



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Proceso Sumario: 110012205000 2022 01149 01
Demandante: MARÍA DEL PILAR ACUÑA DE ZUBIRIA
Demandado: UT SERVISALUD SAN JOSÉ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada UT SERVISALUD SAN JOSÉ, en contra de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DEMANDA:

La señora MARÍA DEL PILAR ACUÑA DE ZUBIRIA, actuando en nombre propio, promovió demanda en contra de la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, para que se condene a la encartada al reconocimiento económico y desembolso en que incurrió a razón de una cirugía, hospitalización e insumos ante el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA.

En respaldo de sus pretensiones indicó que, como consecuencia del padecimiento de cáncer de seno, desde el mes de diciembre de 2018 estaba siendo atendida en el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, y posteriormente la encartada dispuso que fuera atendida en otros consultorios médicos adscritos a esa EPS. Que se le efectuó un tac de abdomen,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

encontrándose un tumor ciego y apéndice con dilatación marcada con alto riesgo de ruptura y riesgo de malignidad de a lesión.

Refirió que la demandada le realizó una colonoscopia, la cual no reportó la lesión enunciada, de ahí que acudiera de manera particular al área de Gastroenterología del INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, por lo que luego de realizada una Junta Quirúrgica se le programó en forma prioritaria una cita de anestesiología para el 8 de octubre de 2019.

Que con ocasión de lo anterior, fue por lo que el procedimiento tuvo que llevarlo a cabo de manera particular con estudios pre quirúrgicos, nueva colonoscopia, resonancias de abdomen, practicándosele cirugía el 15 de octubre de 2019 de hemicolectomía derecha por vía abierta, la cual tuvo que ser sufraga con recursos propios a razón de la negativa de la encartada para autorizar la intervención, a pesar de que tuviese convenio con el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA.

1.2 TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante auto del 30 de enero de 2020 admitió la demanda en contra de la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, vinculando de manera oficiosa a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y al MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En virtud de ello, la UT SERVISALUD SAN JOSÉ contestó la demanda manifestando que no es la compañía aseguradora en salud de la accionante, en tanto, de conformidad con lo establecido en la Ley 91 de 1998 fue creado el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, de allí que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN encomendó desde 1990 a la FIDUPREVISORA S.A. ser la vocera y administradora de dicho fondo, siendo una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de sus obligaciones la contratación de las entidades a través de las cuales se presta el servicio médico asistencial del personal docente afiliado al fondo.

A su vez indicó que a razón de la administración manejada por la FIDUPREVISORA S.A. para con el FOMAG, fue que se celebró con la primera contrato de prestación de servicios de salud de los docentes del Magisterio correspondiente a la región 10 conformada por Bogotá, Cundinamarca, Guaviare, Vaupés, Amazonas, Vichada y Guainía, con la finalidad que como Unión Temporal prestara sus servicios desde el 23 de noviembre de 2017, pero teniendo en cuenta las autorizaciones que la FIDUPREVISORA realice en el respectivo plan de manejo en salud del Magisterio.

Que para el evento de la demandante, no existió negativa injustificable en la prestación de algún servicio ni demoras en la atención, máxime si la paciente no tramitó la orden de los procedimientos quirúrgicos ni de laboratorios, así como que a la actora el día 15 de octubre de 2015 se le dio respuesta a un derecho de petición, manifestándosele que no se podía autorizar el servicio en la medida que no había cumplido con su deber de generar la orden por el especialista tratante, al igual que se le invitó a acercarse a las oficinas de atención al usuario con la finalidad de que fuesen radicadas y así se pudiera llevar a cabo un trámite efectivo.

