

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE FACATATIVÁ

Facatativá, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO: 252693333003-2018-00233-00
DEMANDANTE: PROGEMP S.A.S.
DEMANDADO: ESE HOSPITAL MARIA AUXILIADORA DE MOSQUERA
LLAMADO EN GARANTÍA: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DECISIÓN: AUTO – RESUELVE EXCEPCIONES PREVIAS

En primer lugar, téngase en cuenta que, mediante proveído del 5 de diciembre de 2019, se tuvo por contestada la demanda dentro del término legal y se resolvió la solicitud de prejudicialidad alegada por la ESE HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA DE MOSQUERA.

Además, se tiene que SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. contestó en tiempo el llamamiento en garantía y la demanda mediante escrito que obra en el archivo denominado “34Contestacio□nDemanda.pdf” y “39Excepciones.pdf”¹ del expediente digital, sobre el cual, la ESE HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA DE MOSQUERA, dentro de la oportunidad legal, recorrió traslado a través del documento denominado “40Contestacio□nExcepciones.pdf” ídem.

De otro lado, el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020 y el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021 establecieron que las excepciones previas se decidirán conforme a los artículos 100, 101 y 102 del CGP, esto es, antes de la celebración de la audiencia inicial.

En tal medida, se observa que la demandada propuso como medida la **falta de legitimación en la causa por pasiva**, para lo cual expresó, entre otros, que “quien tiene que responder por las presuntas obligaciones es la señora PAOLA ALEXANDRA LINARES ESCOBAR y HERNÁN DARÍO LOTTA MONROY, en la medida que fue el (sic) quien suscribió el convenio de cooperación gratuita con la cooperativa sin la correspondiente Disponibilidad Presupuestal, por lo que al tenor del artículo 71 del decreto 111 de 1996 debe responder con su peculio, inciso quinto (...);” más

¹ Los archivos 35- 39 del expediente digital, hacen parte de los documentos presentados por el llamado en garantía dentro de la contestación a la demanda y al llamamiento en garantía.

adelante manifiesta que ellos conocían que no existían disponibilidad presupuestal; no obstante, "siguieron facturando como sino hubiese pasado nada".

En el término de traslado, la parte actora guardó silencio.

Para resolver, es pertinente mencionar que existe una legitimación en la causa de hecho y otra material, aquella se refiere a la relación jurídica procesal de quienes intervienen en el proceso, con independencia de su participación efectiva en los hechos objeto de debate; esta – la material – se relaciona con la participación real de los que intervinieron en los hechos y es una condición necesaria para acceder a las pretensiones, por tanto, de no encontrarse esta última demostrada, la consecuencia jurídica será que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Expuesto lo anterior, el despacho observa que en el escrito de demanda se solicita que se declare que la ESE HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA incumplió los contratos No. 174-2016 y 197-2016 por la omisión en el pago de las facturas No. 28, 31, 33-1, 27 y 32; al propio tiempo solicitó que se le condene al pago total de la deuda junto con intereses moratorios, entre otras solicitudes. Como sustento expresó que el 18 de marzo de 2016 celebró contrato de prestación de servicios para la gestión y apoyo integral del proceso de depuración y recuperación de cartera con la demandada; también dijo que el 18 de abril de 2016 suscribió contrato para la prestación de servicios de facturación, asignación de servicios asistenciales, amado de cuentas y atención a las líneas call center con la ESE demandada; que frente a uno y otro contrato se suscribieron sendos otrosíes.

De conformidad con lo expuesto, encuentra el despacho que la ESE HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA se encuentra legitimada en la causa por pasiva de hecho, en tanto que la parte actora le endilga de manera concreta responsabilidad y al efecto menciona hechos concretos donde presuntamente participó; por supuesto, asunto diferente será determinar si en efecto, le asiste razón a al demandante y si los argumentos del hospital tienen fundamento para establecer si en efecto se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva material, lo que solo puede ser definido en la sentencia.

