

Señores:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: Dra. ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
secsltribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Proceso: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
Demandante: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E
Demandado: LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO.
Llamado en G: CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.
Radicación: 11001310503420140071703

Asunto: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en el presente proceso como Apoderado de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** conforme a poder que obra dentro del expediente, informo que REASUMO el poder a mi conferido y estando dentro del término legal, procedo a presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** dentro del proceso de la referencia, solicitando se **CONFIRME** la sentencia del 24 de septiembre del 2024, proferida por el Juzgado 34 Laboral Del Circuito De Bogotá, en los siguientes términos:

CAPÍTULO I

ARGUMENTOS PARA QUE EL TRIBUNAL CONFIRME LA DECISIÓN TOMADA EN LA SENTENCIA DEL 24/09/2024 PROFERIDA POR EL JUZGADO TREINTA Y CUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

1. EXSITE UNA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LAS UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA Y FOSYGA 2014 FRENTE AL TOTAL DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO, PUES ESTAS FUERON AUDITADAS POR FIDUFOSYGA 2005.

La legitimación en la causa consiste en que el sujeto vinculado al proceso tenga justificación para intervenir dentro de la litis para formular o contradecir las pretensiones de la demanda. Al respecto, el Consejo de Estado indicó lo siguiente:

“La legitimación en la causa-legitimatío ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la Ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquella exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal”

Así mismo, esa corporación adujo que “la legitimación material en la causa activa y pasiva es una condición

anterior y necesario entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado”

Respecto a esta afirmación, es importante recalcar la vigencia del contrato de consultoría No. 55 de 2011 por medio del cual las aseguradas adquirieron la obligación de realizar la auditoria en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones presentadas al FOSYGA. El numeral 17 del artículo 7 de dicha convención. La cual regula los derechos y obligaciones de las partes, establece lo siguiente:

“CLÁUSULA SÉPTIMA. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA, en desarrollo del presente contrato, tendrá los siguientes derechos y obligaciones:

(...)

OBLIGACIONES DE AUDITORÍA

(...)

17. Realizar la auditoria 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 el 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” (subraya y negrita por fuera del texto)

Por su parte el contrato de consultoría No. 043 de 2013 establece:

“Parágrafo. ALCANCE DEL OBJETO. Las labores de auditoría en salud, jurídica y financiera requeridas se desarrollarán sobre las solicitudes de recobros NO POS y las reclamaciones ECAT que se radiquen ante el Fosyga a partir del 1 de enero de 2014; así como respecto de aquellas que por cualquier motivo no hubiesen podido culminar el trámite correspondiente con la firma contratada para adelantar dichas tareas para los recobros y reclamaciones radicados ante el mencionado fondo, hasta el 31 de diciembre de 2013”

De estas disposiciones recién transcritas queda claro que cualquier solicitud de recobro que no esté dentro del límite temporal fijado para determinar la vigencia del contrato no estuvo a cargo de las UT y por ende, no se puede elevar reclamo alguno en contra de las aseguradas. Lo anterior permite evidenciar que ninguna de las reclamaciones fue auditada por las mencionadas Uniones Temporales Nuevo Fosyga y Fosyga 2014, pues la primera inició su actividad desde el 1 de octubre de 2011 y la segunda lo hizo desde el 31 de diciembre de 2013.

Esto permite evidenciar que ninguna de las reclamaciones fue auditada por las mencionadas Uniones Temporales Nuevo Fosyga y Fosyga 2014. Esta situación conlleva a que se predique la falta de legitimación en la causa por pasiva, esto teniendo en cuenta que el total de las reclamaciones que dieron origen a la presente demanda fueron auditadas en su totalidad y de forma exclusiva por parte del Consorcio Fidufosyga 2005, considerando que las Uniones Temporales Nuevo Fosyga y Fosyga 2014 iniciaron sus actividades en el mes de octubre de 2011 y diciembre de 2013 respectivamente

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

Teniendo en cuenta que, con el material probatorio practicado en la litis, quedó probado que el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E no cumplió de manera diligente con los requisitos legales para poder soportar sus solicitudes de cobro, pues bajo ese proceder, surgió la imposición de una serie de glosas que constataban el incumplimiento de las exigencias legales dispuestas para tan fin, mismas que pretende sean reconocidas y pagadas.

