

Señores,

JUZGADO CUARENTA Y CINCO (45) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S.D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 11001334104520230036300

DEMANDANTE: COMPENSAR EPS

DEMANDADOS: UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 Y OTROS

LLAMADO EN GARANTÍA: CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la C.C. No. 19.395.114 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116. del Consejo Superior de la Judicatura, quien actúa en calidad de apoderado general de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** sociedad legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá D.C., conforme al certificado de existencia y representación legal emitido por la Cámara de Comercio y la escritura pública No.1599 del 24 de noviembre de 2016 que adjunto al presente documento, respetuosamente procedo a contestar la demanda presentada por **COMPENSAR EPS** en contra de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014** y el llamamiento en garantía efectuado por este último a mi representada, de acuerdo con los siguiente fundamentos fácticos y jurídicos:

CAPITULO I.

CONTESTACIÓN SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Al hecho 1: No le constan a mí representada las autorizaciones que la demandante alega haber obtenido de la Superintendencia Nacional de Salud. Este es un aspecto que atañe única y exclusivamente a la esfera de la EPS Compensar y, por lo tanto, le corresponde a ella acreditarlo conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Al hecho 2: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la obligación restrictiva de autorizar los servicios médicos estipulados en los anexos técnicos del PBS. No obstante, sobre el particular existe regulación expresa y, por lo tanto, deberá calificarse la supuesta obligación con base en la normatividad legal vigente.

Al hecho 3: No le consta a mí representada si EPS Compensar ha autorizado, prestado o pagado los servicios médicos asistenciales a sus afiliados cotizantes. Debe decirse, en todo

caso, que independientemente de que se llegara a probar la afirmación de la parte demandante en este hecho, ello no implica que automáticamente se deban aprobar los recobros que supuestamente ésta solicitó, ya que para que esa aprobación sea procedente, el recobro debió haberse radicado en cumplimiento de todos los requisitos legales establecidos para el efecto. Lo anterior, sin perjuicio también de que se tenga en cuenta desde ya, que las aseguradas nunca han asumido las obligaciones que la demandante pretende endilgarles.

Al hecho 4: No le consta a mí representada por cuanto se refiere a temas que distan del objeto social de Chubb y de sus actividades regulares. Sin perjuicio de lo anterior, se considera que lo esgrimido en este hecho no es cierto por cuanto si bien al Estado no le corresponde únicamente la financiación de los servicios de salud no pos, se debe tener en cuenta que estos con anterioridad al 2017 eran asumidos con cargo al entonces Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA. Así mismo, se debe tener en cuenta que a partir de agosto de 2017 estos son asumidos con cargo a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

Al hecho 5: No le consta a mí representada por cuanto se refiere a temas que distan del objeto social de Chubb y de sus actividades regulares.

Al hecho 6: No le consta a mí representada por cuanto se refiere a temas que distan del objeto social de Chubb y de sus actividades regulares.

Al hecho 7: No le consta a mí representada lo esgrimido en este hecho por cuanto se refiere a lo consignado en providencias judiciales en las cuales mi procurada no ha sido parte y por ello desconoce. Sin embargo, es pertinente que se tenga en cuenta que no es cierto que en todos los fallos de tutela que se profieran sobre el tema contemplen el recobro al Estado.

Si bien el Estado tiene un deber que contempla la presentación del servicio esencial de salud, se debe tener en cuenta que existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional que aclaran de forma específica que, por ejemplo, existen casos en que los familiares de la persona que está recibiendo la atención en salud deben y tienen en sus cabezas la obligación de contribuir y colaborar con el costo de los medicamentos y servicios que no están contemplados en el POS.

Al hecho 8: Es cierto bajo las siguientes precisiones. En primer lugar, efectivamente las sociedades citadas conformaron la Unión Temporal FOSYGA 2014 y suscribieron el Contrato de Consultoría No. 043 del 10 de diciembre 2013 con el Ministerio de Salud y Protección Social cuyo objeto fue efectuar la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros y reclamaciones presentadas. Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que a pesar de que el contrato 043 del 2013 terminó el 31 de octubre de 2018, la Unión Temporal FOSYGA 2014 solo auditó los recobros radicados hasta el 30 de marzo de 2018, lo anterior dado que a partir

del mes de abril de 2018 se terminó la disponibilidad presupuestal del contrato.

Al hecho 9: No le consta a mí representada por cuanto el hecho hace referencia a una entidad distinta a mi representada y a las funciones que a su cargo se encuentran. Así las cosas, me atengo a lo contemplado en el contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011.

Al hecho 10: Es cierto únicamente en cuanto a que la Unión Temporal Fosyga 2014 efectivamente se encargaba de realizar la auditoría integral de los recobros presentados por las EPS. Sin embargo, respecto de las tareas que en cabeza del Consorcio SAYP supuestamente se efectuaban no le constan a mi representada por cuanto se refiere a una entidad distinta a esta que no tiene vínculo o relación jurídica con mí procurada, como si lo tiene la Unión Temporal Fosyga 2014 quien es nuestro asegurado.

De todas formas, se debe tener presente que del contrato celebrado entre el Ministerio de Salud y Protección Social y el Consorcio SAYP 2011 se puede concluir que en él sí se establecía la obligación a cargo del contratista de administrar los recursos del FOSYGA y de efectuar los desembolsos que correspondan por los recobros radicados por las Entidades Promotoras de Salud respectivas.

Así, entonces, el objeto del contrato celebrado entre estas dos entidades, Ministerio de Salud y Protección Social y el Consorcio SAYP 2011, establece que el contratista:

“Se compromete a realizar el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA – del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos establecidos en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, en especial en los artículos 167, 205 y 218 a 224 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1283 de 1996, 1281 de 2002, 050 de 2003, 2280 de 2004, 3990 de 2007, lo señalado por la Comisión de Regulación en Salud y el Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan, que cumpla con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas definidas en el Pliego de Condiciones y en la propuesta presentada por el contratista”. (subraya y negrilla fuera del texto)

De esta forma se evidencia que es el Consorcio SAYP la entidad que tenía como obligación realizar los pagos con cargo a los fondos del FOSYGA y no la entidad asegurada, pues a la UT únicamente le correspondía la labor de auditoría.

Al hecho 11: No le consta a mí representada por cuanto se refiere a temas que distan del objeto social de Chubb y de sus actividades regulares.

Al hecho 12: No le consta a mí representada por cuanto se refiere a temas que distan del objeto social de Chubb y de sus actividades regulares. No obstante, es viable afirmar que la Unión Temporal FOSYGA 2014 no fue administrador fiduciario del FOSYGA, nunca tuvo esa

calidad; de acuerdo con el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, en materia de recobros le correspondía solamente realizar la auditoría médico, jurídico y financiera de las solicitudes presentadas por las EPS, y tampoco es cierto que esta haya negado los recobros que cumplieran el lleno de los requisitos legales para ser exigibles.

Al hecho 13: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a los actos administrativos y resultados de auditoría descritos en el hecho. No obstante, sobre el particular existe regulación expresa y, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente.

Al hecho 14: Parcialmente cierto, deberá ser una jurisprudencia constitucional sujeta a análisis y discusión por el juez.

Al hecho 15: No es cierto que la EPS demandante haya demostrado cumplir todos los requisitos exigidos para reconocer y aprobar un recobro. De haber sido así, la parte actora en el trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera de línea ordinaria no hubiese tenido la imposición de diferentes glosas.

Por lo anterior, no puede esta endilgar a otro su propia responsabilidad, teniendo en cuenta que el hecho de no haber obtenido el reembolso de los recobros fue por solicitar unos rubros que no merece y porque no cumplió con los requisitos para acreditar su derecho al recibo de los mismos.

Al hecho 16: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la radicación de 04 cobros solicitando el reconocimiento y pago de cuatro millones seiscientos sesenta y tres mil setecientos cuarenta y nueve pesos (\$4.663.749). No obstante, sobre el particular deberá decidirse en etapa procesal correspondiente.

Al hecho 17: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la notificación y entrega de informes de auditoría. No obstante, sobre el particular deberá decidirse en etapa procesal correspondiente.

Al hecho 18: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a las glosas que supuestamente fueron incorrectamente impuestas dentro del término previsto en el artículo 31 de la Resolución 5395 de 2013. No obstante, sobre el particular deberá decidirse en etapa procesal correspondiente.

Al hecho 19: No es cierto que la Unión Temporal Fosyga 2014 haya “negado de manera arbitraria” el pago de 11.397 ítems. Lo anterior, por cuanto en el caso de autos la parte Demandante no puede excusarse en su propio error al presentar los recobros con deficiencias y con la falta de cumplimiento de los requisitos necesarios. Así mismo, esta afirmación no es cierta porque a la asegurada, esto es, la Unión Temporal Fosyga 2014, no le corresponde ni tiene en su cabeza el deber de pagar los recobros que sean presentados pues únicamente la

corresponde ejercer la auditoría en salud, jurídica y financiera, procedimiento que se encuentra estrictamente sometido a la ley y a los actos administrativos que regulan la materia.

Al hecho 20: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la notificación del acto administrativo – comunicación UTF2014-OPE-16411 del 27 de diciembre de 2016.

Al hecho 21: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la radicación realizada por Compensar frente a la Unión Temporal Fosyga 2014, de ciento dieciocho (118) recobros solicitando el reconocimiento y pago de veintiséis millones quinientos cincuenta y un mil trescientos setenta y seis pesos (\$26.551.376).

Al hecho 22: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente al acto administrativo notificado por Unión Temporal Fosyga 2014 a Compensar, comunicación UTF2014-OPE-12698 del 7 de junio de 2016, a través del cual la Unión Temporal Fosyga 2014 informó los resultados de la auditoría.

Al hecho 23: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la notificación y entrega de informes de auditoría. No obstante, sobre el particular deberá decidirse en etapa probatoria correspondiente.

Al hecho 24: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho. No obstante, sobre el particular deberá decidirse en etapa probatoria correspondiente.

Al hecho 25: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la notificación y entrega de informes de auditoría. No obstante, sobre el particular deberá decidirse en etapa probatoria correspondiente

Al hecho 26: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la radicación realizada por Compensar frente a la Unión Temporal Fosyga 2014, de doscientos treinta y ocho (238) recobros solicitando el reconocimiento y pago de ciento ochenta y seis millones quinientos doce mil ochocientos sesenta y ocho pesos (\$186.512.868).

Al hecho 27: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente al acto administrativo notificado por Unión Temporal Fosyga 2014 a Compensar, comunicación UTF2014-OPE-13294 del 19 de julio de 2016, a través del cual la Unión Temporal Fosyga 2014 informó los resultados de la auditoría.

Al hecho 28: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a las glosas que supuestamente fueron incorrectamente impuestas dentro del término previsto en el artículo 31 de la Resolución 5395 de 2013. No obstante, sobre el particular deberá decidirse en etapa procesal correspondiente.

Al hecho 29: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente.

Al hecho 30: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 31: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la radicación realizada por Compensar frente a la Unión Temporal Fosyga 2014, de novecientos setenta y seis (976) recobros solicitando el reconocimiento y pago de quinientos dieciséis millones novecientos cinco mil setecientos setenta pesos (\$516.905.770)

Al hecho 32: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 33: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 34: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 35: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la radicación realizada por Compensar frente a la Unión Temporal Fosyga 2014, de seis mil trescientos dos (6.302) recobros solicitando el reconocimiento y pago de mil setecientos ochenta y tres millones seis mil novecientos veinte pesos (\$1.783.006.920)

Al hecho 36: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 37: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 38: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 39: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la radicación realizada por Compensar frente a la Unión Temporal Fosyga 2014, de tres mil cuatrocientos ochenta y tres (3.483) recobros solicitando el reconocimiento y pago de mil quinientos setenta y ocho millones seiscientos diecisiete mil doscientos sesenta y un pesos (\$1.578.617.261).

Al hecho 40: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 41: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 42: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 43: No me consta. Me atengo a lo señalado en el Decreto 1429 de 2016 en relación

con las obligaciones y derechos que posee la Administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud-ADRES

Al hecho 44: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 45: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 46: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 47: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 48: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 49: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 50: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la cita que realiza la demandante.

Al hecho 51: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, frente a la afirmación que realiza el demandante.

Al hecho 52: No le consta a mi representada, por cuanto es una situación que deberá ser analizada en etapa probatoria.

Al hecho 53: No le consta a mí representada lo indicado en el hecho, por lo tanto, deberá calificarse con base en la normatividad legal vigente y documental probatorio allegado.

Al hecho 54: No le consta a mi representada, por cuanto es una situación que deberá ser analizada en etapa probatoria.

Al hecho 55: Parcialmente cierto, pues son documentales que deberán contradecirse en etapa probatoria y bajo la discrecionalidad del juez, pues ahora el proceso cursa ante una jurisdicción diferente.

Al hecho 56: No le consta a mi representada, por cuanto es una situación que deberá ser analizada e interpretada por el juez

Al hecho 57: Parcialmente cierto, pues son documentales que deberán contradecirse en etapa probatoria y bajo la discrecionalidad del juez, pues ahora el proceso cursa ante una jurisdicción diferente.

CAPITULO II.
FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

OPOSICIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES

Me opongo a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en la medida en que comprometan la responsabilidad de mi procurada y exceden la posibilidad de afectación y el ámbito de cobertura de la póliza de responsabilidad civil para servicios misceláneos tomada por la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, por cuanto carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad, por lo que respetuosamente solicito denegar las peticiones de la parte actora, en su totalidad, condenándola en costas y agencias en derecho.