Las vinculadas al trámite procesal LA FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del FOMAG y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL allegaron escritos de nulidad alegando una indebida notificación como quiera que se pretermitió la notificación debida del auto que daba inicio a la litis de marras pues no se allegó el contenido de la demanda sino únicamente sus anexos, situación que genera una flagrante vulneración al debido proceso y al de contradicción, de ahí la configuración de la nulidad de que trata el artículo 133 del C.G.P.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En sentencia proferida el 10 de marzo de 2022 la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD accedió a la pretensión formulada por la aquí demandante señora MARÍA DEL PILAR ACUÑA DE ZUBIRIA, ordenándole a la UT SERVISALUD SAN JOSÉ reembolsarle la suma de \$1.865.125, así como que le ordenó a LA FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora de los recursos del FOMAG, a cuyo cargo están las prestaciones sociales y servicio médicos asistenciales de los docentes y sus beneficiarios, que en caso de que la UT SERVISALUD SAN JOSÉ no efectúe pago alguno a favor de la actora, proceda a descontar dicha suma del contrato suscrito la UT.

Para arribar a dicha conclusión, estimó en primer lugar que confrontado el caudal probatorio acreditado se logró evidenciar que la demandante al momento de la sentencia contaba con 56 años de edad encontrándose afiliada al régimen de excepción del MAGISTERIO, con diagnóstico de cáncer.

Que también se auscultó que la actora consultó de forma particular al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, donde le fue programada cita con la especialidad de Anestesiología para el día 8 de octubre de 2019 y Hemicolectomía Derecho por Vía Abierta el 15 de octubre de 2019, ello en razón a que la demandada UT SERVISALUD SAN JOSÉ no autorizó los servicios médicos requeridos, so pretexto que no encontró registros de las órdenes médicas, pese a haberse solicitado dichos servicios a través de derecho de petición adiado el 25 de septiembre de 2019; circunstancia por la cual, claro resultó que la actora durante el control de cáncer de seno que padecía presentó una comorbilidad a nivel de intestino grueso, mucocele apendicular, que dado el riesgo de afectar el estado de salud de la usuraria, debía intervenir de manera rápida.

Por tal razón, adujo que la UT SERVISALUD SAN JOSÉ no autorizó de manera oportuna la cirugía requerida por la demandante, pese a que la solicitó en varias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

oportunidades, concluyendo que se negó de manera injustificada la realización del procedimiento quirúrgico, por cuanto no se contó con los servicios médicos requeridos de manera eficiente y oportuna para el tratamiento del cáncer padecido por la demandante.

De otra parte, en lo que atañe a la nulidad formulada por la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, LA FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del FOMAG y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL en los términos del numeral 8º del artículo 133 del C.G.P., refirió la Superintendencia que de conformidad con lo establecido en el artículo 126 y sub siguientes de la Ley 1438 de 2011, la función jurisdiccional que le compete se desarrolla mediante un procedimiento preferente y sumario en el que priman los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia con la finalidad de garantizar los derechos al debido proceso, defensa y contradicción; de otra parte, que se verificó que se efectuaron en debida forma las notificaciones judiciales a través del medio más expedito, por que tratándose de entidades de derecho privado el correo electrónico reportado en el registro mercantil como correo de notificaciones se convierte en el medio más eficaz para la notificación de las providencias judiciales.

Al unísono, sostuvo que al verificarse la constancia de entrega al buzón de correo electrónico de la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, LA FIDUPREVISORA S.A. y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, se aprecia que la comunicación del auto admisorio de la demanda fue entregado correctamente a los destinatarios donde se encuentra de manera adjunta los anexos de la demanda, el auto a notificar y el escrito de demanda la cual se allegó ante sus dependencias mediante mensaje de datos, de ahí que el correo remitido de notificación del auto admisorio se realizó sobre el correo allegado por la demandante el 25 de octubre de 2019, es decir, que al revisar el correo electrónico de notificación se observa que dentro de la cadena de envío del mismo aparece el correo que remite la demanda como mensaje de datos, por lo que no goza de prosperidad la nulidad formulada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada la UT SERVISALUD SAN JOSÉ inconforme con la decisión la apeló. Argumentó en su alzada que, su naturaleza no se circunscribe a ser una EPS, como tampoco es el asegurador de la demandante, ya que tales funciones le corresponde al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG a quien LA FIDUPREVISORA S.A. le administra los recursos destinados a los servicios de salud de los docentes afiliados y sus beneficiarios, por lo que al encontrarse la actora en calidad de beneficiaria activa dentro de este sistema, la misma se encuentra cobijada por el régimen especial de los docentes del FOMAG, cuyos servicios en salud son autorizados únicamente por la FIDUCIARIA, por lo que es esta última la encargada de la administración del régimen de excepción del Magisterio, siendo entonces la única comisionada o delegada en salud quien define qué servicios se incluyen o cuáles no en beneficio de los docentes y sus beneficiarios.

