



Señora:
JUEZ TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO – META
E.S.D.

REFERENCIA: MEDIO DE CONTROL – REPARACION DIRECTA
DEMANDANTE: LUZ STELLA ANDRADE PALACIOS Y OTROS
DEMANDADOS: HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE Y OTROS

LLAMADA EN GARANTIA: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y OTRAS

RADICADO: 50-001-33-33-003-2016-00001-00

En mi calidad de apoderada de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, llamada en garantía por el HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, dentro de la oportunidad legal presento **ALEGATOS DE CONCLUSION** conforme a lo ordenado en audiencia del 22 de febrero de 2024 mediante la cual se ordenó el cierre de la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar de conclusión.

PETICION

1. Pido en forma respetuosa al Señor Juez, despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda y declarar la prosperidad de las excepciones de fondo alegadas por la parte demandada y nuestra asegurada **HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE** y por la suscrita en la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía, bajo la óptica de los argumentos que a continuación sustentó.

2. En caso hipotético de encontrar alguna responsabilidad a cargo de nuestra entidad asegurada parte demandada **HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE**, pido al despacho tener en cuenta las excepciones y argumentos fácticos y jurídicos de la defensa, presentadas por la suscrita al momento de contestar el llamamiento en garantía, frente a la responsabilidad contractual condicionada de mi poderdante de cara al llamamiento en garantía objeto de vinculación y su delimitación contractual, haciendo inexigible cualquier obligación a cargo de mi representada.

En audiencia inicial llevada a cabo el pasado 04 de julio de 2018 se fijó el litigio de la siguiente manera:

181



FIJACION DEL LITIGIO

“El litigio se contrae en establecer si la muerte de la menor JOHIMY NICOLLE LONDOÑO ANDRADE se debió a una falla en el servicio médico y si el mismo le es imputable a las entidades demandadas o si por el contrario las entidades demandadas actuaron bajo las normas de las lex artis.

Definido lo anterior, se establece si hay lugar a acceder a las reparaciones indemnizatorias solicitadas en la demanda y si los llamados en garantía deben responder en caso de llegar a condenar a Médicos Asociados S.A., Clínica Federman y al Hospital San Jose del GUAVIARE”.

Marco legal e interpretación jurisprudencial.

Para resolver el problema jurídico planteado, se deben evacuar los siguientes temas:

(i) Responsabilidad extracontractual del Estado. ii) Responsabilidad médica del Estado, su evolución jurisprudencial y su régimen aplicable, (iii) Pérdida de la oportunidad (iv) caso concreto.

Responsabilidad extracontractual del Estado.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, podemos resaltar que el inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, dispone:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, causados **por la acción** o la **omisión** de las autoridades públicas.”*(Negrita y subraya fuera de texto).

A su vez, los incisos 1º y 2º del artículo 140 de la ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A., establecen:

*“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la **reparación del daño antijurídico** producido por la **acción u omisión** de los agentes del Estado.*

*De conformidad con el inciso anterior, **el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión**, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de*



trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.”
(Negrita y subraya fuera de texto).

Responsabilidad médica del Estado, su evolución jurisprudencial y su régimen aplicable.

En relación con el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado ocasionada por los daños causados con las actividades médico-asistenciales, en principio fue soportado bajo el régimen de falla probada del servicio, y por tal razón era el demandante quien debía aportar las pruebas de la falla para efectos de lograr la prosperidad de sus pretensiones, pues al comportar la actividad médica una obligación de medio, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio¹.

A partir del segundo semestre de 1992, el título de imputación por la responsabilidad médica del Estado fue cambiada por falla presunta del servicio, consistente en que era la entidad prestadora del servicio de salud quien debía probar que actuó de manera diligente, cuidadosa, adecuada y oportuna en la atención médica de sus pacientes, en lugar de someter al demandante a demostrar la falla del servicio médico y técnico científico prestado por especialistas². Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su “*conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta*”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos³.