Adicionalmente, tampoco se ha acreditado que los fundamentos en los que se soporta el petitum de la demanda constituyan un siniestro en los términos convenidos en el contrato de seguro que sirvió de fundamento a la vinculación de la Compañía al proceso, ello por cuanto, la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 de conformidad con las funciones y ejecuciones contratadas y convenidas en el Contrato No. 043 de 2013, no generaron una afectación que pueda derivar una responsabilidad civil o un daño encausado a la entidad demandante COMPENSAR EPS, aclarando además, que las pretensiones de la parte activa, no se encuentran cubiertas por la carátula de la póliza, es decir, que en el presente proceso nos encontramos frente a la ocurrencia de una inexistencia de cobertura para las pretensiones de la actora.

De esta manera, y con el ánimo de lograr una indudable precisión frente a los improbados requerimientos pretendidos en la demanda, me refiero a cada pretensión de la siguiente manera:

A la Primera: Me opongo rotundamente a que se decrete la nulidad de los documentos a través de los cuales la Unión Temporal FOSYGA 2014 comunicó el resultado de auditoría médico, jurídico y financiera a la EPS COMPENSAR, que se relacionan a continuación:

- UTF2014-OPE-10302 del 1 de febrero de 2016, por medio de la cual se comunicó el resultado de auditoría de 4 recobros incluidos en el paquete 1115 (noviembre 2015)
- UTF2014-OPE-12698 del 7 de junio de 2016, mediante el cual se comunicó el resultado de auditoría de 118 recobros incluidos en el paquete 316 (marzo 2016)
- UTF2014-OPE-16343 del 21 de diciembre de 2016, mediante el cual se comunicó el

resultado de auditoría de 118 recobros incluidos en el paquete MYT04081608 (agosto 2016), inicialmente presentados en el paquete 316 (marzo 2016)

- UTF2014-OPE-13294 del 19 de julio de 2016, mediante el cual se comunicó el resultado de auditoría de 238 recobros incluidos en el paquete 416 (abril 2016)
- UTF2014-OPE-16772 del 19 de enero de 2017, mediante la cual se comunicó el resultado de 117 recobros incluidos en el paquete MYT04101610 (octubre 2016), inicialmente presentados en el paquete 416 (abril 2016)
- UTF2014-OPE-15401 del 5 de diciembre de 2016, mediante el cual se comunicó el resultado de auditoría de 976 recobros incluidos en el paquete 816 (agosto 2016)
- UTF2014-OPE-15469 del 10 de diciembre de 2016, mediante el cual se comunicó el resultado de auditoría de 6.302 recobros incluidos en el paquete 916 (septiembre 2016)
- UTF2014-OPE-16411 del 27 de diciembre de 2016, por medio de la cual se comunicó el resultado de auditoría de 3.483 recobros incluidos en el paquete 1016

En el mismo sentido, me opongo rotundamente a que se declare que ha surgido a cargo de la Unión Temporal Fosyga 2014 la obligación de pagar cada uno de los recobros presentados por la Demandante. Sea lo primero indicar que la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 no adeuda los recobros solicitados como quiera que no administra ni cuenta con la disposición de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA actualmente recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES, que son aquellos destinados a los recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o POS. Lo anterior se anota sin que con ello se esté reconociendo responsabilidad alguna en la presente controversia, ni tampoco se hace reconocimiento alguno sobre la naturaleza de las tecnologías involucradas, y muchos menos si estas hacen o no parte del POS.

Ahora, lo anterior sí demuestra que la controversia planteada por la Demandante difiere de manera sustancial de las obligaciones y responsabilidades asumidas por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, las cuales se concretan en la labor de auditoría contratada mediante el contrato No. 043 del 10 de diciembre de 2013.

Para que el Estado compense los costos asumidos por las EPS en la prestación de servicios y medicamentos -que están por fuera del POS- deben cumplirse con ciertos requisitos de ley. Sobre este punto existe suficiente jurisprudencia¹⁴ y no es algo que se pretenda cuestionar en esta contestación. Ahora bien, así como el punto anterior es claro, también lo es que la existencia de derechos implica la presencia de deberes correlativos, los cuales se tienen que cumplir si se

¹ Entre otras la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional

espera obtener un resultado exitoso de lo que se está solicitando. Esto quiere decir, que si bien las EPS tienen generalmente el derecho de recobrar los servicios o medicamentos que hayan prestado en virtud de fallos de tutela o de las órdenes de comité técnico científico, para poder obtener su compensación deben cumplir con los requisitos exigidos legalmente; condiciones cuya existencia, sin duda alguna, se justifica porque por medio de los mismos se protegen, de fraudes y pagos indebidos, los recursos de un sector tan sensible como lo es el sector de salud en nuestro país.

Sobre este punto, ha indicado el Consejo de Estado lo siguiente:

“Por otra parte, no puede admitirse que el acto administrativo demandado vulnere los artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993 y Decreto 1281 de 2002 toda vez que los requisitos del recobro se justifican, por el hecho de que sus pagos son cubiertos con recursos del FOSYGA, que, por ser de salud, exigen mayor vigilancia y control por parte del Estado, precisamente para garantizar el cumplimiento de lo ordenado en esos dichos artículos. Además, del aludido artículo 495 no se deduce que el Estado esté obligado a pagar todos los servicios de salud prestados por las EPS sin exigir requisitos, como bien lo anota el Señor Procurador Primero Delegado para Esta Corporación (subraye y negrilla fuera del texto original)”²

Por esta razón, si no se cumplieron la totalidad de los requisitos exigidos legalmente, las solicitudes de recobro no podían ser aprobadas, pues la Unión Temporal no tenía otra alternativa que aplicar lo que estaba consagrado en la normatividad vigente en el momento en que se realizó la auditoría. Después de todo, dicha Unión Temporal fue contratada para analizar las solicitudes de recobro de conformidad con esa normatividad y no se le puede condenar por cumplir diligentemente su labor.

Al respecto, debe darse aplicación a la Resolución 1446 de 2015 mediante la cual se establecieron los requisitos que deben cumplirse por los solicitantes de los recobros. De ahí que, aun teniendo en cuenta que las entidades aquí demandadas no son responsables de las cargas que la Demandante pretende endilgarles, lo cierto es que el recobro no genera de manera automática las obligaciones que reclama la parte actora. En efecto, los recobros y la documentación a ser auditada deben presentarse dando cabal cumplimiento a lo regulado en la mencionada Resolución, y demás normas pertinentes.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 7 de julio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2006-00197.

Sobre este punto, también vale la pena transcribir el segundo numeral (7.2.1.1) de la cláusula séptima del Contrato de Auditoría No. 0043 de 2013 que consigna que dentro de las obligaciones de la Unión Temporal se encuentra la de:

*“Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo en las subcuentas correspondientes del FOSYGA, **con el criterio técnico necesario y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulen el funcionamiento del FOSYGA; Así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o de quien haga sus veces**, cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoría efectuada..”.*

En este sentido, el hecho de que se hayan presentado las solicitudes de recobro sin el cumplimiento de los requisitos legales es algo que le es sólo reprochable a la EPS solicitante, la cual no puede pretender un derecho si no cumplió con el deber correlativo que el mismo exigía. Es decir, no puede aprovecharse de su propia culpa para invocar unacompensación que no merece, pues vale la pena indicar en este punto que lo anterior constituye nada menos que un principio general del derecho, según el cual: “nemo auditurpropiam turpitudinem allegans”; principio ampliamente reconocido en la jurisprudencia de las altas cortes. Particularmente, sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T–213 de 2008 estableció³:

“La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias, lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERECIDAS dentro del ordenamiento jurídico. Además, guarda coherencia con el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa (...).

Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél.

Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 2008 del 28 de febrero de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Dicha regla, materializada en el aforismo nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio”

Así las cosas, es preciso REITERAR la oposición a la prosperidad de la pretensión de la parte Demandante, pues de conformidad con lo expuesto anteriormente, y con sustento en las glosas impuestas se confirma que ella no tiene derecho a percibir ninguna suma dineraria por reembolso.

En este orden de ideas, recapitulando lo que se expuso en la contestación frente a los hechos, es completamente claro que las pretensiones de la parte actora deben ser desestimadas, principalmente porque las glosas se encuentran totalmente ajustadas a derecho. En conclusión, de lo acreditado por la demandada se puede constatar que los recobros fueron objetados precisamente por no haber cumplido con los requisitos legales. Igualmente, en el remoto caso en el que el Despacho declare que sí había obligación de pagar los recobros a la EPS, NO podrá exigirse prestación alguna a la UT Fosyga 2014, toda vez que los recobros deben pagarse con cargo a los recursos del Fondo, más no de la UT acá demandada.

A la segunda: Me opongo rotundamente a que se ordene el restablecimiento del derecho en el sentido de ordenar a Unión Temporal Fosyga 2014 el reconocimiento y pago indexado de CUATRO MIL NOVENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$4.096.257.944) por servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud.

Lo anterior, por tanto, la controversia planteada por la parte demandante difiere de manera sustancial de las obligaciones y responsabilidades asumidas por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, las cuales se concretan en la labor de auditoría contratada mediante el contrato No. 043 del 10 de diciembre de 2013. Así mismo, es importante tener en cuenta que los recursos con los cuales se reconocen los recobros por prestaciones no incluidas en el POS en Sistema General de Seguridad Social en Salud provenían del entonces FOSYGA (actualmente del Sistema General de Seguridad Social en Salud, administrados por la ADRES) por lo que no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago de los recobros por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS con recursos de terceros diferentes a los del entonces FOSYGA (actualmente del Sistema General de Seguridad Social en Salud, administrados por la ADRES).

Para mayor claridad, el análisis del alcance de las obligaciones del contrato de la UT ha sido decantado por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, cuando se expuso lo siguiente:

*“En relación con el argumento de la Unión Temporal en cuanto a que no debe haber solidaridad entre ella y el Ministerio, se observa que lo reclamado es el pago de servicio NO POS y tanto el Consorcio SAYP 2011 integrado por Fiduprevisora y Fiducoldex y la Unión Temporal Fosyga 2014, integrado por ASD SA, Assenda SASy Carvajal SA **son terceros que solo tienen una relación de auditoría**, recaudo y administración derivados del contrato de Fiducia, **luego no deben responder por el pago de los recobros generados, pues es el Ministerio quien deberá cancelarlos.**”*

Se reitera, las funciones de aquellas sólo son entre otras, las de auditoría y administración incluyendo desde luego, según se desprende de los contratos de fiducia, el radicar y tramitar los documentos soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas con cargo a las subcuentas de compensación y solidaridad del FOSYGA bajo la normatividad vigente a la fecha de cada presentación, las distribuciones que impartiére el Ministerio de Salud y de la Protección Social y lo contemplado en el contrato de encargo fiduciario, así como en el manual de operación del Fosyga y ello resalta la Sala solo, indica que apoyan o asesoran a la demandada en cuanto a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena.

De otra parte, en lo referente a la condena que solidariamente se impartió a la Unión Temporal Nuevo Fosyga, se considera que no hay lugar a la misma, como quiera que las normas que regulan el pago de los recobros y/o reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, **como ya indicó al iniciarse estas consideraciones, está a cargo del fondo de solidaridad y garantía. Fosyga con recursos propios**⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En el mismo sentido, esto es, declarando que no es jurídicamente viable reclamar prestación alguna respecto de la Unión Temporal, analizando precisamente el alcance de sus obligaciones pactadas en sus contratos, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud indicó en una de sus sentencias:

⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, Sentencias del 16 de abril de 2018 y del 24 de abril de 2018. Radicación 201800027-01 y Radicación No 201700275, respectivamente, MP Doctora Marleny Rueda Olarte y María Isabel Arango Secker.

*“(…) ha de entenderse procedente la excepción planteada por la Unión Temporal Nuevo Fosyga y la Aseguradora Chubb Seguros, en relación con la Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, pues como lo ilustran las decisiones del Tribunal, ni las labores que desarrollan los miembros de la Unión Temporal, **ni el ordenamiento legal y/o contractual, generan obligación de pago de recobros con recursos diferentes a los del Fosyga. Con lo que, este despacho procede a eximir a la Unión Temporal Nuevo Fosyga de cualquier responsabilidad frente al pago por concepto de los recobros reclamados en este proceso jurisdiccional**”⁵. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Dicho de otro modo, no puede inferirse bajo ningún entendido que la Unión Temporal fue la encargada de realizar el pago de las solicitudes aprobadas, supuesto que ni siquiera se materializa en el caso, dado que las reclamaciones presentadas adolecen de varios defectos que hacen que no cumplan con todos los requisitos legales para ser exigibles.

Ahora bien, atendiendo el restablecimiento pretendido, también me opongo a que se condene solidariamente a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 al pago de suma alguna y que esta a su vez se aumente con intereses moratorios o se indexe el pago sobre la suma de dinero pretendida. En primer lugar, se debe tener en cuenta que dado que esta pretensión es consecuencial y accesorio a la anterior y dado que la primera no tiene vocación de prosperidad mucho menos puede tenerla esta. Así mismo, me opongo a la prosperidad de esta pretensión por cuanto no le corresponde al asegurado, ni mucho menos existe alguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago de los recobros está en cabeza de la Unión Temporal Fosyga 2014. De hecho, es importante tener en cuenta que los recursos con los cuales se reconocen los recobros por prestaciones no incluidas en el POS en Sistema General de Seguridad Social en Salud provenían del entonces FOSYGA lo que al día de hoy es Administrado por la ADRES. Así las cosas, es claro que en cabeza de la UT no existe el deber de pago que tanto alega la parte actora y de esta forma mal podría aplicarse intereses moratorios a una suma de dinero que no es debida, así como también es imposible jurídicamente tasar intereses moratorios sobre una suma que jamás ha sido adeudada por la Unión Temporal.

Por lo tanto, ninguna condena en costas y agencias en derecho a la Unión Temporal Fosyga

⁵ Superintendencia Nacional de Salud, Funciones Jurisdiccionales, sentencia del 25 de julio de 2019, expediente J-2015-0788.

