



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC487-2022

Radicación n.º 08001-31-03-006-2016-00078-01

(Aprobado en sesión virtual de veinticuatro de febrero de dos mil veintidós)

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso de casación interpuesto por T.B.G. S.A. (antes Inversiones Tcherassi Barrera & Cía. S. en C.) y Enrique Tcherassi Huyke, frente a la sentencia de 26 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, dentro del proceso que promovieron contra Compañía de Seguros Bolívar S.A.

ANTECEDENTES

1. De acuerdo con la demanda reformada (folios 367 y siguientes del cuaderno principal), los accionantes y ahora recurrentes pretendieron:

Primero: Declarar civilmente responsable a la sociedad Compañía de Seguros Bolívar S.A. por el incumplimiento del contrato de seguro 'Póliza World Medica Bolivar No. 1510-5562287-01' debido a la no cancelación de los gastos médicos para la práctica de la

cirugía Fusión en Columna Toracolumbar con instrumentación y Toracoplastia al menor asegurado Enrique Tcherassi Huyke en el Nicklaus Childrens Hospital (Miami – U.S.A.), practicada el 14 de diciembre de 2015, valorados en la suma de ciento cincuenta y dos mil doscientos veintisiete dólares (US152,227), según relación de costos de fecha diciembre 14 de 2015.

Segundo: En consecuencia, ordenar el reembolso de la suma de ciento cuarenta y dos mil doscientos veintisiete dólares (US142,227) que a la tasa de cambio (\$3.356) del día de pago, diciembre 15 de 2015, equivalente a la suma de cuatrocientos setenta y siete millones trescientos trece mil ochocientos doce pesos M.L. (\$477.313.812) a favor de la sociedad T.G.B. S.A. antes Inversiones Tcherassi Barrera & Cía. S. en C. ó de Alfredo Enrique Tcherassi Barrera, quien en su calidad de representante legal de la sociedad... y padre del menor asegurado pagó dicha suma el día 15 de diciembre de 2015, por los gastos incurridos en el Nicklaus Childrens Hospital (Miami – U.S.A.), con ocasión de la atención médica prestada al menor Enrique Tcherassi Huyke, valorados en la suma de ciento cincuenta y dos mil doscientos veintisiete dólares (US152,227) menos el deducible de diez mil dólares (USD\$10.000) (folios 367 y 368 ídem).

2. Los reclamantes soportaron su pedimento en los hechos que admiten el siguiente compendio:

2.1. Con la póliza n.º 1510-5562287-01, contratada por Inversiones Tcherassi Barrera & Cía. S. en C., la aseguradora se obligó a pagar los gastos médicos en que incurrieran los asegurados, incluyendo a Enrique Tcherassi Huyke, hasta por un valor de dos millones de dólares (US\$2.000.000), con un deducible de diez mil dólares (US\$10.000).

2.2. Al momento de contratación del amparo -26 de marzo de 2003-, Enrique Tcherassi Huyke tenía dos (2) años

de edad, sin padecimientos, patologías o enfermedades previas, y no se realizaron exámenes médicos de ingreso.

2.3. Sólo hasta el año 2009 el beneficiario presentó quebrantos de salud, por lo que fue necesario practicarle el *cierre de un defecto del tabique auricular*, cuyos costos fueron reembolsados por Seguros Bolívar.

2.4. En el año 2014, al entonces adolescente, le diagnosticaron «*escoliosis toracolumbar progresiva*», sugiriéndose una intervención correctiva de la curva. La institución *Nicklaus Children's Hospital*, ubicada en Estados Unidos de América, fue contratada para la cirugía y Olympus Managed Health Care Inc., administrador del *Plan de Beneficios*, autorizó la cobertura del 100%.

2.5. El 11 de diciembre del mismo año, último día laboral previo a la realización de la cirugía, el administrador revocó la autorización, con el argumento de «*que el paciente presenta un desorden genético denominado 'Síndrome de Marfan' que es una exclusión de la póliza*» (folio 4 del cuaderno principal).

2.6. La fusión de columna toracolumbar con instrumentación y toracoplastia se realizó y fue pagada por los interesados, sin que la aseguradora sufragara sus costos.

3. La convocada se opuso a las pretensiones (folios 411 y siguientes del cuaderno principal), bajo la consideración de

que cumplió con sus obligaciones y no resulta procedente ordenar un pago en favor de quien no es demandante o parte dentro del proceso.

Después de aceptar, clarificar y rehusar algunos hechos, remarcó que Enrique Tcherassi Huyke padece del síndrome de Marfan, el cual se manifiesta *«en el sistema esquelético, generando, entre otras posibilidades, escoliosis»* (folio 418), enfermedad congénita que sólo fue conocida por la aseguradora durante el trámite para la autorización de la *Fusión en Columna Toracolumbar con instrumentación y Toracoplastia*.

Además, formuló las excepciones que intituló *«falta de legitimación activa de T.B.G. S.A.»*, *«improcedencia del reconocimiento de las pretensiones a favor de Enrique Tcherassi Huyke»*, *«improcedencia del reconocimiento de las pretensiones a favor de Alfredo Enrique Tcherassi Barrera»*, *«falta de validez probatoria de los documentos aportados con la reforma de la demanda como prueba del pago»* y *«falta de cobertura de la póliza por la existencia de exclusión contractual»*.

4. El Juzgado 6º Civil del Circuito de Barranquilla, el 3 de abril de 2018, emitió sentencia de primer grado en la que denegó las pretensiones (folios 525 y 526).

5. Al desatarse la apelación propuesta, el superior confirmó la providencia criticada en veredicto oral del 26 de abril de 2019 (folios 11 a 14 del cuaderno 3).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de tener por establecida la legitimación en la causa, por cuanto los demandantes tienen la calidad de tomador y beneficiario de la póliza, respectivamente, siendo aquélla la que pagó la cirugía, invocó el artículo 1056 del Código de Comercio para argumentar que las aseguradoras tienen autonomía en la determinación de los riesgos cubiertos.

Descendió al análisis de la póliza, en particular, a las exclusiones contenidas en la condición segunda, que en su numeral 4º exceptúa los gastos ocasionados como consecuencia «*de enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas*», esto es, los trastornos ocurridos durante el desarrollo embrionario o como consecuencia de un defecto hereditario.

Arguyó que, como Enrique Tcherassi sufre del síndrome de Marfan -desorden hereditario del tejido conectivo-, el cual se asocia con anomalías en los sistemas cardiovascular, esquelético y ocular, se materializó la exclusión contenida en el contrato.

Precisó que, si bien la jurisprudencia ha rechazado las exclusiones genéricas, lo cierto es que la enfermedad del asegurado es de difícil diagnóstico, de allí que la práctica de exámenes al momento de la vinculación no hubiera tenido la aptitud de establecerla, al punto que la patología sólo fue detectada cuando el niño tenía 11 años de edad. *«De manera que aun cuando la demandada hubiera actuado con diligencia y cuidado en la realización de exámenes médicos al menor de la referencia para verificar su estado de salud, no le hubiere resultado posible detectar que éste padecía del síndrome de Marfan, de manera que aunque tal patología no fue referida expresamente como una de aquellas excluidas de cobertura del contrato de seguro, no por ello puede sostenerse que no esté cobijada dentro de la expresión general de exclusión de enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas, pues su difícil diagnóstico permitió que sólo cuando el joven estaba en su etapa adolescente pudiera ser diagnóstico».*

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contra la providencia resultante de la apelación se propusieron dos (2) embistes (folios 17 y siguientes del cuaderno Corte), de los cuales únicamente se estudiará el inicial por estar llamado a prosperar.

CARGO PRIMERO

Acusó la violación directa de los artículos 1056 del Código de Comercio, 37 y 41 de la ley 1438 de 2011, 3º de la

ley 1751 de 2015, 18 a 21 del decreto 806 de 1998 y 2º del Decreto 1222 de 1994, por cuanto, si bien el sentenciador de instancia aceptó que las exclusiones deben estar señaladas de forma taxativa con base en el examen médico, *«adicionó la interpretación del art. 1056 del Código de Comercio con el siguiente criterio, a saber, que la aseguradora -obrando con diligencia y cuidado en la realización de exámenes médicos al momento de incorporar a una persona como beneficiario de un seguro de salud- no hubiera podido detectar la enfermedad congénita que fundamenta la reclamación, entonces puede aducir la exclusión con posterioridad a la contratación de la cobertura de salud y negar la reclamación basada en la enfermedad congénita así excluida»* (folio 29).

Sostuvo que la póliza de salud está regida por las normas que gobiernan el sistema general de seguridad social, en concreto, el artículo 3º de la ley 1751 de 2015, el cual establece que debe materializarse este derecho fundamental; los cánones 37 de la ley 1438 de 2011, 21 del decreto 806 de 1998 y 41 de la ley 1438 de 2011, que prohíben a las aseguradoras alegar, durante la renovación del contrato, la incorporación de exclusiones adicionales a las señaladas expresamente al momento de suscribir el contrato; los preceptos 18 a 21 del decreto 806 de 1998, relativos a los planes adicionales de salud, que disponen que *«las exclusiones relacionadas con preexistencias a determinada cobertura»* deben estar *«establecida[s] previamente a la celebración del contrato, ya que durante el transcurso del contrato no es posible alegarlas»* (folio 32).

Invocó el artículo 2º del decreto 1222 de 1994 para remarcar que las exclusiones deben especificarse, según patologías, procedimientos y exámenes excluidos, pues las demás son inoponibles a los usuarios.

Con lo expuesto coligió que no podía invocarse el síndrome de Marfan como exclusión, al no estar especificada en la póliza; por tanto, *«el tribunal habría tenido que fallar el litigio con base en el artículo 1056 del Código de Comercio, interpretado en armonía con las reglas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud»*.

Adicionalmente aseguró que, ante la ausencia de exámenes médicos al comienzo de la cobertura del seguro de salud, no era dable invocar enfermedades congénitas que se manifestaran con posterioridad como exclusión, ni fundar una objeción a la reclamación por este hecho.

Por tanto, concluyó que se exoneró indebidamente la responsabilidad contractual de la demandada.

CONSIDERACIONES

1. Algunas generalidades del contrato de seguro.

1.1. El contrato de seguro, revisados integralmente los artículos 1037, 1045, 1054 y 1066 del Código de Comercio, puede conceptualizarse como el vínculo jurídico formado entre el asegurador y el tomador, en virtud del cual aquél

asume uno o varios riesgos determinados, asociados a un interés jurídico, a cuya realización surge el deber de satisfacer una prestación en favor del asegurado, a cambio de una prima.

En palabras de la Corte:

En términos generales, es aquél un negocio bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una empresa autorizada para explotar esta actividad, se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina 'prima', dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al 'asegurado' los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos estos en que se les llama de 'daños' o de 'indemnización efectiva', o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (SC, 29 en. 1998, exp. n.º 4894).

Se remarcan como elementos esenciales del contrato, de acuerdo con el artículo 1045 del estatuto comercial, los siguientes:

(I) El interés asegurable «*de contenido económico*» (SC3893, 19 oct. 2020, rad. n.º 2015-00826-01), esto es, «*la relación de índole económica que une a una persona consigo misma, o con otro sujeto, o con un bien, o con un derecho específico, que eventualmente puede resultar afectado por variedad de riesgos, todos ellos susceptibles de ser amparados en un contrato de seguro*» (SC5327, 13 dic. 2018, rad. n.º 2008-00193-01);

(II) El riesgo asegurable o «*el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario*» (artículo 1054); dicho en otros términos, se trata de «*un hecho condicionante, esto es, verdadera circunstancia futura e incierta, por la posibilidad de su ocurrencia al mediar la incertidumbre de que sobrevenga el hecho por obra del azar, del alea, afectando patrimonialmente a un sujeto de derecho, en forma concreta (seguro de daños), o en forma abstracta (seguro de personas)*» (SC7814, 15 jun. 2016, rad. n.º 2007-00072-01). Puede consistir en una acción u omisión, hechos de la naturaleza o humanos, internos o externos al asegurado, de origen físico o jurídico, instantáneos o evolutivos, unicausales o pluricausales, ordinarios o extraordinarios, entre muchas otras alternativas¹, siempre que ninguna de ellas dependa exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario, ni se trate del aseguramiento del dolo, la culpa grave o actos meramente potestativos (artículo 1055 de la codificación comercial), sin perjuicio de lo prescrito en el inciso final del artículo 1127, norma prevalente para el seguro de responsabilidad;

(III) El precio del seguro, también conocido como prima, el cual se calcula según «*bases de sostenibilidad económica que permitan, a más de su rentabilidad, el eventual pago de siniestros futuros a la mutualidad que los trasladó*» (SC4527, 23 nov. 2020, rad. n.º 2011-00361-01); y

¹ J. Efrén Ossa G., *Teoría general del seguro. El contrato*. Tomo II, Temis, Bogotá, 1991, pp. 108 y 109.

(IV) El deber condicional de la asegurada de satisfacer una prestación en favor del asegurado, siempre que se configure el siniestro (artículo 1072 *ejusdem*).

