSCAL COMO IPS

A partir de la demanda, debe entenderse que el daño aludido se califica como el que surge por la deficiente prestación del servicio por lo cual deberá, para resolverse la *Litis*, abordarse como problema jurídico, sí la demanda explica por si sola como los actos de FUNDACION OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER "FOSCAL" son generadores de la falta que se imputa, y la causalidad jurídica entre estos dos.

No se aprecia de los hechos de la demanda como los actos de mi representada FOSCAL pueden ser constitutivos de deficiencia en la prestación, ya que a la paciente se le prodigaron los servicios sin escatimar recursos personales, en tecnología e infraestructura, y el resultado no deseado no es fruto del actuar culposo de mi representada, sino de la consecuencia de una atención previa que recibió en otra institución de salud.

III.- INEXISTENCIA DE OBLIGACION LEGAL U OBLIGACION CONTRACTUAL POR LOS HECHOS DEMANDADOS

El actor proyecta todo su accionar, enunciación fáctica e intensidad indemnizatoria en el hecho de la atención medica prestada a la paciente afiliada al régimen de prestaciones sociales del magisterio (FNPSM), y de toda la



narrativa no se evidencia ningún hecho, acto, contrato o norma legal que indique que mi prohijada esta llamada a responder por dicho acto medico.

Sin embargo, con base en los hechos descritos en la demanda, desde ya solicito se libere a mi representada de cualquier responsabilidad que tenga origen en el acto u omisión de otro cualquiera de los demandados, teniendo en cuenta que mi prohijada NO PRESTO NINGUN SERVICIO MEDICO Y NO ES RESPONSABLE DEL ASEGURAMIENTO.

Lo primero que hay que señalar es que la responsabilidad que puede alegar la parte actora surge, CONTRACTUALMENTE respecto de la paciente para con la IPS y extracontractualmente respecto de todos los reclamantes contra quien actúe como ASEGURADOR y contra los RESPONSABLES SOLIDARIOS; así mismo, los demás reclamantes diferentes de la paciente tienen acción EXTRA CONTRACTUAL contra los PSS; señalando categóricamente que no se puede hablar de responsabilidad CONTRACTUAL del paciente para con el asegurador porque en este régimen especial o excepcional, el aseguramiento no surge de un contrato, como ocurre entre EPS y afiliado, sino que es legal, este surge por mandato de Ley entre el Estado y el docente.

Esto es importante señalarlo lo anterior por cuanto, de allí es que puede extraerse claramente la inexistencia de responsabilidad alguna por parte de mi prohijada FOSCAL:

- No presto servicios de salud a la actora.
- No tiene condición de asegurador
- No existe mandato legal que lo haga delegatario o responsable de los actos de los obligados directos.

Para hablar de solidaridad debe poder afirmarse que la obligación es exigible por los ahora accionantes, a cualquiera de los ahora accionados, ya que existe un claro vinculo legal o contractual que los hace responsables; y desde ya se afirma que el contrato celebrado entre mi prohijada y la UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB no tiene la capacidad de transmitir obligaciones derivadas de los actos médicos; y tampoco existe un mandato legal que lo haga responsable de los actos de otros; como tampoco es responsable directo.

IV.- INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO COLOMBIANO

A pesar de la nutrida Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo no puede olvidarse que las normas especiales en Colombia, se encuentran en todo caso sometidas al imperio de la norma de normas.

Hans Kelsen entendía la Constitución como la norma suprema por ser la que regía a todo el sistema jurídico. La norma suprema es la que establece cómo deben



funcionar en armonía, pero sometidas a esta todas las normas jurídicas del sistema, para que estas puedan ser vigentes y válidas.

Al ser la Constitución la norma de normas que se encuentra en la cúspide del sistema jurídico, de esta surge y se determina la validez de todo acto jurídico y, por consecuencia, existe un sometimiento de todos los actos de inferior rango hacia ella, de lo contrario, cualquier norma jurídica que no cumpla con las formalidades previstas a nivel constitucional será considerada como inválida.