2014 será procedente, por cuanto como se ha demostrado hasta el momento, a la parte demandante no le asiste razón jurídica alguna que pueda fundamentar sus pretensiones, luego, dado que el demandante será la parte vencida en el proceso no se podrá condenar a la Unión Temporal Fosyga 2014 al pago de costas y agencias en derecho.

EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE A LA DEMANDA

- **EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN EFECTÚA EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.**

Solicito al juzgador de instancia, tener como excepciones contra la demanda, todas las planteadas por la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, las cuales coadyuvo, sólo en cuanto favorezcan los intereses de mi prohijada y en ese mismo sentido y tenor las que propongo a continuación:

1. **EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES – SIMPLE LABOR DE AUDITORÍA INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO A CARGO DE LAS UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA Y FOSYGA 2014.**

Por mandato de la Corte Constitucional⁶, los gastos en los que incurra una entidad promotora de salud por la prestación de servicios de salud no incluidos en el POS pueden ser recobrados al Estado, el cual a su vez deberá desembolsar el dinero utilizando los recursos contenidos en el FOSYGA. Para estos efectos, el Ministerio de Salud y Protección Social está en la facultad de celebrar contratos con diferentes entidades, los cuales podrán variar de acuerdo con la finalidad de la función que se le pretenda asignar a cada una de éstas.

Así las cosas, existen contratos cuyo objeto únicamente está limitado a la labor de auditoría, y también existen otros acuerdos que amplían las obligaciones en éstos contenidas, para que la entidad respectiva se encargue de la administración de los recursos del FOSYGA. El contrato que establece este último deber anunciado también consagra la función por parte del contratista de desembolsar los pagos de los recobros reclamados, por lo cual será entonces la entidad que haya suscrito este tipo de convenio la obligada a efectuar este pago.

Puede observarse que los contratos de consultoría celebrados entre el Ministerio de Salud y Protección Social y las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 limitan su objeto únicamente a la realización de una labor de auditoría, a cargo de las mencionadas uniones,

⁶ Entre otras se puede consultar la Sentencia T-233 de 2011 del 31 de marzo de 2011 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

excluyendo el deber de administrar los recursos del FOSYGA. Así, la cláusula primera del mencionado convenio consagra:

CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 043 DE 2013:

“Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito –ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas del Fondode Solidaridad y Garantía – FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud”

Como se puede apreciar, la Unión Temporal nunca ha tenido la obligación de **PAGAR** los valores correspondientes a los recobros por servicios supuestamente prestados por EPS COMPENSAR, ya que de acuerdo con el objeto del contrato que suscribió con el Ministerio de Salud y Protección Social, la función que presta dicha unión temporal consiste únicamente en auditar y analizar el recobro.

Debe observarse que esta función de auditoría fue pactada en un marco de libertad y autonomía contractual y no sería coherente que la Unión Temporal asuma los costos de una declaratoria de responsabilidad por una obligación que jamás asumió, contractualmente, y que menos aún le corresponde cumplir por mandato de la ley. De acuerdo con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, el contrato es ley para las partes y, en este caso, atendiendo a lo anterior, la Unión Temporal tuvo que limitarse a lo que el convenio celebrado con el Ministerio de Salud y Protección Social le exigía. Al respecto, se recuerda que de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Para mayor claridad, el análisis del alcance de las obligaciones del contrato de la UT ha sido decantado por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, cuando se expuso lo siguiente:

“En relación con el argumento de la Unión Temporal en cuanto a que no debe haber solidaridad entre ella y el Ministerio, se observa que lo reclamado es el pago de servicio NO POS y tanto el Consorcio SAYP 2011 integrado por Fiduprevisora y Fiducoldex y la Unión Temporal Fosyga 2014, integrado por ASD SA, Assenda SAS y Carvajal SA son terceros que solo tienen una relación de auditoría, recaudo y administración derivados del contrato de Fiducia, luego no deben responder por el pago de los

recobros generados, pues es el Ministerio quien deberá cancelarlos.

Se reitera, las funciones de aquellas sólo son entre otras, las de auditoría y administración incluyendo desde luego, según se desprende de los contratos de fiducia, el radicar y tramitar los documentos soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas con cargo a las subcuentas de compensación y solidaridad del FOSYGA bajo la normatividad vigente a la fecha de cada presentación, las distribuciones que impartiére el Ministerio de Salud y de la Protección Social y lo contemplado en el contrato de encargo fiduciario, así como en el manual de operación del Fosyga y ello resalta la Sala solo, indica que apoyano asesoran a la demandada en cuanto a la procedencia o no de los recobros, perode ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena.

*De otra parte, en lo referente a la condena que solidariamente se impartió a la Unión Temporal Nuevo Fosyga, se considera que no hay lugar a la misma, como quiera que las normas que regulan el pago de los recobros y/o reembolso de los costos delos servicios de salud no POS a favor de las EPS, **como ya indicó al inicio de estas consideraciones, está a cargo del fondo de solidaridad y garantía. Fosyga con recursos propios**⁷(Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

En el mismo sentido, esto es, declarando que no es jurídicamente viable reclamar prestación alguna respecto de la Unión Temporal, analizando precisamente el alcance de sus obligaciones pactadas en sus contratos, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud indicó en una de sus sentencias:

*“(…) ha de entenderse procedente la excepción planteada por la Unión Temporal Nuevo Fosyga y la Aseguradora Chubb Seguros, en relación con la Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, pues como lo ilustran las decisiones del Tribunal, ni las labores que desarrollan los miembros de la Unión Temporal, **ni el ordenamiento legal y/o contractual, generan obligación de pago de recobros con recursos diferentes a los del Fosyga. Con lo que, este despacho procede a eximir a la Unión Temporal Nuevo Fosyga de cualquier responsabilidad frente al pago por***

⁷ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, Sentencias del 16 de abril de 2018 y del 24 de abril de 2018. Radicación 201800027-01 y Radicación No 201700275, respectivamente, MP Doctora Marleny Rueda Olarte y María Isabel Arango Secker.

concepto de los recobros reclamados en este proceso jurisdiccional⁸

(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Dicho de otro modo, no puede inferirse bajo ningún entendido que la Unión Temporal fue la encargada de realizar el pago de las solicitudes aprobadas, supuesto que ni siquiera se materializa en el caso, dado que las reclamaciones presentadas adolecen de varios defectos que hacen que no cumplan con todos los requisitos legales para ser exigibles.

Precisamente, si se le impone a la Unión Temporal Fosyga 2014 por vía judicial un deber que jamás ha asumido contractual o legalmente, de alguna forma se estaría invalidando el convenio celebrado entre esta entidad y el Ministerio de Salud y Protección Social. De esta forma, se estaría generando inseguridad jurídica para los contratistas de la Nación, pues los mismos no encontrarían motivación alguna en suscribir negocios con ésta, ya que sabrán que posteriormente se les impondrán cargas que en ningún momento decidieron asumir. Igualmente, se estarían extendiendo a la Unión Temporal obligaciones que hoy endía solo le competen al ADRES, como es la obligación de pago que hoy pretende solicitar la actora en su escrito de demanda.

Lo anterior implicaría una vulneración al principio del efecto relativo de los contratos, según el cual a las partes sólo las pueden afectar los negocios jurídicos que suscribieron, descartando las obligaciones que son ajenas a los mismos. Contemplando el mencionado principio, a la Unión Temporal Fosyga 2014 únicamente la puede vincular las obligaciones que ésta pactó con el Ministerio de Salud y de Protección Social.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

*“Del postulado de la autonomía de la voluntad privada orientado por el principio de la relatividad, se desprende que la convención incumbe y constriñe a quienes fueron sus partícipes y, por tanto, en un comienzo, **los terceros tienen vedada la posibilidad de atacarla.***

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala ha indicado: “(...) la ley ha establecido que los contratos válidamente celebrados generan para las partes que concurren a su perfeccionamiento vínculos indisolubles y, sólo ellas, salvo las excepciones de ley, por las circunstancias que consideren pertinentes y sean admisibles jurídicamente, pueden ponerles fin (art. 1602 C. C.); de ahí que está excluido de toda discusión que los efectos

⁸ Superintendencia Nacional de Salud, Funciones Jurisdiccionales, sentencia del 25 de julio de 2019, expediente J-2015-0788.

directos de los contratos deben ser pregonados con respecto a las partes; **la generación de derechos y obligaciones debe sopesarse, primeramente, frente a quienes los crearon o fueron sus gestores; por tanto, en línea de principio, no es admisible extender sus repercusiones a personas ajenas a su formación y perfeccionamiento** (nec prodest nec nocet)” (Sentencia de 25 de enero de 2010, exp. 1999-01041-01)⁹. (subraya y negrilla fuera del texto)

En otra oportunidad, esa misma corporación indicó:

“El postulado consignado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”, implica, por un lado, el reconocimiento que CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A el legislador de los efectos jurídicos que puede producir la autonomía privada, cuandoquiera que mediante un acto tal regularmente ajustado ellos exteriorizan su voluntad de adquirir derechos o contraer obligaciones. De esta manera, cuando “en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el Derecho Civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones fuerza de ley, de tal manera **que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causales legales**”(G. J., t. CLVIII, pag.256) o, como en otra ocasión lo dijo la Corporación, suscrito el convenio “con el conjunto de las formalidades que le sean propias, adquiere perfección y su destino es el de producir los efectos que por su medio buscaron los contratantes”(G. J., t. CII, pag.122).

Por el otro, es palmario que dicho precepto normativo al mismo tiempo traza una limitación de carácter subjetivo al ámbito de aplicación de tales efectos por cuanto los circunscribe con exclusividad a las partes que concurrieron a su formación, al decir que el contrato será “ley para los contratantes”. descartando así, por lo menos en principio, a quienes no lo son: esto último es, en suma, lo que se ha dado en llamar el efecto relativo de los contratos, para significar que ellos están llamados a generar y producir consecuencias de tipo jurídico apenas entre aquellos que los conformaron”. (subraya y negrilla fuera del texto)

A diferencia del Contrato de Consultoría 043 de 2013, que limita las funciones de la UT a

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de agosto de 2012, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, exp. 2006-00403.

realizar una auditoría sobre los recobros presentados, otros contratos como aquel celebrado entre el Ministerio de Salud y Protección Social y el Consorcio SAYP 2011 sí establecían la obligación a cargo del contratista de administrar los recursos del FOSYGA y de efectuar los desembolsos que correspondan por los recobros radicados por las Entidades Promotoras de Salud respectivas.

Así, entonces, el objeto del contrato celebrado entre estas dos entidades, Ministerio de Salud y Protección Social y el Consorcio SAYP 2011, establece que el contratista:

“Se compromete a realizar el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA – del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos establecidos en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, en especial en los artículos 167, 205 y 218 a 224 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1283 de 1996, 1281 de 2002, 050 de 2003, 2280 de 2004, 3990 de 2007, lo señalado por la Comisión de Regulación en Salud y el Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan, que cumpla con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas definidas en el Pliego de Condiciones y en la propuesta presentada por el contratista”. (subraya y negrilla fuera del texto)

Sin embargo, es menester aclarar que hoy en día, la entidad encargada de administrar los recursos que hacen parte del FOSYGA es el ADRES (Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud), en virtud de lo estatuido por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, cuya función anteriormente estaba en cabeza del Consorcio SAYP 2011 tal como se estableció anteriormente. Por tanto, esta nueva entidad es la responsable de realizar los pagos a los que haya lugar, cuando los recobros que sean presentados por las distintas EPS sean aprobados.

Tomando en cuenta lo esbozado anteriormente, queda claro que a la Unión Temporal FOSYGA 2014 jamás les fue asignada la labor de administrar los recursos del FOSYGA ni efectuar el pago ante los recobros que se le presenten. Así las cosas, teniendo en cuenta que el pago de estos recobros es precisamente la pretensión principal de la demanda, ante una remota sentencia en contra de las partes demandadas no sería la Unión Temporal FOSYGA 2014 ni la Unión Temporal FOSYGA 2014 las llamadas a cumplir con la condena que se imponga, sin importar el valor de la misma, pues no tiene ningún sentido que sean condenadas judicialmente por una obligación que jamás asumieron legal ni contractualmente.

Contemplando todo lo anterior, se puede concluir que en virtud del Contrato 043 de 2013, la Unión Temporal FOSYGA 2014 únicamente asumieron el deber de auditar los recobros reportados por las entidades promotoras de salud, excluyendo de sus labores el deber de administrar los fondos del FOSYGA y de pagar dichos recobros. Por tanto, en virtud del principio de la autonomía contractual y el efecto relativo de los contratos, el juzgador no puede imponerles a dichas uniones temporales una obligación distinta a la pactada en este convenio por hechos que esas uniones temporales ni siquiera conocieron.

Por lo anterior, solicito al Despacho que en el remoto evento en que se encuentre que las solicitudes de recobro que plantea la parte actora en su demanda debían ser canceladas por algún demandado, se tenga en cuenta que el que debe realizar el pago de la eventual condena judicial, debe ser aquel que ostenta la administración de los recursos del FOSYGA, **que hoy en día radica en cabeza del ADRES.**

Conforme a los anteriores fundamentos, no hay lugar en este caso a la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Unión Temporal FOSYGA 2014 y, por consiguiente, lo que procede es que el Despacho declare probada la presente excepción y desestime las pretensiones elevadas con la presente demanda, absolviendo así de toda condena a esa unión temporal.

