

Honorable.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN PRIMERA – SUBSECCIÓN A
MAGISTRADO: FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

rmemorialesposec01tadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: **CONTESTACIÓN DEMANDA Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 25000234100020230107100

DEMANDANTE: E.P.S FAMISANAR

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.

LLAMADO EN GTÍA.: CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado general de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A**, legalmente constituida, con domicilio principal en la Cra 7 # 71-21 torre B Piso 7, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con el NIT. 860.026.518 - 6, conforme se acredita con la escritura pública 1599 y el certificado de existencia y representación legal adjunto. Encontrándome dentro del término legal comedidamente procedo, en primer lugar, a **CONTESTAR LA DEMANDA** propuesta por la **E.P.S FAMISANAR** en contra de la **UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA – UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 Y OTROS**, y segundo lugar, a **CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** formulado por esta última a mi prohiljada, para que en el momento en que se vaya a definir el litigio se tengan en cuenta los hechos y precisiones que se hace a continuación, según las pruebas que se practiquen, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones sometidas a consideración de su Despacho tanto en la demanda, como en el llamamiento en garantía, en los siguientes términos:

CAPÍTULO I. OPORTUNIDAD

Teniendo en consideración que la notificación electrónica del Auto del 5 de diciembre de 2024 por medio del cual se admite el llamamiento en garantía se efectuó el día 16 de diciembre de la misma anualidad, el conteo del término de traslado para contestar la demanda y el llamamiento en garantía inició a partir del día 19 de diciembre de 2024, y fenece el día **29 de enero de 2025**.

Es por lo anterior, que el presente escrito de contestación a la demanda y al llamamiento en garantía se presenta al despacho en término y oportunidad.

CAPÍTULO II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. FRENTE A LOS “HECHOS” DE LA DEMANDA

Al hecho “Primero”: No le consta de manera directa a mi prohijada que la E.P.S demandante haya garantizado la prestación de tecnologías en salud no contempladas dentro del Plan de Beneficios de Salud del Régimen Contributivo.

Al hecho “Segundo”: A mi prohijada no le consta de manera directa que la E.P.S Famisanar haya dado cumplimiento en estricto sentido a los fallos de tutela que menciona en este hecho.

Al hecho “Tercero”: A mi prohijada no le consta de manera directa que la E.S.P Famisanar haya pagado a la red de prestadores de servicios de salud el importe de las facturas por servicios no contemplados en el Plan de Beneficios en Salud junto con sus soportes, ni el cumplimiento de los requisitos para que se procediera con el pago de los recobros.

Al hecho “Cuarto”: No le consta a mi prohijada de manera directa que el FOSYGA administrara el Fondo de Solidaridad y Garantía para la época de los hechos en la forma en la que lo afirma la parte actora.

Al hecho “Quinto”: No le consta de manera directa a mí prohijada que la parte demandante haya radicado las cuentas de cobro ante la Unión Temporal Nuevo Fosyga.

Al hecho “Sexto”: No le consta a mi prohijada de manera directa que la E.P.S Famisanar haya presentado para pago 4048 cuentas de recobro por servicios NO PBS por valor de \$747.866.187 Pesos M/cte.

Pues debe probarse a lo largo del proceso que las cuentas de recobro, que presuntamente presentó la E.P.S, hayan cumplido con todos los requisitos y una vez se haya verificado que efectivamente sean servicios de salud excluidos del Plan de Beneficios de Salud.

Al hecho “Séptimo”: A mi representada no le consta directamente que se haya dado respuesta a la solicitud de pago de recobros.

Al hecho “Octavo”: No le consta a mi prohijada de manera directa que entra las Fiduciarias mencionadas y el Ministerio de Salud y Protección Social se haya suscrito el encargo fiduciario 467, para el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga.

Al hecho “Noveno”: A mi prohijada no le consta directamente este hecho, pues no fue parte contractual dentro del mencionado contrato de consultoría.

Sin embargo, obra en el plenario contrato de consultoría 055 de 2011 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo Fosyga.

Al hecho “Décimo”: No les consta a mi representada de manera directa, que las comunicaciones

a las que se refiere la demandante correspondan a los recobros mencionados en los paquetes 0414, 0512, 0514, 0614, 0714, 0412, 0312, 0212, 1011, 1111 y 1213.

Al hecho “Décimo primero”: No le consta de manera directa a mi prohijada la forma en que conoció o no, los resultados de los recobros correspondientes a los paquetes 0511, 0611, 0711, 0811, 0911, 0211, 0311 y 011.

Al hecho “Décimo segundo”: No le consta directamente a mi representada si, en efecto, se surtió dicha audiencia de conciliación extrajudicial y si la misma correspondiese a los recobros objeto de la presente Litis.

Al hecho “Décimo tercero”: No le consta directamente a mi representada si, en efecto, se surtió dicha audiencia de conciliación extrajudicial y si la misma correspondiese a los recobros objeto de la presente Litis.

Al hecho “Décimo cuarto”: Es cierto que E.P.S Famisanar radicó ante la Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud demanda, proceso que se tramitó bajo el radicado J-2016-00091-NURC-1-2015-163531, por la cuantía y números de recobros que se citan.

Al hecho “Décimo quinto”: Es cierto, motivo por el cual los recobros que fueron desistidos no pueden ser objeto de debate en el presente proceso.

Al hecho “Décimo sexto”: Es cierto, que mediante auto A2016-002936 del 27 de diciembre de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud, aceptó desistimiento parcial de 217 recobros por solicitud de E.P.S Famisanar, que se sometieron a mecanismo excepcional 30 de Glosa Transversal. No obstante, esta demanda se presentó por los 4.048 recobros restantes, esto es, por la totalidad de la cuantía allí referida.

Al hecho “Décimo séptimo”: No le consta de manera directa a mi representada la información contenida en este hecho, pues se trata de información que está en poder de la E.P.S Famisanar y de la actual administradora de los recursos del SGSS, esto es, la ADRES.

Al hecho “Décimo octavo”: No es un hecho, es una decisión proferida por la H. Corte Constitucional.

II. FRENTE A LAS “PRETENSIONES” DE LA DEMANDA.

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que hagan viable su prosperidad. Lo anterior, debido a que no logra, siquiera de forma sumaria, desvirtuar la legalidad de los actos que negaron el reconocimiento de los recobros y sobre los cuales se pretende que se declare su nulidad.

FRENTE A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES

Frente a la pretensión denominada “PRIMERA”: Me opongo a que se declare la nulidad de los actos o comunicaciones a través de las cuales se rechazaron las 4048 cuentas por concepto de

recobros por servicios NO PBS. Lo anterior, por cuanto no se ha logrado desvirtuar la presunción de legalidad respecto de la cual gozan todos los actos administrativos. Del mismo modo porque no existe certeza de i) Si las cuentas de recobro cumplían con los requisitos para su reconocimiento ii) cuáles de esas cuentas de recobros ya fueron pagadas o reconocidas y iii) si las cuentas de recobro reclamadas fueron auditadas en su totalidad por la Unión Temporal Nuevo Fosyga o Unión Temporal Fosyga 2014.