Por otro lado, la llamada en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., al contestar la demanda, propuso la excepción previa de "*ineptitud parcial de la demanda por falta de requisitos formales por no agotamiento del requisito de procedibilidad*"² y en el escrito de

² Archivo "39Excepciones.pdf" del expediente digital.

contestación al llamamiento, propuso la excepción de “*prescripción de cualquier derecho derivado del contrato de seguro*”³, el Despacho se pronunciará tal como sigue:

Sobre la **excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales**, la llamada en garantía asegura que el extremo accionante sostiene que agotó la conciliación, como requisito de procedibilidad, sobre los hechos y pretensiones a partir de los cuales incoa la presente acción, en la audiencia de conciliación que se llevó a cabo el día 15 de marzo de 2018 ante la Procuraduría 198 Judicial I Administrativa de Facatativá; sin embargo, advierte que, al analizar las pretensiones que se dejaron plasmadas en el acta de audiencia de conciliación,⁴ estas no guardan identidad con la pretensión de la demanda en la que se reclama los “*perjuicios directos, de los cuales reclamo únicamente los intereses corrientes de 3 créditos que se tuvieron que sacar para afrontar el reiterado incumplimiento de la E.S.E.*”⁵ la cual estimó en cuantía de \$62.379.254, por lo que sostiene que sobre esta pretensión no se agotó el requisito de procedibilidad.

Ahora bien, de acuerdo con lo reglado en el numeral primero del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales”. A su vez, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, para acreditar este requisito se debe allegar la constancia en la que se indique que la conciliación extrajudicial fue fallida.

La consecuencia de no acreditar el trámite conciliatorio, es la inadmisión de la demanda, pues así lo dispone el numeral 7 del artículo 90 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011; empero, si se allega el documento con el cual el demandante pretende acreditar este requisito y se advierte que en esa audiencia no se agotó en debida forma el requisito de conciliación frente a las pretensiones planteadas en la demanda o en su reforma, no resulta procedente la inadmisión, pues el demandante no podría agotar el requisito en el corto término legal previsto para corregir la demanda, de acuerdo a lo previsto en el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011.

³ Folio 23 – 26 del archivo “34ContestaciónDemanda.pdf” del expediente digital.

⁴

⁵ Página 33 del archivo “13DemandaControversia.pdf” del expediente digital.

Lo que permite establecer en primer lugar, que en caso de prosperar la excepción previa alegada por el llamado en garantía, la consecuencia sería rechazar la pretensión sobre la que recae la excepción.

Así, le corresponde a este despacho determinar si es cierto que en la solicitud de conciliación prejudicial se ventilan pretensiones diferentes a las de la demanda; para lo cual, se hará la comparación de las pretensiones entre cada uno de estos escenarios:

PRETENSIONES	
CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL⁶	MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES⁷
Que se declare el incumplimiento de los contratos 147-2016 y 197-2018 por parte de la convocada E.S.E. María Auxiliadora de Mosquera y la liquidación de los mismos.	1. Que se declare el incumplimiento de la E.S.E. MARÍA AUXILIADORA en los contratos 147-2016 y 197-2018 por la omisión al pago de las facturas No. 28, 31, 33-1, 27 y 32, las cuales fueron presentadas ante la entidad con la documentación requerida y dentro del plazo establecido.
Que se reconozca la deuda por el monto total de las facturas No. 28, 31 y 33-1 y No. 27 y 32 de los contratos 147-2016 y 197-2016 respectivamente, las cuales fueron presentadas ante la entidad dentro del plazo establecido y aceptadas a satisfacción, de acuerdo con el certificado de cumplimiento.	2. Que se condene a la E.S.E. MARÍA AUXILIADORA al pago total de la deuda,
	y de los perjuicios de acuerdo a los valores aquí descritos, los cuales se declaran bajo JURAMENTO ESTIMATORIO, conforme a lo establecido en el artículo 206 del Código General del proceso (Ley 1564 de 2012). La tasación razonable se expone a continuación (...)
Que se realice la propuesta de un plan de pago, para la cancelación de la suma total de las facturas, adeudadas por \$181.167.481.	2.2. 1. De acuerdo al cuadro en el que se discriminan los valores pretendidos ⁸ , se reclama la condena por el incumplimiento del pago de las facturas 28,27, 32,31 y 33-1 la suma de \$1.81.167.481,00.

⁶ Página 16-19 del archivo "09Anexo6.pdf" del expediente digital.

⁷ Página 33 del archivo "13DemandaControversia.pdf" del expediente digital.

⁸ Página 33 del archivo "13DemandaControversia.pdf" del expediente digital.

