

Señores:

JUZGADO VEINTIDOS (22) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN (A).

memorialesjamed@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: RECURSO APELACIÓN

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – COMFENALCO
ANTIOQUIA

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN
SOCIAL, SUCEDIDA POR LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - ADRES

RADICADO: 05001-33-33-022-2023-00077-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado de la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** (antes, ACE SEGUROS S.A.) conforme al memorial de poder que ya obra en el expediente; ante usted me dirijo por medio de este escrito, con el debido respeto y en tiempo oportuno, con el fin de presentar **RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia notificada el 27 de octubre de 2023, solicitando desde ya se revoquen lo numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, QUINTO, y SEXTO** del fallo en cuestión, conforme a los reparos concretos que se formula a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Teniendo en cuenta que la sentencia se notificó por estado el día veintisiete (27) de octubre de 2023, y la notificación electrónica de la sentencia se realizó por parte del despacho el día veintiséis (26) de octubre de 2023, el término de 10 días establecido en el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el artículo 247 de la Ley 1437, comenzó a computarse una vez transcurridos previamente dos días hábiles siguientes al envío del mensaje.¹ Es decir, a partir del 31 de octubre del corriente año. Por lo anterior se tiene que el término transcurre los días 31 de octubre de 2023 y, 01, 02, 03, 07, 08, 09, 10, 14 y 15 de noviembre de 2023. Así las cosas, se concluye que el presente escrito es radicado dentro del término previsto para tal efecto.

II. REPAROS CONCRETOS FRENTE AL FONDO DEL ASUNTO

¹ Consejo de Estado – Sala plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2022, Exp. 68001-23-33-000-2013-00735-02 (68177) C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

1. EL JUEZ SE EQUIVOCA AL LA IMPONER CONDENA – INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA – INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA

En la sentencia de primera instancia el juzgador señala la existencia de responsabilidad solidaria de la unión temporal nuevo Fosyga con las entidades demandadas, basando su argumento en que fue la unión temporal Nuevo Fosyga la responsable de la auditoria que negó los recobros. No obstante, resulta ser precisamente esta la razón por la cual, por el contrario, no le asiste responsabilidad a la unión temporal, esto por cuanto se observa que lo reclamado es el pago de servicios NO POS y tanto el consorcio SAYP 2011 como la unión temporal Nuevo Fosyga, 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 generadas, pues es el ministerio quien deberá cancelarlos. De este modo, 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, y consecuentemente ha de entenderse eximida a la unión temporal nuevo Fosyga de cualquier responsabilidad frente al pago por concepto de recobros.

En todo caso, se precisa que, de conformidad con la auditoria efectuada por la unión temporal, los recobros objeto de este litigio que fueron presentados por COMFENALCO, no cumplieron con los requisitos legalmente establecidos para su compensación con cargo a los recursos del FOSYGA y fue por ello que no se habilitó su pago.

Entonces, las funciones de la unión temporal Nuevo Fosyga solo son, entre otras, las de auditoría y administración, incluyendo, 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 y lo contemplado en el contrato de encargo fiduciario, ello solo indica que apoya o asesora a la demandada en cuanto a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una eventual condena. Por lo anterior, resulta improcedente imponer condena solidaria a la unión temporal nuevo Fosyga, como quiera que las normas que regulan el pago de recobros y/o reembolso de los costos de los servicios de salud NO POS a favor de las EPS, estaría a cargo del fondo de solidaridad y garantía Fosyga con recursos propios.

Por mandato de la Corte Constitucional, los gastos en los que incurra una entidad promotora de salud por la prestación de servicios de salud no incluidos en el PBS pueden ser recobrados al Estado, el cual a su vez deberá desembolsar el dinero utilizando los recursos contenidos en el FOSYGA, hoy ADRES. 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 estas.

Así las cosas, para el presente asunto resulta fundamental diferenciar dos modalidades de contratos: 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. Así, debe puntualizarse que, para el asunto en concreto, las entidades aseguradas **solo se encuentran obligadas por la primera modalidad contractual y no por la segunda, por cuanto su compromiso se limitó a la auditoría de los recobros, la cual, por demás fue realizada en cumplimiento tanto de las normas como de los contratos suscritos.**

En efecto, en los contratos de consultoría celebrados entre el Ministerio de Salud y Protección Social y las Unión Temporal **NUEVO FOSYGA**, su objeto se encuentra limitado únicamente a la realización de una labor de auditoría, a cargo de las mencionadas uniones. Excluyendo el deber de administrar los recursos del FOSYGA. Así, la cláusula primera de los mencionados convenios consagra:

A) CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 055 DE 2011:

“CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: 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 general de beneficios explícitos, ordenados por los Comités Técnico Científicos de las EPS, las Juntas Técnicas Científicas de Pares, la Superintendencia Nacional de Salud o los jueces, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1438 de 2011, artículos 26,27 y 126. Igualmente deberá auditar los recobros y reclamaciones que se presenten con fundamento en disposiciones legales anteriores aplicando las normas pertinentes para cada caso” (subraye y negrilla fuera de texto original).