Frente a la pretensión denominada “SEGUNDA”: Me opongo a que a título de restablecimiento del derecho se ordene a los demandados a pagar a la demandante el valor de SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS MCTE \$747.866.187, pues como se señaló antes, no se ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos, por cuanto no existe certeza de: i) Si las cuentas de recobro cumplían con los requisitos para su reconocimiento ii) cuáles de esas cuentas de recobros ya fueron pagadas o reconocidas y iii) si las cuentas de recobro reclamadas fueron auditadas en su totalidad por la Unión Temporal Nuevo Fosyga o Unión Temporal Fosyga 2014. Es menester indicar que resultaría improcedente el reconocimiento de la suma que pretende la demandante, pues, como ella mismo lo manifestó en los hechos de la demanda, la Superintendencia de Salud, cuando tenía la competencia del proceso, aceptó el desistimiento de una gran parte de las cuentas por recobros, decisión que habría quedado en firme y debidamente ejecutoriada.

Frente a la pretensión denominada “TERCERA”: Me opongo a que se reconozcan y paguen los intereses corrientes generados por las cuentas de recobro reclamadas, pues no se ha demostrado en el presente que las mismas cumplieran con los requisitos legales para su reconocimiento. Además, no existe una norma específica dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que establezca el reconocimiento automático de intereses corrientes por el tiempo transcurrido entre el pago por parte de la EPS y la decisión sobre el recobro.

Frente a la pretensión denominada “CUARTA”: Me opongo a la pretensión de la demandante de que se reconozcan y paguen los intereses moratorios generados por las cuentas de recobro reclamadas, basándome en que no se ha demostrado que exista una mora imputable a los demandados. Reitero que no se ha demostrado en el presente caso que las cuentas de recobro reclamadas cumplieran con los requisitos legales para su reconocimiento.

Frente a la pretensión denominada “QUINTA”: Me opongo a la pretensión de la demandante de que se reconozcan y paguen los gastos administrativos relacionados con la atención al usuario favorecido por decisiones judiciales o del Comité Técnico Científico, por cuanto no existe disposición normativa que establezca la obligación de reconocer un porcentaje fijo, como el 10% por recobro, para tales conceptos. Los gastos administrativos son inherentes a las obligaciones propias de las EPS dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y no son recobrables, salvo que exista una disposición específica que lo permita, lo cual no se ha acreditado en este caso.

Además, la pretensión resulta desproporcionada, pues busca equiparar los gastos administrativos derivados de decisiones de tutela o del Comité Técnico Científico con los servicios incluidos en el Plan de Beneficios de Salud, ignorando que estos últimos tienen un reconocimiento explícito dentro del marco normativo. Adicionalmente, la demandante no ha presentado pruebas suficientes que demuestren la cuantía de los gastos administrativos efectivamente incurridos ni su relación directa

y necesaria con los recobros en cuestión, lo cual impide acceder a lo solicitado. Por tanto, solicito al despacho desestimar esta pretensión por falta de fundamento legal y probatorio.

Frente a la pretensión denominada “SEXTA”: Me opongo a la presente pretensión, pues la parte demandante no determina con certeza de que perjuicio pretende su resarcimiento. En ese orden de ideas resultaría improcedente si se tiene en cuenta que los daños deben ser ciertos, reales, actuales y cuantificables para que se pretenda su resarcimiento o indemnización.

Frente a la pretensión denominada “SÉPTIMA”: Me opongo a la presente pretensión toda vez que no se ha probado responsabilidad en cabeza de los demandados para que sea procedente la condena en costas contra los mismos.

Frente a la pretensión denominada “OCTAVA”: No es una pretensión es una disposición de carácter legal y de orden público.

FRENTE A LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Frente a la pretensión denominada “PRIMERA”: Si bien esta pretensión no está dirigida en contra de mi representada, me opongo a la misma, debido a que la solidaridad no puede presumirse y debe estar claramente sustentada en una norma legal o en un vínculo jurídico que la imponga, lo cual no ocurre en este caso. No se ha acreditado la existencia de una obligación solidaria entre las entidades demandadas que permita imputarles de manera conjunta los supuestos daños alegados. Cada una de las partes señaladas tiene funciones y competencias específicas dentro del marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), por lo que cualquier responsabilidad derivada de sus actuaciones debe analizarse de manera individual, en función de su rol y las obligaciones que le corresponden.

Además, no se ha demostrado que los supuestos daños antijurídicos alegados por la parte demandante sean atribuibles directamente a las acciones u omisiones de las entidades demandadas, ni que exista un nexo causal claro entre dichas conductas y el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas. La obligación de pago por actividades, procedimientos, medicamentos o suministros no incluidos en el Plan de Beneficios de Salud (NO PBS) depende de la adecuada presentación de las solicitudes y del cumplimiento de los requisitos legales para su trámite, lo cual no se encuentra probado en este caso.

Frente a la pretensión denominada “SEGUNDA”: Me opongo a la pretensión de que se condene al pago de \$747.866.187 Pesos M/cte, que incluye perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, debido a que no se han acreditado los elementos necesarios para sustentar tal condena. En primer lugar, la parte demandante no ha demostrado que las cuentas por concepto de recobros glosadas cumplan con los requisitos legales y reglamentarios, los cuales son indispensables para que proceda su pago. La ausencia de cumplimiento normativo interrumpe cualquier obligación de los demandados y desvirtúa la existencia de perjuicios derivados de los saldos pendientes de pago.

Además, la pretensión de incluir conceptos como daño emergente y lucro cesante no es procedente, ya que no se ha probado el nexo causal directo entre la supuesta omisión en el pago de las cuentas y los perjuicios reclamados. La simple existencia de cuentas glosadas no constituye prueba

suficiente de un daño indemnizable, y mucho menos de un lucro cesante, que exige demostrar con certeza el perjuicio futuro dejado de percibir.

Frente a la pretensión denominada “TERCERA”: Me opongo debido a que resulta improcedente el reconocimiento del pago de las cuentas por cobros debido a los argumentos enunciados en acápite precedentes y que se desarrollaran más adelante en el presente escrito.

Frente a la pretensión denominada “CUARTO”: No es una pretensión es una disposición de carácter legal y de orden público.

Frente a la pretensión denominada “QUINTA”: Me opongo a la presente pretensión toda vez que no se ha probado la responsabilidad en cabeza de los demandados para que sea procedente la condena en costas contra los mismos.

III. EXCEPCIONES DE MERITO FRENTE A LA DEMANDA.

A. LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

Coadyuvamos las excepciones propuestas por la apoderada de las sociedades que componen la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y FOSYGA 2014**, solo en cuanto las mismas no perjudiquen los intereses de mi representada y bajo ese mismo tenor se formulan las siguientes:

B. LOS CONTRATOS 055 DE 2011 Y 043 DEL 2013 TENIAN POR OBJETO LA MERA LABOR DE AUDITORIA A CARGO DE LAS UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA Y FOSYGA 2014.

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 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. Será entonces la entidad que haya suscrito este tipo de convenio la obligada a efectuar ese pago.

Teniendo en cuenta lo anterior, el H. Tribunal Administrativo puede observar que los contratos celebrados entre el Ministerio de Salud y Protección Social y las Uniones temporales demandadas limitan su objeto únicamente a la realización de una labor de auditoría, excluyendo el deber de administrar los recursos del FOSYGA. Así, las cláusulas primeras de los mencionados convenios consagran lo siguiente:

- Contrato 055 de 2011:

*"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: **Realizar la auditoria en salud**, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios a cargo de la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de Tránsito- ECAT **y las solicitudes de recobro por los beneficios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios explícitos**, ordenados*

por los Comités Técnico Científicos de las EPS, las Junta 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**". (subraya y negrilla fuera del texto)

- Contrato 043 de 2013:

*"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: **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 correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud."* (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

Del examen anterior, queda evidenciado que la UT Nuevo FOSYGA y la UT FOSYGA 2014 nunca han tenido la obligación de **PAGAR** los valores correspondientes a los recobros de los medicamentos o servicios NO PBS, supuestamente prestado por FAMISANAR, ya que, de acuerdo con los objetos contractuales antes estudiados, la función que cumplen las 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 UT Nuevo FOSYGA 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 UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 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."