Refulge de la anterior enumeración que el «*riesgo asegurado*» es el eje sobre el cual se estructura la operación aseguraticia, en tanto tiene una conexión inescindible con el interés asegurado, sirve para calcular la prima y determina el hecho que dará lugar al débito a cargo de la aseguradora. Total, «*la razón o causa que late a la hora de contratar un seguro no es otra más que la de prevenirse o anticiparse a las consecuencias dañinas que puede suponer la verificación de un siniestro que generalmente no se desea, en suma, se perfecciona para que una parte indemnice a la otra (o a la persona que ésta designe en concepto de beneficiario de) las consecuencias de un evento dañoso (siniestro)*»².

1.2. La determinación de los riesgos asegurados dependerá, en primer lugar, del tipo de seguro contratado, bajo la consideración de que en el seguro de daños, por fuerza del artículo 1083 del Código de Comercio, deben ampararse las afectaciones que puedan causarse en el patrimonio del asegurado; mientras que en el seguro de responsabilidad se cubren «*los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra*» en favor de la víctima (artículo 1127 *ídem*).

² Abel B. Veiga Copo, *Concepto y caracteres del contrato de seguro*. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez (Dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 5535.

La prenotada naturaleza, remárquese, no puede quebrantarse por fuerza de las estipulaciones negociales, como cuando las cláusulas pactadas adelgazan su contenido por medio de estipulaciones que hacen inocuo el aseguramiento; de allí que, cuando la cobertura devenga exigua de cara a la protección del interés asegurado, se pervierte el vínculo, evento en el cual se hace necesario rehusar efectos a las disposiciones convencionales.

La Sala tiene decantado que la empresa de seguros «*no debe vaciar de contenido ese que asume pues tal postura conllevaría a un remedo de amparo sin traslación efectiva de riesgos, sucesos que originan pérdidas y, en suma, desembolsos económicos*» (SC4527, 23 nov. 2020, rad. n.º 2011-00361-01).

Ahora bien, es cierto que, ante la amplitud de los eventos que son susceptibles de ser amparados, la aseguradora puede especificar «*los riesgos cuya cobertura se obligan en virtud de la misma*» (SC8435, 2 jul. 2014, rad. n.º 2002-00098-01), como lo reconoce el artículo 1056 del Código de Comercio, a saber: «*[c]on las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado*».

Refiriéndose a este precepto, la Corporación dijo que en la especificación de los riesgos «*se reconoce plena autonomía al asegurador, a quien el artículo 1056 ejusdem, norma*

aplicable a los seguros de daños y de personas, le otorgó la potestad de delimitar espacial, temporal, causal y objetivamente los eventos por cuya ocurrencia se obligaría condicionalmente a indemnizar al beneficiario, pues estatuyó que podía asumir, con las restricciones legales» (SC4527, 23 nov. 2020, rad. n.º 2011-00361-01).

1.3. Se agrega a lo dicho que en el contrato pueden establecerse eventos excluidos de amparo, como forma de restringir la responsabilidad del asegurador respecto a los riesgos objeto del contrato.

Estas estipulaciones, conocidas como «cláusulas de exclusión», tienen por finalidad limitar «negativamente el ‘riesgo asegurado’, al dejar por fuera de cobertura algunas situaciones que podrían estar allí comprendidas y que, por ende, de acontecer no son indemnizables. De tal manera que su consagración no conduce a la desaparición o alteración del componente económico previsto en favor de los beneficiarios, sino a la imposibilidad de que las reclamaciones por los hechos al margen de la protección tengan éxito» (SC4574, 21 ab. 2015, rad. n.º 2007-00600-02).

De antaño la Corporación tiene dicho que «el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro, ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo,

queden sin embargo excluidas de la protección que promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones» (SC, 7 oct. 1985, reiterada SC3839, 13 oct. 2020, rad. n.º 2015-00968-01).

En atención a las consecuencias limitativas de estas estipulaciones, se tiene establecido que sólo tienen eficacia en cuanto tengan *«una justificación técnica y no obedezcan al capricho del asegurador (Cfr. SC191-2002 del 30 de septiembre de 2002, rad. n.º 4799, sobre las garantías)» (SC4527, 23 nov. 2020, rad. n.º 2011-00361-01); así mismo, «su interpretación es restrictiva, en cuanto se trata de una cláusula de exclusión, vale decir, que relaciona las circunstancias que le permiten exonerarse de la obligación de asumir la indemnización que le corresponde, motivo por el cual, atendiendo los deberes de claridad y precisión que le son exigibles, no le es dado intentar subsumir hechos no previstos puntualmente como tales» (SC, 4 nov. 2009, rad. n.º 1998-4175-01).*

2. El seguro médico.

2.1. Rememórese que, según el artículo 1082 del estatuto mercantil, *«los seguros podrán ser de daños o de personas; aquéllos a su vez, podrán ser reales o patrimoniales».*

Los primeros *«tienen por objeto la protección del patrimonio del asegurado frente a un perjuicio de orden*

pecuniario, de ahí que se les reconozca como de mera indemnización» (SC, 21 ag. 1978, GJ CLVIII n.º 2399). Son reales cuando «recaen sobre bienes muebles o inmuebles, determinados o determinables, respecto de los cuales se ampara el riesgo que pone en peligro su integridad material o la de los derechos que se tienen sobre ellas»; son patrimoniales si «protegen la integridad del patrimonio económico contra el detrimento eventual que pueda afectarlo desfavorablemente y que tanto puede originarse en una disminución del activo como en un aumento del pasivo» (SC5217, 3 dic. 2019, rad. n.º 2008-00102-01).

Los seguros de personas se caracterizan porque *«el asegurado es la persona misma sobre cuya vida, salud e integridad corporal se celebra el contrato de seguro» (SC5681, 19 dic. 2018, rad. n.º 2009-00687-01).*

2.2. Dentro de la anterior clasificación el seguro de salud, como reluce de su denominación, es una forma de aseguramiento personal, diseñada especialmente para cubrir los riesgos asociados a la atención médica; en concreto, *«cubre normalmente el riesgo de quebranto en la salud, es decir, cualquier alteración física o psíquica del organismo o del cuerpo humano. Serán las consecuencias y los efectos, y entiéndase bien, los gastos económico-patrimoniales que cause toda alteración de la salud la que quede cubierta por el seguro. **Es un seguro no de prestaciones sanitarias, sino de reembolso de gastos médicos y farmacéuticos, con o sin franquicias, carencias, etc... y con independencia***

del destino final de estas sumas por parte del asegurado» (negrilla fuera de texto)³.

Dicho de otra forma, *«el seguro de salud ofrece a sus asegurados la asistencia sanitaria dentro del cuadro médico concertado con la aseguradora, a menos que sea de libre elección, en el que **ésta asume el reembolso de los gastos satisfechos de acuerdo con los límites establecidos en la póliza**»* (negrilla fuera de texto)⁴.

Se trata, entonces, de un contrato por el cual la aseguradora se obliga, en caso de que los asegurados presenten enfermedades o patologías, a pagar los gastos ocasionados por la atención médica, ora de forma directa o por reembolso, siempre que no exceda la cuantía señalada en la póliza, a cambio de una prima.

2.3. Amén de la finalidad aludida, el seguro de salud tiene como particularidad que constituye un instrumento para la protección y materialización del derecho a la salud, de allí que se integrara al sistema de seguridad social.

2.3.1. Total, el origen de los seguros de este tipo *«se encuentra en la razón de ser del propio Estado, ya que, siendo uno de los fines fundamentales de éste el de la asistencia social, no puede oponerse reparo alguno a que con carácter*

³ Abel B. Veiga Copo, *El contrato de seguro: modalidades o tipos de seguro*. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez (Dir.), *op cit.*, p. 5832.

⁴ Félix Benito Osma, *El contrato de seguro ante los avances en medicina y tecnología sanitaria*. En Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, num. 43(24), Bogotá, 2015, p. 14.

obligatorio se resuelva esta asistencia colectiva a través del seguro»⁵.

Esto debido a que, ante los inconvenientes que supone dejar en manos de los ciudadanos la atención de los problemas médicos, los Estados se vieron forzados a diseñar esquemas de protección, basados, en otras fuentes, en contribuciones sobre nómina, financiación pública, aseguramiento privado o mezclas entre unos y otros.

Asevera la doctrina especializada:

La organización de los seguros de salud y los servicios médicos es un tema que constantemente se discute en Europa, Estados Unidos y Latinoamérica. Existen varios sistemas que van desde las estructuras de organización mayoritariamente privada, pasando por el seguro social de salud con base en el empleo, hasta los sistemas nacionales de salud organizados de manera pública... Muchos países latinoamericanos... tienen un sistema de seguridad social basado en las contribuciones sobre la nómina. Sin embargo, en Latinoamérica, más que en Europa, una gran parte de la población carece de seguro de salud debido a la gran informalidad de sus economías... En comparación con el seguro de salud con base en el empleo, la cobertura universal es relativamente fácil de obtener en un sistema nacional de salud financiado por impuestos... En ambos sistemas los incentivos para la eficiencia y la reducción de gastos son importantes, y éstos, según se percibe, son más fáciles de organizar en un sistema de varios esquemas de seguridad social que en uno con sistema nacional de seguro de salud centralizado⁶.

⁵ Luis Benítez de Lugo Reymundo, *Tratado de seguros, El seguro social*, Volumen V, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, p. 3.

⁶ Edwin van Gameren, *La reforma al seguro en salud en los Países Bajos y su relevancia para México*. En *Bienestar y Política Social*, México, Vol. 7, num. 1, 2011.

Dentro del contexto enunciado, los seguros de salud sirvieron para garantizar la disponibilidad de recursos para la atención sanitaria de la población, agrupados en los denominados modelos «latino» o «germano». El primero caracterizado por dejar en libertad de los interesados la contratación del seguro, sin perjuicio de que el Estado intervenga para solventar las necesidades de ciertos sectores; y el segundo, por su parte, impuso la obligatoriedad de adquirir un seguro social a todos los ciudadanos, por su cuenta y riesgo, aunque con algunos subsidios estatales.

2.3.2. En nuestro país los antecedentes más relevantes del seguro médico se encuentran en la ley 57 de 1915, *sobre reparaciones por accidentes de trabajo*, en la cual se previó que «[e]l patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo del trabajo que realicen y en el ejercicio de la profesión que ejerzan» (artículo 1º); empero, se permitió que los empleadores pudieran «sustituir la obligación de reparar los accidentes del trabajo, con el seguro, hecho a su costa, y a favor de los obreros, de los riesgos de tales accidentes, siempre que los aseguren en una sociedad debidamente constituida, y que la suma que corresponda al obrero a título de seguro no sea inferior a la que recibirá a título de reparación» (artículo 7º).

Esta norma, además de sentar las bases para el sistema de riesgos laborales en Colombia, previó la posibilidad de que el responsable acudiera a un seguro para trasladar los riesgos sanitarios, lo que constituye una de las primeras

formas de aseguramiento de la salud reconocida por la legislación.

Con posterioridad, la ley 90 de 1946 creó el seguro social obligatorio, encargado de cubrir los riesgos por enfermedades no profesionales y maternidad, invalidez y vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y muerte (artículo 1º), para cuya dirección y vigilancia se creó el *Instituto Colombiano de Seguros Sociales* (artículo 8º).

Se creó un sistema con pretensión de universalidad, administrado por una entidad especializada y soportado en aportes sobre ingresos, que, si bien tomó distancia del contrato de seguro, lo cierto es que no impidió que se siguiera haciendo uso de éste.

El decreto 1650 de 1977 continuó con el esquema que sirvió a la legislación de la década de los 40, aunque unificó los diversos sistemas creados a la fecha (artículo 137); también amplió la cobertura a enfermedad en general, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, invalidez, vejez, muerte y asignaciones familiares (artículo 4º).

Ningún reconocimiento se hizo al seguro de salud ofrecido por las aseguradoras; sin embargo, fruto de la autonomía de la voluntad y al abrigo de los artículos 1054, 1137 y 1140 del Código de Comercio, resultaba posible acudir al mismo, máxime por cuanto esta última disposición

permite «[l]os amparos» de «gastos médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos», aunque sometidos al principio indemnizatorio, en razón de que tienen «un carácter de daño patrimonial».

La ley 100 de 1993, al establecer los planes que integran el actual sistema de seguridad social en salud, sólo consideró el obligatorio (artículos 162 y siguientes) y los complementarios (artículo 169 y siguientes). Entendiéndose por aquél el que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional para permitir «la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías» (artículo 162). Mientras que los últimos son los ofrecidos por las «entidades promotoras de salud[,]... financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias» (artículo 169), con el propósito de procurar «actividades, intervenciones y procedimientos no indispensables ni necesarios para el tratamiento de la enfermedad y el mantenimiento o la recuperación de la salud o condiciones de atención inherentes a las actividades, intervenciones y procedimientos incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud» (artículo 23 del decreto 806 de 1998⁷).