La Sentencia 545 de 2007 Corte Constitucional con ponencia del Mg. MARCO GERARDO MONROY CABRA, enseña, como se ha venido enunciando el segundo principio por el cual no puede fallarse las acciones de responsabilidad y daño resarcible bajo la cuerda de la responsabilidad objetiva, por encontrarse esta proscrita desde la Constitución:

De conformidad con el artículo 29 constitucional, "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable". La introducción del elemento de culpabilidad como condicionamiento de la imposición de la sanción constituye la declaración inequívoca de que el régimen sancionatorio colombiano proscribire la responsabilidad objetiva como fuente de responsabilidad personal.

Lo anterior implica que el régimen sancionatorio nacional impide la asignación de sanciones por la sola realización de la conducta. El modelo de responsabilidad objetiva persigue la sanción de la conducta que se ajusta a la descripción del tipo punible, sin reparar en el grado de conocimiento y volición del sujeto que la realiza. Ello quiere decir que el modelo de responsabilidad objetiva niega, de suyo, el principio de culpabilidad.

No obstante, el régimen sancionatorio local superó y actualmente repudia el esquema de responsabilidad objetiva.

La exigencia de que en materia sancionatoria deba tenerse en cuenta siempre la conducta del justiciable implica que la imposición de la sanción sólo es posible si el sujeto activo ha cometido la falta con dolo o culpa, esto es, con conocimiento y voluntad positiva en la obtención de los resultados de su comportamiento, o con simple conocimiento del mismo, pero en inobservancia de un "deber de cuidado o diligencia"

En otros términos, para imponer la sanción penal, disciplinaria o administrativa no basta con que el actor ejecute el comportamiento reprochable: es requisito sine qua non que la autoridad sancionatoria verifique las condiciones en que se produjo la falta y examine el grado de conocimiento y voluntad que intervinieron en la configuración del comportamiento. Por ello la Corte ha dicho que la culpa es supuesto "ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga". En esta línea, la corriente contemporánea del derecho



sancionatorio ha propugnado la consolidación de la culpabilidad como elemento protagónico del derecho de la sanción, llegando incluso a elevarla a rango de principio fundante constitucional de tal disciplina.

...

En Sentencia C-037 de 1996, por la cual la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Corporación hizo una precisión que resulta pertinente al caso: la Corte analizó la exequibilidad de una norma que calificaba como causal de mala conducta el incumplimiento de los términos procesales y determinó que la sola comisión de la conducta no podía considerarse como elemento suficiente para imponer la sanción, dado que correspondía a la autoridad sancionatoria verificar las condiciones subjetivas del incumplimiento. La Corte concluyó con una tesis que resulta ajustada a lo que ha sido objeto de comentario y es que un comportamiento que objetivamente puede catalogarse como causal de mala conducta puede no constituir dicha falta si no cuenta con el elemento subjetivo, elemento fundamental en el régimen de la culpa.

Lo anterior se concatena con lo dispuesto por la alta corte al señalar en sentencia C-1235/05 con ponencia del Mg. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Sobre el punto cabe precisar que en el derecho colombiano –por fundarse en la presunción de culpa- todas las hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno admiten prueba en contrario, a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés e italiano que, en supuestos específicos y en particular en el de los empleadores y sus dependientes que ahora se examina, vienen estableciendo por vía jurisprudencial regímenes de responsabilidad objetiva –fundada en la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio-, esto es, prescindiendo por entero de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad. (Artículo 1384 del Código Civil Francés y 1153 del Código Civil Italiano)

En efecto, ha dicho la doctrina que la sujeción de las normas a la Constitución, además de garantizar los fines del Estado Social de derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico y, uno de ellos es el de culpabilidad que se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, según el cual *“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*.

Lo anterior significa que en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva; por ello, la *culpabilidad* es un *“Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga.* (Sentencia C-626 de 1996.)

No puede el Fallador contencioso administrativo proceder a imponer una sanción ante la mera evidencia de la existencia de un daño acto seguido de un acto médico consistente en la internación en centro hospitalario para el manejo de la infección, sin haber mediado el análisis de culpabilidad de los intervinientes por pasiva en el asunto, sería incurrir en una vía de hecho vulnerando principios constitucionales no susceptibles de ser desconocidos.