Precisamente, si se le impone a la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, por vía judicial, un deber que jamás han asumido contractual o legalmente, de alguna forma se estaría invalidando el convenio celebrado entre esta entidad 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 ésta, ya que sabrán, que posteriormente se les impondrán cargas que en ningún momento decidieron asumir. Igualmente, se estarían extendiendo a las uniones temporales las obligaciones estipuladas en cabeza del Consorcio SAYP 2011 y del Estado, dado que, las uniones temporales son completamente ajenas al contrato pactado entre dicho consorcio y el Ministerio de Salud y Protección Social.

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 UT Nuevo FOSYGA y UT FOSYGA 2014 únicamente las puede vincular las obligaciones que éstas pactaron

con el Ministerio de Salud y de Protección Social, y no puede verse afectada por contratos que la entidad pública haya celebrado con otras entidades como el Consorcio SAYP 2011, el cual sí incluía el deber, en cabeza del contratista, de administrar los recursos del FOSYGA y pagar los recobros reportados por las EPS.

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 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)”**¹*

A diferencia del Contrato de Consultoría 055 de 2011 y del Contrato 043 de 2013, que limita las funciones de la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 a 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 establecen 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, es fundamental tener en cuenta que el objeto del contrato celebrado entre estas dos entidades, esto es, el 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” (Subrayado y negrilla por fuera del texto)*

Comparando el contenido de estos dos contratos, queda claro que a la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 jamás le fue asignada la labor de administrar los recursos del FOSYGA ni efectuar el pago ante los recobros que se le presentaren. 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 demandadas, no sería la UT Nuevo FOSYGA ni FOSYGA 2014 las llamadas a cumplir con la condena que se imponga, sin importar el valor de la misma, pues no tiene ningún

¹ Sentencia de 25 de enero de 2010, exp. 1999-01041-01

sentido que sea condenada judicialmente por una obligación que jamás asumió legal ni contractualmente.

Corolario de lo anterior, solicito respetuosamente al H. magistrado declarar probada esta excepción eximiendo de cualquier obligación de pago a las sociedades comerciales que conforman la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, pues la obligación de pagos por cuentas de recobros nunca estuvo a su cargo.

C. EXCLUSIÓN DE LAS CUENTAS POR RECOBROS PRESENTADAS EXTEMPORANEAMENTE (GLOSA DE EXTEMPORANEIDAD).

Cuando una solicitud de recobro se presenta de forma extemporánea, la misma debe ser rechazada de conformidad con lo dispuesto por 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 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social; normas bajo las cuales se radicó las cuentas por recobros por parte de la E.P.S Famisanar. Estas disposiciones indicaban 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:

a) Cuando fueren presentadas en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002 y de acuerdo con las fechas establecidas en los artículos 12 y 14 de la presente resolución. (Código 1-01)”

En términos generales, el artículo 13 de Decreto 1281 de 2002 indicó lo siguiente respecto de la oportunidad para presentar recobros o reclamaciones con cargo a los recursos del FOSYGA:

“Sin perjuicio de los términos establecidos para el proceso de compensación en el régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, con el fin de organizar controlar el flujo de recursos del Fosyga, cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda. En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido.”

Sobre el particular el H. Consejo de Estado ha dicho:

“En ese sentido, es claro que en términos de la sentencia C-510 de 2004, hasta tanto no sea expedida la factura, las EPS, ARS y EOC no están efectivamente. en la posibilidad de presentar la reclamación de recobro ante el FOSYGA, puesto que su solicitud sería devuelta por carecer de unos de los requisitos necesarios para su admisión, según se establece en el artículo 14 de la Resolución 3979 de 2004”

Vale la pena advertir, además, que el artículo 13 del decreto Ley 1281 de 2002, establece que las reclamaciones que deban atenderse con recursos de cualquiera de las subcuentas del FOSYGA, deben presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o la ocurrencia del evento y, tratándose de recobros por prestación de servicios médicos excluidos del POS, la obligación de pago a

cargo del FOSYGA, surge una vez que la EPS, ARS o EOC ha pagado con recursos propios dicho servicio, pues de lo contrario no hay lugar al reembolso,

Así, pues, el plazo para presentar la solicitud de recobro no puede correr hasta tanto la EPS, ARS o EOC esté en la posibilidad real de agotar dicho trámite, pues lo contrario supondría que en la práctica, tales entidades cuentan con un término inferior al dispuesto en el Decreto Ley 1281 de 2002 para presentar la solicitud de recobro por medicamentos o servicios médicos excluidos del POS autorizados por el Comité Técnico Científico u ordenados mediante fallos de tutela¹²

De acuerdo con todo lo anterior, el momento desde el cual se debe contar el término para contabilizar la caducidad del recobro correspondiente es desde la fecha de radicación de la factura del proveedor ante la EPS, cómputo que fue el que precisamente realizó la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 en su labor de auditoría. Solamente cuando la factura no tiene fecha de radicación se toma la fecha de prestación del servicio, lo cual, también era posible de acuerdo con el artículo 12 de la Resolución 3099 de 2008. Esta segunda opción se tomaba de manera subsidiaria, pues es imposible empezar a contar un término a partir de una fecha incierta o inexistente en la factura radicada.

Aplicando este método de contabilización de términos, el asegurado encontró que muchos de los recobros que se alegan como impagos por FAMISANAR se presentaron de forma extemporánea, por lo cual no es legalmente procedente aprobarlos. Independientemente de que la parte demandante alegue que cuando el pago de un recobro no se pueda obtener por la vía administrativa, se puede reclamar por la vía judicial, es claro que la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 no pueden ser responsables por cumplir sus obligaciones contractuales y por dar aplicación a la normatividad vigente aplicable a la materia, concretamente las resoluciones pertinentes del Ministerio de Salud y Protección Social y particularmente, el artículo 15 de la Resolución 3099 de 2008.

En el caso bajo estudio, la E.P.S Famisanar presentó cuentas de recobro relacionadas con servicios no PBS, alegando su cumplimiento en virtud de órdenes judiciales o decisiones de los Comités Técnicos Científicos. Sin embargo, como consta en los documentos y auditorías realizadas por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y FOSYGA2014, una parte significativa de dichas cuentas se presentó de forma extemporánea, superando los plazos establecidos en la normatividad aplicable.

Corolario de lo anterior, solicito al H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar probada la presente excepción de exclusión por extemporaneidad en la presentación de las cuentas de recobro. Estas glosas, fundamentadas en el incumplimiento de los términos legales establecidos, eximen de toda responsabilidad a las Uniones Temporales, quienes actuaron conforme a las normas vigentes de la época, garantizando la protección de los recursos públicos y la correcta aplicación del marco normativo que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

D. IMPOSIBILIDAD DEL PAGO DE INTERESES DE CARA A LA APLICACIÓN DE LA GLOSA DE EXTEMPORANEIDAD.

Quedando claro que no procede ningún tipo de pago, ya que el hecho que se hayan radicado

² Sentencia 20 de abril de 2023 – Radicado: 25000-23-26-000-2012-00291-01(55085) CP: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

recobros de forma extemporánea es una conducta que llevó a una consecuencia -el rechazo de tales recobros- de la cual FAMISANAR es la única responsable, resta por analizar la imposibilidad de la pretensión accesoria realizada por la parte actora, es decir, la improcedencia del pago de cualquier naturaleza por concepto de los recobros correspondientes a la glosa por extemporaneidad aplicada.