En el año 2000, el Consejo de Estado, estudió la teoría de la carga dinámica de las pruebas, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico, y por tal razón se debía interpretar quién se encontraba en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con el objeto de la Litis, y fue a partir de esta sentencia que la teoría de la falla del servicio presunta dejó de ser aplicable⁴.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, rad. 6253; sentencia de 14 de febrero de 1992, rad. 6477; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6255.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992; Expediente 6754.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, rad. 6897.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero del 2000, rad. 11878. Esta línea se reiteró, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, rad. 14421; sentencia del 11 de mayo del 2006, rad. 14400.



No obstante, en el año 2006, el Consejo de Estado volvió al régimen general defalla probada del servicio, sin perjuicio de que para la demostración del nexo las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria⁵, bajo los siguientes argumentos:

“De manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. (...)

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes⁶.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 03 de octubre de 2016, rad. 31159.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.



Y en relación con la carga de la prueba, tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero podría ser atenuada mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de la prueba indiciaria⁷.

Igualmente, el honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia del 13 de junio de 2016, dentro del radicado No. 850012331000200500630-01 (37.387, expresó:

“En lo que se refiere a las demandas de responsabilidad derivada del servicio médico, la Sección actualmente considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias, para lo cual podrá acudir incluso a la prueba indiciaria, teniendo en cuenta que, dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos, en ocasiones son los indicios los únicos medios que permiten establecer la presencia de la falla endilgada⁸”

En definitiva, el régimen de responsabilidad medica aplicable actualmente es **falla probada del servicio** y, en consecuencia, el demandante debe demostrar: (i) la indebida o irregular actuación de la autoridad en la prestación del servicio; (ii) La causación de un daño antijurídico y; (iii) el nexo causal entre uno y otro.

AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD

En materia probatoria el artículo 167 del C.G. del P. impone la CARGA DE LA PRUEBA y dice: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” antes artículo 177 del C.P.C.

Al respecto se ha pronunciado el CONSEJO DE ESTADO, indicando que el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen

⁷ Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, exp 15563: "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".



las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010 CP Dr Mauricio Fajardo Gomez rad 25000 23 26 000 1995 00972 01 (17756) Actor Hernán Guzmán Chacón Demandado Instituto de aguas y saneamiento de Cundinamarca.

Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes, es decir, que es esta, una regla de juicio, que le indica a las partes la obligación que tienen de probar para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados. Cita original del CONSEJO DE ESTADO, Sala plena DE LO Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000 2006 01 308 00. HINESTROSA, Fernando. Derecho civil obligaciones, Universidad externado de Colombia, Bogotá, DC 1969, p 180.

CASO OBJETO DE DEBATE

- **INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA FALLA DEL SERVICIO.**

HISTORIAL CLINICO (PRUEBA DOCUMENTAL)

Como lo refleja fielmente la historia clínica del paciente, y lo argumentado por la demandada HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE se probó la pertinencia, diligencia y efectiva prestación del servicio suministrado a la paciente, y el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones a cargo de la entidad hospitalaria.

La entidad demandada ordenó oportunamente, todos los estudios necesarios que ordena la lex artis para la patología que presentaba el paciente: medicamentos necesarios,

personal médico especializado, exámenes especializados, equipos tecnológicos, en general desplegó toda su capacidad en la atención del paciente.





CONCLUSION

Colofón de lo anterior, en el proceso sub iudice por tanto, no se reúnen los elementos requisitos sine quanon para configurar la falla del servicio pretendida por los demandantes a cargo de la entidad hospitalaria demandada, a saber:

- a) Falla del servicio consistente en la irresponsabilidad, descuido y la omisión por parte de los médicos.
- b) Un perjuicio cierto y determinado.
- c) La relación de causalidad entre la falla y el perjuicio.

En este orden, al actor le correspondía probar la falla del servicio, el cual no salió avante.