Asimismo, expuso que según se demuestra en el plenario, en ningún momento fueron vulnerados los derechos de la paciente, como tampoco existió negativa injustificada en la prestación de los servicios de salud, ni demoras en la atención, pues diferente es que ante vicisitudes ajenas se configuró una inasistencia, pero argumentando que se ha garantizada la atención a la actora, insistiendo que en lo que respecta al procedimiento quirúrgico, la señora MARÍA DEL PILAR ACUÑA DE ZUBIRI no había cumplido con su deber de radicar la orden generada por su especialista tratante.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico se contrae a determinar si en el *sub-examine* resulta procedente el reembolso de las sumas que asumió el extremo activo por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

concepto del procedimiento Hemicolecotomía Derecha Abierta, ante la negativa en su reconocimiento por parte de la demandada UT SERVISALUD SAN JOSÉ.

4.2. DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 48 de la Constitución Política, dispone:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

Asimismo, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, consagra las excepciones del Sistema Integral de Seguridad Social, por lo cual a los docentes le resulta aplicable el régimen especial. Así, el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria; a su vez el artículo 5º *ejusdem*, numeral 2º, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá como objetivo el “*Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo*”.

Ahora bien, descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, ha de precisarse en primer lugar que no fue objeto de reproche que la demandante nació el 17 de septiembre de 1963 según da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía, siendo beneficiada al régimen de excepción en salud del FOMAG.

Tampoco el hecho que conforme se acredita de la historia clínica de la demandante, presenta de tiempo atrás un padecimiento de cáncer de seno, presentando a su vez una comorbilidad a nivel del intestino grueso, mucocele apendicular, de ahí que necesitara la intervención quirúrgica de Hemicolecotomía Derecha Abierta y, por consiguiente, previa Junta Médica



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Multidisciplinaria Oncológica que se llevara a cabo el 20 de septiembre de 2019 por el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, fue que se determinó tal intervención, sumado a que, el médico MARIO ARTURO ABADÍA DÍAZ emitiera las correspondientes órdenes médicas para la realización del procedimiento en la calenda ya referida (CARPETA 01 – DEMANDA).

Fue por ello, que tal como se desprende de las probanzas acreditadas por la misma demandante, elevó solicitud ante la encartada UT SERVISALUD SAN JOSÉ el día 25 de septiembre de 2019, mediante la cual solicitó la autorización de los exámenes de hospitalización y cirugía, sin que se encuentre una respuesta favorable; por el contrario, lo que obra dentro del caudal probatorio, es que la demandada emitió respuestas fechadas el 15 de octubre de 2019 y 10 de febrero de 2020 en las que en términos generales se indicó que no aparecía ningún registro de solicitud de autorizaciones, sumado a que le fue comunicado sobre diferentes autorizaciones de exámenes que en nada tienen que ver con el procedimiento quirúrgico objeto de reproche.