Lo primero que se debe decir es que la base para que proceda legalmente el pago de algún interés es el incumplimiento a una determinada obligación, y resulta que en este caso la UT Nuevo FOSYGA y UT FOSYGA 2014 no incurrió en ningún incumplimiento ya que simplemente se limitó a obedecer sus deberes contractuales, los cuales están en total consonancia con la normatividad vigente para el momento de los hechos, que por supuesto también debe obedecer esas uniones temporales. Así las cosas, E.P.S Famisanar simplemente no puede reclamar el derecho que supuestamente tiene sobre el pago de los recobros respectivos, al no hacerse exigible por su propia culpa la obligación correlativa de la demandada, mucho menos puede pretender el pago de intereses por parte de las Uniones temporales.

Debe tener en cuenta el H. Magistrado que el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 consagra expresamente la imposibilidad de que se paguen intereses cuando los recobros se han radicado de forma extemporánea, en estos términos:

“Artículo 7°. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

*Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. **Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses,** ni otras sanciones pecuniarias.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Así, sin perjuicio de que es claro que en este caso no procede el pago de intereses por parte de la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 por concepto de obligaciones que no le son exigibles, se debe aclarar una vez más que dichas Uniones Temporales NO son administradoras de los recursos del FOSYGA, así como tampoco está obligada a pagar los recobros presentados por la EPS demandante, ya que tal como se ha precisado en reiteradas ocasiones, dicho deber fue asignado al Consorcio SAYP 2011 por medio del contrato de encargo fiduciario al que se ha hecho mención en varias ocasiones.

Conforme a los anteriores fundamentos, no hay lugar en este caso a la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, 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 estas uniones temporales.

E. AUSENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DE LAS UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA Y FOSYGA 2014.

De forma completamente anti-técnica, la parte actora alegó un supuesto enriquecimiento sin causa en cabeza de las demandadas sin siquiera acreditar, respecto de cada una de ellas, la existencia de los elementos esenciales que se requieren para ello. Puede afirmarse sin lugar a equívocos que tal enriquecimiento sin causa no se presenta de ninguna manera respecto de la UT Nuevo FOSYGA ni de FOSYGA 2014. De conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, para que se configure el enriquecimiento sin causa deben configurarse los siguientes elementos:

- i. La existencia de un enriquecimiento, esto es, que el obligado haya obtenido una ventaja o beneficio patrimonial (ventaja positiva) o que su patrimonio no haya sufrido detrimento alguno (ventaja negativa),*
- ii. El empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido se haya traducido consecuentemente en una mengua patrimonial para el empobrecido y*
- iii. La ausencia de causa jurídica que justifique el empobrecimiento sufrido por el afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, es decir, que sea injusto”³*

Teniendo en cuenta los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, mencionados en la citada jurisprudencia del Consejo de Estado, se procederá a exponer al H. Tribunal porque las uniones temporales no se han enriquecido con ocasión a las cuentas de recobro objeto de la presente Litis.

- ¿Se ha enriquecido le UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 porque no se hayan pagado los recobros?

La UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 NO se han enriquecido a raíz de esta circunstancia. La anterior tesis se soporta en el hecho de que las uniones temporales fueron contratistas del Estado, quienes recibieron una remuneración por su labor de auditoría. Esta remuneración no varió con ocasión a que los recobros se aprobaran, aprobaran condicionalmente o rechazaran, pues se trata de la misma contraprestación para todos los casos y, por ello, no puede siquiera considerarse esta teoría de enriquecimiento propuesta por la parte demandante, la cual carece de sustento fáctico y jurídico.

- ¿Se ha empobrecido E.P.S Famisanar por el hecho de que no se hayan pagado los recobros?

³ Sentencia del 8 de junio de 2017 – Rad. 73001-23-31-000-2008-00076-01(41233) – CP: RAMIRO PAZOS GUERRERO

NO. Aunque los perjuicios se deben probar en el proceso, la parte demandante NO se ha empobrecido porque no se hayan pagado los recobros, circunstancia que en todo caso se debe, a la propia culpa de la demandante al no haber cumplido los requisitos que la Ley le impone para que la radicación de tales recobros sea procedente y pueda ser aceptada.

- ¿Existe relación causal entre el alegado enriquecimiento y el supuesto empobrecimiento?

NO. La UT Nuevo FOSYGA ni siquiera se enriqueció y la causa del empobrecimiento de FAMISANAR, si es que hubo empobrecimiento alguno, es su propia culpa; por lo que por sustracción de materia obviamente no puede existir una relación de causalidad entre dos elementos que ni siquiera existen en la realidad.

Así las cosas, es claro que no puede ser de recibo el argumento de FAMISANAR conforme al cual, al no haberle pagado la UT Nuevo FOSYGA, FOSYGA 2014 y las demás entidades demandadas, los recobros radicados, aquellas están incurriendo en un enriquecimiento sin causa.

Conforme a los anteriores fundamentos, no hay lugar en este caso a la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la UT Nuevo FOSYGA ni 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 las uniones temporales.

F. DE LOS RECOBROS PRESENTADOS CON ANTERIORIDAD AL CONTRATO DE CONSULTORIA 055 DE 2011 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE SALUD Y LA UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA.

Es menester indicar al respetado Magistrado que, hay recobros objeto de la presente Litis que desde un inició nunca han sido auditados por la Unión temporal nuevo Fosyga y Fosyga 2014, esto, de por lo menos 46 solicitudes de recobros. La E.P.S Famisanar habría radicado los mencionados recobros, pero sin limitarse a ellos, antes del 1 de octubre de 2011, esto es, antes del inicio del contrato de consultoría No 055 de 2011 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión temporal. Lo anterior encuentra su fundamento en el numeral 17 de la cláusula séptima, en el acápite de obligaciones de auditoria del mencionado contrato, así:

“Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones ECAT y de los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el plan de beneficios en salud radicados ante el FOSYGA desde el 1 de octubre de 2011. hasta al día anterior al inicio del contrato que se adjudique en el presente proceso, las cuales serán entregadas al contratista por parte del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, para realizar la auditoria integral correspondiente, dado que ya han surtido su proceso de recepción, radicación, validación, captura y digitalización”(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Esto quiere decir que la asegurada jamás auditó por lo menos 46 recobros, pero sin limitarse a ellos, de los que se alega en la demanda, pues estos fueron radicados antes del 1 de octubre de 2011. En otras palabras, esta entidad no tiene relación alguna con los hechos que dieron lugar a este litigio, lo cual significa, que hay una total ausencia de legitimación material en la causa pasiva respecto de la asegurada en relación con los recobros mencionados. Como la legitimación en la causa es un presupuesto fundamental para que se presente una sentencia condenatoria, la misma

no se podrá proferir en este caso, por lo menos, frente a la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.

G. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Se propone esta excepción, ya que se hace necesario que se determine respecto de cuáles recobros la demanda se interpuso superando el máximo de 3 años de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, el cual indica:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. 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.”

Conforme al fundamento jurídico en mención, y sin que esta excepción se tenga como aceptación de responsabilidad en cabeza de las Uniones temporales aseguradas; no hay lugar en este caso a una imposición de condena a título de restablecimiento del derecho en cabeza de la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, de las cuentas de recobro respecto de las cuales haya operado la prescripción de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo. Por este motivo se solicita respetuosamente al H. magistrado declarar probada la presente excepción.