Que se paguen el total de los intereses moratorios causados con ocasión del incumplimiento en el pago por parte de la convocada. El pago de los intereses moratorios a Diciembre de 2017, conforme a la tasa máxima de la Superintendencia Financiera está valorado en \$62.974.706.	2.2. 2. De acuerdo al numeral 2.2. del escrito de demanda ⁹ , se pretende la condena por concepto de “intereses moratorios de las 5 facturas al 16 de octubre de 2018”, la suma de \$117.034.192,73
	2.2. 3. Por concepto de “perjuicios directos de los cuales reclama los intereses corrientes de 3 créditos que se tuvieron que sacar para afrontar el reiterado incumplimiento de la E.S.E.” ¹⁰ (negrilla fuera de texto), solicitó el reconocimiento y pago de \$62.379.254.
Para una suma total que se estima en \$244. 142. 187.	2.1. Suma total: \$360.580.927,73

Sobre el particular, la Jurisprudencia del Consejo de Estado,¹¹ ha sostenido que en lo que respecta a las pretensiones, en cada caso se debe analizar que el objeto de controversia sea el mismo en una y otra, sin que resulte exigible la total identidad entre los dos documentos, ya que:

Si bien debe existir congruencia entre las formuladas en la solicitud de conciliación extrajudicial y la demanda no se requiere que sean exactamente coincidentes o iguales. En el caso sub lite, la Sala observa que el objeto de controversia que llevó al demandante a presentar la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público y el que lo llevó a presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el mismo. En efecto, de la comparación entre las pretensiones expuestas en la solicitud de conciliación prejudicial y las consignadas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, se observa que si bien no son exactamente iguales gramaticalmente hablando, si se evidencia una congruencia entre los dos escritos. (...) Recuerda la Sala que el a quo fundó su decisión en el artículo 6º literal d) del Decreto 1716 de 2009, en cuanto la solicitud de conciliación debe contener las pretensiones que formula el convocante, entre las cuales no se encuentran todas las que ahora plantea el recurrente. Al respecto, de la lectura de la norma, la Sala estima que ellas hacen referencia a que se formulen las pretensiones, pero no exige que las mismas contenidas en la solicitud de conciliación prejudicial sean exactamente coincidentes con aquellas que se

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia del 4 de marzo de 2020. M.P. Oswaldo Giraldo López. Rad. Núm. 25000234100020180047101.

presentan posteriormente en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho"¹² (negrilla fuera de texto)

Así, el Consejo de Estado¹³ dentro del expediente 25000234100020180047101, evidenció que las pretensiones elevadas en uno y otro escenario guardaban identidad en el objeto de la controversia, de tal forma que la modificación en la cuantificación de la indemnización pretendida, derivó del reconocimiento de derechos y situaciones jurídicas consolidadas en favor de los accionantes, las cuales fueron anunciadas dentro del escenario de conciliación. Empero, para el caso que nos ocupa, se advierte que la condena pretendida no fue anunciada dentro del escrito de conciliación.

En este caso, de acuerdo al cuadro comparativo y lo señalado por la jurisprudencia, tal como lo alega el llamado en garantía, dentro de la audiencia de conciliación cuya acta fue aportado al expediente,¹⁴ no se hizo mención alguna a las pretensiones sobre la indemnización de los denominados "perjuicios directos" en los que se reclama la indemnización de los daños que presuntamente le causó la entidad al accionante, por el no pago de unas obligaciones de origen contractual, perjuicio que modifica parcialmente el objeto de la controversia, por cuanto, en sede de conciliación se hizo referencia únicamente a (i) la pretensión declarativa de incumplimiento en el pago de determinadas facturas y a (ii) las pretensiones condenatorias sobre el pago de capital e intereses moratorios de dichas obligaciones, sin que se mencionara la existencia de un daño adicional del que se desprenda una indemnización de perjuicios diferentes a aquellos implícitos en el reconocimiento de intereses moratorios.

Por lo que, este Despacho considera que sobre este perjuicio, debió haberse agotado el requisito de procedibilidad, toda vez que la controversia contractual sobre la que se erige la presente acción recae sobre el tópico de incumplimiento contractual y en escenario de conciliación se propuso por el accionante la presunción de perjuicios a través de el reclamo de intereses moratorios, sin que se advirtiera la existencia de perjuicios mayores; de lo que se desprende la consecuencia referida párrafos arriba, esto es, el rechazo de la pretensión contenida en el numeral tercero de la pretensión condenatoria, consistente en el pago de los denominados "**perjuicios directos**" que según el extremo accionante, corresponden a los intereses corrientes de tres (3) créditos a

¹² Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia del 3 de diciembre de 2015. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. Núm. 13001-23-33-000-2012-00043-01.