V- INEXISTENCIA DE RECONOCIMIENTO DE LAS PRETENSIONES DE LOS DEMANDANTES LA RESPONSABILIDAD MÉDICA NO ES FUENTE DE ENRIQUECIMIENTO

Es importante precisar al despacho que me opongo a los perjuicios patrimoniales presentados en la demanda, como quiera que estos carecen de un cálculo matemático o financiero razonado y sustentado, por lo que solicito al despacho conmine a los demandantes al cumplimiento de la demostración y sustentación de la cifra presentada.

De otra parte, si bien es cierto que la responsabilidad médica es una fuente de obligaciones, en el evento en que se llegue a la cabal demostración de los elementos de la responsabilidad, cabe aclarar que, en sí misma, esta responsabilidad no puede ser tomada como FUENTE DE ENRIQUECIMIENTO, puesto que se está hablando de la estabilidad de un sistema de seguridad social en salud, de por sí menguado por este tipo de acciones. De esta forma, las pretensiones de indemnización deben ceñirse a lo establecido en la Ley para ello, en lo que relativo al cumplimiento con la carga de la prueba o principio básico del ONNUS PROBANDI, que indica que debe haber una prueba que oriente al juez para que al momento de fallar lo haga en derecho, y de acuerdo a la sana crítica. No basta entonces con enlistar solicitudes de indemnizaciones por diferentes conceptos sin establecer las razones (o pruebas que demuestren) que hay lugar a ellas, en especial cuando se observa una serie de pretensiones por fuera de los límites establecidos en la jurisprudencia nacional, de una parte, y de otra unas indemnizaciones patrimoniales que de un lado no están demostradas, y de otro no se acogen a la realidad.

Así, no se debe olvidar que la responsabilidad médica no puede ser utilizada como medio de enriquecimiento, ya que con este actuar, se están vulnerando los derechos de la comunidad, por cuanto con este tipo de pretensiones se está poniendo en riesgo la estabilidad del Sistema de Salud.

VI.- INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN LEGAL O CONTRACTUAL A CARGO DE MIS REPRESENTADAS

Conforme el Certificado de Existencia y Representación Legal, el documento privado de constitución de las uniones temporales demandadas, los hechos presentados y aceptados de la demanda y los demás documentos emanados de la autoridad en salud, mi representada FOSCAL hace parte como participe de las UNIONES TEMPORALES que NO prestan servicios de salud, por consiguiente estas UNIONES TEMPORALES no prestaron ningún servicio en salud a la paciente; diferente de la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER "FOSCAL", que prestó servicios de salud en forma oportuna, diligente, sin falla en el servicio y de acuerdo a la lex artis.

Por el contrario, conforme la normatividad vigente sobre la materia se tiene que la labor de aseguramiento como fuente principal de la responsabilidad la tiene



la entidad denominada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como administrador de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Sobre el particular, **ES NECESARIO RESALTAR QUE ESTOS SERVICIOS NO SE ENCUENTRAN REGLADOS POR LA LEY 100 DE 1993**, sino que corresponden a un régimen especial y excepcional contenido en la ley 1751 de 2015 aplicable a los regímenes especiales enseña en su artículo 2º que se ejecuta bajo **la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.**

En ese orden, por mandato expreso de los artículos 3º y 5º de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes y de sus beneficiarios en particular, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación y cuyos recursos son administrados y manejados por una entidad fiduciaria estatal, la que hoy en día es La Fiduprevisora S.A.

Frente a este punto de la inexistencia de solidaridad es pertinente traer a colación la posición de la Superintendencia de Salud sobre el asunto, la cual ha señalado:

*SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN
S2016- 000083*

REFERENCIA: NURC 1-2015-045330 (J-2015-0460)

DEMANDANTE: DANIEL EDUARDO ROJAS ACEVEDO

DEMANDADA: COSMITET LTDA.

VINCULADAS: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A – LA FIDUPREVISORA S.A.