H. EXCEPCIÓN GENERICA O INNOMINADA

Me permito solicitar al señor magistrado que, si de la valoración de las condiciones fácticas que se observan en este proceso, logra determinar la existencia de hechos que constituyan una excepción, se sirva reconocerlo de forma oficiosa como corresponda, conforme a lo dispuesto por el artículo 282 del Código General del Proceso:

“ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

*Quando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada. Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.
(...)”*

Por tanto, si después de la valoración del proceso y de las pruebas, aparece probada cualquier otra excepción, solicito respetuosamente declararla probada acorde con la norma transcrita, sin que ello signifique aceptación de responsabilidad alguna por parte de la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, por los hechos ventilados en el presente juicio.

CAPITULO III. CONTESTACIÓN AL LLAMAMIENTO EN GARANTIA.

I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS

Al hecho “2.1”: Es parcialmente cierto, solo en el sentido de que entre CARVAJAL TEGNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S y CHUBB se celebró el contrato de seguro de Responsabilidad Civil Para Servicios Misceláneos, el cual se instrumentalizó en la Póliza No. 12/21942 (en adelante, "la Póliza") y en el que el asegurado es la UT Nuevo FOSYGA y 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 de 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 al Despacho tener en consideración todas y cada una de las condiciones de la póliza y las normas que rigen el contrato de seguro.

Al hecho “2.2”: Es parcialmente cierto, este hecho está formulado de manera incompleta, pues por un lado, debe precisarse que el numeral 2 de la Póliza establece que la misma está limitada a los servicios profesionales que el asegurado preste en desarrollo de los contratos No. 055 y 043, celebrado entre esa entidad y el Ministerio de Salud y Protección Social, cuyo objeto es:

“(...) realizar la auditoría en salud, jurídica, y financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargos 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 con cargo a las Subcuentas de Compensación y de Solidaridad FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)”

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 de los contratos No. 055 de 2011 o 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 de forma extemporánea y 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 UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014.

Al hecho “2.3”: Es cierto. Se aclara al H. tribunal, que en el improbable e hipotético caso en que se afecte la póliza en mención y sin que resulte aceptación alguna de responsabilidad del asegurado por el amparo de “acto erróneo”, se debe tener en cuenta que la póliza en mención solo prestaría cobertura respecto de aquellas cuentas radicadas para cobro con posterioridad a la fecha de retroactividad pactada en el contrato de seguro.

Al hecho “2.4”: Es parcialmente cierto, sólo en el sentido de que se eliminó la definición 26.16 del clausulado y se reemplazó por la siguiente:

“Reclamación significa:

La notificación del auto admisorio de cualquier demanda o proceso jurisdiccional en contra del Asegurado para obtener la reparación de un daño patrimonial originado por un Acto Erróneo, sujeto a los términos, condiciones y exclusiones de esta póliza.”

Sin embargo, se debe tener en cuenta que, al no vislumbrarse los elementos *sine qua non* para predicar la responsabilidad y la consecuente obligación de pago de la UT Nuevo FOSYGA, y 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 ya habían sido financiados por medio de la Unidad de Pago por Capacitación o ya habían sido previamente 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.

Al hecho “2.5”: Es cierto. La primera vigencia de la póliza estuvo comprendida desde el 30 de julio de 2015 hasta el 29 de julio de 2016, luego, se generó una renovación de la póliza, extendiéndose el plazo de vigencia desde el 30 de julio de 2016 hasta el 29 de julio de 2017.

Al hecho “2.6”: Es cierto. Sin embargo, se aclara al despacho, como se puede observar de los objetos contractuales mencionados, que en ninguno está el pago por cuentas de recobros a las E.P.S. Pues como bien lo menciona el llamante, los contratos 055 de 2011 y 043 de 2013 se limitaban a realizar la labor de auditoría de las cuentas de recobro con cargo al Fondo del FOSYGA, el cual era administrado por el Consorcio SAYP 2011 en virtud del encargo fiduciario.

Al hecho “2.7”: No es cierto. Se aclara que al no vislumbrarse los elementos *sine qua non* para predicar la responsabilidad y la consecuente obligación de pago de la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, por sustracción de materia, mucho menos puede afectarse la póliza de seguro

objeto del llamamiento formulado.

Adicionalmente, se debe tomar en consideración que la póliza objeto del presente llamamiento no tiene cobertura para los 46 recobros auditados, sin limitarse a ellos, por el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005. Así como tampoco, brinda cobertura temporal, porque la reclamación, en los términos de la póliza, fue extemporánea. Sin dejar de lado, claro está, que en este caso también se configura la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, como más adelante se expondrá.

En otras palabras, de acuerdo con la información suministrada por la UT en su contestación, la demanda involucra 4.048 recobros, de los cuales, 46 fueron auditados por el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 (ya que estos fueron radicados antes del 1 de octubre de 2011, fecha en la cual las obligaciones contractuales de la parte asegurada iniciaron para con el Ministerio de Salud y Protección Social).

Al hecho “2.8”: No es un hecho que sirva de fundamento al llamamiento en garantía.

Al hecho “2.9”: No es cierto que mi procurada tenga que pagar suma alguna en el presente proceso. Lo anterior puesto que, al no vislumbrarse la acreditación de los elementos *sine qua non* para predicar la responsabilidad y la consecuente obligación de pago de las uniones temporales, 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 financiados por medio de la Unidad de Pago por Capitación o ya habían sido previamente 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.

De todas formas, se debe tener en cuenta en este punto que la UT Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 no fueron las que administraron 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 los contratos 055 de 2011 y 043 de 2013 suscritos entre esa entidad y el Ministerio de Salud y Protección Social, 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, si 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.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA.

En los términos del contrato de seguro, me opongo a la totalidad de las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía, por cuanto no se vislumbran los elementos *sine qua non* para predicar, como exigible, la obligación indemnizatoria y sobre todo, condicional, de parte de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A** en el caso en concreto.

Frente a la pretensión “4.1”: Me opongo a la presente pretensión, si de su interpretación pueda desprenderse la responsabilidad indemnizatoria de mí representada como llamada en garantía en el presente proceso.

Frente a la pretensión “4.2”: Me opongo a la presente pretensión, 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 de tal tope. Sin mencionar, que los pagos por cuentas de recobros no es un amparo contratado por la póliza objeto de llamamiento, por lo que esta no prestaría cobertura material sobre el pago de los recobros objeto del presente litigio.

Adicionalmente, debe observarse la cláusula 7 de las condiciones generales de la póliza, la cual hace parte integral del contrato de seguro y menciona expresamente lo siguiente:

*“El Asegurador pagará los Costos en que incurra el Asegurado con la previa autorización del Asegurador, para la defensa de cualquier Reclamación que le sea formulada o presentada aun cuando los hechos que den lugar a la Reclamación no tengan fundamento, fueran falsos o fraudulentos, los cuales se pagarán en la medida en que se vayan incurriendo. **El Asegurador pagará los Costos siempre y cuando los hechos y circunstancias que den origen a las Reclamaciones no se encuentren desprovistos de cobertura o se encuentren excluidos de la cobertura ofrecida por la presente Póliza**”(Subrayado y negrilla por fuera del texto original)*

Frente a la pretensión “4.3”: Me opongo a la presente pretensión, toda vez que se reitera que no hay argumentos facticos ni jurídicos para afectar la póliza en mención.