2. LA EPS DEMANDANTE NO PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA PARA RECIBIR EL PAGO DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO

El Sistema de Seguridad Social colombiano tiene como objetivo asegurar a los ciudadanos el acceso al derecho a la salud lo que implica poder acudir ante centros médicos y recibir los tratamientos médicos y medicamentos necesarios para tratar un padecimiento. El Estado en su función de garantizar el goce de este derecho, creó un plan obligatorio de salud – POS – compuesto por procedimientos médico-quirúrgicos y medicamentos esenciales para el fomento de la salud y prevención de las patologías que podrían afectar a la población. Sin embargo, el POS no adoptó una lista indefinida de prestaciones médicas, por lo que en ocasiones un paciente requiere de la prestación de un servicio que no está incluido, por lo que el Estado, en principio, no se haría cargo del costo de ese tratamiento o medicina. No obstante, con la expedición de la ley 100 de 1993 también diversas personas pueden llegar a obtener acceso a prestaciones excluidas del POS a través de la autorización por parte del Comité Técnico Científico o por medio de un fallo de tutela que autorice y oficie a una institución prestadora de servicios de salud – IPS – a suministrar la prestación requerida. En este último supuesto, la IPS acude ante la entidad promotora de salud para que ésta se haga cargo de los gastos que incurrió a partir

de la orden judicial impartida o el concepto técnico científico. Éstas últimas podrán acudir al Estado, el cual por medio del fondo de solidaridad y garantía – FOSYGA – (Hoy en día ADRES) reconocería esas erogaciones con el fin de mantener el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

No obstante, lo anterior, el Estado colombiano ha buscado regular el procedimiento para elevar las solicitudes de recobro ante el FOSYGA (Hoy ADRES), para determinar la viabilidad del pago y evitar que se realicen pagos indebidos, ya sea por incumplimiento de requisitos legales o porque el gasto alegado ya fue cubierto por el plan de beneficios dispuesto para tal fin. De esta manera, se expidió el Decreto 1281 de 2002, “por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”, el cual en su artículo 15 consagró algunos de los mecanismos vigentes para la protección de los recursos del FOSYGA y le impuso cargas a la entidad receptora del pago del recobro. Dicha disposición reza:

“ARTÍCULO 15. Protección de los recursos del FOSYGA. Sin perjuicio de las directrices que impartan el Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, corresponde al administrador fiduciario del Fosyga adoptar todos los mecanismos a su alcance y proponer al Ministerio de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud los que considere indispensables para proteger debidamente los recursos del Fosyga, con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos.

En los trámites de cobro o reclamación ante el Fosyga no se aceptarán intermediarios, salvo los casos de poder debidamente otorgado y reconocido a profesionales del derecho. Los giros o pagos siempre se efectuarán directamente al beneficiario debidamente identificado, localizado y, en lo posible, a través de cuentas a nombre de éstos en entidades vigiladas por el Superintendencia Bancaria.

En los trámites de cobro o reclamación ante el Fosyga sólo se aceptarán fotocopias como soporte, cuando no sea posible aportar el original y la simple fotocopia no genere duda sobre la veracidad de los hechos a ser demostrados con ella. Las compañías de seguros que cuenten con el ramo de seguro obligatorio de accidentes de tránsito, SOAT, reportarán de manera permanente la información requerida por el administrador fiduciario del Fosyga en los términos y condiciones que establezca el Ministerio de Salud. Igualmente, cuando una reclamación deba ser asumida por la compañía aseguradora y por la subcuenta ECAT del Fosyga, el administrador fiduciario del Fosyga tramitará el pago que le corresponda al fondo una vez demostrado el

reconocimiento de la parte correspondiente a la aseguradora.”

Conjuntamente a lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social, antes Ministerio de la Protección Social, expidió diversas resoluciones tendientes a regular el trámite del recobro, así como los requisitos que debían cumplir las entidades para poder elevar las reclamaciones ante el FOSYGA (Hoy ADRES). A partir de lo anterior, el Ministerio ha delegado la función del análisis y estudio de las solicitudes a terceros para que realicen la auditoría tendiente a verificar el cumplimiento de las exigencias legales al momento de la presentación de la solicitud de recobro.

En virtud de lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social celebró con la Unión Temporal Fosyga 2014, el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 con el objetivo de que esta última realizara **la auditoría en salud, jurídica y financiera** a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito –ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, una vez realizada la auditoría en salud, jurídica y financiera por parte de esta Unión Temporal, uno de los resultados que se obtuvieron, fue la imposición de glosas a las reclamaciones presentadas por EPS COMPENSAR por errores, inconsistencias o ausencia de algún requisito o documento requerido para su aprobación. En este punto resulta de gran importancia poner de presente que la presentación de una solicitud de recobro ante el FOSYGA (Hoy ADRES) no le otorga per se un derecho a la entidad solicitante, sino que es una mera expectativa la cual se puede materializar siempre y cuando se cumplan con todos los requisitos legales vigentes al momento de la reclamación.

De esta manera, es evidente que el resultado favorable de la auditoría realizada por la Unión Temporal Fosyga 2014, depende exclusivamente de la entidad reclamante, por lo que en este caso EPS COMPENSAR de manera diligente debió cumplir con todos los requisitos legales exigibles para poder soportar sus solicitudes de cobro. A pesar de lo anterior, la EPS no cumplió con su deber a cargo, lo que conllevó a que la Asegurada impusiera una serie de glosas que constataban el incumplimiento de las exigencias legales dispuestas para tal fin.

A partir de lo anterior, no es posible considerar que la negligencia en el actuar de la EPS COMPENSAR sea subsanada a través de esta instancia alegando el incumplimiento de una obligación, la cual nunca fue exigible por culpa de la negligencia en el actuar de misma EPS.

Precisamente, el Consejo de Estado se pronunció respecto a la exigencia de diversos requisitos para la aprobación de las solicitudes de recobro y en sentencia de 2011 adujo:

“Por otra parte, no puede admitirse que el acto administrativo demandado vulnere los artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993 y Decreto 1281 de 2002 toda vez que los requisitos del recobro se justifican, por el hecho de que sus pagos son cubiertos con recursos del FOSYGA, que, por ser de salud, exigen mayor vigilancia y control por parte del Estado, precisamente para garantizar el cumplimiento de lo ordenado en dichos artículos. Además, del aludido artículo 49 no se deduce que el Estado esté obligado a pagar todos los servicios de salud prestados por las EPS sin exigir requisitos, como bien lo anota el Señor Procurador Primero Delegado para Esta Corporación” (subraye y negrilla fuera del texto original)¹⁰.

Así las cosas, es evidente que la exigencia de los requisitos legales encuentra pleno sustento y que su incumplimiento debe conllevar necesariamente a su no aprobación. Es de esta manera, que EPS COMPENSAR con la presentación de la demanda no sólo está buscando corregir su actuación negligente, sino que con ésta también está intentando conseguir un beneficio aprovechándose de su propia culpa, conducta que va en contra del principio “nemo auditur propriam turpitudinem allegans” vigente en el ordenamiento jurídico colombiano. Respecto a éste, la Corte Constitucional indicó:

“La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias, lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERECIDAS dentro del ordenamiento jurídico. Además, guarda coherencia con el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa (...).

Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél.

Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado. Dicha regla,

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 7 de julio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2006-00197

materializada en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio”¹¹ (subraye y negrilla fuera de texto original)

Este principio evidencia que las personas tienen a su cargo tanto derechos como obligaciones y para poder gozar del cabal cumplimiento de los primeros deben cumplir con las obligaciones a su cabeza para poder hacerlos efectivos. Esta circunstancia es aplicable al caso sub examine puesto que EPS COMPENSAR debió haber presentado las solicitudes de recobro con el lleno de los requisitos legales y al no cumplir con esta carga no puede pretender un resultado favorable en la auditoría realizada por la Unión Temporal Fosyga 2014 y, por ende, no es acreedora del pago por parte del FOSYGA.

3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONTRACTUALES.

En conexión con todo lo anterior, no puede perderse de vista que la Unión Temporal FOSYGA 2014, lo único que hicieron fue respetar el principio de legalidad y las obligaciones contenidas en los contratos de auditoría que fueron celebrados y a los que se ha venido haciendo alusión repetidamente.

Antes que nada, teniendo en cuenta que el Ministerio de Salud y Protección Social es un órgano de la rama administrativa, se debe recordar la importancia que tiene la aplicación del principio de legalidad para la actuación de estas entidades. Al respecto, el doctrinante Jairo Enrique Solano Sierra ha ensañado lo siguiente:

“En el Estado constitucional no se concibe poder público ni órgano administrativo que actúe sin sujeción a la ley: esto es, en el Estado Social de derecho la administración no puede ejercer sus funciones sino conforme a la Constitución, la ley o reglamento, lo que patentiza constitucionalmente el principio de legalidad aplicado a toda la actividad de la administración pública y que traduce la obligación de las autoridades, en su actuar administrativo, a la observancia de la legalidad; es el sometimiento de la administración y de sus servidores públicos a la ley, lo que deriva también en responsabilidades, derechos y obligaciones recíprocos entre administrado y

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T 213 del 28 de febrero de 2008. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente T-1774325.

*administración pública dentro de sus relaciones jurídico-administrativas”.*¹²

Así las cosas, la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y la Unión Temporal FOSYGA 2014, suscribieron el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 con el Ministerio de Salud y Protección Social. Al respecto, se consagra lo siguiente:

CONTRATO 043 DE 2013:

Realizar la auditoria en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y accidentes de tránsito ECAT. con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo: ALCANDE DEL OBJETO: *Las labores de auditoria en salud, jurídicas y financieras requeridas, se desarrollarán sobre las solicitudes de recobro NO POS y las reclamaciones ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

Con todo, se puede evidenciar que la Unión Temporal FOSYGA 2014 únicamente se limitó a cumplir con la normatividad vigente para el momento de la presentación de los recobros que dieron lugar a este litigio; algo que además se consagró dentro de sus deberes contractuales, como quedó claro a través del extracto transcrito del precitado contrato

Por ende, no tiene ningún sentido que una entidad sea condenada por cumplir con el principio de legalidad y con las obligaciones contenidas en un contrato que, además, no es nada menos que una ley para ésta. Recuérdese entonces que el artículo 1602 del Código Civil establece que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Todo lo anterior conduce a concluir que a la Unión Temporal FOSYGA 2014, no se les puede

¹² Jairo Enrique SOLANO SIERRA, Derecho Procesal Administrativo y Contencioso, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997. pp. 21.

atribuir responsabilidad alguna por este proceso, pues lo único que estas entidades hicieron fue dar plena aplicación al tan importante principio de legalidad y, lo que no es menos relevante, cumplir con sus obligaciones contractuales.

En todo caso, no puede olvidarse que si por alguna extraña razón se profiere una sentencia condenatoria en este caso, la Unión Temporal FOSYGA 2014 **NO** es la llamada a responder, ni puede condenársele solidariamente, teniendo en cuenta que su naturaleza como entidad, así como la naturaleza del contrato que celebraron con el Ministerio de Salud y Protección Social, es especial y distinta a la del consorcio administrador, por lo cual sus obligaciones son totalmente diferentes en esta materia a las que en su momento estaban en cabeza del Estado y del Consorcio Sayp 2011. Ahora bien, es menester resaltar que hoy en día, en virtud de lo establecido por la Ley 1753 de 2015 en su artículo 66, esa función de administración y pago está a cargo del ADRES, entidad encargada de administrar los recursos del Sistema General en Seguridad Social en Salud.

Como se ha dicho reiteradas veces, a la Unión Temporal FOSYGA 2014 NO le correspondían ni le corresponde administrar los recursos del FOSYGA (Hoy en día denominado ADRES) ni ejecutar los pagos de los recobros que presentaran las EPS, por lo que no tiene ningún sentido fáctico ni jurídico que sean condenadas por una obligación que nunca asumieron contractual ni legalmente, y más aún, por el hecho de haber dado cumplimiento irrestricto a los marcos normativos y convencionales a los que tuvieron que sujetarse en todo momento en su actuación de auditoría.

Conforme a los anteriores fundamentos, no hay lugar en este caso a la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Unión Temporal FOSYGA 2014 y, por consiguiente, lo que procede es que el Despacho declare probada la presente excepción y desestime las pretensiones elevadas con la presente demanda, absolviendo así de toda condena a esa unión temporal.

4. LAS GLOSAS IMPUESTAS COMO RESULTADO DE LA AUDITORÍA EFECTUADA POR LA UNIÓN TEMPORAL SE ENCUENTRAN AJUSTADAS AL MARCO LEGAL

En este punto, es preciso indicar que, con sustento en el fundamento fáctico de la demanda, y de conformidad con la evidencia que obra en el plenario que pone en evidencia el resultado de la auditoría llevada a cabo por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, se encuentra que la imposición de las glosas se efectuaron en estricta aplicación del marco normativo vigente para el momento de la revisión de los recobros, dando como resultado el rechazo de algunas de las

solicitudes y la aprobación de otras, siendo objeto del presente proceso aquellas que fueron negadas.

Finalmente, debe indicarse que estas normas, acuerdos y actos administrativos que regulan el tema de la imposición de glosas, son normativa y requerimiento que son destinadas a garantizar el adecuado manejo de los recursos de la salud en pro de no incurrir en ningún clase de mal manejo o pago injustificado que lesione los recursos de la salud, como función principal de la auditoría ejercida por la Unión Temporal, razón por la cual se solicita al Despacho declarar probada la presente excepción y negar las pretensiones de la demanda, al encontrar debidamente justificado la negación de los recobros materia del presente litigio.

5. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN CASO DE UN FALLO FAVORABLE A COMPENSAR EPS:

Efectivamente, lo que realmente ocurre en el caso concreto es que en el remoto evento en que se profiera una sentencia condenatoria, sin lugar a dudas la entidad que se vería favorecida por un enriquecimiento sin justa causa es la propia COMPENSAR EPS, no sólo al no haber cumplido con los requisitos legales para que, con cargo a los recursos del FOSYGA (Hoy en día ADRES), le sean reconocidos los valores que reclama en sede del presente litigio, sino también en la medida en que estaría siendo compensada sin razón o causa justa alguna.

Efectivamente, un importante número de los recobros objeto de este litigio no fue aprobado por cuanto los mismos correspondían a terapias, tratamientos y/o servicios que realmente sí estaban incluidos en el POS. En relación con lo afirmado, no puede olvidarse que a las EPS regularmente se les desembolsa una suma correspondiente a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), con lo cual se busca compensar el pago de medicamentos y servicios incluidos en el POS que se presten a los afiliados.

