

Señores

JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

CALI - VALLE

j01pmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad.

Referencia:	Proceso No.	760016000199201500485
	Procesado:	JHON MARIO HENAO PEREZ
	Víctima:	JORGE ELIECER SOTO MARÍN
	Aseguradora:	AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.
	Delito:	LESIONES PERSONALES CULPOSAS
	ASUNTO:	RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA No. 064 PROFERIDA EL 14 DE AGOSTO DE 2024.

NÉSTOR RICARDO GIL RAMOS, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de **apoderado defensor de confianza** de la aseguradora **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, llamada en garantía dentro del proceso referenciado, por este medio, con el respeto debido, obrando dentro del término establecido por el artículo 177 y 179 del C.P.P., procedo a SUSTENTAR POR ESCRITO, EL RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia condenatoria No. 064, con fecha del 14 de agosto 2024, y leída en audiencia, el mismo día, a fin de que sea la Honorable Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, la encargada de resolverlo.

En este orden de ideas el recurso se sustenta en los siguientes términos:

1. DE LAS CONSIDERACIONES DEL DESPACHO QUE SON OBJETO DE REPAROS

- a) **Reproche frente a la postura del Juzgado en cuanto a la prescripción derivada del contrato de seguros, solicitada por el suscrito.**

Manifestó el despacho que el término de 5 años que se tiene para iniciar cualquier clase de acción civil en contra de la compañía no debe contar a partir de la fecha de ocurrencia del accidente, es decir, el 22 de enero de 2015, sino a partir de la fecha de presentación de la demanda de incidente.

Me anticipo a manifestar que, dicha postura no es concordante con el tema a tratar, en razón a que, en primer lugar, la prescripción derivada del contrato de seguros, se debe contar a partir de la fecha del accidente, y no de la fecha de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, teniendo en cuenta que la misma se rige con la norma comercial, y en segundo lugar, no se puede tener el término de prescripción de la acción civil, sino el que compete al contrato de seguros.

Para entender este reproche, es importante tener en cuenta los hitos temporales y fácticos que dieron origen al incidente.

El día 22 de enero de 2015, ocurrió el accidente de tránsito en el que resultó lesionado el señor Jorge Eliecer Soto. El 9 de marzo de 2021, el Juzgado 01 Penal Municipal Con Funciones de Conocimiento de Cali, profirió sentencia condenatoria de primera instancia. Dicha decisión, misma que quedó en firme y ejecutoriada. El 8 de abril de 2021, el apoderado de víctimas solicitó la apertura del incidente, y el día 17 de agosto de 2023, se vinculó formalmente a la aseguradora al proceso incidental.

Son varias las afirmaciones y argumentos que se plasmaron en el fallo de primera instancia, que a juicio de este togado, se convierten en yerros objeto de reproche, y que procedo a controvertir de la siguiente manera.

- i. En primer lugar, negó la petición del suscrito de declarar probada la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros, argumentando equivocadamente que el termino de prescripción no empezó a correr día del accidente, sino a partir de la fecha de la supuesta notificación, que en realidad fue la fecha de presentación del incidente, esto es, el 8 de abril de 2021, ya que la vinculación de la aseguradora al incidente fue en agosto de 2023.
- ii. No tuvo en cuenta las condiciones del contrato, referentes a la delimitación temporal de la póliza, o clausula SUNSET, la cual establece que, con base en la Ley 389 de 1997, la responsabilidad civil extracontractual amparada en la póliza, se refiere a hechos acaecidos durante la vigencia del seguro, se deben reclamar dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro que dio origen a la reclamación.

La primera afirmación errada de que la prescripción extintiva se computa desde la presentación del incidente y no desde el hecho del cual se derivó la razón de la reclamación o desde la ocurrencia del accidente, es el motivo principal del por qué se califica la interpretación de la *a quo* como un yerro. Remitámonos a las palabras del mismo Código de Comercio, que en el artículo 1131 dispone lo siguiente: *“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”*.

En este sentido, con facilidad y sin necesidad de disertar al respecto, la literalidad de la norma que regula el fenómeno liberatorio bajo estudio, permite entender que la prescripción extintiva empieza a contarse desde el momento en que el hecho lesivo ocurrió, es decir, desde que tuvo lugar en el plano material el accidente de tránsito materia de litigio. En otras palabras, es totalmente equivocado manifestar que el cómputo del término prescriptivo inicia con la ejecutoria del fallo que declara la responsabilidad penal, cuando con toda claridad los artículos 1081 y 1131 del C.Co, expresamente consagran que este término extintivo inicia su contabilización desde la fecha en que ocurre el hecho que da

base a la acción, esto es, el accidente de tránsito. De este modo, resulta importante aclarar el marco normativo general que reglamenta el termino extintivo en comento:

Los artículos 1081 y 1131 regulan la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros en el seguro de responsabilidad civil y son del siguiente tenor:

ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

ARTÍCULO 1131. OCURRENCIA DEL SINIESTRO. *<Artículo subrogado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> 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.*

La solicitud de vinculación de la aseguradora al trámite del incidente de reparación integral fue propuesto directamente por la víctima del accidente de tránsito, y se vinculó formalmente a la compañía el 17 de agosto de 2023 . De tal forma, que el término de prescripción comenzará a correr, respecto de ellas y conforme las voces del art. 1131 del Co.Co., desde la ocurrencia del evento, esto es, desde el accidente en sí mismo que tuvo lugar el pasado 22 de enero de 2015 . En consecuencia, según las voces de las normas citadas, la fecha en que feneció la acción en contra de la aseguradora fue el 22 de enero de 2020, y sólo hasta agosto de 2023, se ejerció dicho derecho. En gracia de discusión, llama la atención que el incidente se presentó el 8 de abril de 2021, fecha en la cual ya había fenecido los 5 años que otorga la norma para presentar alguna acción, y pese a ello, sólo hasta el mes de agosto de 2023, se vinculó a la compañía, habiendo transcurrido más de 2 años después de la presentación del incidente, lo que quiere decir que operó el termino de prescripción derivada del contrato de seguros, tanto ordinaria como extraordinaria.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que la Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos ha indicado que el término de prescripción de la acción directa de la víctima contra el asegurador es la de la prescripción extraordinaria (05 años) haciendo una interpretación "sistemática" de lo dispuesto en los artículos 1131 y 1081 del Co.Co. Sobre el particular, pueden consultarse

los siguientes fallos: CSJ. Sentencia 29 de junio de 2007. M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo, C.S.J. Sala Civil. sentencia de 29 de junio de 2007. No. 072. Exp. 04690; sentencia de 10 de febrero de 2005. No. 030. Exp. 7615, CSJ. Sala Civil. Sentencia del 20 de septiembre de 2010. Exp. 00428. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, CSJ. Sentencia del 25 de mayo de 2011. Ref.: 2004-00142. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Al señalar la disposición transcrita los parámetros para la determinación del momento a partir del cual empiezan a correr los términos de prescripción, distingue entre el momento en que el interesado, ha tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, en la prescripción ordinaria y el momento del nacimiento del derecho, independientemente de cualquier circunstancia y aún cuando no se pueda establecer si el interesado tuvo o no conocimiento de tal hecho, en la extraordinaria. Se destaca entonces, el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, como rasgo que diferencia la prescripción ordinaria de la extraordinaria, pues en tanto en la primera **exige la presencia de este elemento subjetivo, en la segunda no.**

Sobre estos tipos de prescripción, en sentencia T-662 de 2013 la Corte Constitucional estableció que:

“los dos tipos de prescripción son aplicables. La prescripción ordinaria comienza a correr desde el momento en que la persona razonablemente haya tenido o podido tener conocimiento de los hechos que dan base a la acción. La extraordinaria comienza a contar desde el momento en que ocurre el siniestro. Así, cuando el legitimado para reclamar el cumplimiento del contrato de seguro es incapaz o no puede conocer los hechos que dan base a la acción, el término de prescripción que comenzará a correr será el de la extraordinaria (desde que ocurre el siniestro) hasta tanto cese su incapacidad o tenga conocimiento de los hechos. Desde ese momento, comenzará a correr la ordinaria paralelamente y surtirá efectos la primera que opere”. (SENTENCIA T/272 – 15, M.P. JORGE IVÁN PALACIO)

A su vez, en sentencia del 4 de abril de 2013, la Sala de Casación Civil de la CSJ (Expediente 00457-01) al referirse a las dos clases de prescripción –ordinaria y extraordinaria- adujo que:

“ambas se pueden presentar en cualquier clase de discusión originada en un contrato de seguro y corren frente a todos los titulares del derecho respectivo, ya se trate del tomador, el beneficiario, la aseguradora o el asegurado. Lo que las diferencia, en esencia, son dos aspectos puntuales, uno subjetivo, relacionado con el conocimiento, real o presunto, que se tenga de la ocurrencia del siniestro, y el otro objetivo, que tiene que ver con la capacidad para hacer efectivo el reconocimiento del siniestro y el pago de la indemnización pretendida, sin que ello impida que corran de modo simultáneo, como en efecto puede suceder”.

Ajustando la norma transcrita y los argumentos de la jurisprudencia traídos a colación, encontramos que en el caso de marras, se encuentra plenamente acreditada la

prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro tanto por la senda ordinaria como por la extraordinaria, esto es, para la primera, dos (2) años contados a partir de que la interesada tuvo o debió tener conocimiento del hecho que dio base a la acción, y la segunda, desde el acaecimiento del hecho de tránsito que dio origen a este litigio, de acuerdo con lo que a continuación se procederá a explicar:

Prescripción ordinaria:

La prescripción ordinaria de que trata el inciso segundo del Artículo 1081 del Código de Comercio es completamente aplicable al caso que nos ocupa, comoquiera que se acredita la presencia de los elementos subjetivos que se requiere para su declaratoria.

Prescripción extraordinaria:

Sin perjuicio de los argumentos expuestos en precedencia respecto a la prescripción ordinaria, debe indicarse que incluso se encuentra plenamente acreditada la prescripción extraordinaria de que trata el inciso tercero del Artículo 1081 del Código de Comercio. Lo anterior, puesto que transcurrieron más de cinco años desde el momento que nació el derecho a favor de la demandante, es decir, desde la fecha de ocurrencia del accidente de tránsito, el día 27 de junio de 2014, hasta la fecha en que iniciaron la correspondiente acción en contra de la aseguradora.

Otro aspecto a considerar es la omisión del Juez de pronunciarse respecto a la cláusula de delimitación temporal contenida en el contrato de seguros. En el condicionado general de la Póliza, aportado y tenido como prueba, se observa en el capítulo I “AMPAROS Y EXCLUSIONES”, el siguiente estamento, el cual es de obligatorio cumplimiento:

CON BASE EN LO PRESCRITO EN EL ART. 4º. DE LA LEY 389 DE 1997, LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL AMPARADA EN ESTA POLIZA, SE REFIERE A HECHOS ACAECIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE SEGURO, SIEMPRE QUE LA RECLAMACIÓN DEL DAMNIFICADO AL ASEGURADO O A COLPATRIA SE EFECTUE DENTRO DE LOS DOS (2) AÑOS SIGUIENTES A DICHA OCURRENCIA.

EL SEGURO TIENE COMO OBJETO EL RESARCIMIENTO DE LA VÍCTIMA O SUS CAUSAHABIENTES, LOS CUALES SE CONSTITUYEN EN BENEFICIARIOS DEL SEGURO Y TIENEN ACCION DIRECTA PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACION A COLPATRIA, SIN PERJUICIO DE LAS PRESTACIONES QUE DEBA RECONOCER DIRECTAMENTE EL ASEGURADO.

Esta cláusula de delimitación temporal, conocida como cláusula “SUNSET”, no se cumplió por la parte asegurada, ya que, tal como se expuso en párrafos anteriores, no fue sino hasta el año 2023 que fuimos convocados al proceso, por lo que nos hayamos ante una causal de inoperancia respecto a las condiciones de la póliza, la cual excluye de cobertura a los reclamantes, por no haber cumplido con lo estipulado en el condicionado referente

a la delimitación temporal, la cual operaba dos años siguientes a la ocurrencia de los hechos.

Por lo anterior, el fallo se debe revocar, y en su lugar absolver a mi defendida de cualquier pago, y en caso de que se mantenga la condena, delimitar la obligación a lo establecido en el contrato de seguros.

En síntesis, tenemos que dicho argumento es inválido, y por ende la decisión se debe revocar, y en su lugar, declarar que operó el fenómeno jurídico de la prescripción derivada del contrato de seguros que tratan los artículos 1081 y 133 del C. Co.

b) Inconformismo frente al reconocimiento y tasación del perjuicio de lucro cesante

El *a quo* basó su fundamentación en el reconocimiento de esta pretensión, dándole una valoración errónea y una interpretación normativa equivocada, de los elementos materiales probatorios y de los precedentes jurisprudenciales que han definido este asunto. En primer lugar, basó la liquidación de ese rubro en los siguientes supuestos fácticos:

- Consideró con base en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, que al no probar el salario, se debía asumir que el occiso devengaba un salario mínimo al momento del accidente.
- Tomó como base para la liquidación 244 días de incapacidad, cuando el dictamen aportado por la víctima fue de 100 días.
- El *a quo* omite lo expuesto por las altas Cortes, al conceder este perjuicio material, sin haberse acreditado que la víctima al momento del accidente, devengaba algún ingreso, o tenía una actividad económica. Es por ello que, no hay lugar para dicho reconocimiento, puesto que el hacerlo, vulnera el carácter cierto del perjuicio¹.

A juicio del *a quo*, el mencionado documento, fue base suficiente para demostrar el quebranto en sus sentimientos y afectos, por lo que daba lugar a reconocer un daño moral para las víctimas. Llamó la atención que en el proceso, la víctima no fue llamado a declarar en el juicio, por lo que las manifestaciones de dolor y sufrimiento supuestamente ocasionadas, sólo quedaron plasmadas en el escrito de demanda y en las alegaciones finales del abogado de víctimas, pero nunca respaldadas por la versión del afectado.

De las pruebas introducidas en el trámite del incidente de reparación integral, se puede colegir con certeza que el señor Jorge Eliecer sufrió un accidente en donde resultó lesionado, situación que fue válida para establecer la responsabilidad penal del acusado, puesto que logró establecer el nexo causal entre la conducta y el daño. Sin embargo, por

¹ Sentencia de unificación del Consejo de Estado en la Sentencia No. 44572 del 18 de julio de 2019 proferida por la Sección Tercera, M.P. Carlos Alberto Zambrano, vease también las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil Sentencia del 12 de junio de 2018. Expediente SC 2107-2018 y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2008. Radicado 2000-01121-01

ese simple hecho no se puede considerar que el mismo establezca un perjuicio económico *per se*, por lo que esta pretensión debe ser probada conforme a las reglas de un proceso civil, situación que no sucedió en el presente asunto, puesto que no se aportaron al proceso las pruebas que determinan un daño, ni se cuantificó en ningún momento el monto del mismo. Es por lo anterior, que la decisión de primera instancia al reconocer los perjuicios pretendidos, va en contravía de lo establecido en el artículo 164 del Código General del Proceso que reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

En igual sentido, el Código de Procedimiento Penal en su artículo 381 señala:

ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

En punto a definir el monto del perjuicio en la modalidad de lucro cesante, cabe resaltarse las intervenciones realizadas por el suscrito en los alegatos de conclusión, pues argumenté la ausencia de prueba que determinara por un lado la existencia de una prueba documental, o si quiera testimonial que diera claridad sobre el salario devengado por la víctima al momento del accidente. Tratándose del daño y del lucro cesante como una modalidad de este elemento de la responsabilidad, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.

La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética.

Para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es decir que si no se hubiese producido el daño el ingreso debía percibirse, es necesaria su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

“El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...).

Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no

basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)²

Así mismo, en Sentencia del 24 de junio de 2008, la misma corporación afirmó que:

“(...) en cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual. Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado (...)

Vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente (...)

Por último están todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables.³
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Lo anterior significa que, el lucro cesante no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso. De manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso, siempre que logre acreditarse que en efecto la víctima, al momento de la ocurrencia del daño, ejerciera alguna actividad productiva que le generara los ingresos reclamados y dejados de percibir.

Ahora bien, se debe mencionar que todas las posibles discusiones que pueden emerger frente al particular fueron zanjadas mediante el más reciente pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado en la Sentencia No. 44572 del 18 de julio de 2019 proferida por la Sección Tercera, M.P. Carlos Alberto Zambrano, en la que se elimina la presunción según la cual toda persona en edad productiva percibe al menos un salario mínimo, en tanto contraría uno de los elementos del daño, esto es la certeza, de manera que el lucro cesante solo reconocerá cuando obren pruebas suficientes que acrediten que

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de junio de 2018. Expediente SC 2107-2018.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2008. Radicado 2000-01121-01.

efectivamente la víctima dejó de percibir los ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. En dicho pronunciamiento se manifestó literalmente lo siguiente:

“La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como *el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto.* (...)

En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.” (subrayado y negrilla fuera del texto original)

Este pronunciamiento entonces, excluye posibilidad alguna de que se reconozca lucro cesante a una persona que aunque esté en edad productiva no acredite los ingresos percibidos por el efectivo desarrollo de una actividad económica, por contrariar el carácter cierto del perjuicio, siendo entonces una utilidad meramente hipotética o eventual.

Estos argumentos, deben llevar al que el Honorable Tribunal, bajo los principios de la sana crítica, la lógica y la experiencia, niegue está pretensión por demás infundada, debido a que no existe una evidencia clara, firme, bien consolidada y sujeta a los requisitos legales, que permitiera conocer el valor exacto del salario devengado por la víctima, y de la dependencia económica de los favorecidos por este reconocimiento.

Sea este el momento para advertir y recordar nuevamente que el trámite de los incidentes de reparación, obedece estrictamente al proceso civil⁴, razón por la cual, no se le puede

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP-133002017 (50034), Ago. 30/17, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero

tener como cierto esos elementos aportados, los cuales no señalan el más mínimo grado de convicción para probar un perjuicio.

Sobre el particular, la Corte suprema de Justicia, bajo el radicado 49.402 del 25 de enero de 2017⁵, hace referencia al deber que tiene el incidentante de probar los perjuicios reclamados, dentro del trámite de incidente de reparación integral, con lo que se corrobora que me asiste la razón en el inconformismo al reconocimiento de este perjuicio. La sentencia reza:

“Si bien en principio la sentencia condenatoria sustenta la causación del daño producto del punible, configurándose así la fuente de obligación civil, no puede por este solo hecho pretenderse la indemnización de perjuicios bajouna apreciación meramente subjetiva, ausente de todo sustento probatorio, en tanto aquella debe estar soportada en una verdadera afectación, trascendiendo de una alegación enunciativa a un plano probatorio que demuestre la proporcionalidad entre el daño y la reparación.”

“Se trata entonces, de realizar una nueva labor probatoria, disímil a la realizada en el trámite procesal, esto si en cuenta se tiene que i) el incidente de reparación es un mecanismo accesorio al proceso penal, es decir posterior a la sentencia condenatoria, ii) no se busca declarar la responsabilidad penal del procesado sino la civil, por lo que los medios probatorios deben dirigirse a demostrar supuestos de hechos concretos que cuantifican un daño y no que definen la responsabilidad de la conducta, y iii) se rige por las disposiciones de la normatividad civil en lo no reguladopor la Ley 906 de 2004.”

“Así pues, falta de todo acierto resulta lo expuesto por el representante de víctimas en el sentido de afirmar que las pruebas incorporadas en juicio oral y las cuales sustentaron la sentencia condenatoria, aportan igual conocimiento respecto al monto pretendido como perjuicios morales objetivados por la afectación al buen nombre de la Rama Judicial.”

“Probar los perjuicios causados es una obligación del apoderado del Consejo Superior de la Judicatura, como incidentante, aportar todos los medios de conocimiento en el transcurso del trámite que le permitan al cognoscente advertir la efectiva afectación al derecho constitucional alegado y su valoración económica, proporcional y como consecuencia del daño ocasionado por el punible, sin que sea admisible una ponderación caprichosa del perjuicio moral objetivado, sin la observancia de medio alguno que permita adjudicar elvalor peticionado al perjuicio causado.

⁵ Sentencia del 13 de mayo de 2008. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. En el mismo sentido, sentencia del 20 de enero de 2009. Exp. 17001310300519930021501.

El artículo 97 de la Ley 599 de 2000, señala que el juez, podrá establecer como indemnización una suma de hasta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin embargo esta disposición no está falta de contenido en tanto es esta una facultad potestativa del cognoscente, es decir que no se trata de un mandato de obligatorio cumplimiento sino que está supeditada a la actividad probatoria de quien promueve el incidente.

En reciente pronunciamiento, esta Corporación, estableció de acuerdo con el precitado artículo que para ejercer la facultad otorgada al juez, debe el interesado probar los supuestos del monto de los perjuicios morales, siendo imposible su reconocimiento y liquidación ante la ausencia de tal sustento probatorio, esto por cuanto el fallador se encuentra limitado a la naturaleza de la conducta y a la magnitud del daño moral causado.” (CSJ SP 25 de marzo de 2015. Rad. 42600).

Por lo anterior, se debe revocar la decisión de condenar a mi prohiada de este perjuicio, y en su lugar, denegar las pretensiones del reconocimiento del lucro cesante favor de las víctima, toda vez que no se demostró ningún ingreso del reclamante.

c) **Reparo frente a la decisión del A QUO de condenar a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., al pago de los perjuicios de forma directa, sin tener en cuenta el llamamiento en garantía**

El fallo resuelve condenar a mi representada, al pago de la condena, situación que desconoce los preceptos legales frente a esta materia, y que de contera afecta los límites de los amparos otorgados y la disponibilidad del valor asegurado.

Sea lo primero señala que no estamos de acuerdo con el A quo, en cuanto a que se haya condenado únicamente a mi representada al pago de los perjuicios materiales y morales a favor a las víctimas en el presente asunto, ya que es claro que **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, no fue la directa causante del hecho que causó las lesiones al señor Jorge Eliecer Soto Marín, ni era la propietaria del vehículo de placas involucrado en el accidente, ni la guardiana del mismo. Tal como se indicó en audiencia, la fuente de solidaridad es la ley, el testamento o la convención, y aquí no hay fuente alguna que indique solidaridad del condenado con la aseguradora.

La relación de mi representada **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, con el asegurado, es únicamente en virtud del contrato de seguros que amparaba al vehículo, pero llevar la conducta sancionada penalmente de este último, no puede conllevar a una solidaridad de la aseguradora frente al delito, diferente sí para el tercero civilmente responsable, y como se explicó con suficiencia en párrafos anteriores, la vinculación al proceso por parte de mi prohiada, es como llamada en garantía, en virtud de un contrato de seguros.