Frente a la pretensión “4.4”: Me opongo a esta pretensión, dado que, quien deberá resultar vencido en juicio, es el recobrante, E.P.S Famisanar y no el asegurado, en la medida que no se encuentran razones para que se profiera condena por concepto de costas y agencias en derecho en contra de CHUBB.

Frente a la pretensión “4.5”: Me opongo a esta pretensión, dado que, quien deberá resultar vencido en juicio, es el recobrante, E.P.S Famisanar y no el asegurado, en la medida que no se

encuentran razones para que se profiera condena por concepto de costas y agencias en derecho en contra de CHUBB SEGUROS.

III. EXCEPCIONES DE MÉRITO

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.

A. **PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO.**

La prescripción de las acciones del contrato de seguro en relación con la de responsabilidad civil para servicios misceláneos No. 12/21942 habría acaecido, por lo que sería improcedente la afectación del contrato seguro en mención.

Esto se debe a que el asegurado, según lo expuesto en la solicitud de llamamiento en garantía, tuvo conocimiento del hecho origen del reclamo desde el 27 de septiembre de 2016, con la notificación de la demanda que curso ante la Supersalud. Posteriormente contestó la demanda y solicitó el llamamiento en garantía de CHUBB Seguros ante la Supersalud el 06 de octubre de 2016. Dicha solicitud, presentada por el asegurado contra CHUBB SEGUROS (Antes ACE Seguros), constituye una reclamación en los términos del artículo 94 del Código General del Proceso (C.G.P.), lo que interrumpió la prescripción por una sola vez y por el término de un año.

El término de prescripción se reanudó el 06 de octubre de 2017, lo que daba plazo máximo al asegurado para formular nuevamente el llamamiento ante esta jurisdicción hasta el 06 de octubre de 2019. Sin embargo, dicha actuación solo se realizó el 18 de septiembre de 2024, cuando se radicó la contestación y el llamamiento en garantía por parte del asegurado, superando así el término establecido. El fenómeno de prescripción encuentra su fundamento en el artículo 1081 del Código de Comercio el cual indica que:

“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.” (Subrayado y negrilla por fuera

del texto original)

En ese sentido, contrato de seguro suscrito entre CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. (Antes ACE Seguros) y la Unión Temporal FOSYGA 2014, sujeto a las disposiciones del Código de Comercio, establece que las acciones derivadas de dicho contrato prescriben en el término de dos años contados desde el momento en que el asegurado tiene conocimiento del hecho que da lugar a la reclamación. En este caso, el asegurado tuvo conocimiento del hecho generador el 27 de septiembre de 2016, con la notificación de la demanda que curso ante la Supersalud. Posteriormente contestó la demanda y solicitó el llamamiento en garantía de CHUBB Seguros ante la Supersalud el 06 de octubre de 2016.

Dicha solicitud de llamamiento, conforme al artículo 94 del C.G.P., constituye una reclamación que interrumpió la prescripción por una sola vez y por el término de un año. Este término reanudó su curso el 06 de octubre de 2017, y en consecuencia, la parte demandante tenía plazo hasta el 06 de octubre de 2019 para presentar nuevamente el llamamiento en garantía ante la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante, el presente llamamiento en garantía fue radicado el 18 de septiembre de 2024, excediendo así el término legal para ejercer la acción. Este incumplimiento temporal configura la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, tal como lo dispone el artículo 1081 del Código de Comercio y lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adicionalmente, permitir que esta acción prospere a pesar de su radicación extemporánea iría en contravención de los principios de seguridad jurídica y estabilidad contractual, los cuales son fundamentales en el marco de las relaciones derivadas del contrato de seguro. La Corte Constitucional también ha destacado que la prescripción busca proteger la confianza legítima de las partes y garantizar la celeridad en la resolución de los conflictos jurídicos.

Por las razones expuestas, solicito al H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar probada la excepción de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, al haber transcurrido en exceso el término previsto en la ley para ejercer la acción judicial. Esta declaratoria no solo resulta ajustada a derecho, sino que además salvaguarda los principios de seguridad jurídica y equilibrio en las relaciones contractuales.

B. ALCANCE DEL AMPARO CONTRATADO EN LA PÓLIZA NO. 12/21942 – FALTA DE COBERTURA MATERIAL.

La póliza de responsabilidad civil para servicios misceláneos No. 12/21942 no presta cobertura material para el pago de las cuentas de recobro que pretende la parte actora. Lo anterior, debido a que la compañía aseguradora no asumió riesgo alguno por concepto de pago de recobros en la póliza en mención.

Lo anterior se debe a que, la pretensión principal de la demanda busca que se efectúe un desembolso de los recobros reportados con cargo a los recursos del FOSYGA, pero olvida FAMISANAR que el asegurado no ha adquirido por vía legal ni contractual la obligación de efectuar estos pagos, lo cual sí está en cabeza de otra entidad. En este sentido debe observarse una vez más que el objeto de los contratos celebrados entre la UT Nuevo FOSYGA, FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social está limitado a que la parte contratista ejecute una labor de auditoría sobre los recobros que se presenten, excluyéndose la obligación de pagarlos. Al respecto, los objetos contractuales de los contratos suscritos entre Minsalud y las uniones temporales indican lo siguiente:

- Contrato 055 de 2011:

*"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: **Realizar la auditoria en salud**, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios a cargo de la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de Tránsito- ECAT **y las solicitudes de recobro por los beneficios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios explícitos**, ordenados por los Comités Técnico Científicos de las EPS, las Junta 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**". (subraya y negrilla fuera del texto)*

- Contrato 043 de 2013:

*"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: **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." (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)*

Dicho esto, es menester recalcar al H. tribunal que el consorcio SAYP 2011 era el encargado contractualmente de desembolsar los pagos de los recobros que se presentaron, tal y como consta en el encargo fiduciario suscrito entre este consorcio y el Ministerio de Salud y Protección Social.

En ese tenor, y teniendo en cuenta que la póliza en mención ampara los actos erróneos respecto de los contratos 055 de 2011 y 043 de 2013, resulta improcedente que se afecte la póliza por el pago de cuentas de recobros, pues en ninguna cláusula de los mencionados contratos se pactó, como obligación de las uniones temporales, el pago de las cuentas de recobros por servicios en salud no incluidos en el PBS. En ese sentido tampoco existe amparo en la póliza de seguro que contenga cobertura de este riesgo.

Aunado a ello, independientemente del resultado del proceso queda claro que en ningún caso se va a presentar la condición de la que pende la obligación indemnizatoria de la parte aseguradora,

pues la póliza no presta cobertura para reclamaciones que hayan surgido por actos erróneos de terceros diferentes a la entidad asegurada, y concretamente, por FAMISANAR al no haber radicado con el lleno de los requisitos legales establecidos para el efecto, los recobros que ahora viene a exigir judicialmente a una entidad a la que no le corresponde el pago de los mismos, pues simplemente no cuenta con las facultades legales para el efecto.

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, absolviendo de cualquier condena a mi representada.

C. FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA NO. 12/21942 AL SER DE MODALIDAD “CLAIMS MADE” O POR RECLAMACIÓN.

En el presente caso, la póliza de seguro No. 12/21942 suscrita por CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. es de modalidad “*claims made*”, lo que significa que la cobertura solo se activa si la reclamación ocurre durante su vigencia. Dado que la reclamación se generó con la notificación del auto admisorio de la demanda del 5 agosto de 2024, esta tuvo lugar fuera del período de vigencia de la póliza, que expiró el 29 de julio de 2017.