B) 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).

Como se puede apreciar, las Unión Temporal **NUEVO FOSYGA nunca** ha tenido la obligación de **pagar** los valores correspondientes a los recobros de los medicamentos o servicios supuestamente prestados por la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA.**, ya que de acuerdo con el objeto de los contratos que suscribieron con el Ministerio de Salud y Protección Social, la función que prestan dichas Uniones Temporales 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 **NUEVO FOSYGA**, asuman los costos de una declaratoria de responsabilidad por una obligación que jamás asumieron contractualmente, y que menos aún les 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, las Unión Temporal **NUEVO FOSYGA** tuvo que limitarse a lo que el convenio celebrado con el Ministerio de Salud y Protección Social les exigía. Al respecto, debe darse aplicación a lo regulado en 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”*.

Precisamente, si se les impone a las mencionadas Uniones Temporales por vía judicial un deber que jamás han asumido contractual o legalmente, de alguna forma se estaría invalidando el convenio celebrado entre estas entidades y el Ministerio de Salud y Protección Social, y se estaría generando inseguridad jurídica para los contratistas de la Nación. Pues los mismos no encontrarían motivación alguna en suscribir negocios con esta, ya que sabrían que posteriormente se les impondrían cargas que en ningún momento decidieron asumir. Igualmente, se estaría extendiendo a la Unión Temporal **NUEVO FOSYGA** obligaciones que hoy en día 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 **NUEVO FOSYGA** únicamente la puede vincular las obligaciones que estas pactaron con el Ministerio de Salud y de Protección Social.

Por lo antes señalado, queda absolutamente claro que a las Uniones Temporales 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 **NUEVO FOSYGA** la llamada 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.

Ahora bien, a diferencia de los Contratos de Consultoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013, que limitan las funciones de la Unión Temporal **NUEVO FOSYGA** a realizar una mera 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 las cosas, 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 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.

Para mayor claridad, el análisis del alcance de las obligaciones del contrato 055 y 043 han sido decantados por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, que **a pesar de que obedecen a una jurisdicción diferente a la contenciosa administrativa**, sirven de fundamento para esclarecer las obligaciones correlativas a las Uniones Temporales **NUEVO FOSYGA** y **FOSYGA 2014**:

“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 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 inicio de estas consideraciones, está a cargo del fondo de solidaridad y garantía, Fosyga con recursos propios**²(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En el mismo sentido, esto es, declarando que no es jurídicamente viable reclamar prestación alguna respecto de las Uniones Temporales, analizando precisamente el alcance de sus obligaciones pactadas en los contratos No. 055 de 2011 y 043 de 2013, 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 concepto de los recobros reclamados en este proceso jurisdiccional**”*³(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Contemplando todo lo anterior, se puede concluir que en virtud del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011 y del Contrato 043 de 2013, las Uniones Temporales NUEVO FOSYGA y 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 imponerle a dichas Uniones Temporales una obligación distinta a la pactada en tales convenios.

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,

² 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.

³ Superintendencia Nacional de Salud, Funciones Jurisdiccionales, sentencia del 25 de julio de 2019, expediente J-2015-0788.

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.**

En conclusión, conforme a los anteriores fundamentos es evidente que dentro de la sentencia no se le podía endilgar responsabilidad alguna a la unión temporal **NUEVO FOSYGA**, dado que su actuación encuentra pleno fundamento en el principio de legalidad y es congruente con las obligaciones que adquirieron con la celebración y suscripción de los Contratos de Consultoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013. Es decir, en el presente caso no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la unión temporal **NUEVO FOSYGA** y, por consiguiente, lo que procede es que el Tribunal revoque la sentencia de primera instancia, absolviendo así de toda condena a la Unión Temporal.

2. QUEDÓ DEMOSTRADO QUE LOS RECOBROS OBJETO DE ESTE LITIGIO, QUE FUERON PRESENTADOS POR LA DEMANDANTE, NO CUMPLIERON CON LOS REQUISITOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS PARA SU COMPENSACIÓN

En el presente proceso, COMFENALCO está alegando el derecho al pago que tiene sobre los recobros alegados, argumentando que los mismos corresponden a medicamentos y servicios que supuestamente no están incluidos en el POS y que, por lo tanto, deben ser compensados con los recursos del FOSYGA. Atendiendo a lo anterior, debe decirse que el punto de partida para que se proceda el pago requerido por una EPS o caja de compensación es que la solicitud de recobro cumpla con los requisitos que la normatividad aplicable exige para tal efecto. Si lo anterior no ocurre, la solicitud podrá ser legalmente rechazada, devuelta o aprobada condicionalmente.