La superintendente delegada para la función jurisdiccional y de conciliación, en uso de sus facultades legales y en especial, de las que le confiere el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, procede a emitir FALLO en el presente asunto, con base en los siguientes:

*Cabe señalar que todos los docentes del servicio público educativo y de las plantas de personal de los entes territoriales, se encuentran vinculados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que es un Fondo cuenta sin personería jurídica cuyos recursos son administrados en la actualidad por la Fiduciaria La previsora S.A, **por virtud del contrato fiducia mercantil que el estado celebó con esta para tal fin, es esta la Entidad Aseguradora responsable de cumplir con las funciones delegables del “aseguramiento en salud”** (artículo 12, Ley 1122 de 2007), el cual comprende (i) la administración del riesgo financiero, (ii) la gestión del riesgo en salud, (iii) la articulación de los servicios que garantiza el acceso efectivo, (iv) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (v) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.*

Debe destacarse que la Justicia Arbitral ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el deber de aseguramiento y su aplicación al régimen especial de salud del magisterio, señalando en este sentido que cada una de las características y condiciones inherentes a este deber son aplicables al régimen



prestacional de los maestros. De manera puntual, en Laudo Arbitral de tres (3) de junio de 2011. Tribunal de Arbitramento entre FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., CLÍNICA MONTERÍA S.A. y COMFACHOCÓ contra PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se expuso lo siguiente:

“La sentencia transcrita pone de presente que una de las características relevantes del aseguramiento en salud es la Administración del riesgo financiero, esto es precisamente lo relacionado con la Administración de los recursos del sector.

En este orden de ideas, visto el esquema en que se manejan los recursos de la salud del Magisterio, prima facie, se observa que la entidad responsable de la Administración del riesgo financiero es la Fiduciaria La Previsora, que por expresa disposición legal, representa al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

También dice la citada providencia que parte del aseguramiento en salud implica “... la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario...”, actividades todas ellas que se ubican en cabeza de la entidad que administra el riesgo financiero del sector, y en este caso, de un subsector denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que posee una especial regulación, incluso anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, en la medida en que la Nación hubo de asumir la responsabilidad total frente a las prestaciones sociales del Magisterio, para lo cual se crea el Fondo Cuenta correspondiente.

“En efecto, cuando la sentencia citada se refiere a “la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo”, precisamente está aludiendo a la labor que realiza la Fiduciaria la Previsora, como representante del Fondo Cuenta de Prestaciones Sociales del Magisterio, en orden a garantizar el acceso y la efectiva prestación de los servicios de salud a los usuarios correspondientes, lo que obtiene mediante los respectivos contratos con las entidades contratadas en cada caso.

“A su turno, la sentencia ya citada también enuncia como una de las características del aseguramiento en salud, “la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud; obsérvese que en el caso que ocupa a este Tribunal, el titular de la garantía de calidad en la prestación de los servicios ante el usuario en cuestión, es precisamente la Nación, en tanto ella, a través de la Ley 91 de 1989, asumió la carga de manera expresa, creando para ello el Fondo Cuenta de Prestaciones Sociales del Magisterio, que, en la práctica es quien cumple ese rol de garante, a través de su representante, la Fiduciaria La Previsora. Lo anterior, por supuesto sin perjuicio de que para hacer efectiva la obligación de garantizar la calidad de los servicios de salud, la entidad fiduciaria nombrada para ello, lleve a cabo las contrataciones que sean del caso.



“Finalmente, la sentencia de la Corte Constitucional, determina como una de las notas características del deber de aseguramiento, “la representación del afiliado ante el prestador”; es claro que al haber asumido la Nación la carga de la prestaciones del Magisterio, a través del Fondo Cuenta representado por la Fiduciaria La Previsora, es a esta entidad a la que corresponde representar al afiliado, en caso de fallas del prestador de los servicios de salud que haya sido contratado por la propia Fiduciaria para tal efecto; en este orden de ideas, corresponde a la Fiduciaria velar por el cumplimiento de los contratos mediante los cuales se prestan efectivamente los servicios de salud a los usuarios del citado Fondo.”