Es menester resaltar que el Sistema de Seguridad Social colombiano tiene como objetivo asegurar a los ciudadanos el acceso al derecho a la salud lo que implica poder acudir ante centros médicos y recibir los tratamientos médicos y medicamentos necesarios para tratar un padecimiento. El Estado en su función de garantizar el goce de este derecho, creó un plan obligatorio de salud – POS – compuesto por procedimientos médico-quirúrgicos y medicamentos esenciales para el fomento de la salud y prevención de las patologías que podrían afectar a la población. Sin embargo, el POS no adoptó una lista indefinida de prestaciones médicas, por lo que en ocasiones un paciente requiere de la prestación de un servicio que no está incluido, por lo que el Estado, en principio, no se haría cargo del costo de ese tratamiento o medicina.

No obstante, con la expedición de la ley 100 de 1993 también diversas personas pueden llegar a obtener acceso a prestaciones excluidas del PBS a través de la autorización por parte del Comité Técnico Científico o por medio de un fallo de tutela que autorice y oficie a una institución prestadora de servicios de salud – IPS– a suministrar la prestación requerida. En este último supuesto, la IPS acude ante la entidad promotora de salud para que ésta se haga cargo de los gastos que incurrió a partir de la orden judicial impartida o el concepto técnico científico. Éstas últimas podrán acudir al Estado, el cual por medio del fondo de solidaridad y garantía – FOSYGA – (Hoy en día ADRES) reconocería esas erogaciones con el fin de mantener el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

Sin perjuicio de lo anterior, el Estado colombiano ha buscado regular el procedimiento para elevar las solicitudes de recobro ante el FOSYGA (Hoy ADRES), para determinar la viabilidad del pago y evitar que se realicen pagos indebidos, ya sea por incumplimiento de requisitos legales o porque el gasto alegado ya fue cubierto por el plan de beneficios dispuesto para tal fin. De esta manera, se expidió el Decreto 1281 de 2002, “por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”, el cual en su artículo 15 consagró algunos de los mecanismos vigentes para la protección de los recursos del FOSYGA y le impuso cargas a la entidad receptora del pago del recobro. Dicha disposición reza:

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

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

En los trámites de cobro o reclamación ante el FOSYGA sólo se aceptarán fotocopias como soporte, cuando no sea posible aportar el original y la simple fotocopia no genere duda sobre la veracidad de los hechos a ser demostrados con ella Las compañías de seguros que cuenten

con el ramo de seguro obligatorio de accidentes de tránsito, SOAT, reportarán de manera permanente la información requerida por el administrador fiduciario del Fosyga en los términos y condiciones que establezca el Ministerio de Salud. Igualmente, cuando una reclamación deba ser asumida por la compañía aseguradora y por la subcuenta ECAT del Fosyga, el administrador fiduciario del Fosyga tramitará el pago que le corresponda al fondo una vez demostrado el reconocimiento de la parte correspondiente a la aseguradora.”

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

Así entonces, el Ministerio de Salud y Protección Social celebró con la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, los Contratos de Consultorías No. 055 de 2011 y 043 de 2013, con el objetivo de que esta última realizara la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito –ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

De igual forma, es evidente que el resultado favorable de la auditoría realizada por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, depende exclusivamente de la entidad reclamante, por lo que en este caso el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E quien de manera diligente debió cumplir con todos los requisitos legales exigibles para poder soportar sus solicitudes de cobro. A pesar de lo anterior, dicha entidad no cumplió con su deber a cargo, lo que conllevó a que la Asegurada impusiera una serie de glosas que constataban el incumplimiento de las exigencias legales dispuestas para tal fin.