Debe anotarse de conformidad con la auditoria efectuada por la entidad asegurada que los recobros objeto de este litigio, que fueron presentados por COMFENALCO, no cumplieron con los requisitos legalmente establecidos para su compensación con cargo a los recursos del FOSYGA y fue por ello que no se habilitó su pago.

Al respecto, en la labor de auditoría, que es necesaria realizar antes de que se efectúe este pago o cualquiera similar, se encontró que se habían presentado las siguientes situaciones, analizadas con base en la normatividad vigente:

- Lo valores objeto de recobro ya fueron pagados por el FOSYGA.
- Los recobros fueron presentados de manera extemporánea.
- El medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no correspondió a lo ordenado por el fallo de tutela o a lo autorizado por el Comité Técnico Científico.

- No se anexó al recobro la factura del proveedor o prestador o prestador del servicio en la que conste su cancelación
- No hubo evidencia de la entrega del medicamento no POS, servicio médico o prestación de salud no POS al paciente
- El contenido del Acta del Comité Técnico Científico se registra que el suministro del medicamento, servicio médico o la prestación de salud es anterior a la fecha de realización del Comité.
- El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio
- Como consecuencia del Acta del Comité Técnico-Científico o fallo de tutela se incluyeron prestaciones contenidas en los planes de beneficios.

Ahora bien, una vez realizada la auditoría en salud, jurídica y financiera por parte de la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, se objetaron las reclamaciones presentas por la Demandante por las razones antes expuestas. 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 sé* 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 del recobro.

De esta manera, es evidente que el resultado favorable de la auditoría realizada por la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, depende exclusivamente de la entidad solicitante. Por lo que en este caso la Demandante debió haber cumplido con todos los requisitos legales exigibles para poder soportar sus solicitudes de cobro, que, por demás, dependían completamente de su esfera de dominio. A pesar de lo anterior, la parte actora no cumplió con el deber a su 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 **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – COMFENALCO ANTIOQUIA**, al solicitar un pago del cual no tiene derecho, sea subsanada a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo alegando el incumplimiento de una obligación, la cual nunca fue exigible por culpa de la negligencia en el actuar de la Demandante quien invoca un derecho que no tiene. 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 Corporación⁴” (subraye y negrilla fuera del texto original)

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 la Demandante con la presentación de la demanda sólo está buscando conseguir el pago de los recobros que acarrea un beneficio sin justificación alguna. Conducta que va en contra del principio “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta que abusa de la prerrogativa que ostenta para solicitar el pago de algunos servicios para acceder a los beneficios que otorga el ordenamiento legal, pese a no tenerlos.

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 la Demandante 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 NUEVO FOSYGA**, y, por ende, no es acreedora del pago por parte del FOSYGA hoy ADRES.

Así entonces, es evidente que la solicitud de los recobros no era procedente por el incumplimiento de los requisitos que la normativa dispone para el efecto, hecho que solo es atribuible a la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR– COMFENALCO ANTIOQUIA**. En consecuencia, deberá revocarse la sentencia, pues de lo contrario se afectarían los dineros que componen el sistema de seguridad social en salud de forma injustificada, en contravención a toda la normativa y jurisprudencia antes citada, además de premiarse la conducta negligente de la parte actora.

3. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DE CHUBB POR LOS HECHOS DEMANDADOS POR COMFENALCO ANTIOQUIA LA PÓLIZA 12/19043 NO PRESTA COBERTURA Y NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO.

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 el mismo cometa una conducta constituyente de responsabilidad civil, lo que da lugar a las siguientes apreciaciones:

A) La Unión Temporal Nuevo FOSYGA no cometió ningún acto erróneo:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 7 de julio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2006-00197

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*”

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 puedan sufrir las Uniones Temporales en virtud de una reclamación o demanda que haya tenido origen en actos erróneos cometidos por tales Uniones Temporales. 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.” (subraya y negrilla fuera del texto)

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 las Uniones Temporales hayan 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 las Uniones Temporales no cometieron acto erróneo alguno, no se realiza el riesgo asegurado y, por tanto, no surge obligación

alguna en cabeza de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** por los eventos alegados por la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA** en su demanda.

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, por cuanto, los recobros alegados por **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA** fueron los que no se presentaron siguiendo las formalidades legales, ya habían sido pagados o se presentaron extemporáneamente. 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.

De otra parte, en el mismo sentido no puede perderse de vista que en el presente caso, la Unión Temporal **NUEVO FOSYGA** 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.