El demandante no se releva plenamente de su onus probando, por la inversión de la carga de la prueba, sino que se reduce a los otros dos elementos de la responsabilidad, esto es, a la existencia del daño y a la relación de causalidad entre daño y falla del servicio a cargo de la institución y en el caso sub iudice se configura por tanto rompimiento del nexo de causalidad.

RESPONSABILIDAD DE PREVISORA S.A. LLAMADA EN GARANTIA

Ahora, en caso remoto de que el director del Proceso, realice un análisis diferente a los planteados en anteriores argumentos, pido en forma respetuosa tener en cuenta todos y cada uno de los fundamentos alegados en las excepciones de fondo plasmadas en la contestación del llamamiento en garantía presentado por la suscrita y de cara a la responsabilidad contractual derivada del contrato de seguro objeto de vinculación a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, haciendo totalmente inexigible cualquier obligación a su cargo, especialmente al tenor de dos puntos fundamentales:

- ✓ La Póliza fue expedida bajo la modalidad **CLAIMS MADE – Ley 389 de 1997**, no teniendo cobertura, ya que esta clase de seguros no opera por ocurrencia sino por notificación y/o reclamación.
- ✓ La póliza objeto del llamamiento en garantía fue cancelada por **MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA** para la vigencia de la reclamación y/o siniestro.



JURISPRUDENCIA FRENTE A LA MODALIDAD POLIZAS CLAIMS MADE

Nuestro honorable **CONSEJO DE ESTADO**⁹ mediante fallo de tutela del 12 de febrero de 2019, frente a las pólizas expedidas bajo la modalidad CLAIMS MADE (reclamo hecho), en varios de sus apartes expuso:

“De acuerdo con las pruebas del contrato se tiene que entre la accionante [compañía aseguradora] y la ESE HMI se suscribió una póliza de responsabilidad civil con cobertura por reclamación o con cláusulas claims made, y con vigencia del 4 de octubre de 2007 al 4 de octubre de 2008. La cobertura con cláusula claim made implica que la reclamación por ocurrencia del hecho dañoso se realice dentro de la vigencia de la póliza o su extensión, si se pacta. El Tribunal Administrativo de Caquetá resolvió la responsabilidad de la llamada en garantía aplicando una disposición normativa que no se corresponde con las cláusulas de la póliza suscrita entre las partes, pues a pesar de tratarse de una cobertura por reclamación, la autoridad judicial aplicó la teoría del descubrimiento, y expuso que dado que el hecho dañoso ocurrió en vigencia de la póliza, este debía ser asumido por la aseguradora; aseveración que desconoce la naturaleza de la cobertura acordada por las partes según la cual el hecho y la reclamación debían ocurrir en vigencia de la póliza. (...). Para la Sala la lectura literal de la cláusula décima [del contrato de seguro] permite concluir que el periodo de extensión de reclamos está condicionado a la contratación del anexo que así lo estipule, y que requiere que se cumpla con requisitos como la radicación de un escrito por parte del asegurado 30 días previos al vencimiento de la vigencia de la póliza y el pago de una suma adicional. (...) En el caso concreto el Tribunal Administrativo de Caquetá hizo una interpretación errada del artículo 4° de la Ley 389 de 1997 al analizar la responsabilidad de la llamada en garantía [aseguradora], aplicando la cobertura por descubrimiento, propio del seguro de manejo y riesgos financieros, e incluso tratándolo como un seguro de responsabilidad por ocurrencia pura, cuando entre el asegurado y el tomador se suscribió una póliza de responsabilidad civil por reclamación o con cláusulas claims made. Es así que, además de establecer si el hecho amparado ocurrió en vigencia de la póliza, correspondía al Tribunal determinar, de conformidad con las pruebas del proceso, debió determinar si la reclamación ocurrió dentro de la vigencia del seguro. (...) [S]e encuentra que la sentencia del 29 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Caquetá, en lo que refiere a la responsabilidad del llamado en garantía incurrió en defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 4° de la Ley 389 de 1997, y en defecto fáctico por omisión en la valoración de las cláusulas de la póliza de responsabilidad civil profesional para instituciones médicas...