Puede advertirse de conformidad con lo expuesto que el deber de aseguramiento es una institución plenamente aplicable al régimen prestacional del magisterio, ratificándose en este sentido que dicho deber fue atribuido por la ley al **FOMAG**, a quien corresponde fungir como “asegurador” o garante de los servicios médico – asistenciales de los docentes y sus beneficiarios.

Ahora bien – según lo señaló la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-463/08, una de las características o particularidades del deber de aseguramiento en salud corresponde precisamente a que el mismo es **INDELEGABLE**, circunstancia que permite entender la responsabilidad trascendental que concierne al “asegurador” de los servicios de salud, a quien corresponde de manera exclusiva y excluyente el cumplimiento de las distintas funciones o deberes que son inherentes al aseguramiento, sin que pueda transferirlos o depositarlos siquiera parcialmente en cabeza de un tercero.

Comprendido, que el deber de aseguramiento no puede ser objeto de delegación, debe advertirse que esta especial característica aplica también para el caso del régimen de salud del magisterio, lo cual se deduce con claridad de lo dispuesto por el numeral 2o del artículo 5o de la Ley 91 de 1989, norma que de manera diáfana dispuso, de un lado, que sería el **FOMAG** el único responsable de “garantizar” la prestación de los servicios médico-asistenciales del magisterio, dada su calidad de “asegurador” y, de otra parte, que solo la “prestación” de los mismos debía contratarse con terceros, bajo las instrucciones del Consejo Directivo.

Entonces solo el **FOMAG** tiene la condición de garante o “asegurador” de los servicios médico – asistenciales del magisterio, y, además, que la participación de terceros contratistas se restringe únicamente a la prestación de los mismos, sin más. Es claro que el deber de aseguramiento en salud y todas las funciones que le son inherentes, radica única y exclusivamente en cabeza del **FOMAG**, sin que pueda a través de contrato u otro tipo de acuerdo conferir u otorgar dichas funciones a terceras personas, como quiera que el legislador fue determinante en establecer que los terceros solo tendrían competencia para fungir como prestadores de los servicios de salud.

En este orden de ideas, el **FOMAG** tiene que contratar con terceras personas la prestación material de los servicios médico-asistenciales, pero de manera alguna podrá convenir con ellas un objeto contractual distinto o pactar obligaciones



diferentes que implique la transferencia de funciones propias del aseguramiento en salud como es el caso de la Administración de los riesgos financiero y de salud, así como la articulación de los respectivos servicios, entre otros deberes que según se ha visto conciernen sólo al “asegurador”.

Vale traer a colación lo expresado por la Justicia Arbitral Cámara de Comercio de Bogotá – Centro de Arbitraje y Conciliación, quien, al estudiar el concepto de aseguramiento en salud para el régimen prestacional del magisterio, ha concluido que las funciones inherentes al mismo son indelegables, de manera que la contratación de terceros procede solo para la prestación material de los servicios médico asistenciales. A esto respecto se ha indicado lo siguiente:

“En tratándose del régimen especial del Magisterio, cabe perfectamente la analogía, en el sentido de que la Nación-Fondo Cuenta Nacional del Prestaciones del Magisterio – Fiduciaria La Previsora, es la depositaria del deber de aseguramiento, sin que le sea dable delegar el riesgo de Administración de los recursos ni la representación del afiliado ante el prestador o la gestión del riesgo en salud, etc. En ese orden de ideas, no puede sostenerse que dicha función de aseguramiento habría sido delegada mediante los contratos suscritos con las entidades encargadas de la prestación de servicios médicos: ello en tanto el deber de aseguramiento es, ante todo, indelegable, y en segundo lugar, porque el deber de aseguramiento comprende no solo la garantía de la calidad en la prestación material de los servicios de salud, sino otras funciones singularmente importantes, como lo son la representación del afiliado ante el prestador, la Administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud. Obsérvese además que la sentencia citada no se refiere a la prestación efectiva de los servicios de salud sino a la garantía de calidad en la prestación de tales servicios, lo que de entrada implica que no es el Fondo quien directamente debe prestar los servicios de salud, sino garantizar la calidad de los mismos, por parte de quien lleve a cabo la prestación material de dichos servicios.”