De nuevo, la ley especializada olvidó el contrato de seguro, aunque su reconocimiento expreso devino

⁷ Compilado en el artículo 2.2.4.1.1. del decreto 780 de 2016.

prontamente con el decreto 806 de 1998, «*por el cual se reglament[ó] la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional*», en los siguientes términos:

Artículo 18. Definición de Planes Adicionales de Salud, PAS. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

El usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

Artículo 19. Tipos de PAS. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes PAS:

- 1. Planes de atención complementaria en salud.*
- 2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.*
- 3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general...*** (negrilla fuera de texto)⁸.

Posteriormente el artículo 37 de la ley 1438 de 2011, que sustituyó el artículo 169 de la ley 100 de 1993, hizo igual

⁸ Compilados en los artículos 2.2.4.2. y 2.2.4.3. *idem*, bajo el nombre de planes voluntarios.

incorporación, aunque reemplazó la denominación «*planes adicionales*» por «*planes voluntarios*», así:

Planes Voluntarios de Salud. Los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales relacionadas con los servicios de salud, serán contratados voluntariamente y financiados en su totalidad por el afiliado o las empresas que lo establezcan con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización.

La adquisición y permanencia de un Plan Voluntario de Salud implica la afiliación previa y la continuidad mediante el pago de la cotización al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Tales Planes podrán ser:

169.1 Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud.

169.2 Planes de Medicina Prepagada, de atención prehospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades de Medicina Prepagada.

169.3 Pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros vigiladas por la Superintendencia Financiera.

169.4 Otros planes autorizados por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia Nacional de Salud (negrilla fuera de texto).

2.3.3. Trasluce de las normas referidas que el seguro de salud, además de contar con reconocimiento propio en el Código de Comercio y en normas especiales, se integró al modelo de aseguramiento de salud en Colombia, lo que sin duda aparejó repercusiones relevantes, algunas de las cuales son:

(I) Su finalidad es «*cubrir total o parcialmente una o varias de las prestaciones derivadas de riesgos de salud tales como: servicios de salud, médicos, odontológicos, pre y poshospitalarios, hospitalarios o de transporte, condiciones diferenciales frente a los planes de beneficios y otras coberturas de contenido asistencial o prestacional*» (artículo 40 de la ley 1438 de 2011);

(II) Es un servicio de interés público, aunque sea realizado por particulares, por lo que debe prestarse en beneficio de la comunidad y en estricta observancia de las normas que gobiernan su funcionamiento;

(III) Los contratos sólo pueden celebrarse o renovarse con personas afiliadas al régimen contributivo, en calidad de cotizantes o beneficiarios (artículo 20 del decreto 806 de 1998)⁹, como forma de evitar que se socave la estabilidad del sistema obligatorio; y

(IV) Se sujetan, especialmente, al principio de libertad regulada, según el cual, los interesados podrán normar autónomamente su relación, pero subordinados a las máximas y preceptos que gobiernan el sistema de seguridad social integral en salud.

2.3.4. Mención particular, para los fines del presente recurso, merecen los artículos 21 y 22 del decreto 806 de 1998, los cuales autorizan que la cobertura de los seguros de

⁹ Compilado en el artículo 2.2.4.4. *idem*.

salud se restrinja por dos (2) diferentes vías: (I) limitación general de los riesgos amparados o (II) exclusiones particulares por patologías preexistentes.

(I) Frente a la primera, el literal b) del artículo 22 faculta a las entidades prestadoras para que, antes de ofrecer nuevos programas, describa «*los riesgos amparados y sus limitaciones*»¹⁰.

Huelga decirlo, la aseguradora, al diseñar las condiciones generales de contratación, puede acotar la cobertura a determinados servicios médicos, por ejemplo, tratamientos de salud, hospitalización, odontología, farmacología, etc., dentro de los cuales puede especificar límites relativos a las cuantías, lugares, instituciones habilitadas, sublímites por riesgo, entre otras variables.

(II) Respecto a la segunda posibilidad se tiene que, al momento de perfeccionar el contrato, es dable que la aseguradora excluya la cobertura frente «*algunas patologías existentes*», para lo cual «*la entidad oferente **podrá** practicar un examen de ingreso, previo consentimiento del contratista, con el objeto establecer en forma media el estado de salud de un individuo*» (artículo 21)¹¹.

¹⁰ Compilado en el artículo 2.2.4.6. *idem*.

¹¹ Compilado en el artículo 2.2.4.5. *idem*.

Regla que encuentra como antecedente el decreto 1222 de 1994, relativo a la medicina prepagada, en el cual expresamente se previó:

*Artículo 2º. Exclusiones. **Las exclusiones deberán estar expresamente previstas en el contrato. Sobre el particular se deberán precisar las patologías, los procedimientos, exámenes diagnósticos específicos que se excluyan y el tiempo durante el cual no serán cubiertos, por parte de la entidad de medicina prepagada. Las exclusiones que no se consagren expresamente no podrán oponerse al usuario.***

No se podrán acordar exclusiones sobre malformaciones, afecciones o enfermedades que se puedan derivar de factores de riesgo propios de éstas (negrilla fuera de texto)¹².

Luego, si como resultado de exámenes médicos realizadas al beneficiario antes de suscribir el contrato o, incluso, por su aceptación expresa -como cuando se reconoce en la declaración de estado de salud-, se detectan patologías, es dable que el asegurador excluya tratamientos asociados a las mismas.

En este evento se exige del prestador la mayor especificidad, lo que se traduce en la concreción de las preexistencias detectadas y las exclusiones asociadas a las mismas, como se extrae de la utilización de la expresión «*establecer*» en la normatividad, la cual traduce «*dejar demostrado*»¹³.

¹² Compilado en el artículo 2.2.4.1.18. *idem*.

¹³ Diccionario de la Lengua Española, disponible en www.rae.es

Se descarta, por tanto, la posibilidad de incluir excepciones genéricas, abstractas o indefinidas, esto es, sin ninguna concreción, no sólo por atentar contra la efectiva protección del derecho a la salud del beneficiario, sino por desconocer la norma antes referida.

2.3.5. El anterior entendimiento fue resguardado por la jurisprudencia constitucional, en sede de acción de tutela, al analizar el valor jurídico de las exclusiones en los contratos que celebran las entidades prestadoras de planes voluntarios de salud:

*El Decreto 806 de 1998 en el artículo 21, establece que las entidades que ofrecen planes adicionales de salud (PAS), con antelación a la celebración del contrato, pueden solicitar al interesado en afiliarse, la realización de exámenes médicos que permita identificar las patologías que éste padezca, las cuales serán excluidas de manera clara y expresa en el contrato. **A su vez, las exclusiones determinadas en el contrato, deben obedecer al resultado de los exámenes médicos, el cual podrá ser objetado por el interesado en caso de desacuerdo o duda.***

Debido a lo anterior, las enfermedades que no sean diagnosticadas en los exámenes médicos de admisión, no podrán ser más adelante alegadas por la entidad que ofrece el PAS como preexistencia para negar la prestación del servicio de salud. Es decir, que la finalidad de la realización de los exámenes médicos antes de la suscripción del contrato es: i) indicar cuales son las patologías que padece el solicitante; ii) estipular en el contrato de manera expresa las enfermedades y procedimientos que serán considerados como preexistencias, y por lo tanto, que serán excluidos del PAS; y iii) darle la oportunidad al interesado en suscribir un contrato de PAS, de decidir si aún sigue interesado en suscribir el contrato teniendo en cuenta las patologías que no le serán cubiertas al considerar que son preexistencias.

En conclusión, antes de la celebración de un contrato con una empresa que ofrezca planes adicionales de salud, la compañía contratante, deberá realizarles a los futuros usuarios los exámenes médicos necesarios que determinarán las enfermedades que se considerarán preexistencias y como consecuencia, serán excluidas del contrato. Es obligación de la entidad indicar de manera expresa las enfermedades que no serán cubiertas, de tal manera que el futuro usuario pueda decidir si suscribe o no el contrato (negrilla fuera de texto, T-430/15).

Tesis reiterada en los fallos T-533/96, SU-039/98, T-603/98, SU-1554/00, T-660/06, T-158/10, T-134/11, T-802/13, T-184/14, T-325/14, entre muchos otros.

2.3.6. Ahora bien, es cierto que el artículo 1056 del Código de Comercio, como ya se explicó, permite a las aseguradoras limitar o excluir a su arbitrio los riesgos objeto del contrato, sin requisitos adicionales a los connaturales de cualquier contrato de seguro, huelga recordarlos: claridad¹⁴, legibilidad¹⁵, comprensibilidad¹⁶, señalamiento en la primera página de la póliza e incorporación en caracteres destacados¹⁷.

Sin embargo, la regla precedente, tratándose de seguro de salud, debe ser armonizada con el canon 21 del decreto 806 de 1998, en el sentido de que, tratándose de exclusiones, las mismas deben estar soportadas en preexistencias y

¹⁴ Literal f) del artículo 7º de la ley 1328 de 2009.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Literal b) del numeral 2º del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

¹⁷ Numeral 2º del artículo 44 de la ley 45 de 1990.

detalladas minuciosamente en la respectiva póliza, so pena de que no produzcan efectos jurídicos.

2.3.6.1. Al colofón precedente se arriba al acudir al criterio sistemático de interpretación, según el cual, las prescripciones normativas deben analizarse unas con otras, con el fin de encontrar el mejor entendimiento de todas ellas en su conjunto.

(I) Y es que, según el canon 30 del Código Civil, para desentrañar el sentido de un mandato debe acudirse al «*contexto de la ley*», de manera que haya entre cada una de sus partes «*la debida correspondencia y armonía*».

Criterio soportado en la presunción de coherencia del sistema jurídico y el principio de conservación del derecho, los cuales exigen salvaguardar la vigencia de todas las normas y, por ende, propender por una lectura armónica de éstas.

La Sala «*considera a las reglas jurídicas como elementos de un sistema, razón por la que la interpretación de las mismas se orienta hacia su armonización dentro de éste, **con el fin de evitar incompatibilidad de unas normas con otras, o que éstas sean contrarias al propio conjunto normativo***» (negrilla fuera de texto, SC, 19 dic. 2012, rad. n.º 2006-00164-01).

En el mismo sentido enseña la doctrina:

Esa es la interpretación 'sistemática', en ella relaciona el intérprete el sentido posible de la norma que está interpretando con el de otras normas y aún con todo el resto del orden jurídico, a fin de ver si ese sentido hipotético armoniza con ellos; si resulta contradictorio, o aún inarmónico, debe buscarse otro sentido.

La interpretación sistemática supone cómo la lógica del legislador obra de manera consecuyente. Parte de la llamada 'unidad del orden jurídico', del hecho de que normalmente el orden jurídico de un país no es un conjunto de reglas independientes y contradictorias, sino un todo homogéneo y armónico. Así se justifica interpretar la parte por el todo...

Recuérdese cómo se coordinan la interpretación sistemática y la teleológica: el fin perseguido por las normas nuevas se proyecta sobre las normas anticuadas¹⁸.

Total, las antinomias, a pesar de reflejar problemas de coherencia en el sistema normativo, no tienen un mecanismo de resolución uniforme, ya que dependerá del tipo de contrariedad.

No en vano la doctrina clasifica las antinomias en¹⁹: (i) *total-total*, marcadas porque las normas en conflicto gobiernan el supuesto de hecho de forma exacta; (ii) *total-parcial*: «los ámbitos de aplicación ya no son exactamente coincidentes, sino que el de una de las normas en conflicto se incluye dentro del de la otra. Esto supone que una de las dos normas tiene un ámbito de aplicación más específico que el de la otra, que es más amplio e incluyente el de la primera»²⁰; (iii)

¹⁸ Miguel Betancourt Rey, *Derecho Privado, Categorías Básicas*, Universidad Nacional de Colombia, 1996, p. 449 y 450

¹⁹ Cfr. Alf Rossa, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 124-125.

²⁰ David Martínez Zorrilla, *Conflictos normativos*. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 2, UNAM, p. 1313.

parcial-parcial: «al margen del supuesto o supuestos de colisión, cada una de las normas en conflicto posee un ámbito de aplicación propio en donde no se produce contradicción alguna»²¹.

Frente al primer supuesto, conforme al artículo 10º del Código Civil, corresponde otorgar preferencia a uno de los mandatos en contradicción frente al otro, con base en los criterios de primacía por jerarquía, especialidad o posterioridad; en los demás casos, el intérprete deberá acudir a la compatibilización por vía de la interpretación sistemática.

(II) Como los artículos 1056 del Código de Comercio y 22 del decreto 806 de 1998 regulan el tema exclusiones en el contrato de seguro, el primero genéricamente, y el segundo en específico para el seguro de salud, sin que se observe la intención legislativa de que una de ellas derogue a la otra, se configura una antinomia total-parcial entre los cánones, por lo que se impone acudir a su interpretación conjunta, sin sacrificar su contenido, lo que se traduce en que las exclusiones deben observar la totalidad de los requisitos establecidos en ambos preceptos y, en caso de incompatibilidad, prevalecerá la particular por fuerza del principio de especialidad.