A partir de lo anterior, no es posible considerar que la negligencia en el actuar del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E, sea subsanada a través de esta instancia alegando el incumplimiento de una obligación, la cual nunca fue exigible por culpa de la negligencia en el actuar de misma.

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

“Por otra parte, no puede admitirse que el acto administrativo demandado vulnere los artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993 y Decreto 1281 de 2002 toda vez que los requisitos del recobro se justifican, por el hecho de que sus pagos son cubiertos con recursos del FOSYGA, que, por ser de salud, exigen mayor vigilancia y control por parte

del Estado, precisamente para garantizar el cumplimiento de lo ordenado en dichos artículos. Además, del aludido artículo 49 no se deduce que el Estado esté obligado a pagar todos los servicios de salud prestados por las EPS sin exigir requisitos, como bien lo anota el Señor Procurador Primero Delegado para Esta Corporación” (subraye y negrilla fuera del texto original)¹.

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

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

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

Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado. Dicha regla, materializada en el aforismo nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio”²

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

En conclusión, para que la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 procediera a emitir un resultado favorable de la auditoría, se requería que el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E. cumpliera con los requisitos legales exigibles para poder soportar sus solicitudes de cobro, lo cual no cumplió a cabalidad, así las cosas, dicha entidad no puede pretender que ser acreedora del pago y que con la presentación de la demanda se corrija su actuar negligente aprovechándose de su propia culpa para el reconocimiento.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 7 de julio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2006-00197.

² Corte Constitucional. Sentencia T 213 del 28 de febrero de 2008. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente T-1774-325.
Bogotá - Cra 11A - No. 94A - 23 Of. 201 Edificio 94º
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212 Centro Empresarial Chipchape +57 315 577 6200 - 602-6594075

3. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN CASO DE UN FALLO FAVORABLE A HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E

En efecto, lo que realmente ocurre en el caso concreto es que en el remoto evento en que se decida revocar la sentencia de primera instancia y como consecuencia se profiera una sentencia condenatoria, sin lugar a dudas la entidad que se vería favorecida por un enriquecimiento sin justa causa es el propio HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E., no sólo al no haber cumplido con los requisitos legales para que, con cargo a los recursos del FOSYGA (Hoy en día ADRES), le sean reconocidos los valores que reclama en sede del presente litigio, sino también en la medida en que estaría siendo compensada sin razón o causa justa alguna.

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

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

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud”.

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

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

“Como ya se indicó, concebimos al enriquecimiento sin causa o, mejor aún, entendemos que no prohijar el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho, que forma parte del derecho natural; siguiendo al maestro Ripert es un deber moral que resulta perfectamente aplicable a cualquier relación jurídica, no sólo como postulado rector, sino como expresión concreta de la equidad, la cual es esencial en un Estado social de derecho como el nuestro”³

En este mismo sentido, en sentencia del 22 de julio del 2009 el Consejo de Estado señaló *“que el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada”⁴*

Con todo, se puede concluir que en el remoto evento en que se profiera una sentencia condenatoria, se

³ PRADA MÁRQUEZ Yolima, *Enriquecimiento sin Causa* en CASTRO DE CIFUENTES Marcela *Derecho de las Obligaciones TOMO I. Universidad de los Andes. Editorial Temis. pp. 840.*

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 22 de julio del 2009. Consejo Ponente: Enrique Gil Botero.

presentaría un doble pago a favor del Demandante, reconociéndole un incremento patrimonial sin justificación alguna, en la medida que los medicamentos, servicios y tecnologías que recobra ya le fueron reconocidos previamente mediante el pago de la unidad de pago por capitación.

4. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DE CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. POR LOS HECHOS DEMANDADOS POR EL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E. PUES LA POLIZA NO. 12/27278 NO PRESTA COBERTURA Y NO SE MATERIALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO.