“En efecto, cosa distinta es que la entidad que representa al Fondo Cuenta Nacional de Prestaciones del Magisterio, a fin de garantizar el acceso y la calidad de los servicios de salud, pueda y deba subcontratar determinadas labores como la prestación material de los servicios de salud, actividades necesarias para que se cumpla el objetivo de garantizar el acceso y la calidad de la prestación de los servicios de salud al los integrantes del Magisterio que se hallan afiliados a dicho fondo, a través de la Fiduciaria la Previsora, está delegando o cediendo en cabeza de otros su función legal de aseguramiento, que implica fundamentalmente la gestión del riesgo financiero de los recurso que le son entregados por virtud de la ley...””

Es claro el análisis que se hace respecto del aseguramiento en salud y su condición de indelegable, conclusión que según se ha visto no aplica solo para el SGSSS, sino, también para el caso del régimen especial de salud del magisterio, en el marco del cual corresponde al FOMAG asumir y responder por las distintas

funciones que le son inherentes, sin que las mismas puedan ser transferidas a terceras personas, quienes solo están habilitadas por ley para prestar materialmente los servicios de salud.

FOSCAL como participe está **OBLIGADA** en cuanto al aseguramiento a cumplir con las obligaciones contractuales, sin que pueda predicarse ninguna obligación legal frente al asunto ya que como PARTICIPE DE LA UNIONES TEMPORALES, se insiste, no tiene.

VII.- QUINTA EXCEPCIÓN: LA EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA QUE RESULTE DE LOS HECHOS PROBADOS.

Esta excepción tiene su fundamento en lo consagrado en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

A LOS FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

En lo que atañe a este acápite es preciso señalar que la breve sustentación jurídica es suficiente para anclar las bases de la responsabilidad medica; sin embargo, profundiza en unos hechos que ya han sido desatados en el acápite anterior, y por lo cual me abstendré de pronunciarme sobre los mismos ratificándome en todo lo señalado anteriormente.

PRUEBAS

Le ruego tener y decretar como tales, las que a continuación se pretenderán a fin de que soporten la oposición a las pretensiones, así como a las excepciones de fondo propuestas.

A más de lo anterior, le solicito se tengan como pruebas los siguientes:

1.- DOCUMENTOS:



- a. Certificado de Existencia y Representación Legal de FOSCAL.
- b. Escritura de Poder General FOSCAL.
- c. Contrato suscrito entre FIDUPREVISORA y UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB
- d. Documento de constitución de la UT ORIENTE REGION 5 y UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB.

2.- INTERROGATORIO DE PARTE

Solicito Señor Juez de la manera más respetuosa se decrete el interrogatorio de parte que deberá ser absuelto por la parte demandante **VIVIANA YASID ARCHILA LANDINEZ, MARTÍN ALONSO AMAYA TORO, JOSUE MARTIN AMAYA ARCHILA, SAMUEL ALONSO AMAYA ARCHILA, MARTÍN ALONSO AMAYA TORO**. El interrogatorio lo formularé verbalmente, o mediante escrito previamente presentado y versará sobre todos los hechos contenidos en la demanda y su contestación.

3.- PRUEBA TESTIMONIAL

Solicito señor Juez se convoque a declaración testimonial a:

1.-VICTOR HUGO QUEVEDO quien como medico tratante en la CLINICA DE URGENCIAS DE BUCARAMANGA podrá declara acerca de los servicios prestados a la demandante; quien podrá ser ubicado en la Carrera 33 # 53 - 27 Barrio Cabecera, Bucaramanga

2.- GERMAN REYES CONDE quien como médico tratante en la CLINICA DE URGENCIAS DE BUCARAMANGA podrá declara acerca de los servicios prestados a la demandante; quien podrá ser ubicado en la Carrera 33 # 53 - 27 Barrio Cabecera, Bucaramanga.

Cordialmente,

OSCAR ERNESTO NIETO DIAZ
C.C. 91.279.160 de Bucaramanga.
T.P. 87912 del C.S. de la J.