Respecto de la modalidad de cobertura por reclamación o *claims made*, esta, tiene su fundamento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997. Con la nombrada norma se introdujo esta nueva figura, cuya finalidad es que la aseguradora indemnice los perjuicios causados a terceros por hechos pretéritos a la vigencia del contrato de seguro, siempre y cuando, la reclamación, al asegurado o a la aseguradora, se realice dentro de dicha vigencia. La respectiva norma establece lo siguiente:

***“En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.*”**

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años”. (negrita por fuera del texto original)

Si bien el artículo 1131 del Código de Comercio estipula que el siniestro se entiende ocurrido “*en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado*”, con la precitada norma se permitió, a través del pacto expreso entre contratantes, que se amparen hechos anteriores a la vigencia del seguro (retroactividad), bajo la condición de que la reclamación se realice dentro de la referida vigencia. Esto no quiere decir que el requerimiento sea requisito para que se configure la responsabilidad, sino que la obligación de pago de la aseguradora se sujeta al reclamo en el curso de la póliza.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la modalidad *claims made* y su posibilidad de coexistir con las demás disposiciones que se encuentran en el Código de Comercio:

*“Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, **si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual”**⁴. (negrita fuera del texto original)*

Con la Ley 389 de 1997 y lo estipulado en materia del contrato de seguros por el Código de Comercio, se configura una doble exigencia a la hora de reclamar por el acaecimiento de un siniestro cuando se ha pactado esta modalidad. La dualidad consiste en: la materialización del siniestro y la reclamación dentro del término específico. Esta característica diverge del sistema tradicional de ocurrencia, en el cual importa que el hecho dañoso se produzca en la vigencia del contrato de seguro mas no si el requerimiento por el interesado se realiza cuando la póliza haya expirado. Así las cosas, sobre la modalidad descrita la corte recientemente concluyó lo siguiente:

*“Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, **porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso”**⁵. (negrita adrede)*

Dado que la póliza No. 12/21942 tiene una modalidad "claims made", la cobertura solo se activa si la reclamación se presenta durante el periodo de vigencia de la misma. No obstante, en este caso, la reclamación surgió con la notificación del auto admisorio de la demanda al asegurado, realizado 5 de agosto de 2024, cuando se notificó a la asegurada el auto admisorio proferido en este medio de control. Este evento ocurrió fuera del periodo de vigencia de la póliza, el cual expiró el 29 de julio de 2017.

El contrato de seguro bajo la modalidad “claims made” se basa en el principio de especialidad, lo que significa que la vigencia de la cobertura está estrictamente delimitada en el tiempo. Pretender que **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** asuma obligaciones fuera del término contractual no solo desnaturalizaría el contrato de seguro, sino que también iría en contravención de los principios de seguridad jurídica y legalidad que rigen las relaciones contractuales.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de julio de 2017, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, radicado 76001-31-03-001-2001-00192-01.

⁵ *Ibíd.*

Adicionalmente, el asegurado no presentó reclamación alguna dentro del periodo de vigencia de la póliza que pudiera haber extendido la cobertura mediante algún mecanismo específico previsto en las condiciones generales o particulares del contrato. La notificación del auto admisorio del llamamiento en garantía, constituye el primer hecho que podría configurarse como reclamación, y al producirse fuera del periodo de cobertura, no activa la responsabilidad de la aseguradora.

Corolario de lo anterior, solicito respetuosamente al H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar probada la excepción de falta de cobertura temporal de la póliza No. 12/21942, al ser de modalidad "claims made" y haber ocurrido la reclamación fuera del período de vigencia del contrato. En consecuencia, se debe eximir a mi representada, **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, de cualquier obligación derivada de esta reclamación. Esta declaratoria respeta el marco normativo aplicable y los principios de seguridad jurídica en las relaciones contractuales.

D. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE CHUBB SEGUROS POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO.

De acuerdo con la información contenida en la Póliza, entre CHUBB y la UT Nuevo FOSYGA y 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 de los contratos de consultoría 055 de 2011 y 043 de 2013 celebrados entre esas uniones temporales y el Ministerio de Salud y Protección Social. Como su nombre lo indica, este contrato constituye un seguro de responsabilidad civil, respecto a esto el artículo 1127 del Código de Comercio indica lo siguiente:

"Artículo 1127. Definición de seguro de responsabilidad

*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 original)

De acuerdo con el artículo precitado, lo que establece este tipo de seguro es la obligación para el asegurador de cubrir los gastos en lo 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:

Las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y 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".

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 UT Nuevo FOSYGA, FOSYGA 2014, en virtud de una reclamación o demanda que haya tenido origen en actos erróneos cometidos por los asegurados. 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..." (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Respecto de la definición de "acto erróneo" el contrato de seguro lo define como:

"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 en 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 UT Nuevo FOSYGA y 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 del 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 aseguradas no cometieron acto erróneo alguno, no se realiza el riesgo asegurado, y por tanto, no surge

obligación alguna en cabeza de CHUBB SEGUROS por los eventos alegados por FAMISANAR 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 FAMISANAR fueron los que no se presentaron siguiendo las formalidades legales, 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.

Respecto de la realización del riesgo asegurado, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“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.”

En virtud de lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que la póliza con base en la cual se llamó en garantía a mi representada no presta cobertura, de conformidad con las pretensiones alegadas por la demandante, pues las uniones temporales en mención no han 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. Entonces, es evidente que en el caso en concreto no se ha realizado el riesgo asegurado del contrato de seguro en mención.

Por sustracción de materia, no ha nacido a la vida jurídica obligación condicional indemnizatoria en cabeza de mi representada, por lo que definitivamente no puede hacerse exigible la obligación indemnizatoria de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**

Conforme con los argumentos expuestos anteriormente, solicito respetuosamente al H. tribunal Administrativo declarar probada la presente excepción y consecuentemente desestimar las pretensiones del llamamiento en garantía.

E. EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA NO. 12/21942.

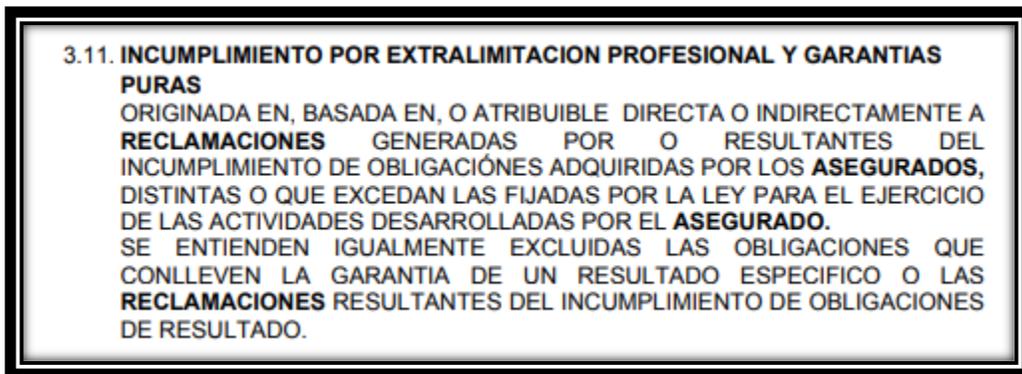
En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento, exigen

al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”⁶

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se exhorta a los jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual debe ponerse de presente al Despacho que las condiciones generales y particulares establecen las siguientes exclusiones aplicables al caso en concreto, en donde se excluyen del contrato de seguros, los siguientes amparos:

Imagen 1



Condiciones generales póliza No. 12/21942

Ante la exclusión de amparo citado, debe decirse que si el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca determina que existió responsabilidad civil en cabeza de los asegurados de la póliza con ocasión a un incumplimiento contractual o extralimitación en las actividades desarrolladas por las uniones temporales, se excluiría este amparo de la póliza, pues así lo pactaron las partes. Por lo cual, mi representada estaría automáticamente exonerada de cualquier obligación indemnizatoria.