De conformidad con la información contenida en la Póliza No. 12/27278 donde se concertó el contrato de Responsabilidad Civil para Servicios Misceláneos entre CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., el cual establece una cobertura limitada a la prestación del servicio del desarrollo de los contratos No. 055 de 2011 y No. 043 de 2013 contratos cuyo objeto era realizar auditorías, los cuales fueron celebrados entre la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social. Así las cosas, se evidencia una inexistencia de la obligación por parte de CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., toda vez, que lo pretendido en la demanda no hace parte de los amparos cubiertos por la póliza No. 12/27278 teniendo en cuenta que la demandante pretende el pago por concepto de la cobertura y suministro de procedimientos, servicios o medicamentos no incluidos en el POS o no costeados por las UPC, bajo ese entendido debe tomarse en consideración que como su nombre lo indica, este contrato constituye un seguro de responsabilidad civil, materia que se regula en el artículo 1127 del Código de Comercio de la siguiente manera:

*“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado **con motivo de determinada responsabilidad en que incurra** de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”. (Subrayado y negrilla fuera del texto)*

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

A. La UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 no cometió ningún acto erróneo:

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

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

En términos de la Póliza, lo que se protege mediante este convenio son los eventuales perjuicios que pueda sufrir la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 en virtud de una reclamación o demanda que haya tenido origen en actos erróneos cometidos por la Unión Temporal. Así lo dispone el numeral primero del

acápites de “Condiciones” 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 SEACONTRATADO, POR CAUSA DE UN ACTO ERRÓNEO EN LA PRESTACIÓN DE SUS SERVICIOS PROFESIONALES. LOS ACTOS ERRÓNEOS DEBEN HABER SIDO COMETIDOS CON POSTERIORIDAD AL INICIO DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESPECIFICADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, Y DURANTE EL PERÍODO CONTRACTUAL”.

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

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

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

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

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

Por su lado, en sentencias como la del 6 de mayo de 2014, la Corte Suprema de Justicia ha establecido sobre la realización del riesgo asegurado, lo siguiente⁵:

“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

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de Julio de 2014, MP Ariel Salazar Ramírez.

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 de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo.»

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

La obligación de autoría encomendada a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 es fundamental, pues no debe olvidarse que el objetivo de la normatividad que regula el pago de reclamaciones a las EPS, es proteger los recursos del sector de salud y seguridad social, evitando pagos indebidos o fraudes. Sobre este punto el Consejo de Estado ha indicado “(…) que los requisitos del recobro se justifican, por el hecho de que sus pagos son cubiertos con recursos del FOSYGA, que, por ser de salud, exigen mayor vigilancia y control por parte del Estado”⁶

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

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

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

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

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

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

Cuando se presenta un recobro que no cumple con todos los requisitos legales, el mismo no se aprueba y

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

puede ser devuelto o rechazado, más aún, si el recobro ni siquiera fue radicado oportunamente. El incumplimiento de estos requisitos es un hecho que le es reprochable únicamente a la entidad respectiva, siendo en este caso el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E., en la medida en que se encontró que los recobros radicados por este no cumplieron con las condiciones que la ley establece para que proceda su aceptación.

En efecto, las glosas expuestas por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 dejan en evidencia el actuar negligente de parte de la solicitante, como consecuencia del cual no ha sido jurídicamente procedente la aprobación de los recobros solicitados por el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E.

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

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

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

Así las cosas, resulta menester que el despacho tome en consideración la cobertura temporal del contrato de seguro documentado en la Póliza 12/27278, en la cual, se estableció un periodo de vigencia del 30 de julio de 2017 hasta el 30 de julio de 2018. Al tratarse de un contrato de seguro pactado bajo la modalidad de cobertura temporal *claims made*, por oposición a la modalidad de *ocurrencia* que no es el caso, es indispensable que la reclamación, entendida en los términos del numeral 4 -página 2- de la póliza, esto es, como *“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”*, se haya materializado dentro de dicho periodo de vigencia (30 de julio de 2017 hasta el 30 de julio de 2018), so pena de la falta de cobertura del contrato de seguro y de la inexistencia de responsabilidad indemnizatoria a cargo de mi procurada.