Dicho de otra forma, además de los requerimientos generales, las exclusiones por preexistencias en materia de

²¹ *Idem.*

planes voluntarios de salud, deben ser expresas, concretas y basarse en un examen médico de ingreso practicado al asegurado, o emanar de la aceptación del asegurado, por ejemplo, en la declaración de asegurabilidad.

En suma, para no sacrificar el contenido normativo de ninguno de los artículos, es menester entender que las exclusiones, para el caso específico del seguro a la salud, debe cumplir, agregadamente, los requisitos diseñados para esta materia, huelga enfatizarlo, constar las enfermedades, exámenes, tratamientos e intervención no amparadas.

2.3.6.3. Esta hermenéutica, adicionalmente, es la que mejor se aviene con las garantías irrenunciables para todas las personas a la seguridad social y al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, reconocidas en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

Esto debido a que *«el derecho a la salud... reviste la connotación fundamental, en razón [al] artículo 49 de la Constitución»*, disposición de la cual refulge *«una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y, por el otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado, y por ende, de las entidades privadas que éste designa para garantizarlo...»* (SC3094, 9 nov. 2020, rad. n.º 2012-00585-01). Como *«un derecho humano fundamental que debe ser garantizado»*, sólo

se «cumple... si a la persona se le brinda una adecuada prestación del servicio, sin imponerle cargas u obligaciones indebidas o exigirle más de lo requerido por la ley» (SC003, 12 en. 2018, rad. n.º 2012-00445-01).

En este contexto, otorgar a las cláusulas de exclusión en el contrato de seguro de salud un carácter excepcional, sometidas al estricto cumplimiento de los requisitos generales y especiales del sistema en seguridad social, impide que a este derecho fundamental se le impongan cortapisas que dificulten su plena satisfacción.

Este tipo de análisis no resulta extraño a nuestra tradición jurídica, pues la Corte Constitucional tiene sentado que:

[A]ún en las controversias que sean dirimidas en la jurisdicción ordinaria (por ejemplo, en el marco de un proceso civil) el juez debe darle importancia argumentativa a la naturaleza del derecho a la salud como derecho constitucional, en particular, a su contenido mínimo esencial determinado a través de la jurisprudencia y de los instrumentos internacionales en la materia (bloqueo de constitucionalidad del derecho a la salud). En contratos donde se involucran derechos constitucionales, la Constitución también tiene fuerza normativa vinculante para las partes. Por tal motivo, dentro de los procesos ordinarios es posible invocar la violación de derechos fundamentales dentro del mismo proceso, dado que la jurisdicción ordinaria también está llamada a la protección de dichos derechos (T-699/04).

2.3.6.4. Se agrega a lo dicho que, la hermenéutica antes decantada, guarda coherencia con el régimen de prohibiciones de las entidades prestadoras de planes

voluntarios de salud, en particular, el contenido en los siguientes preceptos:

*Artículo 21 del decreto 806 de 1998²²... Parágrafo. Las entidades habilitadas para ofrecer PAS **no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial**, de conformidad con el Decreto 1222 de 1994.*

*Artículo 41 de la ley 1438 de 2011. Protección al usuario. Las entidades habilitadas para emitir planes voluntarios **no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial**... (negrilla fuera de texto).*

Como durante la vigencia del seguro de salud las entidades aseguradoras no pueden agregar exclusiones, aunque se funden en preexistencias médicas anteriores al perfeccionamiento del contrato, en garantía de los derechos de los asegurados y evitación de modificaciones unilaterales, la proscripción de salvedades genéricas garantiza la estricta observancia de la regla explicada, porque impide que por esta vía el asegurador incluya, en la ejecución negocial, enfermedades que inicialmente no fueron contempladas expresamente en la póliza como excluidas.

La jurisprudencia constitucional, fundada en la interpretación *contra proferente*, aplicable a los contratos de seguro por su naturaleza adhesiva, arribó al mismo colofón:

²² Compilado en el artículo 2.2.4.5. del decreto 780 de 2016.

*[T]eniendo en cuenta el principio de la buena fe y su carácter restrictivo en los contratos de adhesión, la Corte Constitucional ha precisado que en los contratos de Medicina Prepagada y de Seguros Médicos, **al momento de realizar la afiliación o de suscribir el contrato, debe señalarse de manera taxativa y expresa las exclusiones médicas –entiéndase enfermedades o afecciones- respecto de las cuales no se dará cubrimiento alguno. Si esto no ocurre, no es posible que la compañía de medicina prepagada o la aseguradora puedan relevarse de la obligación de autorizar y cubrir los tratamientos o servicios médicos que el beneficiario o asegurador requieran, invocando o valiéndose de cláusulas ambiguas o generales, como por ejemplo aquellas que dicen excluir todas las enfermedades congénitas o todas las preexistencias.** Por tratarse de un contrato de adhesión e imperar en ellos la buena fe reforzada, las cláusulas ambiguas y generales deben interpretarse a favor del beneficiario o asegurado y no en su contra (CC, T-152/06).*

2.4. En suma, el seguro de salud, por corresponder a un plan voluntario de salud, se somete a las reglas propias de estos planes, las cuales establecen exigencias especiales para que las exclusiones tengan la virtualidad de enervar el débito de la aseguradora, cuya insatisfacción debe conducir a la pérdida de eficacia de la cláusula contractual.

3. Las consideraciones precedentes anticipan la prosperidad de la censura base de la impugnación, como se explicará a continuación.

3.1. Rememórese que el Tribunal denegó las pretensiones de los demandantes por considerar que, como el siniestro reclamado tuvo su origen en una enfermedad congénita -Síndrome de Marfan-, la obligación condicional de la aseguradora no se configuró, en tanto en la póliza

expresamente se excluyó «*el amparo a toda clase de patologías congénitas, entendiéndose por estas, las que son producidas por un trastorno ocurrido durante el desarrollo embrionario o como consecuencia de un defecto hereditario*» (minuto 4 de la audiencia de 26 de abril de 2019).

Adicionalmente sostuvo que, si bien la exclusión por preexistencias debe estar soportada en un examen médico, lo cierto es que la anomalía genética que padece Enrique Tcherassi era de difícil diagnóstico, por lo que

no le hubiere resultado posible a la compañía aseguradora, cuando se incluyó al menor en la póliza, en época que éste contaba con 2 años de edad y no presentaba signos de padecer una patología de esta naturaleza, detectarla... de manera que aun cuando la demandada hubiera actuado con diligencia y cuidado en la realización de exámenes médicos al menor de la referencia para verificar su estado de salud, no le hubiere resultado posible detectar que éste padecía del síndrome de Marfan, de manera que aunque tal patología no fue referida expresamente como una de aquellas excluidas de cobertura del contrato de seguro, no por ello puede sostenerse que no esté cobijada dentro de la expresión general de exclusión de enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas (minutos 13 a 16 ibidem).

3.2. Frente a lo anterior, los casacionistas criticaron que se adicionara

la interpretación del art. 1056 del Código de Comercio con el siguiente criterio, a saber, que cuando la aseguradora - obrando con diligencia y cuidado en la realización de exámenes médicos al momento de incorporar a una persona como beneficiario de un seguro de salud - no hubiera podido detectar la enfermedad congénita que fundamenta la reclamación, entonces puede aducir la exclusión con posterioridad a la contratación de la cobertura de salud y negar la reclamación basada en la enfermedad congénita

así excluida... Esta novedad interpretativa del Tribunal en lo que atañe al artículo 1056 del Código de Comercio, comporta la violación de dicha norma y de las normas mencionadas del sistema general de seguridad social... que definen los derechos y deberes de las empresas que proveen seguros de salud y de los tomadores y beneficiarios de tales pólizas...

La sentencia es directamente violatoria del artículo 2 del Decreto 1222 de 1994, disposición compilada en el artículo 2.2.4.1.1.8 del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, disposición relativa a la necesidad de señalar expresamente las exclusiones del contrato, precisando las patologías, procedimientos y exámenes diagnósticos que se excluyan, ya que las exclusiones que no se consagren expresamente no pueden oponerse al usuario... (folios 29 y 33 del cuaderno Corte).

3.3. Según el estado del arte decantado en precedencia, encuentra la Sala que el sentenciador de segundo grado incurrió en el error de juzgamiento achacado por los casacionistas.

3.3.1. Es pacífico para el caso, amén de que el cargo se asentó en la causal primera de casación y por aparecer inequívoco en el expediente, que en la póliza *World Medica Bolívar* de 26 de marzo de 2003 se incluyeron las siguientes estipulaciones:

*Opción tomada: 02 Amparos
 Amparos básicos salud
 Anexo urg. en el exte
 Consulta externa tra
 Servicios cons. Exte*

Objeto - Cobertura. La Compañía de Seguros Bolívar S.A. que en adelante se denominara la compañía... garantiza a cada asegurado de esta póliza el pago de los gastos médicos en que

incurra como consecuencia de un evento médico cubierto por esta póliza...

Conceptos:

- 1. Habitación hospitalaria...*
- 2. Unidad de cuidado intensivo...*
- 3. Gastos hospitalarios...*
- 4. Honorarios médicos hospitalarios...*
- 5. Gastos ambulatorios...*

Exclusiones. Esta póliza no cubre los gastos ocasionados como consecuencia de... 4. Enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas. Para los bebés que nazcan de un embarazo cubierto por esta póliza y cuya inclusión en la misma se haya realizado dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su nacimiento se excluye todo tipo de tratamiento y gastos ocasionados por las atenciones de las enfermedades congénitas a partir de la fecha en que se presente cualquiera de estas dos circunstancias: que el bebé asegurado cumpla los tres (3) años de vida o que se agote el valor de la cobertura, lo que ocurra primera (negrilla fuera de texto, folios 52, 56 a 58 reverso del cuaderno principal).

También está fuera de duda que el asegurado, Enrique Tcherassi Huyke, fue diagnosticado con el *Síndrome de Marfan* (folio 230 *idem*), una de cuyas principales manifestaciones son las anormalidades en el sistema esquelético, en particular, escoliosis (folio 309 *ejusdem*).

Asimismo, está probado que el adolescente desde una temprana edad presentaba «34 grados en la curva torácica principal... escápula prominente y hombro elevado» (folio 200 *ibidem*), fruto de una «escoliosis torácica lumbar severa en forma de S con componente dominante torácico diestro convexo y lumbar leve convexo» (folio 202).

3.3.2. Frente a la exclusión pactada, al margen del cumplimiento de los requisitos del artículo 1056 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia, se tiene que desatendió el artículo 21 del decreto 806 de 1998 -que retomó el canon 2º del decreto 1222 de 1994-, por faltar a la exigencia de concretar las enfermedades o anomalías que estaban fuera de cobertura, así como los tratamientos excluidos tocantes a aquéllas.

En efecto, como se transcribió, en el anexo únicamente se indicó que están fuera de cobertura las *enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas*, sin realizar ninguna labor de concreción; por ende, la exclusión tiene tal grado de abstracción que desatiende el artículo 21 del decreto 806 de 1998, por cuanto faltó al deber de «*establecer... el estado de salud... para... excluir algunas patologías existentes*».

Esta transgresión impide otorgarle validez a la estipulación negocial, al infringir una norma imperativa especialmente diseñada para la protección del derecho fundamental a la salud y el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social.

Dicho de otra forma, como en la póliza no se mencionó expresamente el trastorno hereditario denominado «*Síndrome de Marfan*», la anomalía vertebral conocida como «*escoliosis*» o el tratamiento denominado como «*Fusión de Columna Toracolumbar con Toracoplastia*», mal podría entenderse que la cobertura estaba excluida frente a

cualquier de ellos, amén de su redacción general y sin referirse a una situación precisa.

No en vano, en un caso que guarda simetría con el presente, la Corte Constitucional aseguró:

La Sala concluye entonces que las cláusulas que excluyen de un contrato de medicina prepagada, en forma genérica, todas las enfermedades congénitas de un contratante, son inoponibles al contratante cuando su aplicación deviene en la interrupción del servicio y, por ende, en la vulneración del derecho a la continuidad en la asistencia sanitaria y del principio de buena fe (T-699/04).

Posición reiterada prontamente:

Tales excepciones de cobertura no pueden estar señaladas en forma genérica, como excluir “todas las enfermedades congénitas o todas las preexistencias”, pues la compañía de medicina prepagada tiene la obligación de determinar, por medio del examen previo a la suscripción del contrato, “cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario” (T-875/06).

Y reafirmada años más tarde:

Tales excepciones de cobertura no pueden estar señaladas en forma genérica, como excluir “todas las enfermedades congénitas o todas las preexistencias”, pues la compañía de medicina prepagada tiene la obligación de determinar, por medio del examen previo a la suscripción del contrato, “cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario” (T-325/14).

3.3.3. Se agrega a lo dicho que el sentenciador de segundo grado adicionó una excepción al artículo en

mención, sin apoyadura normativa y en transgresión de la finalidad social del seguro de salud.