¹³ Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia del 4 de marzo de 2020. M.P. Oswaldo Giraldo López. Rad. Núm. 25000234100020180047101.

¹⁴ Página 16-19 del archivo "09Anexo6.pdf" del expediente digital.

los que tuvo que recurrir para afrontar el incumplimiento de la E.S.E. en el pago de las facturas referidas.¹⁵ Se encuentra demostrada la excepción.

La llamada en garantía propuso la excepción de **prescripción de cualquier derecho derivado del contrato de seguro**¹⁶ y al efecto advirtió que de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1081 del Código de Comercio, los derechos derivados del contrato de seguro tienen una prescripción ordinaria de dos años contados a partir de la fecha en la que el interesado conoció o debió conocer de la existencia del siniestro.

Según la compañía de seguros, el ejercicio del derecho de acción se hizo de forma extemporánea por parte de la ESE HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA DE MOSQUERA al contar el término de prescripción desde (i) las fechas de celebración de los contratos – 18 de marzo y 18 de abril de 2016-, (ii) la fecha de suscripción de los otrosíes – 6 de mayo de 2016 o (iii) a partir del alegado incumplimiento en el pago de las facturas – 25 de junio y 8 de agosto de 2016-.

A su turno, la ESE HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA DE MOSQUERA sostuvo que tuvo conocimiento de la existencia del siniestro desde el 9 de mayo de 2019, fecha en la que el Juzgado de Instancia le notificó de la existencia del proceso de la referencia, por lo que el conteo del término debe efectuarse desde dicha fecha.

Para **resolver** se tiene lo siguiente que el llamamiento en garantía hecho por la ESE HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA DE MOSQUERA se hizo en virtud de las pólizas de seguro expedidas por SEGUROS SURAMERICANA que a continuación se describen:

1. Póliza multi-riesgo empresarial No 0307680-8¹⁷, con vigencia del 18 de febrero de 2016 al 18 de agosto de 2016 y un valor asegurado de \$2.430.018.072.
2. Póliza de fraude de empleados No 0028772-1¹⁸, con vigencia del 18 de febrero de 2016 al 18 de agosto de 2016 y un valor asegurado de \$30.000.000.
3. Póliza de responsabilidad civil profesional No 0394157-8¹⁹ con vigencia del 18 de febrero de 2016 al 18 de agosto de 2016 y un valor asegurado de \$300.000.000.

Lo anterior, al considerar que, el día 6 de mayo de 2016, ocurrió el siniestro que da lugar a la afectación de las pólizas de seguro referidas, en caso de

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Folio 22 – 26 del archivo "34ContestacionDemanda.pdf" del expediente digital.

¹⁷ Visible a folio 8- 15 del documento "35Anexo1.pdf" del expediente digital.

¹⁸ Visible a folio 7 y 16 del documento "35Anexo1.pdf" del expediente digital.

¹⁹ Visible a folio 17 del documento "35Anexo1.pdf" del expediente digital.

condena en contra de la entidad, debido a la suscripción del otrosí No 2 al contrato 174 de 2016 y otrosí No 1 al contrato 197 de 2016, en los que se contrajo la obligación de expedir una serie de certificados de disponibilidad contractual con sus respectivos registros presupuestales, los cuales no se adelantaron por el gerente y supervisor vinculados a la E.S.E. para la época de los hechos.

Los hechos sobre los cuales se hace el análisis de responsabilidad contractual que reclama la sociedad PROGEMP S.A.S. se relacionan con el presunto incumplimiento contractual que acaeció por el no pago de unas facturas dentro de la ejecución de los contratos 174 y 197 de 2016, las cuales, según el extremo accionante, debieron haberse cancelado el 25 de junio de 2016 (facturas 28 y 27 de 2016) y el 8 de agosto de 2016 (factura 31, 33-1 y 32 de 2016); cuyo impago surge, según los accionantes y ESE HOSPITAL MARIA AUXILIADORA DE MOSQUERA, en razón a la ausencia de certificado de disponibilidad presupuestal y registro presupuestal.

De lo descrito, se puede extraer que el riesgo del que surge el llamamiento en garantía es en razón a la suscripción de los otrosíes referidos, cuyo perjuicio se concretó, presuntamente, en el impago de las obligaciones cuya fecha de vencimiento son del 25 de junio de 2016, sobre las obligaciones contenidas en las facturas 28 y 27 de 2016 y del 8 de agosto de 2016, en relación con las facturas 31, 33-1 y 32 de 2016.