Finalmente, del caso de marras se logró vislumbrar que no se cumplió con la condición eventual de la cual depende la obligación de indemnizar, el decir, no acaeció el riesgo asegurable en los términos del artículo 1072 del ibidem, condición que es pactada por las partes al momento de celebrarse el contrato de seguro, y por tanto, si las mismas no se presentan, en ninguna circunstancia puede surgir obligación en cabeza de la aseguradora. Así pues, quedó plenamente acreditado que la póliza por la cual hoy se encuentra mi

representada dentro del presente proceso, protege ante los eventuales perjuicios que pudiesen sufrir las Uniones Temporales NUEVO FOSYGA y FOSYGA 2014 en virtud de una reclamación o demanda que haya tenido origen en ACTOS ERRONEOS COMETIDOS POR LA UT, situación que, como quedó demostrado, no ocurrió en el presente, pues se pretendía obtener el pago de recobros en cabeza el ADRES y no de la UT, en consecuencia, al haber quedado debidamente demostrado que las UT que hacen parte del presente proceso, no cometieron ningún acto erróneo, no se realiza el riesgo asegurado y por ende, no surge obligación alguna en cabeza de mi representada CHUBB por los eventos alegados por la parte actora, tal y como fue decidido por el juez de instancia, pues las UT solo se limitaron a realizar una labor de auditoría sobre los recobros presentados, cumpliendo con sus obligaciones contractuales de manera diligente de conformidad con lo pactado en el contrato de auditoría 055 del 2011 y 043 del 2013.

Para concluir, es importante tener en cuenta que:

(i) Se reitera, no se puede perder de vista que la intervención de las UT se dio en el marco de sus obligaciones contractuales asumidas, correspondiente únicamente la realización de auditoría de salud, jurídica y financiera a los recobros, sin embargo, el rechazo u objeción de estos fue parte de la función adquirida, sin transferirse obligación del FOSYGA hoy ADRES para la realización de pagos en caso de aprobación.

(ii) El objeto del seguro contenido en la Póliza por la cual mi representada se encuentra vinculada dentro del presente litigio, no corresponde a garantizar las obligaciones de pago del FOSYGA hoy ADRES, sino, como ya se ha mencionado dentro de todo el cause procesal, a los actos erróneos que pueda incurrir el asegurado en la ejecución de los contratos de auditoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013, sin que dentro del presente se haya demandado algún tipo de acto erróneo incurrido por las UT, sino el pago de recobros que afectan directamente a quien tiene la obligación en dicha situación.

Conforme a lo anterior, tal y como fue identificado por el juez de primera instancia, no existe, ni existió fundamento alguno para declarar que se debiera afectar la Póliza de Seguro emitida por mi representada CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

5. MARCO DE LOS AMPAROS Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR.

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

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

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

*cargas que de él dimanar*⁷

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

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

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

CAPÍTULO II **PETICIÓN**

PRIMERA: Solicito respetuosamente al H. Tribunal Superior de Bogotá– Sala Laboral al resolver el grado jurisdiccional de consulta **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia del 24 de septiembre de 2024, proferida por el Juzgado 34 Laboral Del Circuito De Bogotá, por las razones ya expuestas.

SEGUNDA: De manera subsidiaria y en el remoto evento en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá– Sala Laboral profiera condena alguna en contra de mi representada, cualquier decisión entorno a la relación sustancial de CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., se debe regir o sujetar a todas y cada una de las condiciones generales y particulares de la póliza, la vigencia de la póliza, los amparos otorgados y los límites establecidos, tal como se indicó con anterioridad.

Cordialmente,



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

⁷ Corte Suprema de Justicia –Sala Civil-, Sentencia del 2 de mayo de 2000. Ref. Expediente: 6291.M.P.: Jorge Santos Ballesteros.