En efecto, el juzgador justificó la inaplicación del anterior marco legal bajo la consideración de que la enfermedad del asegurado era de difícil detección, razón por lo que no era exigible su inclusión en la póliza.

Esta regla, creada por el sentenciador para el caso concreto, constituye un agregado sin ningún respaldo, el cual desatiende la finalidad tuitiva de los cánones que rigen el sistema integral de seguridad social en salud, por viabilizar que la aseguradora pueda limitar en cualquier momento, y de forma inconsulta, la protección de este derecho fundamental.

En el mismo sentido, el planteamiento del *ad quem* transgrede de forma directa el parágrafo del artículo 21²³, al permitir que se incorporen exclusiones después de celebrado el contrato, a pesar de que no fueran advertidas al momento de su celebración, lo cual se encuentra proscrito expresamente por el legislador, como se explicó detenidamente en el numeral 2.3.6. de este proveído.

En puridad, la interpretación del Tribunal confiere a la entidad aseguradora una facultad excepcional para modificar

²³ «Las entidades habilitadas para ofrecer PAS no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial, de conformidad con el Decreto 1222 de 1994».

unilateralmente su obligación aseguraticia, lo que atenta, agregadamente, contra el equilibrio contractual.

3.3.4. La infracción directa de la ley en que incurrió el fallador de segundo grado deviene trascendente para el presente caso, en tanto de no haber incurrido en ella la decisión de instancia hubiera tenido un norte diferente, por cuanto habría llevado a denegar efectos a la exclusión incorporada en la póliza *World Medica Bolívar* del 26 de marzo de 2003.

4. Ante la magnitud del yerro debe accederse a la casación del veredicto, a consecuencia de lo cual se descarta la condena en costas conforme al inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso.

5. En sede de instancia debe la Corte proferir la determinación de reemplazo.

PROVIDENCIA SUSTITUTIVA

1. **Pretensiones.** Rememórese que los demandantes suplicaron que se declarara civilmente responsable a la convocada por omitir la cancelación de los gastos médicos de las cirugías denominadas *fusión en columna toracolumbar con instrumentación* y *toracoplastia*, practicadas a Enrique Tcherassi el 14 de diciembre de 2015, tasadas en ciento cincuenta y dos mil doscientos veintisiete dólares

(US\$152.227), menos el deducible de diez mil dólares (US\$10.000).

También suplicó el reconocimiento de intereses moratorios sobre el capital adeudado, desde la fecha en que se hizo exigible la obligación y hasta el día de pago.

2. La sentencia de primera instancia. El *a quo*, después de hacer un recuento de las actuaciones procesales, adentrarse en las generalidades del contrato de seguro y resumir los hechos, manifestó que la jurisprudencia de tutela sobre exclusiones resulta inaplicable al contrato de seguro.

Con todo, remarcó que las preexistencias son diferentes de las exclusiones, en tanto aquéllas son condiciones de las personas previas a la celebración del contrato, mientras que las segundas son anunciadas en el clausulado, aunque ambas deben ser definidas de forma taxativa y expresa al momento de contratar.

A partir de la anterior distinción relevó que la reclamación fue objetada por la aseguradora con base en una exclusión, ciertamente genérica, la cual estimó comprobada con fundamento en las declaraciones de varios galenos y artículos científicos, razón para acceder a las excepciones propuestas por la convocada.

Precisó que, si bien en la póliza no se incluyó un listado de anomalías exceptuadas, lo cierto es que éstas eran

determinables con base en las definiciones médicas o científicas sobre enfermedades, anomalía o malformaciones congénitas, con independencia de la fecha en que hubieran sido detectadas.

3. **Argumentos de la apelación.** Criticaron los impugnantes, tanto al formular los reparos concretos como en la audiencia de sustentación, que el fallador de primer grado diferenciara el manejo de las preexistencias por enfermedad y por condiciones congénitas, de las exclusiones, sin considerar que se gobiernan por las mismas normas y, por ende, para ambas era necesario realizar un examen médico y sólo podían excluirse con base en un listado taxativo, sin que fuera viable la incorporación de salvedades genéricas.

Censuró una falta de motivación sobre las razones que sirvieron para separarse de la jurisprudencia constitucional, en tanto ésta exige que las excepciones por preexistencias sean taxativas.

4. **Consideraciones.**

4.1. Por descontado se tiene la satisfacción de los presupuestos procesales y la inexistencia de motivos de nulidad que puedan invalidar lo actuado.

4.2. Sea lo primero señalar, en punto a las facultades decisionales en la alzada, que el párrafo inicial del artículo 328 del Código General del Proceso dispone que «[e]l juez de

segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley».

Sobre este precepto, conjuntado con los cánones 322 y 327 *ídem*, la Sala tiene dicho:

Se sigue de todo lo hasta aquí expuesto, que las facultades que tiene el superior, en tratándose de la apelación de sentencias, únicamente se extiende al contenido de los reparos concretos señalados en la fase de interposición de la alzada, oralmente en la respectiva audiencia o por escrito en la oportunidad fijada en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso, siempre y cuando que, además, ello es toral, hubiesen sido sustentados en la audiencia que, con ese fin y el de practicar las pruebas decretadas de oficio, si fuere el caso, así como de proferir la sentencia de segunda instancia, practique el ad quem.

De allí se extracta que está vedado al ad quem pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera instancia, como sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente en la audiencia del artículo 327 del Código General de Proceso (SC3148, 28 jul. 2021, rad. n.º 2014-00403-02).

Lo expuesto «salvo las resoluciones accidentales, cuya vida depende o es conexas con otros pronunciamientos. [Esto] tiene lugar cuando la reforma impone ‘hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella’. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, lo consagraba. La prerrogativa también aparece reiterada en el canon 328 del Código General del Proceso» (SC3781, 1º sep. 2021, rad. n.º 2014-09788-01).

Las resoluciones conexas son, entre otras, las relativas a «*temas de orden público, del todo imperativos, [así] como en la oficiosidad impuesta por ley*» (*ídem*), como sucede frente a «*cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda*» (artículo 281 del C.G.P.) o las excepciones no resueltas por el *a quo* cuando el *ad quem* «*considera infundada*» la reconocida por aquél (inciso tercero del artículo 282 *ibidem*).

4.3. Como la alzada versó únicamente sobre el valor jurídico de la exclusión contenida en la póliza *World Medica Bolívar* de 26 de marzo de 2003, relativa a enfermedades congénitas, aspecto que fue analizado al resolver el recurso de casación, las consideraciones allí expuestas se entienden reproducidas en gracia de brevedad, lo que conduce indefectiblemente al quiebre del fallo de primer grado, el cual se sustentó en la aplicación de la estipulación cuestionada a pesar de la ineficacia derivaba de su generalidad.

Siendo así, procede adentrarse en el estudio de las materias que resultan íntimamente conectadas con la anterior determinación, esto es, el análisis de fondo sobre la reclamación enarbolada y los medios exceptivos que, a pesar de haber sido propuestos, no fueron evaluados por el *a quo*.

4.3.1. Configuración del deber aseguraticio

(I) Prescribe el artículo 1072 del Código de Comercio que, una vez se realiza el riesgo asegurado, se configura el siniestro,

momento a partir del cual la aseguradora debe *«asumir... la contraprestación a su cargo, correlativa al pago de la prima por parte del tomador... o para expresarlo con mayor exactitud, el pago de la prestación asegurada cuya entidad... no es siempre la misma, habida consideración que en tratándose de seguros de daños consiste en resarcir, dentro de los límites pactados, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro, mientras que en los seguros de personas a los que por su naturaleza les sea extraño el principio indemnizatorio (Arts. 1088 y 1142 del Código de Comercio), dicho objeto lo constituye la suma asegurada»* (SC002, 24 en. 1994, exp. n.º 4045).

Después de acaecido el siniestro el asegurado, *«a más de su noticia oportuna al asegurador y de los deberes de mitigación exigibles, tiene la carga de formular reclamación extrajudicial “aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077”, o sea, el acaecimiento del riesgo y la cuantía de la pérdida (artículo 1053 del Código de Comercio) (SC, 27 ag. 2008, rad. n.º 1997-14171-01)»* (SC1916, 31 may. 2018, rad. n.º 2005-00346-01).

(II) Aplicadas estas consideraciones al caso se tiene que, en la Póliza *World Medica Bolívar* n.º 5562287, se aseguró al infante Enrique Tcherassi Huyke por los riesgos relativos a *«gastos hospitalarios», «honorarios médicos», «ampliaciones a la cobertura», «bebés con enfermedades congénitas» y «servicios de consulta externa urgencias en el exterior»* (folio 92 del

cuaderno principal), según se advierte en el clausulado general.

De forma concreta se cubrieron los «*gastos médicos en que incurra como consecuencia de un evento médico cubierto*» (folio 56), causados por «*habitación hospitalaria*», «*unidad de cuidados intensivos*» y «*gastos hospitalarios en caso de tratamiento médico hospitalario o tratamiento quirúrgico hospitalario o tratamiento quirúrgico ambulatorio*», concretados en «*los gastos para el cuidado del asegurado mientras este permanezca hospitalizado por un tratamiento médico... Estos gastos pueden ser entre otros: medicamentos... exámenes de laboratorio, servicios de rayos X e imágenes diagnósticas, materiales de curación, procedimientos de diagnóstico, monitoreos..., derechos de sala de cirugía, elementos y suministros quirúrgicos, dotación del quirófano, esterilización, anestésicos, instrumentación, materiales de osteosíntesis y sala de recuperación*» (folio 56 reverso). También se cubrió lo tocante a «*honorarios médicos quirúrgicos*», tales como cirujano, anestesiólogo y ayudante de cirugía (folio 57 reverso).

(III) Según las pruebas recaudadas en el trámite se tiene que, el 19 de agosto de 2015, el adolescente Enrique Tcherassi Huyke acudió al servicio médico por «*aumento de la deformidad y dificultad esporádica para la respiración, fatiga con el ejercicio. Limitación funcional y de la calidad de vida*», recomendándose por un profesional en ortopedia y traumatología «*la realización de cirugía correctora de la curva*

con su neurocirujano... lo anterior teniendo en cuenta curva superior a los 45 grados» (folio 200).

Acorde con esta indicación los interesados acudieron al Hospital Infantil Nicklaus, en Estados Unidos de América, en el que se programaron los procedimientos quirúrgicos para el 14 de diciembre de 2015 (folio 204).

Antes de la cirugía se acudió a la aseguradora para que sufragara sus costos y el 6 de noviembre de ese año, Olympus Managed Health Care Inc., en su condición de administrador de beneficios para el plan, autorizó el *«[t]ratamiento quirúrgico/médico por hospitalización y posterior estabilización»* (folio 215). Empero, esta aprobación se revocó inmediatamente bajo la consideración de que, *«[s]egún Consejo Médico del seguro nacional [Compañía de Seguros Bolívar], el paciente tiene un desorden genético denominado ‘Síndrome Marfan’ y esta es una exclusión para el cubrimiento»* (folio 228).

A pesar de lo anterior, el 14 de diciembre se realizó el procedimiento descrito así: *«artrodesis, posterior, para deformidad vertebral, con o sin el molde, 7 a 12 segmentos vertebrales... Instrumentación posterior parcial (ejemplo: fijación pedicular, varillas duales con múltiples ganchos y alambres sublaminares); 13 o más segmentos vertebrales... Resección de costillas, extra pleurales... aloinjero... osteotomía de vértebra, enfoque posterior o pos lateral, segmento vertebral, torácico»* (folios 234 y 235).

Los costos de la intervención, según el registro médico, se resumen de la siguiente forma:

<i>Costo hospitalización:</i>	<i>USD\$130.768.00</i>
<i>Tarifa [del] médico:</i>	<i>USD\$18.347.00</i>
<i>Tarifa radiología:</i>	<i>USD\$112.00</i>
<i>Tarifa anestesia:</i>	<i>USD\$3.000.00</i>
<i>Costo total:</i>	<i>USD\$152.227.00 (folio 237).</i>

(IV) Basta una simple comparación entre el contenido de las coberturas y la relación de los gastos en que se incurrió para la atención del adolescente Enrique Tcherassi, para colegir que estos últimos se encuentran cubiertos por aquéllas, al corresponder a erogaciones por gastos hospitalarios y galénicos del asegurado.

Por tanto, acaecido el siniestro, la obligación condicional de la aseguradora nació a la vida jurídica, debiendo realizar «*el pago de los gastos médicos... y hasta la suma indicada para el valor asegurado*» (folio 56), que para el año 2015 era de dos millones de dólares (US\$2.000.00), con un deducible de diez mil dólares (US\$10.000) (folios 171 y 173).

De esta forma, las pretensiones formuladas por los convocantes están llamadas a abrirse paso.

(V) Se agrega que los interesados, después de establecida la necesidad de las intervenciones, dieron aviso a la aseguradora, la cual rehusó el cubrimiento con fundamento en una exclusión.

Esta actuación se realizó en algún momento anterior al 6 de noviembre de 2015, como se infiere del escrito de Olympus Managed Health Care de ese día, en el que expresamente se manifestó que Seguros Bolívar revisó la petición para que cubriera el costo de las intervenciones médicas (folio 228).