Corolario de lo anterior, y en el caso de configurarse la anterior exclusión o alguna de las exclusiones contenidas en las condiciones generales y particulares de la Póliza No. 12/21942, estas deberán ser aplicadas. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad indemnizatoria en cabeza

⁶ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

de mi representada con fundamento en lo convenido contractualmente. Así las cosas, solicito respetuosamente al H. magistrado declarar probada la presente excepción.

F. AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA NO. 12/21942 EN VIRTUD DE SU TEMPORALIDAD RESPECTO DE POR LO MENOS 46 RECOBROS.

Como todo contrato de seguro, en la póliza 12/21942 se pactó una vigencia y temporalidad específica. En la carátula de esta póliza se indica que la vigencia se enmarca entre el 30 de julio de 2016 y el 29 de julio de 2017. Ahora bien, en las condiciones específicas se estableció una fecha de retroactividad, según la cual, 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).

Al respecto, el tercer numeral del acápite de condiciones específicas, consagra:

“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”

Dicho esto, no puede perderse de vista que, sin perjuicio de todo lo que se ha desarrollado en esta contestación, que es razón suficiente para entender que la aseguradora no tiene la obligación de indemnizar, por lo menos 46 recobros presentados por la parte actora, corresponden a operaciones anteriores al 23 de diciembre de 2011. De hecho, estos recobros, ni siquiera fueron auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA ni FOSYGA 2014, pero incluso si se determina lo contrario, es claro que los mismos, de todos modos, no están cubiertas por la citada póliza, en virtud de la temporalidad y la fecha de retroactividad que se estipuló en la misma.

Por tanto, en virtud de la temporalidad de la póliza 12/21942, se establece una razón adicional para comprender que el contrato de seguro celebrado entre **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A** y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 no cubre los hechos que dieron lugar a este litigio y mucho menos, los recobros que correspondan a operaciones anteriores al 23 de diciembre de 2011.

G. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO.

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca

podrá ser superior al valor asegurado. Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización. Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. 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.”

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio establece lo siguiente: **“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”** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En conclusión, no puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo atiende a un carácter meramente indemnizatorio. Por todo lo anterior y teniendo en cuenta la indebida solicitud de la parte actora y la incorrecta tasación de perjuicios e intereses, se deberá declarar probada la presente excepción, y así evitar la contravención del carácter indemnizatorio del contrato de seguro y un correlativo enriquecimiento sin justa causa en cabeza de la parte actora.

H. LIMITES MAXIMOS PACTADOS EN EL CONTRATO DE SEGURO DOCUMENTADO EN LA PÓLIZA No. 12/21942.

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto para la Póliza de Responsabilidad Civil Para Servicios Misceláneos No. 12/21942 se pactó el siguiente límite:

Imagen 2

LÍMITE ASEGURADO	DEDUCIBLE	PRIMA ANUAL (SIN IVA)
USD \$ 10,000,000 toda y cada reclamación y en el Agregado.	10% mínimo USD\$25,000	USD \$ 20.000*

Póliza de Responsabilidad Civil Para Servicios Misceláneos No. 12/21942

Así mismo deberá tenerse en cuenta que el límite asegurado **se encuentra sujeto a la disponibilidad de la suma asegurada.** La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

De conformidad con estos argumentos, respetuosamente solicito declarar probada la presente excepción, en beneficio de mi procurada.

I. DEDUCIBLE PACTADO EN EL CONTRATO DE SEGURO DOCUMENTADO EN LA PÓLIZA NO. 12/21942.

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que, en el contrato de seguro expedido por mi procurada, se pactó el siguiente deducible:

Imagen 3

LÍMITE ASEGURADO	DEDUCIBLE	PRIMA ANUAL (SIN IVA)
USD \$ 10,000,000 toda y cada reclamación y en el Agregado.	10% mínimo USD\$25,000	USD \$ 20.000*

Póliza de Responsabilidad Civil Para Servicios Misceláneos No. 12/21942

Por lo que, de conformidad a las condiciones pactadas en el contrato de seguro, ante una eventual condena que asuma mi representada, debe darse aplicación al deducible que corresponde a un 10% del valor de la pérdida con un límite mínimo de USD \$25.000. En virtud de lo anterior solicito al H. magistrado que solo ante la circunstancia antes descrita, declare probada la presente excepción y descuento del importe de la eventual indemnización, la suma que una vez calculada resulte mayor (porcentaje de la pérdida o límite mínimo tasado en USD\$25,000).

J. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más

reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de la sentencia y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

Solicito respetuosamente al Honorable Magistrado, declarar probada esta excepción.

K. GENÉRICA O INNOMINADA

Me permito solicitar al señor magistrado que, si de la valoración de las condiciones fácticas que se observan en este proceso, logra determinar la existencia de hechos que constituyan una excepción, se sirva reconocerlo de forma oficiosa como corresponda, conforme a lo dispuesto por el artículo 282 del Código General del Proceso.

“ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

*Quando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada. Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.
(...)”*

Por tanto, si después de la valoración del proceso y de las pruebas, aparece probada cualquier otra excepción, solicito respetuosamente declararla probada acorde con la norma transcrita, sin que ello signifique reconocimiento de responsabilidad alguna en cabeza de mi procurada y/o del asegurado.

IV. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

- **DOCUMENTALES**

1. Escritura pública 1599 del 9 de junio de 2022 donde se otorga poder general junto con su certificado de vigencia.
2. Certificado de existencia y representación legal de **CHUBB SEGUROS S.A.**
3. Copia de la carátula, el condicionado particular y general de la Póliza de Responsabilidad Civil Para Servicios Misceláneos No. 12/21942.

- **INTERROGATORIO DE PARTE**

Con el propósito de verificar la veracidad de los hechos de la demanda y el contenido de los documentos referidos a lo largo de ésta, se ruega atentamente al Despacho se sirva fijar fecha y

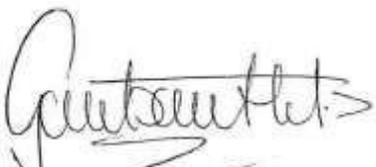
hora para practicar interrogatorio de parte a la señora MARÍA ANDREA GODOY CASADIEGO, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.977.846 de Bogotá D.C., en su calidad de representante legal de la EPS FAMISANAR LIMITADA para este asunto, quien podrá ser ubicada en la dirección de notificaciones que en el momento oportuno señaló ante el Despacho, para que absuelva el interrogatorio que se le formulará verbalmente o por escrito en sobre sellado, y que versará sobre los hechos a los que se refiere la presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

CAPÍTULO VII. NOTIFICACIONES

El suscrito en la Cra 11ª #94ª -23 Oficina 201 de la ciudad de Bogotá; y en el correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Mi representada, **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, recibirá notificaciones en la Cra. 7 #71-21 Torre B piso 7, de la ciudad de Bogotá, y en la siguiente dirección de correo electrónico: notificacioneslegales.co@chubb.com

Del señor Magistrado,
Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá
T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.