Ahora bien, en lo que respecta a la oportunidad legal para ejercer la acción contra la compañía de seguros, de acuerdo con lo reglado en el artículo 1131 del Código de Comercio en concordancia con lo previsto en el artículo 1081 ídem, este es de cinco años, como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰, al sostener lo siguiente:

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado estos dos artículos sistemáticamente y ha concluido que la prescripción en la acción directa respecto de la víctima es la extraordinaria, la cual tiene un término de 5 años, los cuales deben empezar a computarse a partir del momento en que ocurre el siniestro, así:

“En realidad el legislador nacional, al sujetar la prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador a la ocurrencia del hecho provocante del daño irrogado, y no al enteramiento por parte de aquella del acaecimiento del mismo, previo que el fenecimiento de dicha acción sólo podía producirse por aplicación de la mencionada prescripción extraordinaria, contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio. Por consiguiente (...) opto por la prescripción extraordinaria que, por contar con un término más amplio- cinco años-, parece estar más en consonancia con el principio bienhechor fundante de dicha acción”

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 17 de marzo de 2021, radicado 73001-23-31-000-2011-00166-01 (52705). Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz.

Así, es claro que no transcurrieron cinco años desde la fecha en la que presuntamente acaeció el riesgo – 25 de junio de 2016 y 8 de agosto de 2016- y fecha en la que se hizo el llamamiento en garantía -13 de junio de 2019-. Por lo que no se encuentra probada la excepción propuesta por la compañía de seguros.

Por su parte, el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. En consecuencia, al no estar demostradas, **no se condenará en costas.**

Finalmente, reunidos los requisitos de que trata el artículo 76 del Código General del Proceso, téngase en cuenta la renuncia presentada por GERMAN ALFREDO MANCERA BARBOSA y en ese orden, se reconocerá personería jurídica al abogado ULDARICO SOTO ROJAS para que actúe como apoderado de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA DE MOSQUERA en los términos del poder conferido.²¹ Así mismo, se reconocerá personería jurídica al profesional RICARDO VELEZ OCHOA identificado con la cédula de ciudadanía No 79.470.042 y tarjeta profesional No 67.706 del C.S. de la J., para que actúe en los términos del poder conferido en favor de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.²²

En mérito de lo expuesto, el Despacho **RESUELVE:**

PRIMERO. DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de hecho, propuesta por la ESE HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA DE MOSQUERA.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la “excepción de prescripción de cualquier derecho derivado del contrato de seguro” alegada por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA, conforme a la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción previa de falta de los requisitos de procedibilidad de agotamiento de la conciliación prejudicial sobre la pretensión contenida en el numeral tercero del punto “2.2.” de las pretensiones de la demanda consistente en los “perjuicios directos de los cuales reclama los intereses corrientes de 3 créditos que se tuvieron que sacar para afrontar el reiterado incumplimiento de la E.S.E.”, estimados en cuantía de \$62.379.254.

CUARTO: Sin condena en costas.

²¹ Visible en la página 5 del archivo “RenunciaPoder.pdf” del expediente digital.

²² Página 29 del archivo “34ContestaciónDemanda.pdf” del expediente digital.

QUINTO: En los términos del poder conferido se **RECONOCE** personería al abogado ULDARICO SOTO ROJAS identificado con la cédula de ciudadanía No 7.687.621 y tarjeta profesional No 90.689 del C.S. de la J., para que represente a la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA DE MOSQUERA.**

SEXTO: En los términos del poder conferido se **RECONOCE** personería al abogado RICARDO VÉLEZ OCHOA identificado con la cédula de ciudadanía No 79.470.042 y tarjeta profesional No 67.706 del C.S. de la J., para que represente al llamado en garantía, **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

SÉPTIMO: En firme esta providencia ingrese el expediente al despacho para proveer.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Paola A. Bejarano Erazo
PAOLA ANDREA BEJARANO ERAZO
JUEZ

CXGA

<p>República de Colombia Rama Judicial del Poder Público JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE FACATATIVA NOTIFICACIÓN POR ESTADO</p> <p>El anterior auto fue notificado a las partes por Estado No. <u>23</u> de fecha: <u>30 de septiembre de 2021</u> a las 8:00 a.m. En constancia firma,</p> <p>_____ MERCY CAROLINA CASAS GARZÓN</p>
--