Más aún, según la comunicación emanada directamente de la aseguradora, de 29 de diciembre del mismo año, para esta fecha era conocedora de la realización de las cirugías denominadas «*fusión en columna Toracolumbar con instrumentación*» y «*toracoplastia*», así como del pedimento para que reembolsara sus costos, a lo cual se opuso por la razón antedicha (folios 247 y 248).

Deviene de lo anterior que, incluso en ausencia de la copia de la reclamación efectuada a la aseguradora, lo cierto es que el expediente da cuenta de su realización, en tanto de las pruebas antes referidas es dable extraer su presentación antes del 29 de diciembre de 2015; máxime por cuanto no existe en el proceso discusión sobre la oportunidad de la respuesta de Seguros Bolívar.

Ahora bien, la falta de certeza sobre la fecha en que se presentó la reclamación deberá solventarse teniendo como tal la última de las anotadas datas, pues para este momento queda claro que la aseguradora había recibido la solicitud de pago de los gastos médicos y la misma se rechazó, no por la insuficiencia de la información aportada, sino con base en

una exclusión que, valga la pena recordarlo, no puede producir efectos por desatender el artículo 21 del decreto 806 de 1998 -que retomó el canon 2º del decreto 1222 de 1994-.

(VI) Definido el momento en que se requirió a la aseguradora, y como los demandantes reclamaron el pago de intereses moratorios, precisa señalar que desde dicho instante deberá contarse el plazo de un (1) mes para entenderla constituida en mora.

Así lo establece el artículo 1080 del Código de Comercio, a saber: *«El asegurador **estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente** a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. **Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad**».*

Redúndese, como el reclamo a la aseguradora tiene como data el 29 de diciembre de 2015, desde este momento se contará el mes consagrado por el legislador para el cumplimiento de su deber, causándose intereses de mora desde el día siguiente, esto es, el 30 de enero de 2016.

4.3.2. Una vez decantado el nacimiento del débito aseguraticio resta por estudiar las demás excepciones

planteadas por la convocada, con el fin de establecer si tienen la aptitud de desestimar las súplicas de la demanda.

4.3.2.1. Primera excepción: falta de legitimación en la causa.

(I) Aseguró la convocada que T.B.G. S.A., en su condición de tomadora, carece de derechos en el contrato de seguro, por mandato del artículo 1039 del Código de Comercio, de allí que carezca de legitimación para demandar; además, no se acreditó que esta sociedad hubiera pagado los valores cuyo reembolso pretende.

(II) Encuentra la Sala que ciertamente, cuando el seguro se celebra por cuenta de un tercero, por regla de principio, *«al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada»* (artículo 1039 del Código de Comercio).

Sin embargo, esta regla encuentra excepciones, en los casos en que el interés asegurable concierna directamente al tomador, pues en este caso estará facultado para reclamar directamente la prestación debida de la aseguradora.

Dicho de otra forma, cuando sobre el tomador gravita la erogación económica que pretende sea compensada por la entidad aseguradora, con independencia de que exista un beneficiario, será posible que aquél reclame la prestación condicional de esta última. Valga mencionar que esta

situación es especialmente palpable tratándose de seguros personales.

Así lo enseña la doctrina especializada:

En los demás seguros personales, ocurrido el siniestro (... la hospitalización o intervención quirúrgica), el pago debe hacerse al titular del interés asegurable, esto es, al tomador del seguro, tenga o no la calidad de asegurado... en esta clase de seguros, asegurado es la persona sobre la cual gravita la amenaza del riesgo físico (el accidente o la enfermedad) y no necesariamente la que debe afrontar la erogación económica²⁴.

Excepción que haya fundamento en el hecho «*de [que] la función indemnizatoria del seguro [tiene una] relación con la causal del contrato..., de allí que se tenga expresado que la característica indemnizatoria del seguro implica que quien lo contrate y cobre luego su importe, **sea la persona realmente afectada***» (negrilla fuera de texto)²⁵.

De lo expuesto emana que T.B.G. S.A., por el simple hecho de fungir como tomadora del seguro, no carece de legitimación en la causa para demandar, punto en el que debe rechazarse el argumento de defensa expuesto en sentido contrario.

(III) Lo anterior adquiere más nitidez si en la cuenta se tiene que, según las pruebas que integran la foliatura, la

²⁴ J. Efrén Ossa G., *op cit.*, p. 447.

²⁵ Rubén S. Stiglitz, *Derecho de seguros*, Tomo II, 3ª Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 372.

sociedad demandante fue la encargada de sufragar las erogaciones exigidas para la atención médica del asegurado.

Y es que, en el plenario se encuentra acreditado, por documentos emanados del Hospital Infantil Nicklaus, que con ocasión de las cirugías practicadas a Enrique Tcherassi entre el 13 y 18 de diciembre de 2015, dicha entidad, recibió los siguientes pagos:

<i>Pago total: USD\$60.000.00</i>	<i>Total Ajustes: USD\$0.00</i>
<i>Método de pago:</i>	<i>Tarjeta crédito</i>
<i>Valor pagado:</i>	<i>USD\$60.000.00</i>
<i>Fecha pago:</i>	<i>15/12/2015...</i>
<i>Recibida de:</i>	<i>Tcherassi, Alfredo</i>

(folio 240 del cuaderno principal).

<i>Pago total: USD\$77.227.00</i>	<i>Total Ajustes: USD\$0.00</i>
<i>Método de pago:</i>	<i>Transferencia elect.</i>
<i>Valor pagado:</i>	<i>USD\$77.227.00</i>
<i>Fecha pago:</i>	<i>15/12/2015...</i>
<i>Recibida de:</i>	<i>Tcherassi, Alfredo</i>

(folio 242 *ibidem*).

<i>Pago total: USD\$5.000.00</i>	<i>Total Ajustes: USD\$0.00</i>
<i>Método de pago:</i>	<i>Tarjeta de crédito.</i>
<i>Valor pagado:</i>	<i>USD\$5.000.00</i>
<i>Fecha pago:</i>	<i>15/12/2015...</i>
<i>Recibida de:</i>	<i>Tcherassi, Alfredo</i>

(folio 244 *ibidem*).

<i>Pago total: USD\$10.000.00</i>	<i>Total Ajustes: USD\$0.00</i>
<i>Método de pago:</i>	<i>Tarjeta de crédito.</i>
<i>Valor pagado:</i>	<i>USD\$10.000.00</i>
<i>Fecha pago:</i>	<i>9/12/2015...</i>
<i>Recibida de:</i>	<i>Tcherassi, Alfredo</i>

(folio 246 *ibidem*).

Documentos merecedores de credibilidad, en tanto corresponden a soportes contables emanados de quien recibió el precio de la cirugía y demás erogaciones asociadas, con un completo detalle sobre el momento y condiciones de su realización, en concreto, se indica el número de recibo, cajero receptor, medio de pago empleado, cuantía, fecha, autor e imputación.

La autenticidad se da por descontada, al existir «*certeza sobre la persona que lo[s] ha elaborado... [y] respecto de la persona a quien se le atribuye el documento*» (artículo 244 del Código General del Proceso), pues no queda duda de que fueron suministrados por el Hospital Infantil Nicklaus, en atención al membrete empleado en la papelería y porque su contenido guarda coherencia con la intervención médica efectuada a Enrique Tcherassi -fecha, interesados y costos-.

Importes que, valga la pena resaltarlo, encuentran reflejo en la cuenta administrada por UBS Financial Services Inc. (folios 447 a 458), a saber:

<i>Fecha</i>	<i>Actividad</i>	<i>Descripción...</i>	<i>Valor</i>
			<i>Efectivo</i>
<i>Dic. 11</i>	<i>Tarjeta banco</i>	<i>Nycklaus Clidren's Hospital</i>	<i>-10.000.00</i>
<i>Dic. 14</i>	<i>Retiro</i>	<i>Fondos federales a Nycklaus Clidren's Hospital...</i>	<i>-77.227.00</i>
<i>Dic. 16</i>	<i>Tarjeta banco</i>	<i>Nycklaus Clidren's Hospital</i>	<i>-5.000.00</i>
<i>Dic. 18</i>	<i>Cheque</i>	<i>Cheque girado N° 00451 Nycklaus Clidren's Hospital</i>	<i>-60.000.00</i>

(folios 461 y 462).

La concordancia de los documentos precedentes, en punto al destino de los recursos y las condiciones de su

realización, sin duda confirma su poder suasorio; máxime, porque en este último caso también se encuentra certidumbre sobre la entidad que emitió el extracto de cuenta.

Ahora bien, es cierto que en los mencionados comprobantes funge como pagador el señor Alfredo Tcherassi, sin invocación de una calidad específica, huelga explicarlo, sin especificar si actuó en nombre propio, como representante legal de T.B.G. S.A. o de su hijo.

Empero, la anterior duda se despeja de acudirse a los soportes contables de T.G.B. S.A. del 4 de enero de 2016, en los que constan que esta sociedad registró una nota débito por \$510.873.812.00, correspondiente al «*pago de tratamiento quirúrgico asegurado*» a cargo de un tercero con identificación tributaria n.º 860.002.503-2 (folio 251), el cual corresponde a la Compañía de Seguros Bolívar S.A. según su certificado de existencia y representación (folio 36).

En el mismo sentido, el revisor fiscal de T.G.B. S.A. certificó:

Que revisada la información contable y los documentos pertinentes, en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de enero de 2016, se observa que en las cuentas deudores varios, código 13-80-95, un cargo por valor de quinientos diez millones ochocientos setenta y tres mil ochocientos doce pesos M-Cte. (\$510.873.812.00), a nombre de Seguros Bolívar, por el pago correspondiente a un tratamiento quirúrgico a un beneficiario de la póliza de seguro de salud... que T.B.G. S.A. tiene con la mencionada compañía de seguros... (folio 249).

En consecuencia, resulta razonable inferir que los pagos efectuados por Alfredo Tcherassi se hicieron en su calidad de representante legal de T.G.B. S.A., pues de otra forma no encuentra explicación que los mismos se reflejaran en su contabilidad.

Recuérdese que la contabilidad, entre otros fines, sirve para «[c]onocer y demostrar los recursos controlados por un ente económico, las obligaciones que tenga de transferir recursos a otros entes, los cambios que hubieren experimentado tales recursos y el resultado obtenido en el período», según el numeral 1º del artículo 3º del decreto 2649 de 1993; de allí que, ante el registro contable de una cuenta por cobrar en razón de la indemnización no pagada por la demandada, por parte de T.G.B. S.A., es posible interpretar que los recursos provinieron de dicha entidad.

(IV) Refulge de lo anterior que existe legitimación en la causa por activa en cabeza de la demandante, no sólo por concernirle el interés asegurable, sino por aparecer acreditado que efectuó el pago de las cirugías que se le practicaron a Enrique Tcherassi el 14 de diciembre de 2015.

De esta forma se desestima la prosperidad de la defensa formulada por Compañía de Seguros Bolívar S.A.

4.3.2.2. Segunda excepción: improcedencia del reconocimiento de prestaciones.

(I) Alegó la convocada que los documentos que pretenden demostrar el pago carecen de logo, firma, sello y omiten mencionar la factura, por lo que no merecen credibilidad, máxime ante la imposibilidad de pretender su ratificación.

(II) Como esta defensa guarda estrecha conexión con la precedente, las razones allí esgrimidas sirven para desestimar su prosperidad; en efecto, los documentos que soportan el pago de las cirugías, valorados tanto de forma individual como conjunta, permiten tener por acreditado el desembolso de ciento cincuenta y dos mil doscientos veintisiete dólares (US\$152.227) al Hospital Infantil Nicklaus, por parte de Alfredo Tcherassi, quien actuó como representante legal de T.G.B. S.A.

(III) Ahora bien, como sobre los mencionados documentos no se formuló solicitud de ratificación, su valoración resultaba un deber para esta Sala, en aplicación del artículo 280 del Código General del Proceso, según el cual, en la sentencia deberán examinarse críticamente las pruebas.

Regla que encuentra eco en el canon 262 del actual estatuto procesal, según el cual, «*los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros **se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación***» (negrilla fuera de texto).

Refiriéndose a esta prueba, la Sala dejó sentado:

*[E]n lo tocante con su eficacia probatoria, ninguna norma procesal ha exigido la autenticidad, toda vez que ‘por sus características especiales, han tenido una regulación también particular que, en la legislación permanente, ha consistido en asimilarlos a los testimonios para efecto de su ratificación (o, más bien, su recepción directa), salvo cuando, por acuerdo de las partes se acepta el documento como tal (arts. 277, num 2º, y 229 inciso 2º C. de P.C.)’ (CCXLIII, págs. 297 y 298). Pero a partir de la vigencia del decreto especial de descongestión antes aludido, ‘Esa ratificación, que en realidad consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó..., con la salvedad de que **debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa...** (CSJ SC, 18 Mar. 2002, Rad. 6649) (negrilla fuera de texto, SC5533, 24 ab. 2017, rad. n.º 2009-00440-01).*

Por tanto, con el fin de impedir que los documentos de marras pudieran ser valorados, correspondía a la aseguradora proponer la solicitud de ratificación, cuya omisión conduce a que el sentenciador deba evaluarlos conforme a las reglas de la sana crítica.