Lo anterior, en virtud del artículo 182 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra lo siguiente:

“Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil

epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud”.

Es de esta forma que se evidencia que los medicamentos y servicios que no fueron aprobados por este concepto, en todo caso ya habían sido pagados previamente, por lo que de acceder a la exigencia de pago que en su demanda formula COMPENSAR EPS, el Despacho verdaderamente estaría propiciando un doble pago a favor de dicha entidad, es decir, un enriquecimiento sin causa y un detrimento injustificado de los recursos del sistema de seguridad social de nuestro país.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que la prohibición al enriquecimiento sin causa no es otra cosa que un principio general del derecho que debe ser plenamente respetado, según lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia reiteradamente. Frente al particular, la Doctora Yolima Prada Márquez, en el libro Derecho de las Obligaciones – TOMO I dirigido por la Doctora Marcela Castro, afirmó:

“Como ya se indicó, concebimos al enriquecimiento sin causa o, mejor aún, entendemos que no prohíjar el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho, que forma parte del derecho natural; siguiendo al maestro Ripert es un deber moral que resulta perfectamente aplicable a cualquier relación jurídica, no sólo como postulado rector, sino como expresión concreta de la equidad, la cual es esencial en un Estado social de derecho como el nuestro”¹³.

En este mismo sentido, en sentencia del 22 de julio del 2009 el Consejo de Estado señaló *“que el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada”¹⁴* ¹⁷

Con todo, se puede concluir que en el remoto evento en que se profiera una sentencia condenatoria, se presentaría un doble pago a favor de la Demandante, reconociéndole un incremento patrimonial sin justificación alguna, en la medida que los medicamentos, servicios y tecnologías que recobra ya le fueron reconocidos previamente mediante el pago de la unidad de pago por capitación

¹³ PRADA MÁRQUEZ Yolima, *Enriquecimiento sin Causa* en CASTRO DE CIFUENTES Marcela *Derecho de las Obligaciones TOMO I. Universidad de los Andes. Editorial Temis. pp. 840.*

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 22 de julio del 2009. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

6. IMPOSIBILIDAD DE CONDENA POR CONCEPTO DE INTERESES MORATORIOS:

Quedando claro ya que no procede ningún tipo de pago en cabeza de la asegurada, resta por analizar la imposibilidad de la pretensión accesorio realizada por la parte actora, es decir, la improcedencia del pago de intereses.

Lo primero que se debe decir es que la base para que haya el pago de algún interés es el incumplimiento por parte del obligado, y en este evento la asegurada UNION TEMPORAL FOSYGA 2014 no incurrió en incumplimiento alguno, por un lado, por cuanto no es la entidad encargada de realizar el pago de servicios no POS, y por el otro, por cuanto se limitó a obedecer sus deberes contractuales.

Por otro lado, en el eventual caso que los recobros objeto del presente litigio presenten causal de glosa de extemporaneidad no hay lugar al pago de intereses de ninguna naturaleza ya que no existió incumplimiento alguno de las partes demandadas, por lo que a luz de la normatividad aplicable al caso, no es posible reconocimiento de interés alguno, más aún, cuando dentro del expediente no obra medio probatorio alguno por parte de la demandante de remediar o intentar corregir los errores incurridos.

7. PRESCRIPCIÓN.

Se propone esta excepción, ya que se hace necesario que se determine respecto de cuáles recobros la demanda se interpuso superando el término máximo de tres años. Esto, a la luz del artículo 151 del CTP, el cual consagra:

“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

8. INNOMINADA O GENÉRICA.

Si del examen de todos los hechos y el derecho que son de utilidad al caso concreto, encontrare cualquier otra excepción que trunque y conlleve al fracaso las pretensiones de la parte actora,

le solicito de manera respetuosa, que declare probada tal excepción y desestime el petitum de los demandantes.

CAPITULO III.
CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

FRENTE A LOS HECHOS:

Al Primero: Parcialmente cierto, solo en lo que tiene ver con que entre CARVAJAL TECNOLOGÍA S.A.S, y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. se celebró el contrato de seguro de Responsabilidad Civil Para Servicios Misceláneos, el cual se instrumentalizó en la Póliza 12/46405 (en adelante, la “**Póliza**”), y en el que el asegurado es la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014. No obstante, debe resaltarse que dicho contrato de seguro está sujeto a las condiciones del amparo que determinan su alcance y ámbito de aplicación, así como está circunscrito a las causales de inoperancia del seguro, las que definen el inicio y el momento a partir del cual se asumió el respectivo riesgo y que exoneran a mi mandante la obligación indemnizatoria y sobre todo condicional que allí se estableció.

Por lo tanto, en la identificación de los amparos y de las contraprestaciones pactadas en ese contrato de seguro, ruego tener en consideración todas y cada una de las condiciones de la póliza y las normas que rigen el contrato de seguro.

Al Segundo: Este hecho está formulado de manera incompleta, pues, por un lado, debe precisarse que el numeral 2 de la póliza 12/46405 establece que la misma está limitada a los servicios profesionales que se presten en desarrollo del contrato No. 043, celebrados entre la Unión Temporal Nuevo Fosyga, la Unión Temporal Fosyga 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social. Por otro lado, tampoco puede perderse de vista que la obligación condicional de mi representada, aludida en la contestación al hecho anterior, únicamente podrá hacerse efectiva en caso que se presenten todas las circunstancias pactadas en su condicionado, relativas al acaecimiento del riesgo asegurado o siniestro, en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio.

Por otro lado, tampoco puede perderse de vista que la obligación condicional de mi representada, aludida en la contestación al hecho anterior, únicamente podrá hacerse efectiva en caso que se presenten todas las circunstancias pactadas en su condicionado, relativas al acaecimiento del riesgo asegurado o siniestro, en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio.

Así, conforme a lo pactado en la Póliza la condición esencial para que se entienda acaecido el siniestro es que la asegurada haya cometido un acto erróneo en la ejecución del contrato No. 043 de 2013. No obstante, en este caso se puede observar que la parte demandante fue la que cometió una conducta negligente al radicar los recobros sin el lleno de los requisitos legalmente exigidos para el efecto, por lo que se anticipa desde este punto que NO se puede condenar a mi representada a resarcir actos erróneos de entidades diferentes a la Unión Temporal FOSYGA 2014.

Al Tercero: Es parcialmente cierto, sólo en el sentido de que el numeral 3 de la Póliza sí establece una delimitación temporal del amparo, al señalar que *“LOS ACTOS ERRÓNEOS deben haber sido cometidos con posterioridad al inicio de la FECHA DE RETROACTIVIDAD que para esta póliza será: Primer contrato firmado por Carvajal y la unión temporal con el Fosyga: 23 de diciembre de 2011”*.

En razón a lo anterior, se corrobora desde ya que sin perjuicio de que la Póliza no cubre los hechos que dieron lugar a este litigio por ser totalmente ajenos a los amparos allí otorgados, en todo caso, en términos temporales, la Póliza presta cobertura con retroactividad al 23 de diciembre del año 2011. Como se sabe, esto no compromete automáticamente la responsabilidad de mi representada que en este caso es inexistente, pues no se realizó el riesgo asegurado. Y es de precisar de manera expresa que no existe el riesgo asegurado por cuanto no existe ningún acto erróneo por parte de la UNIÓN TEMPORAL.

Al Cuarto: Es cierto que en el numeral 26.16 está la definición establecida en los términos indicados en el llamamiento en garantía, pero hay que tener en cuenta que al contrato de seguro le aplican las normas legales vigentes al momento de su celebración, entre otros, los artículos 1054, 1056, 1072 y 1077 del Código de Comercio y demás disposiciones concordantes del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que, al no vislumbrar los elementos sine qua non para predicar la responsabilidad y la consecuente obligación de pago de la Unión Temporal Fosyga 2014, por sustracción de materia, mucho menos puede afectarse la póliza de seguro objeto del llamamiento formulado.

Todo lo anterior, teniendo en cuenta que no puede pretender la EPS, por vía jurisdiccional, obtener una compensación al no haber cumplido con los deberes correlativos que tenía que satisfacer para acceder al derecho pretendido. En otras palabras, no puede esa entidad aprovecharse de su propia culpa para alegar un pago no merecido. Además, no puede

perderse de vista que algunos recobros fueron rechazados dado que no cumplían con los requisitos legalmente exigidos.

En el presente proceso, la ausencia de pago de los recobros alegados por EPS COMPENSAR es una consecuencia que se deriva exclusivamente de las conductas de esta entidad. En efecto, la misma no cumplió con los requisitos legales necesarios para que se presente una compensación con cargo a los recursos del FOSYGA (hoy en día ADRES) y, en este sentido, siguiendo los términos consignados en la Póliza, los actos erróneos fueron cometidos por esta EPS y no por la Unión Temporal Fosyga 2014, siendo en esta medida que no se cumple en este caso, en ningún momento, la condición suspensiva de la obligación indemnizatoria de mi representada. Sin perjuicio de lo anterior, si llegase a considerarse el Despacho que la entidad Demandante no incurrió en actos erróneos, lo que también deberá tenerse en cuenta es que a la Unión Temporal Fosyga 2014 no le correspondía la obligación de administrar los recursos del FOSYGA (hoy en día ADRES) ni efectuar el desembolso de los recobros que se presentaran.

Al respecto, en el contrato No. 043 de 2013 se consagra lo siguiente:

CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 043 DE 2013:

“Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito –ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud” (subraye y negrilla fuera de texto original).

La obligación de efectuar el pago de los recobros del FOSYGA (hoy ADRES), que es precisamente el objeto principal de las pretensiones contenidas en la demanda, estaba a cargo de una entidad diferente al asegurado, a saber, el Consorcio SAYP 2011. Ahora bien, dicha obligación ahora está en cabeza de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) ADRES, en virtud de lo instituido por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015.

Esto permite afirmar, sin lugar a equívocos, que incluso en el remoto caso que se profiera una sentencia condenatoria, no sería la Unión Temporal Fosyga 2014 la llamada a responder, y, por sustracción de materia, CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A no debe efectuar ningún tipo de indemnización por los hechos que motivaron esta controversia judicial.

Frente al hecho 5: Es parcialmente cierto, sólo en el sentido de que la vigencia del seguro se pactó desde julio de 2020 hasta el 29 de julio de 2021. Sin embargo, se debe tener en cuenta que, al no vislumbrar los elementos sine qua non para predicar la responsabilidad y la consecuente obligación de pago de la Unión Temporal Fosyga 2014, por sustracción de materia, mucho menos puede afectarse la póliza de seguro objeto del llamamiento formulado.

Todo lo anterior, teniendo en cuenta que no puede pretender la EPS, por vía jurisdiccional, obtener una compensación al no haber cumplido con los deberes correlativos que tenía que satisfacer para acceder al derecho pretendido. En otras palabras, no puede esa entidad aprovecharse de su propia culpa para alegar un pago no merecido, sobre todo teniendo en cuenta las glosas que fueron impuestas

Es por ello que la Demandante no puede solicitar el recobro de servicios, medicamentos, insumos o tecnologías en salud, que ya han sido incluidas dentro del POS, puesto que los mismos han sido reconocidos y pagados a través de la Unidad de Pago por Capitación por el FOSYGA. Razón por la cual, no tiene ningún asidero jurídico que el FOSYGA (hoy en día ADRES) ejerza el pago de mucho de los recobros que fueron esgrimidos dentro del libelo demandatorio, pues se estaría incurriendo en un doble pago sobre un mismo servicio que ya fue reconocido y cubierto por la Unidad de Pago por Capitación.

Sin perjuicio de lo anterior y de forma hipotética, en el remoto e improbable evento en el que el Despacho considere que la entidad Demandante no incurrió en actos erróneos, lo que también deberá tenerse en cuenta es que a la Unión Temporal Fosyga 2014 no le correspondía la obligación de administrar los recursos del FOSYGA (hoy en día ADRES) ni la obligación de efectuar el desembolso de los recobros que se presentaran. El contrato suscrito entre esta entidad y el Ministerio de Salud y Protección Social es claro en limitar su objeto a la ejecución de la labor de auditoría de los recobros radicados.

Al Sexto: Es parcialmente cierto. Si bien es cierto que la asegurada suscribió el contrato No. 043 de 2013 con el Ministerio de Salud y Protección Social, es importante mencionar que en dicho contrato únicamente se incluyó la labor de auditoría por parte de la asegurada, así, es claro que a esta no le corresponde el deber de pago que supuestamente alega la parte demandante sino que por el contrario dicha actividad le corresponde a otra entidad.

Al Séptimo: Es parcialmente cierto, sólo en lo referente con la notificación de la demanda. No obstante, se debe tener en cuenta que, al no vislumbrar los elementos sine qua non para predicar la responsabilidad y la consecuente obligación de pago de la Unión Temporal, por

sustracción de materia, mucho menos puede afectarse la póliza de seguro objeto del llamamiento formulado.

Al Octavo: Es parcialmente cierto, sólo en lo referente a la demanda presentada por la EPS. Sin embargo, se debe tener en cuenta que, al no vislumbrar los elementos sine qua non para predicar la responsabilidad y la consecuente obligación de pago de la Unión temporal, por sustracción de materia, mucho menos puede afectarse la póliza de seguro objeto del llamamiento formulado.

Todo lo anterior teniendo en cuenta que no puede pretender la EPS, por vía jurisdiccional, obtener una compensación al no haber cumplido con los deberes correlativos que tenía que satisfacer para acceder al derecho pretendido. En otras palabras, no puede esa entidad aprovecharse de su propia culpa para alegar un pago no merecido cuando gran parte de los recobros fueron rechazados por no cumplir con los requisitos, por ser presentados de forma extemporánea o haber sido cancelados con anterioridad. En este sentido, un pago de los mismos implicaría una doble compensación para la EPS solicitante, es decir, un enriquecimiento sin causa de la misma, además de premiar un comportamiento negligente.