Al respecto, la cláusula séptima -el numeral 7.2.1.1- del Contrato de Auditoría No. 043 de 2013 estipula como obligación de la Unión Temporal **FOSYGA 2014** lo siguiente:

“7.2.1.1. Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo a las subcuentas correspondientes del Fosyga, con el criterio técnico necesario y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulan el funcionamiento del FOSYGA; así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o quien haga sus veces, cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoria efectuada, que se radiquen a partir del 1º de enero de 2014 y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces”.

Esta obligación encomendada al Unión Temporal es fundamental. Pues no debe olvidarse que el objetivo de la normatividad que regula el pago de recobros a las E.P.S., 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 del FOSYGA, que, por ser de salud, exigen mayor vigilancia y control por parte del Estado**⁵. (subraya y negrilla fuera del texto)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 7 de julio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2006-00197

Con todo, si la Unión Temporal FOSYGA 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 la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – COMFENALCO ANTIOQUIA.

B) Los Actos Erróneos fueron exclusivamente 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. El incumplimiento de estos requisitos es un hecho que le es reprochable únicamente a la EPS o la Caja de Compensación respectiva, siendo en este caso dicha entidad CAJA DE COMPENSACIÓN COMFENALCO ANTIOQUIA. Lo anterior, en la medida en que se encontró que los recobros radicados por ésta no cumplieron con las condiciones que la ley establece para que proceda su aceptación, además de ser extemporáneos, entre otros.

- Lo valores objeto de recobro ya fueron pagados por el FOSYGA.
- Los recobros fueron presentados de manera extemporánea.
- El medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no correspondió a lo ordenado por el fallo de tutela o a lo autorizado por el Comité Técnico Científico.
- No se anexó al recobro la factura del proveedor o prestador o prestador del servicio en la que conste su cancelación
- No hubo evidencia de la entrega del medicamento no POS, servicio médico o prestación de salud no POS al paciente
- El contenido del Acta del Comité Técnico Científico se registra que el suministro del medicamento, servicio médico o la prestación de salud es anterior a la fecha de realización del Comité.
- El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio
- Como consecuencia del Acta del Comité Técnico-Científico o fallo de tutela se incluyeron prestaciones contenidas en los planes de beneficios.

En efecto, entre las glosas expuestas por la Unión Temporal **NUEVO FOSYGA** dejan en evidencia el actuar negligente de parte de la Demandante. Como consecuencia de lo cual no ha sido

jurídicamente procedente la aprobación de los recobros solicitados por la **CAJA DE COMPENSACIÓN COMFENALCO ANTIOQUIA**.

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”.

⁶(subraya y negrilla fuera del texto)

Así las cosas, el hecho de que los recobros no hayan sido aprobados es un efecto que deviene directamente de la causa de que los mismos no contenían todos los requisitos que eran necesarios para ello, lo cual es una conducta únicamente reprochable a la **CAJA DE COMPENSACIÓN COMFENALCO ANTIOQUIA** y que por supuesto no puede traducirse en forma alguna en responsabilidad ni en una obligación indemnizatoria a cargo de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** Lo anterior, dado que el contrato de seguro concertado entre ésta y las aseguradas Uniones Temporales, no presta cobertura por los hechos que dieron lugar a este litigio al constituir estos 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 demandante, pues las Uniones Temporales demandadas y aseguradas no han incurrido en el supuesto de hecho contenido en dicha póliza. Lo previamente esgrimido, al no haber cometido un acto erróneo y, en esa medida, no han incurrido en tal responsabilidad civil. En consecuencia, no se ha realizado en ningún momento el riesgo asegurado mediante el contrato de seguro en mención.

Por sustracción de materia, no ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional indemnizatoria en cabeza de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, que definitivamente no puede hacerse exigible por la propia culpa y los propios actos erróneos de la **CAJA DE COMPENSACIÓN COMFENALCO ANTIOQUIA**. Pues por supuesto, esta circunstancia fáctica, esto es, los errores y omisiones de terceros diferentes a las Uniones Temporales, no han sido objeto de amparo mediante la Póliza.

PETICIÓN

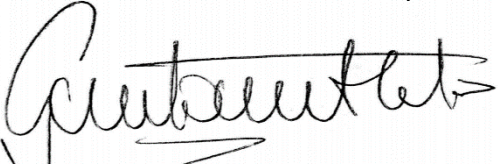
En mérito de lo expuesto, solicito al Honorable despacho lo siguiente:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 7 de julio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2006-00197

Bajo el claro entendido de que en el sub judice, no se acreditó responsabilidad alguna de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, ruego al despacho respetuosamente que se sirva **REVOCAR** los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, QUINTO, y SEXTO** del fallo de primera instancia proferido dentro del presente caso.

Subsidiariamente solicito muy respetuosamente, que en el evento que se confirme la declaratoria de responsabilidad de la llamante en garantía, resolver la relación sustancial existente entre mi procurada y la entidad demandada, con observancia a cada una de las especiales condiciones pactadas.

No siendo otro el motivo de la presente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.