Máxime porque las razones esgrimidas por la Compañía de Seguros Bolívar S.A. para abstenerse de realizar este pedimento carecen de apoyadura en la ontología de los medios demostrativos, pues los escritos provenientes del Hospital Infantil Nicklaus, UBS Financial Services Inc. y T.G.B. S.A., identifican con claridad a su autor y los datos de contacto, lo que sin duda permitía pretender la ratificación.

En el contexto dilucidado la excepción bajo análisis decae en el vacío.

4.3.2.3. Tercera excepción: falta de validez probatoria de los documentos aportados como prueba del pago.

(I) Invocó la demandada que los extractos bancarios aportados por los demandantes no prueban que T.G.B. S.A., Enrique Tcherassi Huyke o Alfredo Enrique Tcherassi Barrera hayan realizado el pago, en tanto no se indica el número de cuenta, ni el titular de las mismas.

(II) La Sala, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, remite a los numerales precedentes, los cuales dan cuenta del mérito de convicción de los documentos criticados por la aseguradora.

4.3.2.4. Cuarta excepción: improcedencia del reconocimiento de prestaciones.

(I) Se invocó como defensa que no puede ordenarse reembolsos de dinero en favor de Enrique Tcherassi Huyke o Alfredo Enrique Tcherassi Barrera, por cuanto, para el primero, no se elevó una solicitud en este sentido, y, para el segundo, no es parte del proceso.

(II) Antes de resolver, conviene recordar textualmente lo pretendido por los demandantes, en cuanto se refiere al pago de la indemnización:

[O]rdenar el reembolso de la suma de ciento cuarenta y dos mil doscientos veintisiete dólares (US 142,227)... a favor de la sociedad T.G.B. S.A. ... ó de Alfredo Enrique Tcherassi Barrera,

quien en su calidad de representante legal de la sociedad que apodero y de padre del menor asegurado pagó dicha suma el 15 de diciembre de 2015, por los gastos médicos incurridos en el Nicklaus Children's Hospital... (énfasis añadido, folio 368).

Refulge que los demandantes reclamaron, en primer lugar, que la indemnización fuera solucionada a T.G.B. S.A., y sólo ante el fracaso de este pedimento se hiciera en favor de Alfredo Enrique Tcherassi Barrera, bien en su calidad de representante legal de la mencionada sociedad, ora del adolescente Enrique Tcherassi.

Se trata, en una sana hermenéutica, de pretensiones formuladas de manera principal y subsidiaria, como se infiere de la utilización de la conjunción «o», la cual «[d]enota diferencia, separación o alternativa»²⁶. Además, es el único entendimiento que compatibiliza el hecho de que se pida idéntica indemnización para personas diferentes.

Posibilidad que encuentra apoyadura en el canon 88 del Código General del Proceso, el cual permite que el demandante acumule «*en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado... siempre que... no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias*».

Sobre esta materia tiene dicho la jurisprudencia, en palabras aplicables *mutatis mutandi* a la nueva codificación:

Recuérdase a su vez, con relación a la acumulación de pretensiones autorizada por los artículos 75 y 82 del Código de

²⁶ Primera acepción del Diccionario de la Lengua Española, disponible en www.rae.es

Procedimiento Civil, que se predicen varias modalidades, entre ellas la conocida como eventual o subsidiaria, en cuya virtud el libelista propone una o más pretensiones para que el juez la (s) estudie y decida sólo en el caso de que no acoja una anterior, propuesta como principal. Por tal razón, se tiene que, en línea de principio rector, en la acumulación subsidiaria de pretensiones, como la gradación de éstas depende exclusivamente de la voluntad del demandante, “ese orden no puede ser variado por el fallador, pues al hacerlo estaría modificando los extremos de la demanda, lo que no le está permitido. Entonces, el juez solamente puede entrar a estudiar la pretensión subsidiaria, para resolverla, en el único evento en que, previamente, haya desestimado la principal” (CXLVIII, pág. 37) (SC, 24 nov. 2003, exp. n.º 7497).

(III) Decantado lo anterior, como en el *sub examine* es procedente acceder a las pretensiones (ver numeral 4.3.1.) en favor de T.B.G. S.A. (ver numeral 4.3.2.1.), en razón de que se configuró el débito aseguratorio y ésta pagó el valor de las intervenciones quirúrgicas, el estudio de la pretensión subsidiaria deviene improcedente.

Por la misma vía, el análisis de las excepciones propuestas para enervar este último pedimento deviene insustancial.

4.4. Ante la frustración de las defensas propuestas, se abre paso la condena en contra de la Compañía de Seguros Bolívar S.A., por el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de seguro contenido en la póliza *World Medica Bolivar n.º 1510-5562287-01*.

Por tanto, deberá ser condenada a indemnizar, en favor de la tomadora, el monto de los costos de las cirugías

practicadas el 14 de diciembre de 2015 al adolescente Enrique Tcherassi, demostrados en ciento cincuenta y dos mil doscientos veintisiete dólares (US\$152.227). Ahora bien, como se pactó un deducible de diez mil dólares (US\$10.000), estos se descontarán sobre el valor reclamado, lo que conduce a un saldo insoluto de ciento cuarenta y dos mil doscientos veintisiete dólares (US\$142.227).

Dado que los petentes reclamaron la conversión de la divisa a pesos colombianos para el «*día de pago*» (folio 368), sin que la convocada se opusiera a este proceder, deviene que por fuerza del principio de congruencia y por razones de equidad, debe efectuarse este cálculo según la tasa representativa del mercado para el 15 de diciembre de 2015, correspondiente a tres mil trescientos cincuenta y seis pesos (\$3.356,00), según la «*serie histórica periodicidad diaria*» del Banco de la República²⁷. La condena expresada en pesos ascenderá a cuatrocientos setenta y siete millones trescientos trece mil ochocientos doce pesos (\$477.313.812).

De otro lado, decantado como se encuentra que la reclamación se hizo a más tardar el 29 de diciembre de 2015, se condenará al pago de intereses de mora a partir del 30 de enero siguiente. Para estos fines se tendrá en cuenta el interés bancario corriente ordinario certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, aumentado en su mitad, calculado hasta el pago efectivo.

²⁷ Disponible en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>.

5. **En resumen.** Una vez casada la sentencia del Tribunal por infringir de manera directa las normas que gobiernan el seguro de salud, en particular los artículos 21 del decreto 806 de 1998 y 1056 del Código de Comercio, en concordancia con el 2º del decreto 1222 de 1994, en sede de instancia se emitirá veredicto en el cual se revoca el fallo de primer grado y, en su lugar, (i) se negarán las excepciones propuestas; (ii) se reconocerá el incumplimiento contractual de la convocada; (iii) se condenará a la demandada al pago de la indemnización pretendida en favor de T.B.G. S.A.; (iv) se reconocerán intereses desde el 30 de enero de 2016 y hasta su solución efectiva; y (v) se condenará a la aseguradora al pago de costas en ambas instancias.

Las agencias en derecho se tasarán, según el numeral 3 del artículo 366 *ibidem* y las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia de 26 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, en el proceso promovido por T.B.G. S.A. (antes Inversiones Tcherassi Barrera & Cía. S. en C.) y Enrique Tcherassi Huyke contra Compañía de Seguros Bolívar S.A., y en sede de instancia, **resuelve:**

Primero. Revocar la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado 6º Civil del Circuito de Barranquilla, el 3 de abril de 2018.

Segundo. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Tercero. Declarar que Compañía de Seguros Bolívar S.A. incumplió el contrato de seguro contenido en la póliza *World Medica Bolivar* n.º 1510-5562287-01, tomado por T.B.G. S.A. (antes Inversiones Tcherassi Barrera & Cía. S. en C.), al no pagar las sumas reclamadas para atender los gastos médico-quirúrgicos del adolescente Enrique Tcherassi.

Cuarto. En consecuencia, condenar a la demandada, en favor de T.B.G. S.A., a pagarle cuatrocientos setenta y siete millones trescientos trece mil ochocientos doce pesos (\$477.313.812). A este valor se le agregarán intereses de mora correspondientes al bancario corriente ordinario certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, aumentado en la mitad, calculados desde el 30 de enero de 2016 y hasta el pago efectivo.

Quinto. Condénase en costas a la convocada en ambas instancias. Para la tasación el magistrado ponente fija como agencias en derecho en segundo grado la suma de tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (s.m.m.l.v.)

Sexto. Sin costas en casación.

Oportunamente devuélvase el expediente a la corporación de origen.

Notifíquese

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Presidenta de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Salvamento de Voto

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda Gonzalez Neira

Álvaro Fernando García Restrepo

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Firma con Salvamento de voto

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 96D01A8D1DBCC9FA518CFAD5FE5B4C804AFB6BBDC410D6C9C500C69587399C8B

Documento generado en 2022-04-04



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO

SC487-2022

Radicación n° 08001-31-03-006-2016-00078-01

Con el debido respeto, me permito disentir de la decisión de casar la sentencia de 26 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, en el proceso promovido por T.B.G. S.A. (antes Inversiones Tcherassi Barrera & Cía. S. en C.) y Enrique Tcherassi Huyke contra Compañía de Seguros Bolívar S.A., que en mi parecer debió permanecer incólume por las siguientes razones:

1.- Como quedó expuesto en la providencia el Tribunal encontró que, en virtud de la autonomía en la determinación de los riesgos al tenor del artículo 1056 del Código de Comercio, la aseguradora estaba en posibilidad de fijar como excluidas de cobertura de la póliza de salud las «*enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas*», dentro de las cuales encaja el síndrome de Marfan padecido por Enrique Tcherassi, más si se tiene en cuenta la dificultad de diagnóstico que hubiera imposibilitado

advertirla de haberse practicado un examen al momento de la vinculación.

2.- La censora argumentó que a pesar de que el *ad quem* admitió que las exclusiones en las pólizas deben ser taxativas con base en el examen médico, se adicionó el alcance del artículo 1056 del Código de Comercio en el sentido de que la difícil detección de una determinada enfermedad congénita posibilita entenderla incluida dentro de aquellas y que pueda aducirse luego de la firma del contrato como razón para negar la reclamación. No obstante, conforme al artículo 2° del Decreto 1222 de 1994 las exclusiones deben estar especificadas por patologías, procedimientos y exámenes, so pena de que sean inoponibles a los usuarios, como acontece con el Síndrome de Marfan que no aparece individualizado en el contenido del seguro, fuera de que al no existir una valoración antes de tomarlo tampoco era posible invocar su posterior establecimiento.

3.- El fallo que a criterio de la mayoría da lugar a casar la sentencia de segundo grado, luego de una juiciosa exposición en relación con el contrato de seguro en términos generales, la determinación de los riesgos asegurados y los eventos excluidos, pasa a fijar un derrotero en relación con el seguro de salud.

Sobre dicho tópico se resalta su integración al sistema de seguridad social en los términos de los artículos 17 a 22 del Decreto 806 de 1998, compilados en los artículos

2.2.4.1 a 2.2.4.6 del Decreto 780 de 2016, y 169 de la Ley 100 de 1993, con la modificación que le introdujo el 37 de la Ley 1438 de 2011.

A partir de ese marco normativo, se advierte la posibilidad de que *«la cobertura de los seguros de salud se restrinja por dos (2) diferentes vías: (I) limitación general de los riesgos amparados o (II) exclusiones particulares por patologías preexistentes»*, lo primero con amparo en el literal b) del artículo 22 del Decreto 806 de 1998 y lo segundo conforme al artículo 21 ibídem *«que encuentra como antecedente el decreto 1222 de 1994, relativo a la medicina prepagada»*.

En apoyo de ese escrutinio se cita un aparte de las CC T430/15 y se alude a los fallos T-533/96, SU-039/98, T-603/98, SU-1554/00, T-660/06, T-158/10, T-134/11, T-802/13, T-184/14, T-325/14 y T-152/06.

Concluye con que el artículo 1056 del Código de Comercio debe armonizarse con el 21 del Decreto 806 de 1998 *«en el sentido de que, tratándose de exclusiones, las mismas deben estar soportadas en preexistencias y detalladas minuciosamente en la respectiva póliza, so pena de que no produzcan efectos jurídicos»*, al aplicar un criterio sistemático de interpretación, de ahí que *«además de los requerimientos generales, las exclusiones por preexistencias en materia de planes voluntarios de salud, deben ser expresas, concretas y basarse en un examen médico de ingreso practicado al asegurado, o emanar de la aceptación*

del asegurado, por ejemplo, en la declaración de asegurabilidad».