(...) Para resolver este asunto es pertinente hacer un recuento de las modalidades de cobertura que la legislación colombiana dispone para los seguros de responsabilidad civil.

Antes de la reforma introducida por la Ley 389 de 1997, la cobertura que se aplicaba para los seguros de responsabilidad civil era la de ocurrencia pura, que delimitaba el amparo a que el siniestro tuviera lugar durante la vigencia de la póliza (teoría del hecho dañoso).

Posteriormente, el artículo 4° de la Ley 389 de 1997 introdujo en Colombia la cobertura por reclamación o con cláusulas claims made, en las que elemento determinante para acceder a la cobertura es que el reclamo sea formulado durante la vigencia del seguro.

Adicional a lo anterior, la norma permite que se acuerde un periodo retroactivo por medio del cual el asegurador se compromete a amparar hechos dañosos ocurridos antes de la vigencia del contrato, pero reclamados durante esta y/o que se pacte una extensión a la

⁹ CONSEJO DE ESTADO - sala de lo contencioso administrativo – sección cuarta, Consejero Ponente doctor JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ – Radicado: 11001-03-15-000-2018-00027-01(AC) – Actor: LA PREVISORA S.A. vs TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAQUETA
Folio 8 de 13



cobertura, que no podrá ser inferior a dos años, y cubre los hechos dañosos que se materialicen durante la vigencia de la póliza, pero que sean reclamados en el periodo adicional.

Finalmente, tenemos la cobertura claims made pura que exige que tanto el hecho dañoso como reclamación ocurran en vigencia del contrato.

Visto lo anterior, a juicio de la Sala, en el caso objeto de estudio la autoridad judicial dio un alcance errado al artículo 4° de la Ley 389 de 1997, por las siguientes razones:

De acuerdo con las pruebas del contrato se tiene que entre la accionante y la ESE HMI se suscribió una póliza de responsabilidad civil con cobertura por reclamación o con cláusulas claims made, y con vigencia del 4 de octubre de 2007 al 4 de octubre de 2008.

La cobertura con cláusula claim made implica que la reclamación por ocurrencia del hecho dañoso se realice dentro de la vigencia de la póliza o su extensión, si se pacta.

El Tribunal Administrativo de Caquetá resolvió la responsabilidad de la llamada en garantía aplicando una disposición normativa que no se corresponde con las cláusulas de la póliza suscrita entre las partes, pues a pesar de tratarse de una cobertura por reclamación, la autoridad judicial aplicó la teoría del descubrimiento, y expuso que dado que el hecho dañoso ocurrió en vigencia de la póliza, este debía ser asumido por la aseguradora; aseveración que desconoce la naturaleza de la cobertura acordada por las partes según la cual el hecho y la reclamación debían ocurrir en vigencia de la póliza.

Es decir, de acuerdo con el artículo en comento y el clausulado del contrato de seguro, lo que correspondía resolver al Tribunal era si el hecho dañoso y la reclamación se habían presentado en vigencia de la póliza, pero el Tribunal fundamentó la responsabilidad de la llamada en garantía, exclusivamente en la ocurrencia del hecho dañoso y omitió analizar si la reclamación se realizó dentro de los términos del contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 389 DE 1997 - ARTÍCULO 4 (termina transcripción providencia)

En el mismo sentido el **CONSEJO DE ESTADO**¹⁰ en sentencia de tutela del 28 de marzo de 2019 se pronunció frente al mismo tema de Pólizas CLAIMS MADE:

“ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Sentencia proferida en medio de control de reparación directa / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO – Se aplicaron adecuadamente las normas llamadas a regular el caso / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA - Para tramitar el reembolso de indemnización por perjuicios materiales con ocasión a la falta de oportunidad en la atención hospitalaria / PÓLIZA DE SEGURO – La obligación de indemnizar, el siniestro y la reclamación deben presentarse durante la vigencia de la póliza, mas no en el período adicional / CLAUSULA CLAIMS MADE O RECLAMACIÓN HECHA

[E]s claro que la póliza de seguro que sirvió de base para el llamamiento en garantía efectuado por el Hospital Universitario San José de Popayán a La Previsora S.A. es de la modalidad “claims made o reclamación hecha”, tal como lo sostuvo el a quo. Así pues, para que surgiera para el asegurador la obligación de indemnizar, el siniestro y la reclamación

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO - veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019) - Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02290-01(AC)



debían presentarse durante la vigencia de la póliza, mas no en el periodo adicional, porque en el expediente no obra prueba de que la póliza se hubiera renovado. (...) Siendo así, como la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1001336 estuvo vigente hasta el 1 de enero de 2004, y la reclamación se presentó el 16 de abril de 2007, fecha en la que se notificó el auto que admitió el llamamiento en garantía del Hospital Universitario San José de Popayán a La Previsora S.A., no era procedente que el Tribunal Administrativo, Sala Transitoria, con sede en Bogotá, ordenara el reembolso del pago de la condena. En todo caso, si se tuviera en cuenta la fecha de la demanda -31 de mayo de 2005-, se llegaría a la misma conclusión, tal como lo mencionó la parte actora. (...) Por último, se precisa que no es de recibo el argumento del impugnante respecto de la existencia de la nueva póliza No. 1001598 que adquirió el Hospital Universitario de Popayán, con vigencia entre el 2 de agosto de 2005 y el 31 de enero de 2008, para justificar el reembolso de la condena impuesta a dicha entidad en el proceso ordinario, por la sencilla razón de que esta no fue la póliza que sirvió de fundamento para llamar en garantía a La Previsora S.A., sino la póliza No. 1001336, como antes se vio. (...) En ese estado de cosas, la Sala concluye que le asiste la razón al a quo, al señalar que en la sentencia objeto de tutela se incurrió en defecto sustantivo, por falta de aplicación de la normativa que rige el contrato de seguro en la modalidad “claims made o reclamación hecha”, esto es, el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, cuando resolvió el llamamiento en garantía efectuado por el Hospital Universitario San José de Popayán a la aquí demandante, razón por la cual confirmará la sentencia del 28 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. **NOTA DE RELATORIA:** Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 31 de julio de 2012, exp No. 11001-03-15-000-2009-01328-01, M.P.: María Elizabeth García González.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 / LEY 389 DE 1997 – ARTÍCULO 4.”

CONSEJO	DE	ESTADO
NR: 2117380		
11001-03-15-000-2017-02479-00		
AC		
SENTENCIA		
SUSTENTO	NORMATIVO	: LEY 389 DE 1997 - ARTÍCULO 4
NORMA	DEMANDADA	:
FECHA		: 25/07/2018
SECCION	: SECCION	CUARTA
PONENTE	: JULIO ROBERTO PIZA	RODRÍGUEZ
ACTOR	: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS	
DEMANDADO	: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE	
DECISION		: ACCEDE
TEMA	: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA	
JUDICIAL / VULNERACIÓN	DEL DERECHO AL DEBIDO	
PROCESO / VULNERACIÓN	DEL DERECHO DE ACCESO A LA	
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DEFECTO SUSTANTIVO	- Por	
	desconocimiento de la norma aplicable / CONTRATO DE SEGURO / CLÁSULA	
	CLAIMS MADE O DE RECLAMACIÓN HECHA / LLAMAMIENTO EN	

Folio 10 de 13



GARANTÍA

[E]l problema jurídico consiste en determinar si la sentencia del 22 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, incurrió en defecto sustantivo, al condenar a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, como llamada en garantía de la Empresa Social del Estado Norte 3 E.S.E. Hospital Nivel I de Puerto Tejada, por desconocimiento del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, que consagra las cláusulas claims made o reclamo hecho del contrato de seguro. (...) las cláusulas claims made o de reclamación hecha, consagradas en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, exigen que el siniestro y la reclamación se presenten durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional establecido en el contrato de seguro, que, en todo caso, no puede ser inferior a dos años. En este caso, la certificación allegada al proceso de reparación directa por La Previsora S.A. Compañía de Seguros indica que la póliza de seguro 1001739 «fue expedida bajo la modalidad de seguro claims made o por reclamación» (...) Empero, el Tribunal Administrativo de Casanare no analizó la excepción planteada por La Previsora S.A., con base en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, que rige la modalidad de contrato de seguro que sirvió de fundamento para el llamamiento en garantía efectuado por el hospital demandado. Es decir, no analizó las implicaciones de esa disposición frente al caso concreto y, en su lugar, se remitió a las normas que regulan la prescripción de los derechos que surgen del contrato de seguro. Siendo así, la Sala concluye que la sentencia del 22 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, incurrió en defecto sustantivo, por falta de aplicación de la normativa que rige el contrato de seguro en la modalidad claims made o de reclamación hecha, al resolver el llamamiento en garantía efectuado por la Empresa Social del Estado Norte 3 E.S.E. Hospital Nivel I de Puerto Tejada a La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Bajo la misma óptica explicativa, nuestra Honorable **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION CIVIL**¹¹ frente al tema de pólizas expedidas bajo la modalidad CLAIMS MADE, decidió por vía jurisprudencial:

Título
Sentencia de 2017 julio 18
Autor Corporativo

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION CIVIL – MP Quiroz Monsalvo, Aroldo Wilson – sentencia del 18 de julio de 2017 – Expediente 00192 – RAD. 76001-31-03-001-2001-00192-01



Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Ponente

Quiroz Monsalvo, Aroldo Wilson

Problema jurídico

¿La ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 del código de comercio, es suficiente para la configuración del siniestro, pero si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha o claims made, también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador? Si

Expediente

00192

Demandado

A.I.G. Colombiana de Seguros Generales S.A.

Tesis

*Con antelación a esta última reforma, el artículo 1131 del Código de Comercio era claro en señalar que, en materia de seguro de responsabilidad, el siniestro se entendía ocurrido en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado, quedando cubierto por la póliza vigente para dicho momento. Sin embargo, a partir de la citada ley, se consagró la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes, se limite temporalmente la cobertura, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que ambos casos se cumpla con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención. Se permitió, entonces, no sólo los seguros basados en la ocurrencia del daño (losses occurrence), que constituyen la regla general en el derecho continental, sino también los que se fundamentan en la **reclamación (claims made)**, caracterizados porque el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se hace el reclamo, de suerte que cesa el deber indemnizatorio después de extinguido. Esto no significa que el requerimiento sea requisito para que se configure el siniestro, como lo aduce la recurrente, sino que, por el acuerdo de las partes -prevalido de la legislación sobre la materia-, la aseguradora únicamente pagará aquellos cuya reclamación sea realizada en el decurso de la póliza, siempre y cuando se haya configurado la situación originadora de la responsabilidad cubierta ... En esa medida ha de entenderse, acorde con el artículo 4º de la ley 389 de 1997, que, como efecto de la incorporación al ordenamiento jurídico patrio de estos pactos, la ausencia de un requerimiento tempestivo, hace inane el daño originado en la actuación de los administradores o equivalentes, pues impide el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de la empresa aseguradora. Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual. Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (siniestro y reclamación dentro del término específico), no admitida en el sistema tradicional de suceso dañoso imputable al asegurado, a que se refiere el precepto 1131 de la codificación mercantil, deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador. Por su parte, **las cláusulas "claims made" o "reclamo hecho"** constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.*

Notas

[N del E: Se refiere al artículo 4 de la Ley 389 de 1997]

Demandante

Fidupacífico

Folio 12 de 13



Dejo presentados en estos términos, los ALEGATOS DE CONCLUSION respectivos para ser tenidos en cuenta al momento de emitir el fallo de fondo.

Atentamente,

De la Señora Juez,

ANGELA MARIA LOPEZ CASTAÑO
T.P. 117.450 DEL C.S. DE LA J.
C.C. 66.819.581 de Cali