De todas formas, se debe tener en cuenta en este punto que la Unión Temporal no es la entidad que administra los recursos del FOSYGA, por lo que en el remoto caso de que se acceda a las pretensiones de la parte Demandante, no se podrá condenar a esta por ningún motivo. Lo anterior se fundamenta en el hecho de que el contrato 043 de 2013 suscrito entre la Unión Temporal Fosyga 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social (debidamente allegado a esta contestación) limitan su objeto a la realización de una labor de auditoría a cargo del contratista, por supuesto, remunerada directamente por el Ministerio.

Sin embargo, otros contratos, como aquel que celebró el Consorcio SAYP 2011 con esa entidad pública, sí indican expresamente que su objeto gira en torno a la administración de estos recursos y al pago de las solicitudes de recobro presentada por las EPS, función que hoy le corresponde por expresa determinación legal al ADRES, conforme al artículo 66 de la Ley 1753 de 2015.

Al Noveno: Parcialmente cierto, pues son documentales que deberán contradecirse en etapa probatoria y bajo la discrecionalidad del juez, pues ahora el proceso cursa ante una jurisdicción diferente.

Al décimo: Parcialmente cierto, pues son documentales que deberán contradecirse en etapa

probatoria y bajo la discrecionalidad del juez, pues ahora el proceso cursa ante una jurisdicción diferente.

Al décimo primero: Parcialmente cierto, pues son documentales que deberán contradecirse en etapa probatoria y bajo la discrecionalidad del juez, pues ahora el proceso cursa ante una jurisdicción diferente.

Al décimo segundo: Parcialmente cierto, pues son documentales que deberán contradecirse en etapa probatoria y bajo la discrecionalidad del juez, pues ahora el proceso cursa ante una jurisdicción diferente.

Al décimo tercero: Es cierto. No es un hecho relevante porque no se deriva de la relación sustancial y contractual que existió entre las partes enfrentadas en el litigio; es la simple mención de un acontecimiento relacionado con el trámite del medio de control.

Al décimo cuarto: Es cierto. No es un hecho relevante porque no se deriva de la relación sustancial y contractual que existió entre las partes enfrentadas en el litigio; es la simple mención de un acontecimiento relacionado con el trámite del medio de control.

Al décimo quinto: Es cierto. No es un hecho relevante porque no se deriva de la relación sustancial y contractual que existió entre las partes enfrentadas en el litigio; es la simple mención de un acontecimiento relacionado con el trámite del medio de control.

Al décimo sexto: No es cierto, por cuanto es una situación que debe determinar el juez en su sentir previo análisis y saneamiento del proceso, y no una interpretación subjetiva del aquí llamante en garantía.

Al décimo séptimo: No es cierto que mi procurada tenga que pagar suma alguna en el presente proceso. Lo anterior puesto que, al no vislumbrar los elementos sine qua non para predicarla responsabilidad y la consecuente obligación de pago de la Unión Temporal, por sustracción de materia, mucho menos puede afectarse la póliza de seguro objeto del llamamiento formulado.

Todo lo anterior teniendo en cuenta que no puede pretender la EPS, por vía jurisdiccional, obtener una compensación al no haber cumplido con los deberes correlativos que tenía que satisfacer para acceder al derecho pretendido. En otras palabras, no puede esa entidad aprovecharse de su propia culpa para alegar un pago no merecido. Además, no puede

perderse de vista que algunos recobros fueron rechazados dado que ya habían sido pagados con anterioridad por el FOSYGA o no cumplían con los requisitos legales para ser aprobados. En este sentido, un pago de los mismos implicaría una doble compensación para la EPS solicitante, es decir, un enriquecimiento sin causa de la misma.

Además, si no hay lugar a condena alguna a cargo de la UT en el caso sub judice, tampoco habría lugar a reembolso alguno por concepto de costos y honorarios de abogados para su defensa.

De todas formas, se debe tener en cuenta en este punto que la UT no es la entidad que administra los recursos del FOSYGA, por lo que en el remoto caso de que se acceda a las pretensiones de la parte Demandante, no se podrá condenar a esa Unión Temporal por ningún motivo. Lo anterior se fundamenta en el hecho de que el contrato 043 de 2013 suscrito entre la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social (debidamente allegado a esta contestación) limitan su objeto a la realización de una labor de auditoría a cargo del contratista, por supuesto, remunerada directamente por el Ministerio.

Sin embargo, otros contratos, como aquel que celebró el Consorcio SAYP 2011 con esa entidad pública, sí indican expresamente que su objeto gira en torno a la administración de estos recursos y al pago de las solicitudes de recobro presentada por las EPS, función que hoy le corresponde por expresa determinación legal al ADRES, conforme al artículo 66 de la Ley 1753 de 2015.

CAPÍTULO IV. **FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:**

A la Primera: Me opongo a esta pretensión en la medida en que ésta exceda el alcance de las coberturas del contrato de seguro concertado con mi prohilada, resaltando que en el remoto caso de que prosperaran las pretensiones dirigidas contra la demandada, para resolver lo concerniente a la relación sustancial existente entre ella y mi representada, ha de tenerse en cuenta que las obligaciones contraídas por mi representada mediante el contrato de seguro utilizado como fundamento del llamamiento en garantía, son precisamente las que están consignadas en su texto, que determina el ámbito del respectivo amparo, o sea su extensión, su aplicación en el tiempo, las condiciones en que se asume el riesgo, los requisitos del mismo, las excepciones o exclusiones, etc.

Consecuentemente, como ha de tenerse como base para decidir el contrato, es la póliza el

marco que ha de sujetar el fallo y sirve para definir o identificar las obligaciones de mi representada y ella sólo respondería en la parte que le pudiera corresponder al tenor de tal convención, siempre y cuando se cumplan los requisitos de la cobertura, entre ellos que conforme a la Ley verdaderamente hubiera nacido el derecho, que en este caso no se consolidó.

Se destaca que a la luz de los presupuestos facticos de la demanda CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A no está obligada a pagar indemnización alguna por cuanto no se encuentra acreditado la realización del riesgo asegurado, que no es otra cosa más que el ACTO ERRONEO pero cometido por el asegurado Unión Temporal Fosyga 2014 en momentos en los que opere la protección retroactiva en la fecha pactada, no antes, y siempre que no se configure una causal de exoneración, las cuales tienen el carácter de ley entre las partes del contrato.

Igualmente vale la pena anotar que de ninguna manera la entidad asegurada podrá ser condenada en el presente proceso al reconocimiento de las pretensiones del libelo introductorio, ya que en primer lugar ella no tiene la obligación de pago respecto de los recursos de la cuenta del FOSYGA, por cuanto de conformidad con las estipulaciones contractuales contenidas en el Contrato 043/2013, su obligación se limitaba a la auditoría de cuentas médicas y recobros, mas no a la administración de recursos y en segundo lugar, por cuanto dichos recobros fueron negados en razón de que algunos de ellos fueron glosados porque los valores objeto de recobro ya han sido pagados a través de la Unidad de Pago por Capitación-UPS, es decir, que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios o por tratarse de prestaciones no financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo tanto, de ser reconocidos se estaría incurriendo en un pago doble o en un pago de lo no debido.

A la Segunda: Me opongo a esta inviable pretensión del llamamiento en garantía, teniendo en cuenta que el límite asegurado fue pactado por las partes en USD \$10.000.000 para todas y cada una de las reclamaciones y en el agregado, sin que se admita modificación del tope, destacando que en virtud del artículo 1079 del Código de Comercio *“El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, (...)”*.

Además, el contrato de seguro de responsabilidad civil para servicios misceláneos como el documentado en la Póliza en ningún caso puede ser fuente de enriquecimiento para el asegurado, en razón del carácter esencialmente indemnizatorio del mismo. Por último, se destaca que el amparo otorgado mediante la póliza aludida no se tomó con la posibilidad de actualizar el límite contractual de la cobertura, de tal forma que lo pedido por el asegurado en

esta pretensión excede la protección tomada por éste.

A la Tercera: Me opongo a la tercera pretensión en los términos del contrato de seguro, en la medida en que la misma llegase a exceder las coberturas de dicho contrato concertado entre la Unión Temporal FOSYGA 2014, y mi representada, resaltando que en el remoto caso que prosperen las pretensiones dirigidas contra el asegurado, para resolver lo concerniente a la relación sustancial existente entre ella y mi representada ha de tenerse en cuenta que las eventuales obligaciones contraídas por CHUBB mediante el contrato de seguro utilizado como fundamento del llamamiento en garantía, son única y precisamente las que están consignadas en su texto, que determina el alcance y ámbito del respectivo amparo, o sea su extensión; por lo cual no puede estar llamada a prosperar una pretensión de condena por valores o hechos no cubiertos por medio de la Póliza.

A la Cuarta: Nos oponemos a esta pretensión, en cuanto a que la condena en costas es una pretensión accesoria de la primera – principal, y careciendo aquella de sustento fáctico, jurídico y contractual, ésta también debe ser desestimada.

EXCEPCIONES DE FONDO **FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

Las excepciones que se expondrán a continuación se proponen teniendo en cuenta, principalmente, que la Póliza no ampara los hechos que dieron lugar a este litigio, ya que el asegurado no cometió acto erróneo alguno, siendo por esto que en ningún momento se realizó el riesgo asegurado mediante dicho contrato y, por todo lo anterior, no se ha presentado la condición suspensiva de la cual depende la exigibilidad de la obligación indemnizatoria de CHUBB en este caso.

1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DE CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A POR LOS HECHOS DEMANDADOS POR COMPENSAR EPS - LA PÓLIZA No. 12/46405 NO PRESTA COBERTURA Y NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO.

De acuerdo con la información contenida en la Póliza, entre CHUBB y la UT Fosyga 2014 se suscribió un contrato de Responsabilidad Civil por Servicios Misceláneos, el cual está limitado a las actividades desarrolladas por el asegurado en ejecución del contrato de consultoría 043/2013 celebrado entre esa unión temporal y el Ministerio de Salud y Protección Social. Como su nombre lo indica, este contrato constituye un seguro de responsabilidad civil, materia que se regula en el artículo 1127 del Código de Comercio de la siguiente manera:

*“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado **con motivo de determinada responsabilidad en que incurra** de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.*

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con el artículo precitado, lo que establece este tipo de seguro es la obligación para el asegurador de cubrir los gastos en los que incurra el asegurado en caso de que la misma cometa una conducta constituyente de responsabilidad civil, lo que da lugar a las siguientes apreciaciones:

A. La Unión Temporal Nuevo FOSYGA y la Unión Temporal FOSYGA 2014 no cometieron ningún acto erróneo:

En términos generales, para que en un contrato de seguro la parte aseguradora desembolse una indemnización es necesario que se cumpla la condición eventual de la cual depende esta obligación. Esta condición no es otra cosa que el acaecimiento del riesgo asegurable o el siniestro, en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio, según el cual “se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”¹⁵

Las partes definen autónomamente las condiciones que deben presentarse para que se entienda que acaeció el siniestro en un contrato particular, y si estas condiciones no se presentan, de ninguna manera puede surgir la obligación condicional en cabeza de la parte aseguradora de efectuar una indemnización.

En términos de la Póliza, lo que se protege mediante este convenio son los eventuales perjuicios que pueda sufrir la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y UNIÓN TEMPORAL

¹⁵ Sobre esta afirmación, el artículo 1054 del Código de Comercio establece: “Son elementos esenciales del contrato de seguro:

1. El interés asegurable;
2. El riesgo asegurable;
3. La primera o precio del seguro

FOSYGA 2014 en virtud de una reclamación o demanda que haya tenido origen en actos erróneos cometidos por la Unión Temporal. Así lo dispone el numeral primero del acápite de “Condiciones Generales” aplicables a la póliza en cita, cuando indica que:

*“POR LA PRESENTE PÓLIZA, **EL ASEGURADOR PAGARÁ EN EXCESO DEL DEDUCIBLE LOS DAÑOS Y/O COSTOS A CARGO DEL ASEGURADO, PROVINIENTES DE UNA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR PRIMERA VEZ EN CONTRA DEL ASEGURADO, DURANTE EL PERÍODO CONTRACTUAL Y/O DURANTE EL PERÍODO DE REPORTE EXTENDIDO, EN CASO DE QUE ESTE ÚLTIMO SEA CONTRATADO, POR CAUSA DE UN ACTO ERRÓNEO EN LA PRESTACIÓN DE SUS SERVICIOS PROFESIONALES.***

LOS ACTOS ERRÓNEOS DEBEN HABER SIDO COMETIDOS CON POSTERIORIDAD AL INICIO DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESPECIFICADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, Y DURANTE EL PERÍODO CONTRACTUAL”.

Por su parte, los actos erróneos se definen en esta póliza de la siguiente forma:

*26.1. **Acto Erróneo** significa cualquier acto real o supuesto, **Perjuicio o Lesión Personal**, error, omisión, falsa declaración, declaración engañosa o incumplimiento negligente del **Asegurado** en la prestación de sus **Servicios Profesionales**.*

Como puede evidenciarse, no basta con que se interponga una reclamación o demanda en contra del asegurado para que la aseguradora se vea obligada al reconocimiento de una indemnización a favor de ésta. Además, es necesario que la primera haya incurrido en responsabilidad civil debidamente acreditada y en los términos o por las causas estipuladas en la póliza contratada, siendo por esto último que, a fin de cuentas, se requiere que la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 haya cometido un acto erróneo. Este conjunto de condiciones es lo que se define como siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asegurado de acuerdo con lo normado en el artículo 1072 del Código de Comercio.