Del anterior entramado se deduce la prosperidad de la censura ya que al entender las *«enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas»* como exclusiones, al margen de las previsiones del artículo 1056 del estatuto mercantil, se *«desatendió el artículo 21 del decreto 806 de 1998 -que retomó el canon 2° del decreto 1222 de 1994-, por faltar a la exigencia de concretar las enfermedades o anomalías que estaban fuera de cobertura, así como los tratamientos excluidos tocantes a aquéllas».* Tal nivel de abstracción le resta validez a la estipulación, ya que no se hizo una concreción de los padecimientos de esa índole que comprendía ni figuran enunciados de forma expresa *«el trastorno hereditario denominado «Síndrome de Marfan», la anomalía vertebral conocida como «escoliosis» o el tratamiento denominado como «Fusión de Columna Toracolumbar con Toracoplastia»».* Adicionalmente, se *«justificó la inaplicación del anterior marco legal bajo la consideración de que la enfermedad del asegurado era de difícil detección, razón por lo que no era exigible su inclusión en la póliza»*, sin que tal añadido tuviera respaldo normativo.

4.- Frente a esos postulados, considero que se incurre en las siguientes imprecisiones conceptuales que distorsionan los alcances del *«Seguro de salud»* y el resultado de la impugnación extraordinaria:

4.1.- Si bien estimo acertado que el *«Seguro de salud»*

se encuentra íntimamente asociado al sistema de seguridad social, eso no es suficiente para invocar como antecedente del artículo 21 del Decreto 806 de 1998, relacionado con la potestad de practicar exámenes de ingreso en los Planes Adicionales de Salud (en adelante PAS) para la exclusión de patología existentes, al artículo 2 del Decreto 1222 de 1994.

Como se precisa en el fallo este último se refiere exclusivamente a la medicina prepagada y no puede dársele una interpretación extensiva para reforzar el argumento de la especificidad en «*la concreción de las preexistencias detectadas y las exclusiones asociadas a las mismas*» y descartar «*la posibilidad de incluir excepciones genéricas, abstractas o indefinidas, esto es, sin ninguna concreción*», lo que es posible con la simple aplicación del artículo 1056 del Código de Comercio, como uno de los «*principios comunes a los seguros terrestres*», respecto del cual en SC de 29 de enero de 1998, rad. 4894, se indicó que

(...) en orden a impedir las nocivas tendencias, tanto de quienes reclaman con el propósito de procurar conseguir beneficios extraños al seguro contratado, lo que sin duda redundaría en menoscabo para la mutualidad de riesgos homogéneos creada, como de los aseguradores de exonerarse de responder desconociendo razonables expectativas que del contrato emergen para aquellos, este último debe ser interpretado en forma similar a las normas legales y sin perder de vista la finalidad que está llamado a servir, esto es comprobando la voluntad objetiva que traducen la respectiva póliza y los documentos que de ella hacen parte con arreglo a la ley (Arts. 1048 a 1050 del C de Com.), los intereses de la comunidad de asegurados y las exigencias técnicas de la industria. Dicho en otras palabras, el contrato de seguro es de interpretación restrictiva y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse "escritura contentiva del contrato" en la

medida en que, por definición, debe conceptuársela como expresión de un conjunto sistemático de condiciones generales y particulares que los jueces deben examinar con cuidado, especialmente en lo que tiene que ver con las cláusulas atinentes a la extensión de los riesgos cubiertos en cada caso y su delimitación, evitando favorecer soluciones en mérito de las cuales la compañía aseguradora termine eludiendo su responsabilidad al amparo de cláusulas confusas que de estar al criterio de buena fe podrían recibir una inteligencia que en equidad consulte mejor los intereses del asegurado, o lo que es todavía más grave, dejando sin función el contrato a pesar de las características propias del tipo de seguro que constituye su objeto, fines éstos para cuyo logro desde luego habrán de prestar su concurso las normas legales, pero siempre partiendo del supuesto, valga insistir, de que aquí no son de recibo interpretaciones que impliquen el rígido apego literal a estipulaciones consideradas aisladamente y, por ende, sin detenerse en armonizarlas con el espíritu general que le infunde su razón de ser a todo el contexto contractual del que tales estipulaciones son parte integrante.

Siguiendo estas orientaciones, ha sostenido esta corporación que siendo requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (G.J, t. CLVIII, pág. 176) y que por lo tanto, en este campo rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas, "...El Art. 1056 del C de Com., en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado..", agregando que es en virtud de este amplísimo principio " que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley..." (Cas. Civ. de 7 de octubre de 1985, sin publicar), exclusiones que por su propia índole, limitativa de los riesgos asumidos por el asegurador, requieren ser interpretadas

con severidad en una concienzuda tarea que se oriente, de una parte, a establecer su justificación técnica, y de la otra a precisar el alcance de dichos riesgos, conforme a reglas de carácter legal o convencional, luego no le es permitido al intérprete "...so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida....." (Cas. Civ. de 23 de mayo de 1988, sin publicar).

Incluso en CSJ SC de 24 de mayo de 2005, rad. 7495, se complementó lo anterior con que

(...) la Corte ha deducido como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento "de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado".

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados), ora porque se establezca que el asegurador cubre todos los riesgos de pérdidas, pero con las exclusiones que también expresamente convengan los interesados (...).

De ahí que al estar debidamente estructurada de la hermenéutica del referido precepto la posibilidad de limitar negativamente el riesgo asegurado, bajo los parámetros de especificidad y lectura restrictiva del clausulado, resulta innecesario y exótico acudir a un canon que resulta ajeno a la materia, máxime si el numeral 3 del artículo 19 del Decreto 806 de 1998 prevé que las pólizas de salud «*se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general*», sin que incluya el que corresponde a los «*planes de medicina prepagada*» a los cuales está ceñido.

En otras palabras, en lo que respecta al «*Seguro de salud*» su marco normativo está compuesto por: **a.-** Los principios comunes a los seguros terrestres del capítulo I Título V Libro Cuarto del Código de Comercio (artículos 1036 a 1082); **b.-** La sección I del Capítulo III del mismo título (artículos 1137 a 1162) sobre «*Principios comunes a los seguros de personas*», en lo pertinente y **c.-** las normas que se refieran en términos generales a los PAS y en concreto a dicha especialidad, esto es, los artículos 37 a 41 de la Ley 1438 de 2011 y 2.2.4.1 a 2.2.4.6 del Decreto 780 de 2016 «*Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*» y corresponden a los artículos 17 a 22 del Decreto 806 de 1998.

Es tan cierto lo anterior que en CC T430/15 que se cita como fundamento de la tesis del fallo, al entrar a diferenciar los contratos de medicina prepagada de las pólizas de salud quedó consignado que

Los contratos de medicina prepagada y las pólizas de salud son Planes Adicionales de Salud (PAS), que, de acuerdo al Decreto 806 de 1998, consisten en un conjunto de beneficios opcionales contratados de manera voluntaria, que garantizan la atención de actividades, procedimientos o intervenciones en salud adicionales al POS. Estos servicios son prestados por particulares que, si bien se encargan de garantizar el servicio público de salud, no se financian con los recursos del Sistema y rigen sus relaciones contractuales por el derecho privado.

Los contratos de medicina prepagada, de acuerdo al Decreto 1570 de 1993, son “el sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente Decreto, para la gestión de la atención médica, y la prestación de los servicios de salud y/o atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.” Estos contratos hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud y benefician a quienes se encuentran en el régimen contributivo ofreciendo una mayor cobertura y/o calidad, respecto del Plan Obligatorio de Salud.

Estos contratos se rigen por las normas del Código Civil y del Código de Comercio y, como lo señala el Decreto 1468 de 1994, parten del supuesto de que la compañía prestadora del servicio cubrirá, a partir de su celebración o de la fecha que acuerden las partes, los riesgos relativos a la salud del contratante y de las personas que sean señaladas por él como beneficiarias; sin embargo, dado que se trata de una actividad donde, además de captar recursos del público, se está prestando un servicio público y se ven involucrados derechos fundamentales como la vida, la integridad física y la salud, la intervención y vigilancia del Estado es imperativa.

El contrato de seguro, o la póliza de seguro, se rige por el capítulo V del Código de Comercio, según el cual “el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”. En consecuencia, las disposiciones que determinan la validez y, en general, todos los asuntos atinentes a este contrato, están determinados por la legislación comercial y encuentran su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad privada.

Los contratos de seguro, a diferencia de los contratos de medicina prepagada, no suponen la prestación de los servicios de salud, sino que, de acuerdo a las normas previstas en el Código

de Comercio, parten del aseguramiento de un riesgo que, en caso de concretarse, dan lugar al reembolso de la suma de dinero correspondiente.

4.2.- Las alusiones a las CC T-533/96, SU-039/98, T-603/98, SU-1554/00, T-699/04, T-660/06, T-875/06, T-134/11, T-802/13 y T-184/14, bajo el entendido de que en ellos se resguarda el sentido de la providencia *«al analizar el valor jurídico de las exclusiones en los contratos que celebran las entidades prestadoras de planes voluntarios de salud»*, lucen desafortunadas ya que en se refieren a Contratos de Medicina Prepagada, ajenos al tema bajo estudio concretado al *«Seguro de salud»*, a pesar de tratarse de una de las manifestación del PAS.

En cuanto a aquellos que si se refieren al *«Seguro de salud»* (T-152/06, T430/15, T-158/10 y T-325/14) no dejan de corresponder a casos aislados cuyos alcances son inter partes y en vista de circunstancias excepcionales que ameritaron esa vía constitucional.

Por ende, sin desconocer la importancia y trascendencia de lo que sobre el tema haya tratado la Corte Constitucional, es la jurisdicción ordinaria la encargada de establecer los alcances de las relaciones que surgen del *«Contrato de Seguro»* y así lo reconoce dicha Corporación en sus providencias al advertir que por *«regla general las controversias que se presenten en virtud de la celebración y ejecución de un contrato adicional de salud, entiéndase de planes complementarios, de medicina prepagada y de pólizas de salud, deben ser ventiladas ante la jurisdicción*

ordinaria por tratarse de contratos que se rigen por normas de derecho privado» (T-158/10).

4.3.- Las expresiones «*enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas*», si bien comprenden un considerable número de trastornos en la salud de los individuos, en mi parecer no tienen el «*grado de abstracción que desatiende el artículo 21 del decreto 806 de 1998*», puesto que todas ellas cuentan con un solo elemento determinante como es el de corresponder a algo «*congénito*».

Según el DRAE dicho término significa en sus dos acepciones «*1. adj. Que se engendra juntamente con algo. 2. adj. Connatural, como nacido con uno mismo.*», esto quiere decir que es inmanente al ser humano desde su gestación, así su manifestación pueda ser posterior al nacimiento. Desde esa perspectiva, aunque en materia de «*Seguro de salud*» encajaría dentro del concepto de preexistencia porque siempre estaría presente al momento de su concreción, el alcance es más restringido ya que descarta las afecciones contraídas y su conocimiento o no por el tomador se tornaría en irrelevante.

Esa categorización, que de acuerdo con la literatura médica comprende alrededor de 4.000 tipos de anomalías por diferentes causas (desde trastornos en el desarrollo del feto y complicaciones al momento del parto, hasta factores hereditarios), es lo suficientemente precisa para evitar que las aseguradoras, en un esfuerzo por delimitar negativamente el riesgo, se vean obligadas a enunciar cada

una de ellas en el cuerpo de una póliza para darlas por excluidas de forma específica, lo que constituiría un despropósito.

5.- En resumen, la norma en que centra su descontento la censora (artículo 2° del Decreto 1222 de 1994) y se acoge como vulnerada por el fallo, no es aplicable al caso y mucho menos se evidencia un desvío en la interpretación del artículo 1056 del Código de Comercio ni en las demás normas invocadas, puesto que para el fallador de segundo grado era patente la «*exigencia de concretar las enfermedades o anomalías que estaban fuera de cobertura, así como los tratamientos excluidos tocantes a aquéllas*», lo que la mayoría de la Sala encuentra desatendido, solo que para el Tribunal la contemplación de «*enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas*» como exclusiones de la póliza de salud es lo suficientemente precisa y concreta como para darle pleno valor, aspecto en el que cualquier desacuerdo encajaría más bien como la incursión en un error de facto.

Por demás, el hecho de que el Tribunal hiciera alusión a la dificultad que hubiera existido en la valoración temprana del paciente antes de la suscripción del contrato, para detectar la manifestación de esa índole que llevó a la aseguradora a objetar la reclamación, no es resultado de una deducción sobre la existencia de un elemento condicional ni complementario del último precepto, a tener en consideración en casos similares, sino una explicación innecesaria de que para el efecto ninguna relevancia

hubiera tenido la práctica de una prueba médica al asegurado, ya que lo determinante del asunto era la naturaleza congénita o no de la enfermedad.

Vistas así las cosas, al menos desde el punto de vista del cargo despachado y sin conocer el alcance del que se prescindió su estudio, imperaba mantener el proveído opugnado.

6.- Dejo en estos términos expuestas las razones de disenso.

Fecha ut supra.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: D400A579AD4158634993DE4F1F913AAD8574E3A1B8E538D01537EA8504A35DFF

Documento generado en 2022-04-04