Así las cosas, destaca la Sala que clara resulta la necesidad de la demandante que de su propio peculio debiera costear el procedimiento Hemicolectomía Derecha Abierta ante el padecimiento cancerígeno y en pro de la recuperación de su estado de salud , el que por demás se llevó a cabo el día 15 de octubre de octubre como da cuenta el informe rendido por el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, costo de procedimiento que se encuentra debidamente soportado como da cuenta la factura de venta No. 5251140 que contiene “*PROC. DIAG. LAB CLINICO, PROC. DIAG PATO Y CITO, INTERNACIÓN GENERAL ESTANCIA, INSUMOS GENERALES DE ALMACEN, MEDICINA BANCO DE SANGRE, MEDICAMENTOS POS, MEDICAMENTOS NO POS*” por valor de \$1.865.125 (Fl. 8 – PDF CONTESTACIÓN REQUERIDO CANCEROLÓGICO), monto que fue dispuesto por el ente Superintendencial y que no fuese refutado por ninguna de las partes que integran el contradictorio, lo que conlleva a que este puntualísimo aspecto de cancelación del reembolso sea confirmado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, en lo que atañe a la responsabilidad de la condena que alegase la demandada UT SERVISALUD SAN JOSÉ el día 25 de septiembre de 2019, en el entendido que es LA FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora de los recursos del FOMAG quien debe responder por la condena impuesta, ha de precisarse que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, fue creado mediante la Ley 91 de 1989 y corresponde a una cuenta adscrita a la Nación, dentro de cuyos objetivos se encuentra la garantía de la prestación de los servicios *médico-asistenciales* de los docentes, régimen exceptuado que se administra a través de contratos, según lo regula dicha disposición.

El FOMAG, es administrado por la Fiduprevisora S.A., con quien se suscribió contrato de fiducia, entidad que, a su vez, es la encargada de contratar a los sujetos jurídicos que se encargan de la prestación de los servicios en salud de los afiliados al régimen exceptuado del FOMAG, por ser una actividad de su competencia.

La UT SERVISALUD SAN JOSÉ, tal como lo aseveró ésta al contestar la demanda, fue una de las contratadas por el FOMAG para garantizar la prestación de los servicios de salud de los docentes y sus beneficiarios *“de conformidad a los servicios que el Asegurador en Salud FIDUPREVISORA S.A. autoriza en el respectivo Plan de Manejo en Salud para el Magisterio”*, por lo que, es en virtud de dicho acuerdo que adquiere competencia para suministrar los servicios de salud requeridos por los afiliados a ese régimen exceptuado, esto es, se obligan a administrar el plan de beneficios en salud del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y por ello son las llamadas a entregar medicamentos e insumos, asignar citas, entre otros que estos requieran.

En otros términos, la UT SERVISALUD SAN JOSÉ no se cataloga propiamente como IPS o EPS, que es propio de la estructura del régimen común de salud, pues su obligación de prestación de servicios de salud surge es en virtud del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contrato celebrado con el FOMAG y será en cumplimiento de este que garantice el acceso de los afiliados y beneficiarios a los servicios de salud ofrecidos por este régimen. La Corte Constitucional en sentencia T-042 de 2020, señaló:

“Régimen exceptuado de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

“17. El Sistema Integral de Seguridad Social se rige por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones; no obstante, conforme al artículo 279 de aquella normatividad, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes se encuentran cobijados por un régimen exceptuado.

“[...]

“19. El Fomag cuenta con un Consejo Directivo, que se encarga de determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, por lo tanto, es el responsable de establecer las coberturas, las condiciones en que se presta el servicio y los beneficiarios de ese régimen especial.

“20. Ahora, si bien el Fondo tiene la facultad de establecer las políticas en materia de salud para sus miembros, eso no implica que éstas puedan desconocer los principios y garantías contenidos en los artículos 48 y 49 de la Constitución.

“[...]

“22. Lo anterior, toda vez que esa regulación debe estar acorde con los parámetros legales y constitucionales vigentes, tal como lo ha señalado esta Corporación. Así, en sentencia T-515A de 2006 la Corte puntualizó que, si bien en materia de seguridad social en salud, los afiliados al Fomag no se rigen por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, si no por las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, “la excepcionalidad del régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”.

En ese orden de ideas, se tiene que la UT SERVISALUD SAN JOSÉ suscribió contrato a efectos de prestar los servicios de salud, motivo por el cual no puede ser exonerada de la responsabilidad aduciendo que no administra recursos, ello en tanto le fue transferido el monto para cubrir los servicios de salud, de ahí que resulta ser la responsable frente al incumplimiento de cubrir el servicio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

salud, asistiéndole razón al *a-quo* al disponer el reembolso, y en el evento de operar un incumplimiento autorizar a LA FIDUPREVISORA S.A. a descontar dicha suma del contrato suscrito la UT.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral