

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-26-000-2009-00311-02 (55.002)
Demandante: SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA SA
Demandado: SEGUROS COLPATRIA SA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – CONTRATO DE SEGUROS POR RECLAMO
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA

Síntesis del caso: la demanda se circunscribe a la declaración de existencia del contrato de seguro celebrado entre Colpatria SA y la Fiduprevisora SA plasmado en la póliza bajo el amparo de indemnización profesional por reclamo o “claims made” y, en consecuencia, que se declare la obligación de la aseguradora del pago de la indemnización consistente en la sentencia de responsabilidad y eventual condena que se pueda proferir dentro del proceso de reparación directa promovido por Susalud SA en contra la Fiduciaria La Previsora SA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la apelación adhesiva formulada por la parte demandada contra la sentencia de 16 de abril de 2015 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró probada la excepción denominada “ausencia de cobertura por inexistencia de pérdida” y negó las pretensiones de la demanda (fls. 507 a 520 cdno. ppal.), en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLÁRESE (sic) *no probadas las excepciones de “prejudicialidad respecto del proceso en el que se debate la responsabilidad del asegurado frente a los hechos que dan lugar a la presente demanda; Prejudicialidad respecto del proceso en que se solicita la declaración de nulidad relativa de la póliza que se pretende afectar en esta actuación procesal; Nulidad relativa del contrato por haber incurrido el asegurado en reticencia en los términos del artículo 1058 del Código de Comercio; Incumplimiento por parte del asegurado, de la garantía consagrada en la cláusula número 10 del anexo de Indemnización Profesional; Ausencia de cobertura por no haber acreditado el asegurado uno de los requisitos exigidos por la póliza; Prescripción; Aplicación de las exclusiones; Deducibles y Participación de Fiduprevisora en el Consorcio Fisalud”;* tal y como fueron planteadas por el demandado **SEGUROS COLPATRIA S.A.**, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE (sic) *prospera la excepción denominada por el demandado SEGUROS COLPATRIA S.A., como “Ausencia de cobertura por inexistencia de pérdida”, de acuerdo a lo estudiado en el presente fallo.*

TERCERO: NIÉGUESE (sic) *las pretensiones de la demanda, conforme a estudiado y expuesto en los considerandos de esta sentencia.*

CUARTO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia **LIQUIDENSE** por Secretaría los gastos del proceso. Devuélvase los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.” (fls. 519 vltto y 520 *ibidem* – negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 19 de junio de 2009 en la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sociedad Fiduciaria La Previsora SA, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales (fls. 8 a 17 cdno. no. 1) con las siguientes pretensiones:

PRIMERA.- Que se **DECLARE** que entre la compañía **SEGUROS COLPATRIA SA** y **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** existió un contrato de seguros regulado por la Póliza No. 8001000151, donde **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** fungió como **TOMADOR, ASEGURADO** y **BENEFICIARIO**.

SEGUNDA.- Que se **DECLARE** que el reclamo y la eventual condena que pudiere llegar a proferirse dentro del proceso ordinario contencioso administrativo iniciado en ejercicio de la Acción de Reparación Directa por la Compañía Suramericana de Servicios de Salud en contra de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, radicado a la partida 2005-01546, constituye un riesgo amparado bajo la póliza mencionada, afectando el amparo de **INDEMNIZACIÓN PROFESIONAL** señalado en la No. 8001000151, y que, por ende, **SEGUROS COLPATRIA S.A.** está obligada a cancelar la suma de **CUATRO MIL UN MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$4.001.783.796)**, y que constituye un riesgo amparado bajo la póliza mencionada afectando el amparo de **INDEMNIZACIÓN PROFESIONAL**, contenido en el amparo de **MANEJO GLOBAL BANCARIO – INFIDELIDAD Y RIESGOS FINANCIEROS**, afecto al anexo **NMA 3000**.

TERCERA.- Que se **DECLARE** que **SEGUROS COLPATRIA S.A.** está obligada a pagar la suma que llegare a corresponder a la eventual condena que pudiere proferirse en contra de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en el proceso indicado en la pretensión **SEGUNDA**, junto con las correspondientes actualizaciones, indexaciones e intereses de mora que pudieran así mismo llegar a ordenarse en la misma eventual decisión.

CUARTA.- Que se **CONDENE** a **SEGUROS COLPATRIA S.A.** al pago de la suma que llegare a corresponder a la eventual condena que pudiere proferirse en contra de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en el proceso indicado en la pretensión **SEGUNDA**, junto con las correspondientes

actualizaciones, indexaciones e intereses de mora que pudieran así mismo llegar a ordenarse en la misma eventual decisión.

QUINTA.- Que se **CONDENE** en costas y agencias en derecho de la presente tramitación a la parte **DEMANDADA**, si llegare a oponerse a estas pretensiones.” (fls. 9 y 10 cdno. no. 1 - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

2. Hechos

Como fundamento fáctico la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

- 1) El 24 de abril de 2007, la Fiduprevisora tomó con la compañía Seguros Colpatria SA la póliza de manejo global bancario número 8001000151 con vigencia del 21 de enero de 2007 al 21 de enero de 2008, en el anexo no. 1 se incluyó a la póliza el riesgo de indemnización profesional que corresponde a los reclamos denominados “*claims made*”.
- 2) La compañía Suramericana de Servicios de Salud SA – SUSALUD Medicina Prepagada demandó en ejercicio de la acción de reparación directa a la Nación – Ministerio de la Protección Social y al consorcio Fisalud integrado por la Fiduciaria La Previsora SA y Fiduciaria Cafetera SA, con el objeto de obtener el reconocimiento y pago del saldo insoluto del valor de los medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS que debieron ser entregados a los usuarios en cumplimiento de 1.006 fallos de tutela en contra de Susalud.
- 3) El reclamo objeto de la demanda en comento está comprendido dentro del amparo de indemnización profesional de la póliza de manejo global bancario número 8001000151.

3. Posición de la parte demanda

Mediante escrito radicado el 6 de septiembre de 2010 presentó contestación de la demanda (fls. 31 a 84 cdno. no. 1), con oposición a las pretensiones y solicitó que estas fueran negadas con los siguientes argumentos:

1) En el presente proceso la sociedad actora fundamenta su demanda en el resultado de un proceso en ejercicio de la acción de reparación directa instaurado por Susalud Medicina Prepagada en su contra, situación que imposibilita el pronunciamiento del fondo de la controversia ya que no se presentan elementos fácticos determinados que se enmarquen en la comprobación de ocurrencia del supuesto siniestro.

2) Por otro lado, Seguros Colpatria SA promovió una demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el objeto de declarar la nulidad de la póliza global bancaria número 8001000151 por lo cual, mientras no sea decidida dicha acción no es posible pronunciamiento alguno sobre el pretendido cumplimiento del riesgo amparado con ella.

3) Propuso como excepciones las siguientes:

a) *“Prejudicialidad respecto del proceso en el que se debate la responsabilidad del asegurado frente a los hechos que dan lugar a la presente demanda”*, por cuanto la sociedad actora fundamenta el presente proceso en el resultado de la acción de reparación directa promovida por Susalud en su contra.

b) *“Prejudicialidad respecto del proceso en el que se solicita la declaratoria de nulidad de la póliza que se pretende afectar en esta actuación procesal”*, dado que la sociedad actora instauró acción de nulidad en contra de la póliza global bancaria número 8001000151, por lo tanto, el resultado de este proceso depende de lo que se resuelva en dicha acción de nulidad.

c) *“Nulidad relativa del contrato por haber incurrido el asegurado en reticencia en los términos del artículo 1058 del Código de Comercio”*, porque en el momento en el que el asegurado diligenció el formulario de solicitud omitió mencionar hechos relevantes que habrían llevado a que la aseguradora no accediera a la celebración del contrato de seguro o, en el caso de hacerlo, lo habría hecho en condiciones más onerosas, pues, omitió informar que hacía parte del consorcio Fisalud, que el 14 de

diciembre de 2000 habían celebrado el contrato de encargo fiduciario no. 255 de 2000 por 5 años con el Ministerio de Protección Social para administrar los fondos del FOSYGA, y que para la fecha del diligenciamiento del formulario el contrato no se había podido liquidar por la existencia de reclamaciones extrajudiciales.

d) *“Incumplimiento, por parte del asegurado, de la garantía consagrada en la cláusula número 10 del anexo de Indemnización Profesional”*, en virtud de la omisión de la sociedad actora de informar acerca de la existencia de hecho o circunstancias que pudieran dar origen a un reclamo, aspecto con el que se configura un incumplimiento de la garantía pactada.

e) *“Ausencia de cobertura por inexistencia de pérdida”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1088 del Código de Comercio el contrato de seguro es de mera indemnización por lo que no puede conllevar un enriquecimiento para el asegurado, en ese sentido, sin que ocurra un detrimento patrimonial el asegurado no puede reclamar la ocurrencia del siniestro amparado.

f) *“Ausencia de cobertura por no haber acreditado el asegurado uno de los requisitos exigidos por la póliza”*, puesto que de acuerdo con lo consagrado en el contrato de seguro es prerequisite haber presentado reclamo en contra del asegurado el cual, además, debió necesariamente originarse en pérdidas causadas por actos, errores u omisiones negligentes de un empleado, circunstancias que deberán ser evaluadas y determinadas con tal impacto por parte del juez del contrato.

g) *“Prescripción”*, en el evento en el que se demuestre que el asegurado tuvo conocimiento de la demanda instaurada en su contra por parte de la Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA- Susalud Medicina Prepagada con el número de radicación 2005-001546 o, de una reclamación extrajudicial por los mismos hechos, previamente a la fecha en que le fuera notificada la demanda formulada por la Fiduprevisora el 26 de marzo de 2007, son elementos con los que se acreditaría que la presente demanda fue propuesta luego de que transcurrieran los 2 años con los que contaba para ejercer el medio de control en los términos del artículo 1.081 del Código de Comercio.

h) *“Aplicación de las exclusiones”*, en el caso que se acredite en el proceso la ocurrencia de alguna exclusión de las consagradas en la póliza, así deberá

declararse por el juez y, por ende, determinar que no procede la cobertura reclamada.

i) *“Deducible”*, sin perjuicio de las anteriores excepciones, y se declare que la aseguradora debe indemnizar a la sociedad demandante deberá descontarse el monto del deducible pactado en la póliza que, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 2 del contrato de seguro, asciende a la suma de \$100.000.000.

j) *“Participación de Fiduprevisora en el Consorcio Fosalud”*, por cuanto la exposición al riesgo de la Fiduprevisora se limita por su participación en el consorcio que corresponde al 33%, tal como aparece en el acuerdo consorcial suscrito entre las fiduciarias integrantes del mismo.

k) *“Genérica”*, en virtud de la cual el juez procede a declarar las excepciones que de oficio encuentre probadas.

4. La sentencia apelada

La Subsección C de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de 16 de abril de 2015 (fls. 507 a 520 cdno. ppal.) declaró prospera la excepción denominada *“ausencia de cobertura por inexistencia de pérdida”*, declaró no probadas las demás excepciones formuladas y negó las súplicas de la demanda, con base en el siguiente razonamiento:

1) De acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, la cobertura del seguro de manejo y riesgos financieros se centra en el descubrimiento de las pérdidas durante su vigencia así se trate de hechos anteriores a su iniciación, precisamente este tipo de amparos constituye una excepción a la regla general mediante la cual se señala que la responsabilidad del asegurador solo surge cuando el siniestro se produce dentro del término de vigencia de la respectiva póliza y, admite que el hecho de la pérdida haya sido anterior a la iniciación de la cobertura del seguro, siempre que el conocimiento del mismo se produzca durante el término de su vigencia.

2) Este tipo de pólizas son usadas por las entidades públicas o privadas con el objeto de precaver los perjuicios que puedan generarse en su patrimonio con

ocasión de la pérdida de fondos y bienes provenientes de las actuaciones de sus empleados en ejercicio de sus cargos y como consecuencia de la administración, custodia o manejo de los bienes por parte de dichos servidores.

3) Las pretensiones de la demanda se fundan en el acaecimiento de un hecho futuro e incierto, ya que no se acreditó en el proceso que para la fecha en que se profiere la presente decisión el proceso de reparación directa con número de radicación 25000232600020051546 instaurado por Susalud SA en contra de la Nación – Ministerio de Protección Social y Fiduprevisora haya culminado con una declaratoria de responsabilidad de la Fiduprevisora, por lo que, como no ha ocurrido el siniestro, esto es, la declaratoria de responsabilidad de la Fiduprevisora, hasta el momento no hay lugar a reconocimiento y pago del mismo.

4) De acuerdo con lo anterior, como en el presente asunto no se acreditó la ocurrencia del siniestro consistente en la sentencia que declare la responsabilidad y condena al pago a la Fiduprevisora como demandada en el proceso de reparación directa con radicación 25000232600020051546 no hay lugar al reconocimiento y pago del siniestro amparado en la póliza de seguro de manejo global bancario número 8001000151, hasta este momento.

5. El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 522 a 531 cdno. ppal.) el cual fue concedido por el *a quo* mediante auto de 21 de julio de 2015 (fl. 533 *ibidem*), impugnación esta que fue sustentada en los siguientes términos:

1) La Fiduprevisora en calidad de demandante manifestó que el amparo por indemnización profesional se refiere a la protección de la entidad asegurada frente a las consecuencias patrimoniales negativas que pudieran generar las eventuales reclamaciones que fueran formuladas por terceros perjudicados por cuenta del ejercicio de las labores propias de la entidad financiera.

2) A juicio de la parte demandante, el *a quo* malinterpretó la demanda, pues, pasó por alto el análisis correspondiente a las pólizas denominadas “*reclamos hechos*” o “*claims made*”, las cuales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 389

de 1997, se limitan a la verificación de la reclamación al asegurado dentro del término estipulado en el contrato, es decir, que en este tipo de pólizas el siniestro no acaece por la verificación de la ocurrencia del hecho dañoso sino que se presenta con la verificación o acreditación de la reclamación del perjudicado o víctima.

3) En ese sentido, no es necesario que se requiera una decisión en firme de una autoridad judicial para que se entienda constituido el siniestro, pues, lo que requiere acreditación es la notificación de las reclamaciones, ya sean judiciales o extrajudiciales.

4) Por último, con ocasión del resultado del proceso con radicación 25000232600020051546 instaurado por Susalud SA en contra de la Nación – Ministerio de Protección Social y Fiduprevisora, esta última puede verse obligada a pagar una suma de dinero con el objeto de resarcir los daños causados por las omisiones negligentes de sus empleados, lo cual se constituye en una pérdida que debe ser indemnizada por Seguros Colpatria SA, y en ese sentido, debe ser condenada en el presente asunto a pagar la suma que llegare a corresponder a la eventual condena que pudiera proferirse en contra de Fiduprevisora en el proceso antes referenciado junto con las actualizaciones, indexaciones e intereses de mora que pudieran llegar a ordenarse en la misma decisión.

6. Actuación surtida en segunda instancia

1) El 2 de septiembre de 2015, la apoderada de la parte demandada, Seguros Colpatria SA, formuló apelación adhesiva contra la sentencia de 16 de abril de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca (fls. 538 a 545 cdno. ppla.) con base en los siguientes argumentos:

a) El *a quo* declaró no probadas las excepciones relacionadas con la validez del contrato por cuanto la controversia se circunscribía únicamente a la existencia del contrato mas no a la validez; sin embargo, las pretensiones de la demanda se dirigen a la solicitud de declaratoria de efectos específicos del contrato, aspecto que pasa por alto la sentencia de primera instancia.

b) Tampoco tuvo por probadas las excepciones adicionales denominadas aplicación de exclusiones, deducible y participación de Fiduprevisora en el Consorcio Fisalud, las cuales buscan disminuir la eventual condena que se decrete en contra de la aseguradora y, como no hubo condena, se tuvieron por no probadas; medios exceptivos que deberán estudiarse en el caso de revocarse la sentencia de primera instancia.

2) Por auto de 16 de octubre de 2015 (fls. 546 y vlto. cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación y la apelación adhesiva; posteriormente, el 29 de enero de 2016 (fl. 548 cdno. ppal.) se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días y, vencido este, por el mismo lapso al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.

3) En dicho término las partes presentaron sendos escritos de alegatos de conclusión (fls. 549 a 564 y 565 a 600 cdno. ppal.); y el Ministerio Público guardó silencio (fl. 576 *ibidem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) condena en costas y agencias en derecho.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El centro de la controversia planteada consiste en la declaración de existencia del contrato de seguro celebrado entre Colpatria SA y la Fiduprevisora SA plasmado en la póliza no. 8001000151 con vigencia del 21 de enero de 2007 al 21 de enero de 2008 y, en consecuencia, que se declare la obligación de la aseguradora de cancelar el eventual siniestro consistente en la sentencia de responsabilidad y

condena que se pueda proferir dentro del proceso de reparación directa promovido por Susalud SA en contra del Ministerio de la Protección Social y otros con radicación no. 25000232600020051546.

La Sección Tercera, Subsección C de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción denominada “*ausencia de cobertura por inexistencia de pérdida*”, negó las pretensiones de la demanda y declaró no probadas las otras excepciones esgrimidas por encontrar que no existía prueba de la ocurrencia del siniestro asegurado.

En el presente caso, La Fiduprevisora SA en calidad de parte demandante propuso como apelación la insistencia sobre la aplicación de las normas sustanciales que rigen el contrato de seguro en cuanto tiene que ver con la tipología de amparos de indemnización profesional ya que, por su naturaleza la póliza se hace efectiva por reclamos contra el asegurador durante su vigencia, tales reclamos deberán ser formulados por la presunta víctima al asegurador. En ese sentido, el siniestro se presenta desde el mismo momento de la reclamación que, en el presente caso, se dio con la notificación de la demanda en ejercicio de la acción de reparación directa con radicación no. 2005-1546.

La sentencia apelada será modificada para en su lugar declarar probada, además de la excepción denominada “[a]usencia de cobertura por inexistencia de pérdida”, la llamada “[a]usencia de cobertura por no haber acreditado el asegurado uno de los requisitos exigidos por la póliza”, también esgrimida por la parte demandada.

2. Análisis de la impugnación

La Sala encuentra que la decisión de primera instancia de declarar probada la excepción rotulada “[a]usencia de cobertura por inexistencia de pérdida” y denegar las súplicas de la demanda es parcialmente acertada de acuerdo con lo previsto expresamente en el clausulado de la póliza, específicamente en la Sección C, por lo que se modificarán los ordinales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia de 16 de abril de 2015, para en su lugar declarar probada, adicionalmente,

la excepción titulada “ausencia de cobertura por no haber acreditado el asegurado uno de los requisitos exigidos por la póliza” y, en lo demás, se confirmará la decisión.

En esa directriz, estudiadas las pruebas obrantes en el proceso se tiene acreditado lo siguiente:

1) El 24 de enero de 2007, la Fiduciaria La Previsora SA suscribió con la compañía Seguros Colpatria SA la póliza de manejo global bancario número 8001000151 con vigencia del 21 de enero de 2007 al 21 de enero de 2008; en el anexo no. 1 a la póliza se especificaron, entre otras condiciones, las siguientes:

“Fecha retroactiva eliminada y reemplazada por la cláusula de limitación de descubrimiento 761BRI00058), como se adjunta. Fecha de retroactividad 21 de enero de 2006 respecto al aumento de límite de COP5.000.000.000 en exceso de COP25.000.000.000 fecha retroactiva 1º de noviembre de 2006 para el límite asegurado en exceso de COP30.000.000.000 fecha retroactiva 21 de enero de 2007 para el límite asegurado en exceso de COP60.000.000.000 (...)

La cobertura se extiende a incluir los contratos de Fiducia Consorcio Pensiones de energía, Fidupensiones, Fondo de Pensiones de Bogotá, CONPET, FISCALUD (...) (fls. 13 y 14 cdno. de pruebas no. 2).

2) Dentro de los anexos a la póliza anterior se incluyó la Sección C – indemnización profesional clausulado NMA 3000, en la cual desde la primera página se determina “esta es una póliza de reclamos hechos” (fl. 57 *ibidem*)

3) En el acápite correspondiente a las definiciones del mismo anexo Sección C - indemnización profesional clausulado NMA 3000, en el numeral 14 se desarrolla el concepto de “pérdida” en los siguientes términos:

*“(a) la responsabilidad civil del **Asegurado** de pagar daños y/o sentencias condenatorias a un **Reclamante** como resultado de un **Reclamo** y esto incluirá los costos determinados en contra del Asegurado en relación con ese **Reclamo**; y*

(b) todo pago de un Reclamo aprobado por los Aseguradores; y

*(c) los **Gastos de Defensa** (...)* (fl. 61 cdno. de pruebas no. 2 – negrillas del original).

4) En el aparte de las condiciones se señala:

“1. LÍMITE DE INDEMNIZACIÓN

- (a) La máxima responsabilidad de los Aseguradores por una **Pérdida** no excederá la suma del Límite Agregado indicado en el Punto 7 de la Carátula con respecto a todos los **Reclamos** hechos en contra del **Asegurado** durante la **Vigencia de la Póliza**, independientemente del número de **Reclamos** o del número de **Reclamantes**. (...)

7. SIGNIFICADO DE RECLAMOS HECHOS Y DISPOSICIONES SOBRE AVISOS

Esta **Póliza** responde solamente por **Reclamos** que un **Reclamante** haya hecho por primera vez contra el **Asegurado** durante la **Vigencia de la Póliza**.

- (a) El **Asegurado**, como una condición precedente a su derecho de indemnización bajo esta **Póliza**, dará aviso escrito a los Aseguradores con respecto a cualquier **Reclamo** inmediatamente después de que la **Administración del Asegurado** se haya enterado o tan pronto como sea prácticamente posible a partir de ese momento, pero en ningún caso después de 30 (treinta) días contados a partir de la fecha de vencimiento de la **Vigencia de la Póliza**.
- (b) El **Asegurado**, como una condición precedente a su derecho de indemnización bajo esta **Póliza**, dará aviso escrito a los Aseguradores con respecto a:
- (i) El recibo de algún aviso sobre la intención de hacer un **Reclamo**; o
 - (ii) Cualquier circunstancia de la cual pueda esperarse razonablemente que dé origen a un **Reclamo**

Inmediatamente después de que la **Administración del Asegurado** se haya enterado o tan pronto como sea prácticamente posible a partir de ese momento, pero en ningún caso después de la fecha de vencimiento de la **Vigencia de la Póliza**. Una vez dado el aviso según lo requerido anteriormente, todo **Reclamo** posterior que se haga en contra del **Asegurado**, directamente atribuible al aviso ya recibido, se considera hecho durante la **Vigencia de la Póliza**; y

- (c) El **Asegurado**, como una condición precedente a su derecho de indemnización bajo esta **Póliza**, suministrará a los Aseguradores, al momento de la notificación según las Condiciones 7(a) o 7(b) anteriores, detalles completos sobre ese **Reclamo**, aviso de su intención de hacer un **Reclamo** o cualquier circunstancia de la cual pueda esperarse razonablemente que dé origen a un **Reclamo**, incluyendo:
- (i) Cualquier demanda escrita de dinero o de daños recibida por el **Asegurado** o cualquier queja, formato de reclamo, auto o algún otro proceso (legal, regulador, decisorio o arbitral) instituido en contra de o notificado al, **Asegurado**; y
 - (ii) Cualquier aviso recibido por el **Asegurado** sobre la intención de hacer un **Reclamo**; y
 - (iii) La identidad del **Reclamante**; y

- (iv) *Las pretensiones específicas reclamadas o las que se puedan esperar que se hagan; y*
 - (v) *El valor o el valor estimado involucrado; y*
 - (vi) *El sitio, las fechas y las personas involucradas; y*
- (d) *El **Asegurado**, como una condición precedente a su derecho de indemnización bajo esta **Póliza**, dará a los Aseguradores y a sus representantes toda la información y prestará toda la cooperación que los Aseguradores puedan razonablemente requerir, incluyendo, sin estar limitado a, poner a disposición toda la información y documentos para revisión y permitir que todo el personal del **Asegurado** sea entrevistado” (fls. 65 a 67 cdno. de pruebas no. 2 – negrillas del original).*

5) El 26 de marzo de 2007, la Fiduciaria La Previsora, como integrante del Consorcio Fisalud, fue notificada de la acción de reparación directa propuesta por la Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA - SUSALUD Medicina Prepagada, con el objetivo de obtener el pago del saldo insoluto del valor de los medicamentos no incluidos en el POS cuyo suministro a los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud se dispuso en 1.006 fallos de tutela proferidos en contra de Susalud (fls. 94 a 120 cdno. de pruebas no. 2).

De acuerdo con lo acreditado en el expediente procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado con el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en el sentido de insistir en la declaratoria de ocurrencia del siniestro amparado por la póliza no. 8001000151 expedida por Seguros Colpatria SA, dado que se trata de *un contrato de seguro con amparo por indemnización profesional en la modalidad de cobertura por reclamación* y se acreditó la reclamación realizada por la Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA - SUSALUD Medicina Prepagada en ejercicio de la acción de reparación directa con radicación no. 25000232600020050154601.

2.1 Contrato de Seguro en la Modalidad de Cobertura por Reclamación

1) El Código de Comercio en el artículo 1127 preceptúa expresamente la obligación a cargo del asegurador *“de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra (...)”*, tomando tal característica como elemento esencial del contrato de seguro.

2) Complementariamente, el artículo 1131 de Código de Comercio, modificado por la Ley 45 de 1990 dispone que en los casos de los seguros de responsabilidad se entiende ocurrido el siniestro en el momento que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, como se transcribe a continuación:

“ARTÍCULO 1131. <OCURRENCIA DEL SINIESTRO>. En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”. (negritas adicionales).

3) A su turno, la Ley 389 de 1997 en el artículo 4º prevé que en los contratos de seguros de responsabilidad la cobertura puede centrarse en las reclamaciones formuladas por el damnificado durante la vigencia.

La normatividad en comento es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

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

PARÁGRAFO. *El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten.”* (negritas fuera del original).

4) Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en un análisis sobre un caso de responsabilidad profesional en la modalidad de reclamación recordó las motivaciones que llevaron al legislador colombiano a incluir dentro de las modalidades de contratos de seguros las denominadas “*cláusulas claims made*”, como se transcribe a continuación:

“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 cumplan 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 efecto, la adopción de las cláusulas «claims made» en nuestro ordenamiento, fue justificada de la siguiente manera en la «ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 65 de 1995» surtido en el Senado de la República:

«6. Modernización de las normas para ciertas coberturas de riesgos. Se propone una nueva norma en el artículo 4º con el propósito de actualizar la legislación colombiana y acoger las nuevas tendencias del mercado mundial de reaseguros para la cobertura de los seguros de manejo y de responsabilidad civil.

Este artículo posibilita que las compañías cubran en este tipo de ramos hechos ocurridos antes del contrato, que produzcan pérdidas que se descubran o reclamaciones que se formulen en la vigencia de la póliza. Igualmente, se permite precisar la cobertura de responsabilidad civil frente a reclamaciones tardías.

Con lo anterior, el sector asegurador colombiano podrá contar con un adecuado apoyo internacional de reaseguros para el otorgamiento de mejores coberturas a precios mucho más atractivos en favor de los asegurados, atendiendo necesidades sentidas en el país, tales como las coberturas en materia ambiental y de contaminación, en cuanto a la elaboración de productos defectuosos, en relación con actividades profesionales, etc.

Se contempla, por último, la posibilidad para que el gobierno nacional haga aplicable estas disposiciones a otros ramos que, de acuerdo con la evolución de los mercados, requieran este tratamiento específico» (...)

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.

Luego, con independencia de los elementos requeridos para la configuración del siniestro -concebido en el precepto 1072 del estatuto mercantil como la realización del riesgo asegurado-, lo

cierto es que se consagró una formalidad adicional, a efectos de que la aseguradora quede obligada a su pago, itérese, la radicación de la reclamación dentro del espacio temporal de cobertura.

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 asegurador¹ (resalta la Sala).

5) A partir de tales consideraciones legislativas, el contrato de seguro con relación en la modalidad de ocurrencia de siniestro mutó hacia dos tipos de aseguramiento, a saber:

“En la primera de ellas, la aseguradora se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado frente a la responsabilidad originada en un «hecho externo» que le sea imputable, sin importar la época de su ocurrencia, siempre y cuando la víctima del evento dañoso formule la reclamación al asegurado, o al asegurador, durante la vigencia de la póliza (modalidad claims made) (...) En la segunda, la aseguradora asume la protección del patrimonio del asegurado frente a débitos relacionados con un «hecho externo» que le sea imputable, siempre y cuando (i) ese «hecho externo» sobrevenga en vigencia de la póliza, y (ii) la víctima del evento dañoso formule reclamación al asegurado, o al asegurador, dentro de un lapso convenido, contado partir de la expiración del término contractual, y que no puede ser inferior a dos años (modalidad de ocurrencia sunset)².” (resalta la Sala).

6) Tratándose entonces de las cláusulas “claims made” o de las pólizas en la modalidad “por reclamo”, es claro que no es determinante el momento en el que se presente el hecho susceptible de indemnización en favor del asegurado, pues, precisamente otra característica natural de tal tipología de pólizas es que permite

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de julio de 2017 (SC 10300-2017) expediente con radicación no. 76001310300120010019201, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de diciembre de 2019 (SC5217-2019) expediente con radicación no. 11001310301520080010201, MP Luis Alfonso Rico Puerta.

cubrimiento de eventos que hayan “*sucedido antes de la entrada en vigencia de la póliza*”, con la limitante de que el reclamo deberá radicarse dentro de la vigencia del contrato³.

En esa perspectiva, según la directriz fijada por la Corte Suprema de Justicia esta modalidad de contrato de seguro requiere para la configuración del siniestro no solo la generación del hecho constitutivo del siniestro sino, además, que es indispensable la reclamación de parte del perjudicado al asegurado o asegurador, lo cual por supuesto deberá ocurrir siempre dentro de la vigencia de la póliza.

En síntesis, la real diferencia entre los contratos de seguros en la modalidad de cláusulas “*claims made*” radica en que no solo se requiere la configuración del hecho constitutivo del siniestro sino que, adicionalmente, es indispensable la reclamación, la cual puede darse extrajudicial o judicialmente, así como la posibilidad de cubrimiento de vigencia retroactiva a la suscripción del contrato de seguro, a través de la inclusión de las cláusulas de limitación de descubrimiento.

2.2 El caso concreto

1) En el presente asunto, el contrato suscrito entre la Fiduciaria La Previsora y la compañía Colpatria SA fue precisamente la póliza de manejo global bancario no. 8001000151, contrato que además incluyó el riesgo de indemnización profesional con la cláusula de reclamos hechos o “*claims made*” según las modalidades previstas en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997.

Adicionalmente, en el texto mismo de la póliza, en la hoja anexa no. 1, las partes incluyeron la eliminación de la fecha retroactiva para reemplazarla por la cláusula de limitación de descubrimiento así: “*Fecha de Retroactividad 21 de enero de 2006 respecto al aumento del límite de COP5.000.000.000 en exceso de COP25.000.000.000. Fecha retroactiva 1º de noviembre de 2006 para el límite asegurado en exceso de COP30.000.000.000. Fecha retroactiva 21 de enero de*

³ Al respecto también pueden consultarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de: 3 de diciembre de 2019 SC5217-2019, expediente con radicación no. 11001310101520080010201 con ponencia del Dr. Luis Alfonso Rico Puerta; 12 de febrero de 2018 SC130-2018, expediente con radicación no. 11001310303120020113301 con ponencia del Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, y 31 de julio de 2014 SC10048-2014, expediente con radicación no. 11001310301520080010201 con ponencia de la Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

2007 para el límite asegurado en exceso de COP60.000.000.000” (fl. 13 cdno. de pruebas no. 2).

Expresamente en el clausulado de la póliza en comento se estipuló que *“los Aseguradores indemnizarán al Asegurado por las pérdidas resultantes de actos u omisiones cometidos de buena fe que den origen a un reclamo hecho por primera vez por el reclamante en contra del asegurado durante la vigencia de la póliza, siempre y cuando ese reclamo surja de la prestación de servicios financieros por parte del asegurado a ese reclamante (...)”* (fl. 57 *ibidem*).

2) Ahora bien, en cuanto al significado de pérdida al que se refiere el párrafo anterior, el contrato de seguro establece que se trata de la responsabilidad que le asiste al *“asegurado de pagar los daños y/o sentencias condenatorias a un reclamante como resultado de un reclamo”* (fl. 61 cdno. de pruebas no. 2).

En ese sentido, llama la atención que la pérdida es precisamente la consecuencia que debe afrontar el asegurado por cuenta de los hechos externos que hayan quedado amparados dentro de los riesgos previstos en la póliza por lo cual la pérdida debe estar probada para que pueda ser considerada como evento susceptible de indemnización por parte de la compañía de seguros, claro está, siempre que el evento esté cubierto dentro de la vigencia, incluidas las cláusulas de limitación de descubrimiento por retroactividad.

3) En el presente asunto, el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda una vez estableció que las mismas se centraron en el acaecimiento de un hecho futuro pero incierto, en contravía de lo expresamente previsto en el artículo 1054 del Código de Comercio, pues, si bien el actor determinó como siniestro la demanda formulada por Susalud SA en contra de la Fiduciaria La Previsora SA como evento cubierto por la póliza suscrita con la compañía de seguros Colpatria SA, lo cierto es que en forma alguna logró acreditar que en ese asunto se hubiera proferido sentencia mediante la cual haya resultado responsable civilmente la Fiduciaria La Previsora SA, y que en consecuencia exista un condena pendiente de pago por ello, razón esta que resultó suficiente para declarar probada la excepción denominada *“ausencia de cobertura por inexistencia de la pérdida”*.

En oposición a tales determinaciones, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación con el fin de insistir en la naturaleza de la modalidad especial que la póliza por reclamo hecho o cláusula *"claims made"* dado que, a su juicio, el solo hecho de la presentación del reclamo dentro de la vigencia de la póliza acredita el siniestro y, por ende, procede la declaratoria de pago de la eventual condena.

De lo acreditado en el expediente se tiene que, en efecto, Susalud SA presentó reclamación el 26 de marzo de 2007 mediante la notificación de la acción de reparación directa formulada en contra de la aquí demandante identificada con el número de radicación: 2500023260002005154601; sin embargo, no se demostró que tal reclamo judicial hubiera salido favorable a las pretensiones del reclamante en el sentido de declarar la responsabilidad civil de la Fiduciaria La Previsora SA y, consecuentemente, la imposición de un monto de condena.

La Sala advierte que en el texto mismo del contrato de seguro, específicamente en cuanto se refiere a la Sección C *"indemnización profesional clausulado NMA 3000"* las partes convinieron, expresamente, que ***"los aseguradores indemnizarán al asegurado por las pérdidas resultantes de actos u omisiones cometidos de buena fe que den origen a un reclamo hecho por primera vez por el reclamante en contra del asegurado durante la vigencia de la póliza (...)"*** (negritas adicionales).

Al respecto, es claro que el actor solo logró acreditar lo siguiente:

- Existió un reclamo.
- Ese reclamo se hizo por primera vez al asegurado.
- Se presentó dentro de la vigencia de la póliza, pues, se insiste en que la demanda fue notificada el 26 de marzo de 2007, en tanto que la vigencia de la póliza se dio del 21 de enero de 2007 al 21 de enero de 2008, sin tener en cuenta la cláusula de retroactividad o limitación de descubrimiento.

Sin embargo, es especialmente relevante para este caso resolver *la no acreditación de que el asegurado dio aviso a la aseguradora inmediatamente después de haberse enterado del reclamo; el reclamo se refiere a un acto o hecho que existió, que fue cometido de buena fe, que fue producto de la prestación de servicios financieros, y que generó como consecuencia una condena que en sí misma*

constituye una pérdida patrimonial para el asegurado, todos estos aspectos ratifican la decisión adoptada por el fallador de primera instancia en el sentido de declarar probada la excepción denominada “ausencia de cobertura por inexistencia de pérdida” y de denegar las pretensiones de la demanda.

4) Sin perjuicio de lo anterior, en atención al recurso de apelación adhesiva esgrimido por la apoderada de la aseguradora Colpatria SA, para la Sala es claro que en el presente asunto también se encuentra probada la excepción denominada “ausencia de cobertura por no haber acreditado el asegurado uno de los requisitos exigidos por la póliza” ya que, las partes dejaron claro en el contrato de seguro que, para que pudiera operar la cobertura consagrada en el amparo de indemnización profesional se requería la prueba de la pérdida como requisito *sine qua non*, aspecto este que precisamente no demostró el actor en el presente caso, por lo que se modificarán los ordinales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia de 16 de abril de 2015, para en su lugar declarar probada, adicionalmente, la excepción titulada “ausencia de cobertura por no haber acreditado el asegurado uno de los requisitos exigidos por la póliza”.

En consecuencia, como el actor no acreditó los elementos requeridos para que procediera la indemnización en el contrato de seguro en la póliza de seguro de manejo global bancario no. 8001000151 no es posible en el presente caso que prosperen las súplicas formuladas en la demanda.

Por consiguiente, la Sala encuentra que la decisión de denegar las pretensiones de la demanda adoptada por al *a quo* es acertada y por ello debe ser confirmada.

3. Condena en costas y agencias en derecho

Por último, no habrá de condenarse en costas a la actora porque no está probada en la actuación una conducta temeraria, situación cualificada exigida por la regulación procesal contenida al respecto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 para tal decisión.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1º) Modifícanse los ordinales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia de la Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 16 de abril de 2015, los cuales quedan así:

“PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones de “prejudicialidad respecto del proceso en el que se debate la responsabilidad del asegurado frente a los hechos que dan lugar a la presente demanda; prejudicialidad respecto del proceso en que se solicita la declaración de nulidad relativa de la póliza que se pretende afectar en esta actuación procesal; nulidad relativa del contrato por haber incurrido el asegurado en reticencia en los términos del artículo 1058 del código de comercio; incumplimiento por parte del asegurado, de la garantía consagrada en la cláusula número 10 del anexo de indemnización profesional; prescripción; aplicación de las exclusiones; deducibles y participación de Fiduprevisora en el Consorcio Fisalud”; tal y como fueron planteadas por el demandado SEGUROS COLPATRIA S.A., conforme a las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRANSE prosperas las excepciones denominadas por el demandado SEGUROS COLPATRIA S.A., como “ausencia de cobertura por inexistencia de pérdida” y “ausencia de cobertura por no haber acreditado el asegurado uno de los requisitos exigidos por la póliza”, de acuerdo a lo estudiado en el presente fallo.”

2º) Confírmase en lo demás la decisión de la Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 16 de abril de 2015

3º) Abstiénese de condenar en costas.

4º) Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen con las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección
(firmado electrónicamente)

Expediente no. 25000-23-26-000-2009-00311-02 (55.002)
Actor: Sociedad Fiduciaria La Previsora SA
Controversias contractuales
Apelación de sentencia

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)
(con salvamento de voto)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sala de decisión en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020.