De esta manera, conforme a lo convencionalmente pactado por las partes del contrato de seguro con base en el cual se llama en garantía a mi representada, si la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 no cometió acto erróneo alguno, no se realiza el riesgo asegurado y por tanto no surge obligación alguna en cabeza de CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

Así las cosas, dado que en el presente caso la demanda interpuesta en contra del Ministerio de Salud y Protección social no se originó en actos erróneos de la parte asegurada, dado que las reclamaciones alegadas por COMPENSAR EPS, se tiene que no le asiste en este caso responsabilidad alguna al asegurado y en virtud de ello, no hay lugar a la afectación de la cobertura contratada con mi representada en la medida en que en ningún momento se realizó el riesgo asegurado en los términos pactados mediante la Póliza.

Por su lado, en sentencias como la del 6 de mayo de 2014, la Corte Suprema de Justicia ha establecido sobre la realización del riesgo asegurado, lo siguiente¹⁶:

“En la generalidad de los contratos de seguro, la obligación contraída por el asegurador de pagar al asegurado o al beneficiario, según el caso, la prestación acordada, está sometida al cumplimiento de una condición suspensiva, cual es la ocurrencia del siniestro.

Aquel evento, de acuerdo con la definición que proporciona el artículo 1072 del estatuto mercantil corresponde a la realización del riesgo asegurado y de este indica el artículo 1054 ejusdem que es el «suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador» y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo.”

De otra parte, en el mismo sentido no puede perderse de vista que en el presente caso, la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, se limitó a realizar una labor de auditoría sobre los recobros presentados. Las obligaciones del asegurado pactadas con el Ministerio de Salud y Protección Social son una ley para aquella (pues el contrato es ley para las partes) y así debe ser, si se tiene en cuenta que, además, tales pactos contractuales propenden por el respeto de la normatividad vigente, aplicable a la materia, para el momento de los hechos.

La obligación de autoría encomendada a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 es fundamental, pues no debe olvidarse que el objetivo de la normatividad que regula el pago de reclamaciones a las EPS, es proteger los recursos del sector de salud y seguridad social, evitando pagos indebidos o fraudes. Sobre este punto el Consejo de Estado ha indicado “(…) que los requisitos del recobro se justifican, por el hecho de que sus pagos son cubiertos con recursos

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de Julio de 2014, MP Ariel Salazar Ramírez.

del FOSYGA, que, por ser de salud, exigen mayor vigilancia y control por parte del Estado¹⁷
(Subraya y negrilla fuera del texto).

Ahora bien, no puede echarse de menos que el artículo 15 de la Resolución 3099 de 2008, modificado por los artículos 4 de la Resolución 3754 de 2008 y 7 de la Resolución 3086, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, prohíbe la aprobación cuando los mismo se presentaron sin el lleno de los requisitos legales necesarios para que procedan dichos recobros. Dicho precepto literalmente establece lo siguiente:

“Las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicio médico o prestación de salud No POS autorizados por Comité Técnico – Científico o por fallos de tutela serán rechazadas en forma definitiva, por las causales y códigos que se señalan a continuación:

c) Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga (Código 1-03)”

Con todo, si la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 se limitó a cumplir sus obligaciones contractuales de manera diligente y éstas propenden por el respeto de la normatividad vigente y la protección de los recursos del sector de salud y de seguridad social, no puede concluirse de ninguna manera que esta entidad haya cometido acto erróneo alguno.

Así mismo, si la reclamación o demanda no surgió por actos erróneos de la asegurada, no se cumplen las condiciones mínimas para que se entienda acaecido el siniestro y para que la Póliza preste cobertura; todo lo cual lleva a concluir que CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. no tiene la obligación legal o contractual de efectuar una indemnización por los eventos demandados por COMPENSAR EPS.

B. Los Actos Erróneos fueron posiblemente cometidos por la parte actora

Cuando se presenta un recobro que no cumple con todos los requisitos legales, el mismo no se aprueba y puede ser devuelto o rechazado, más aún, si el recobro ni siquiera fue radicado oportunamente. El incumplimiento de estos requisitos es un hecho que le es reprochable únicamente a la EPS respectiva, siendo en este caso dicha entidad EPS COMPENSAR en la medida en que se encontró que los recobros radicados por ésta no cumplieron con las

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 7 de julio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2006-00197

condiciones que la ley establece para que proceda su aceptación.

En efecto, entre las glosas expuestas por la Unión Temporal Fosyga 2014 que dejan en evidencia el actuar negligente de parte de la solicitante, como consecuencia del cual no ha sido jurídicamente procedente la aprobación de los recobros solicitados por EPS COMPENSAR.

Es claro que, si no se cumple con estos requisitos, no se puede proceder al pago de las solicitudes de recobro que se presenten, pues se estarían afectando injustificadamente los recursos del sistema de salud y seguridad social colombiano. Es precisamente por esto que el Consejo de Estado ha sido claro en establecer que “(...) además, del aludido artículo 49 no se deduce que el Estado esté obligado a pagar todos los servicios de salud prestados por las EPS sin exigir requisitos, como bien lo anota el Señor Procurador Primero Delegado para Esta Corporación”¹⁸. (subraya y negrilla fuera del texto).

Así las cosas, en el evento de que los recobros no hayan sido aprobados por incumplimiento de los requisitos, es un efecto de una conducta únicamente reprochable a COMPENSAR EPS y que por supuesto no puede traducirse en forma alguna en responsabilidad ni en una obligación indemnizatoria a cargo de CHUBB, dado que el contrato de seguro concertado entre ésta y el asegurado UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, no presta cobertura por los hechos que dieron lugar a este litigio al constituir éstos verdaderos actos erróneos de terceros diferentes al asegurado.

Así, en virtud de todo lo anterior, puede afirmarse sin temor a equívocos que la Póliza, con base en la cual se llama en garantía a mi representada, no presta cobertura para los eventos alegados por la solicitante, pues la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, no ha incurrido en el supuesto de hecho contenido en dicha póliza al no haber cometido un acto erróneo y, en esa medida, no ha incurrido en tal responsabilidad civil y en consecuencia no se ha realizado en ningún momento el riesgo asegurado mediante el contrato de seguro en mención.

Conforme a los anteriores fundamentos, solicito al Despacho se declare probada esta excepción y en el mismo sentido, se desestimen la totalidad de las pretensiones del llamamiento en garantía y se absuelva de cualquier condena a mi representada.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 7 de julio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2006-00197

2. INEXISTENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA AÚN EN EL EVENTO DE QUESE PROFIERA SENTENCIA A FAVOR DE COMPENSAR EPS:

Recapitulando, y tomando como fundamento los argumentos esbozados en la excepción precedente, si la asegurada no cometió ningún tipo de acto erróneo, no se puede pretender que CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A realice alguna indemnización en virtud de la póliza 12/46405.

Así las cosas y, sin perjuicio de que las obligaciones pactadas en el contrato celebrado entre la Unión Temporal Fosyga 2014, y el Ministerio de Salud y Protección social sólo se hicieron vigentes a partir del 1 de octubre de 2011, en todo caso, no puede perderse de vista que la asegurada jamás ha tenido a su cargo el deber de administrar los recursos del FOSYGA o pagar los recobros que se presenten.

Dicha consideración, es de vital importancia, pues las pretensiones principales de la demanda están orientadas a que los recobros supuestamente presentados por la EPS COMPENSAR sean compensados con cargo a los recursos del FOSYGA (Hoy en día ADRES). Ahora bien, las obligaciones contractuales y legales de la Unión Temporal Fosyga 2014 son ajenas a esta pretensión, puesto que el contrato de consultoría 043 de 2013 que esta entidad celebró con el Ministerio de Salud y Protección Social, limita su objeto a la realización de la labor de auditoría por parte del contratista. En efecto, la primera cláusula de estos convenios consagra que las aseguradas se obligarían a:

Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito –ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud” (subraye y negrilla fuera de texto original).

Pero a diferencia de la Unión Temporal Fosyga 2014, otras entidades sí mantenían la obligación de administrar los recursos del FOSYGA y efectuar el pago a los recobros que radiquen las EPS. Este deber, fue asignado en su momento al CONSORCIO SAYP 2011, cuyo objeto establecía que el contratista:

Se compromete a realizar el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA – del Sistema General de Seguridad Social en

Salud en los términos establecidos en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, en especial en los artículos 167, 205 y 218 a 224 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1283 de 1996, 1281 de 2002, 050 de 2003, 2280 de 2004, 3990 de 2007, lo señalado por la Comisión de Regulación en Salud y el Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan, que cumpla con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas definidas en el Pliego de Condiciones y en la propuesta presentada por el contratista” (subrayado fuera del texto).

Hoy en día, la entidad encargada de administrar los recursos que hacen parte del FOSYGAes el ADRES (Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud), en virtud de lo estatuido por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, cuya función anteriormente estaba en cabeza del Consorcio SAYP 2011 tal como se estableció anteriormente. Por tanto, esta nueva entidad es la responsable de realizar los pagos a los que haya lugar, cuando los recobros que sean presentados por las distintas EPS sean aprobados.

Así, analizando los textos transcritos, se puede concluir que las obligaciones legales y contractuales de la asegurada son ajenas a las pretensiones principales de la demanda las cuales están actualmente a cargo del ADRES, tal como se dejó de presente anteriormente. Dicho esto, debe tenerse en cuenta que la póliza 12/46405 presenta una limitación de la cobertura del seguro, en los siguientes términos, de acuerdo con el numeral 2 de las condiciones especiales consignadas en el documento:

Cobertura limitada a la prestación a la prestación de los siguientes Servicios Profesionales:

2. Desarrollo de los contratos No. 055 y 043 cuyo objetivo es: realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargo a la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito ECAT y las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el plan generalde beneficios con cargo a las Subcuentas de Compensación y de Solidaridad del fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA del Sistema General de Seguridad Socialen Salud. El contrato No. 043 (de Julio del 2013 a Julio del 2016) corresponde a lasegunda fase del proceso y por tanto se requiere que el alcance de la actividad seextienda también al primer contrato (055 de diciembre de 2011 a Julio de 2013) para el desarrollo de estos y sus posteriores modificaciones. Se aclara que se extiende a las actividades propias de los contratos y cualquier modificación que llegare a suceder

De esta forma, el contrato de seguro de la Unión Temporal Fosyga 2014, no ampara demandas o reclamaciones que hayan surgido por obligaciones de entidades diferentes a la asegurada, cuya base sean contratos distintos al Contrato de Consultoría No. 043 suscrito entre la Unión Temporal Fosyga 2014, y el Ministerio de Salud y Protección Social. La pretensión principal de la demanda se relaciona con obligaciones completamente ajenas a las de la asegurada, a saber, la administración de los recursos del FOSYGA y el pago de los recobros que presenten las EPS, obligaciones que actualmente están a cargo del ADRES.

Así mismo, el contrato de seguro de referencia no ampara actos erróneos de otras instituciones distintas a los asegurados, por lo que no ampara los actos de la parte demandante al no haber presentado los recobros sin el lleno de los requisitos.

Como la póliza 12/46405 no cubre demandas o reclamaciones cuya base sean obligaciones de entidades diferentes a la asegurada, en el presente litigio, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. no tiene el deber de efectuar ningún tipo de indemnización.

Esto quiere decir que, independientemente de lo que se pruebe en el litigio sobre el derecho que supuestamente ostenta EPS COMPENSAR de obtener la compensación de los recobros que supuestamente presentó, ni la asegurada ni la aseguradora podrán ser condenadas.

Conforme a los anteriores fundamentos, solicito al Despacho se declare probada esta excepción y en el mismo sentido, se desestimen la totalidad de las pretensiones de llamamiento en garantía y se absuelva de cualquier condena a mi representada.

3. MARCO DE LOS AMPAROS Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR:

Esta excepción se fundamenta en que la póliza es ley para las partes y, por lo tanto, cualquier decisión sustancial que se haga sobre este llamamiento en garantía obligatoriamente se tiene que regir y sujetar a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro acordado, toda vez que según la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil Agraria, estas condiciones:

“(…) son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de este negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación.

Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar¹⁹

Por lo tanto, son estas manifestaciones las que enmarcan las condiciones que regulan las obligaciones del asegurador, por lo que el juzgador debe ceñirse a lo enunciado en tales condiciones generales y particulares del contrato de seguro. Vale la pena recordar al respecto, que el contrato de seguro contiene una obligación condicional a cargo del asegurador, (la de indemnizar), una vez ha ocurrido el riesgo que se ha asegurado, en los términos de los artículos 1036, 1045 y 1054 del Código de Comercio.

Así las cosas, los hechos que sirven de base a las pretensiones de la demanda no se encuentran comprendidos bajo el amparo de la póliza expedida por CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A precisamente debido a que incluso en el supuesto de que los mismos sean demostrados dentro del proceso, su ocurrencia es inane respecto de la Unión Temporal Fosyga 2014 ya que ella no está obligada a responder civil ni laboralmente por el supuesto acaecimiento de estos eventos, en cuanto son ajenos a las obligaciones que contrajo mediante el contrato que se utilizó como fundamento para vincularla al proceso y, por eso, por sustracción de materia, no estando la asegurada obligada convencionalmente, tampoco coopera la cobertura del seguro que contrató y, así, **debe aclararse al resolver en la sentencia lo concerniente al llamamiento en garantía.**

En efecto, no se cumplió la condición suspensiva a la que está sujeto el nacimiento de la obligación de indemnizar de la aseguradora, comoquiera que la protección contratada se restringe exclusivamente a la eventual responsabilidad por actos erróneos del asegurado, teniendo en cuenta el numeral primero del acápite de “condiciones generales” atrás citado, ya que en este caso la Unión Temporal Fosyga 2014 es completamente ajena a los hechos y pretensiones de la demanda.

Conforme a los anteriores fundamentos, solicito al Despacho se declare probada esta excepción y en el mismo sentido, se desestimen la totalidad de las pretensiones del

¹⁹ Corte Suprema de Justicia –Sala Civil-, Sentencia del 2 de mayo de 2000. Ref. Expediente: 6291. M.P.: Jorge Santos Ballesteros.

llamamiento en garantía y se absuelva de cualquier condena a mi representada.

4. EL CONTRATO DE SEGURO TIENE UN CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO:

De acuerdo con la normatividad aplicable al contrato de seguro, es claro que el mismo tiene un carácter meramente indemnizatorio y no puede ser utilizado como fuente de enriquecimiento. Así lo establece el artículo 1088 del Código de Comercio al consagrar:

Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que

“En síntesis, siendo principio rector en materia de seguros que este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio (art. 1088 C. de Co.), la obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro, de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato”²⁰.

En este sentido, siendo el carácter indemnizatorio un principio rector en materia de seguros, por supuesto el mismo se extiende no sólo respecto del asegurado sino respecto de la entidad que sería la beneficiaria, en este caso, EPS COMPENSAR. Así las cosas, dado que es evidente que las solicitudes de recobros presentada no cumplen con el mínimo de requisitos exigidos para ser aprobadas es claro que el pago de estas no puede ser reconocido porque de ser así se estaría enriqueciendo a la parte actora.

Conforme a los anteriores fundamentos, solicito al Despacho se declare probada esta excepción y en el mismo sentido, se desestimen la totalidad de las pretensiones del llamamiento en garantía y se absuelva de cualquier condena a mi representada.

Conforme a los anteriores fundamentos, solicito al Despacho se declare probada esta excepción y en el mismo sentido, se desestimen la totalidad de las pretensiones del llamamiento en

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 22 de julio de 1999, M.P. Nicolás Bechara. Exp. 5065

garantía y se absuelva de cualquier condena a mi representada.

5. LIMITE MÁXIMO DE LA PÓLIZA No. 12/46405:

Como todo contrato de seguro, en la Póliza se pactó una vigencia y temporalidad específica. En la carátula de esta póliza se indica que la vigencia se enmarca entre el 29 de julio de 2020 y el 29 de julio de 2021, y que las coberturas otorgadas operan con retroactividad al 23 de diciembre del año 2011, por lo que es claro que sin perjuicio de todo lo hasta ahora expuesto, lo cual es razón suficiente para entender que CHUBB no tiene en este caso ninguna obligación de indemnizar, todas las reclamaciones o demandas que se presenten por actos erróneos cometidos con posterioridad al 23 de diciembre de 2011 se entenderán amparadas por el contrato; siempre y cuando se cumplan con las demás condiciones que se pactaron para estos efectos –que como ya se evidenció, está claro que no se cumplen en este caso.

Al respecto, el tercer numeral del acápite de condiciones específicas de la Póliza consagra lo siguiente:

“LOS ACTOS ERRÓNEOS deben haber sido cometidos con posterioridad al inicio de la FECHA DE RETROACTIVIDAD que para esta póliza será: Primer contrato firmado por Carvajal y la unión temporal con el Fosyqa: 23 de diciembre de 2011”.

Conforme a los anteriores fundamentos, solicito al Despacho se declare probada esta excepción y en el mismo sentido, se desestimen la totalidad de las pretensiones del llamamiento en garantía y se absuelva de cualquier condena a mi representada.

6. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO

Pese a que mi representada de ninguna manera está obligada al pago de suma alguna y sin que constituya reconocimiento de responsabilidad alguna por parte de mi procurada, invoco como excepción la PRESCRIPCIÓN consagrada en el Artículo 1081 del Código de Comercio.

Al respecto, cabe resaltar lo enunciado en el Artículo 1081 del Código de Comercio, el cual establece previsiones no solo en relación con el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo, sino también respecto del momento en que el período debe empezar a contarse. Al respecto señala la mencionada disposición:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las

acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

*La prescripción ordinaria **será de dos años** y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.” (Negrilla y Subrayado fuera del texto original).

Al señalar la disposición transcrita los parámetros para la determinación del momento a partir del cual empiezan a correr los términos de prescripción, distingue entre el momento en que el interesado, ha tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, en la prescripción ordinaria y, el momento del nacimiento del derecho, independientemente de cualquier circunstancia y aun cuando no se pueda establecer si el interesado tuvo o no conocimiento de tal hecho, en la extraordinaria.

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

7. GENÉRICA O INNOMINADA:

Ruego declarar probada cualquier otra excepción que resulte demostrada en el transcurso de este proceso de conformidad con la Ley, incluida de la prescripción, y sin que ello signifique que se reconoce responsabilidad alguna de parte de CHUBB en este caso.

CAPITULO V.

HECHOS, RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

En el presente proceso, COMPENSAR EPS. interpuso demanda en contra del Ministerio de Salud y Protección Social alegando que no se le había efectuado el pago oportuno de los recobros que presentó, con cargo a los recursos del FOSYGA (hoy en día ADRES), pues los mismos correspondían a medicamentos y servicios que no estaban incluidos en el POS y que fueron autorizados en cumplimiento de una orden judicial.

Sea lo primero aclarar que el asegurado, la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, no puede asumir la obligación de efectuar este pago por vía judicial ya que el mismo debe realizarse con cargo a los recursos del FOSYGA y dicha unión temporal no es la encargada de administrarlos.

El contrato de consultoría No. 043 de 2013 suscrito entre esta entidad y el Ministerio de Salud y Protección Social es claro en delimitar su objeto a la realización de una labor de auditoría sobre las solicitudes de recobro que se presenten, y de ninguna manera a la administración de los recursos del FOSYGA y, menos aún, al pago de estas solicitudes.

El contrato de consultoría No. 043 del 2013 cuyo objeto se estableció así: *“Realizar la auditoria en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios son incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por eventos correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*.

Ahora bien, la labor de administrar los recursos del FOSYGA le correspondió en su momento al Consorcio SAYP 2011, lo cual se puede evidenciar en el contrato que esta entidad suscribió con el Ministerio de Salud y Protección Social, en el cual se estipuló que el contratista:

“Se compromete a realizar el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA – del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos establecidos en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, en especial en los artículos 167, 205 y 218 a 224 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1283 de 1996, 1281 de 2002, 050 de 2003, 2280 de 2004, 3990 de 2007, lo señalado por la Comisión de Regulación en Salud y el Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan, que cumpla con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas definidas en el Pliego de Condiciones y en la propuesta presentada por el contratista”.

Sin embargo, hoy en día, la entidad encargada de administrar los recursos que hacen parte del FOSYGA es el ADRES (Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud), en virtud de lo estatuido por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015. Por tanto, esta nueva entidad es la responsable de realizar los pagos a los que hayalugar, cuando los cobros que sean presentados por las distintas EPS sean aprobados.

Así las cosas, no tiene ningún sentido fáctico ni jurídico que a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 se le condene por una obligación que jamás ha asumido legal ni mucho menos contractualmente.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es importante considerar que en el remoto caso que se profiera

una sentencia condenatoria, no sería la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 la llamada a responder porque la pretensión principal de la demanda es que se efectúe el pago de los recobros radicados por COMPENSAR E.P.S., y a esa unión temporal no le correspondía ni le corresponde actualmente realizar esta labor, pues no existe disposición legal o contractual que así lo exija. Pero a diferencia de esta entidad, el ADRES sí tiene el deber de administrar los recursos del FOSYGA y ejecutar el pago de los recobros a los que haya lugar; por lo que es evidente de entrada que en este caso la entidad demandante está accionando en contra de la entidad equivocada.

Frente al llamamiento en garantía, es evidente que en el presente proceso la póliza con fundamento en la cual se formula dicho llamamiento no ampara los hechos que dieron lugar a este litigio. Esto, porque la condición de la cual pende la obligación de indemnizar a cargo de CHUBB, es decir, el siniestro, cubre las reclamaciones o demandas surgidas por actos erróneos de la entidad asegurada, lo cual no ocurrió en este caso, teniendo en cuenta que la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 fue enteramente diligente en su actuación y se limitó a cumplir la normatividad vigente, en respeto del principio de legalidad y de las obligaciones contractuales que había adquirido con el Ministerio de Salud y Protección Social por medio de los contratos varias veces mencionados.

Además, no se puede olvidar que la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 no tenía la obligación legal ni contractual de efectuar el pago de dichos recobros, pues este deber le correspondía a otra organización, y que hoy en día es responsabilidad del ADRES.

Ahora bien, tampoco puede pasarse por alto que la vigencia de la Póliza está enmarcada entre el 30 de julio de 2020 al 29 de julio de 2021 y la misma tiene una fecha de retroactividad del 23 de diciembre de 2011, bajo la cual se cubren las reclamaciones surgidas por actos erróneos de la entidad asegurada que hayan sido cometidos después de esta última fecha.

Así las cosas, las pretensiones del llamamiento en garantía no deben prosperar por cuanto **la Póliza no presta cobertura**, pues las reclamaciones o demandas no surgieron por actos erróneos de la parte asegurada sino posiblemente de la misma entidad solicitante, al no cumplir los requisitos legales mínimos e indispensables exigidos para efectuar de manera efectiva los respectivos recobros. Además, el Contrato No. 043 de 2013, que suscribió la asegurada con el Ministerio de Salud y Protección Social SOLO enmarca dentro de sus funciones, como lo hemos visto en apartados anteriores, el de prestar funciones de auditorías sobre los recobros. Caso distinto el contrato que celebró el Consorcio SAYP 2011 con esa entidad pública en su momento, donde sí se indicaba expresamente que su objeto gira en torno a la administración

de estos recursos y al pago de las solicitudes de recobro presentada por las EPS, obligación que vuelve y se reitera, hoy en día está en cabeza del ADRES.

En suma, en el campo jurídico de los seguros la parte aseguradora no puede efectuar una indemnización si no se cumplen todas las condiciones estipuladas en el clausulado de la póliza y, mucho menos, si no se presenta el riesgo asegurado. La Póliza, con base en la cual se llama en garantía a CHUBB, indica que para que la aseguradora se encuentre obligada a efectuar una indemnización se debe presentar una demanda en contra de la parte asegurada, cuya causa se haya originado en actos erróneos provenientes de la misma, cometidos después de la fecha de retroactividad pactada, que es el 23 de diciembre de 2011. Como nada de esto se presentó en este caso, por las razones anteriormente expuestas, es claro que mi representada no está en el deber legal ni mucho menos contractual de desembolsar ningún tipo de indemnización y, si se decide lo contrario, se estaría vulnerando un principio básico en esta materia, a saber, el del carácter meramente indemnizatorio de los contratos de seguro, consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio.

Por todas estas razones, solicito al Despacho que se absuelva de cualquier tipo de responsabilidad a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 por los eventos expuestos por COMPENSAR EPS en su demanda, ya que a partir de los mismos no se vislumbra de ninguna manera un acto erróneo de parte de esa unión temporal.

Por sustracción de materia, si la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 en su calidad de asegurado no está llamada a responder por lo reclamado por la entidad solicitante, es claro que no se realizó en ningún momento el riesgo asegurado mediante la póliza con base en la cual se llama en garantía a mi representada y, consecuentemente, la decisión que procede en derecho es que, de contera, se absuelva de toda responsabilidad a la Compañía de Seguros en este caso.

CAPITULO VI

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículos 22, 34, 216 y 488 el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, artículos 1036, 1073 y 1089 del Código de Comercio, y demás concordantes y aplicables al caso.

CAPITULO VII
MEDIOS DE PRUEBA

Solicito atentamente decretar y tener como pruebas las siguientes:

DOCUMENTALES

Ténganse como pruebas las que obran en el expediente y adicionalmente, solicito se tengan como tales los siguientes documentos que anexo:

1. Copia de las **carátulas** de la Póliza de Responsabilidad Civil Para Servicios Misceláneos No. 12/46405, tomada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.
2. Copia de las **condiciones particulares** de la Póliza de Responsabilidad Civil Para Servicios Misceláneos No. 12/46405, tomada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.
3. Copia de las **condiciones generales** de la Póliza de Responsabilidad Civil Para Servicios Misceláneos No. 12/46405, tomada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.

INTERROGATORIO DE PARTE AL DEMANDANTE

Ruego ordenar y hacer comparecer al representante legal de COMPENSAR EPS o a quien haga sus veces para que en audiencia absuelva el interrogatorio que verbalmente o mediante cuestionario escrito les formularé sobre los hechos de la demanda.

TESTIMONIAL

1. Doctora **MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ**, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, quien se localiza en la calle 32 No. 13-07, y declarará sobre las obligaciones contractuales adquiridas por la Unión Temporal Fosyga 2014, ejecución contractual, origen de recursos con los que se paga los recobros al sistema general de seguridad social en salud, auditoría realizada y demás hechos de la demanda, contestación y excepciones.
2. Médica **SINDY LORENA HIGUERA**, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, quien se localiza en la calle 32 No. 13-07, y declarará sobre las exclusiones o tecnologías no

financiables con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, respecto de la liquidación de los valores de los recobros entre otros asuntos relacionados con el trámite de la auditoría de a los recobros.

Ahora bien, le solicito respetuosamente tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Oposición a la prueba pericial solicitada en el escrito de demanda, como quiera que pasados los veinte (20) días solicitados no se aportó dictamen pericial de un (1) perito experto en auditoría de recobros y (1) perito médico experto en coberturas del PBS.
2. En concordancia con el artículo 228 del Código General del Proceso, solicito la contradicción de dicho dictamen, para ejercer el derecho de defensa que a mi representada le corresponde.

CAPÍTULO VIII.

ANEXOS

Acompaño a la presente demanda:

1. Copia del poder general a mi conferido, mediante la Escritura Pública No. 1599 del 24 de noviembre de 2016.
2. Copia del Certificado de CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. expedido por la Cámara de Comercio.
3. Los documentos referenciados en el acápite de pruebas.

CAPÍTULO IX.

NOTIFICACIONES

El suscrito podrá ser notificado en la Avenida 6 A Bis No. 35N – 100 Oficina 212, en la Ciudad de Cali, en la secretaría del despacho, y en el correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá D.C

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.