Esta situación fue desatendida en el proceso, puesto que, en primer lugar, no se vinculó de forma directa a la propietaria del vehículo, pese a la petición hecha por el suscrito abogado,

y segundo, la condena se elevó únicamente frente a mi prohijada, sin endilgar responsabilidad alguna al condenado penal, quien es el directo responsable del daño.

La obligación de mí representada la compañía tiene su génesis en un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y límites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de responsabilidad civil extracontractual propia de la aseguradora, sino de la que se pudiere atribuir al asegurado conforme lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil, por tanto se encuentra frente a dos responsabilidades diferentes a saber: 1. La del asegurado por la responsabilidad civil extracontractual que se le llegará a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria emana de la ley propia y 2. La de mí representada aseguradora cuyas obligaciones no emanan de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros dados por los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose las obligaciones de mí representada debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro celebrado, constituyéndose entonces las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y mediante ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez en sentencia SC20950-2017 Radicación n° 05001-31-03-005-2008-00497-01 ha indicado que:

“(...) Por último, la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co (...)” (Subrayas y negrilla mías)

Entendido lo anterior, es preciso indicar que la solidaridad de las obligaciones en Colombia solo se origina por pacto que expresamente la convenga entre los contrayentes, lo anterior según el art. 1568 del Código Civil Colombiano que reza:

“(...) En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. (...)

En virtud de tal independencia en las obligaciones, se formula esta excepción por cuanto el artículo 1044 del Código de Comercio faculta a la aseguradora proponer al tercero beneficiario las excepciones y exclusiones que pudiere interponerle al asegurado o tomador del contrato de seguro, motivo por el cual puede alegar mí representada la ausencia de

cobertura ante la falta de prueba de la ocurrencia y cuantía del siniestro y las exclusiones y demás condiciones que resultaren atribuibles al presente evento.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria que remotamente podría surgir a su cargo está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado para el amparo de muerte o lesión a una persona, con sujeción a las condiciones de la póliza.

“ARTÍCULO 107. TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. <Artículo CONDICIONALMENTE *exequible*> *Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.*

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente”.

“ARTÍCULO 108. CITACIÓN DEL ASEGURADOR. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> ~~*Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación”.*~~

Tal como se observa en la norma citada, una es la figura del tercero civilmente responsable, y otra es la figura del asegurador, quien puede ser vinculado en virtud del seguro válidamente celebrado a través de un llamamiento en garantía. Incluso, en la sentencia quedó claro que la vinculación de mi representada fue la del llamamiento en garantía. Es por ello que la figura con la que se debe interpretar la vinculación a la aseguradora es la referente es la última, la cual merece un estudio diferente y cuya norma especial se encuentra contenida principalmente en el Código General del Proceso y el Código de Comercio.

La figura del llamamiento en garantía se consagra en el artículo 64 del C.G.P., de la siguiente manera:

ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. *Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*

En cuanto a esta figura, dentro del incidente de reparación integral, la Corte Constitucional, en Sentencia C – 409 de 2009, cuya decisión definió el papel de la aseguradora en los procesos del incidente de reparación integral, recordó los antecedentes legislativos del artículo 108 del C.P.P., el cual vale la pena traer al presente asunto:

“Los antecedentes legislativos del art. 108 CPP

En los orígenes del proyecto de Código de Procedimiento Penal sometido al Congreso, la intervención del asegurador no estaba prevista. Esto se observa en el [Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 01 de 2003 Cámara, contenido en la Gaceta del Congreso No. 564, de 31 de octubre de 2003, así como en el Texto aprobado en Comisión, publicado en la Gaceta del Congreso 89 de 25 de marzo de 2004.](#)

Fue en el Informe de Ponencia para Segundo Debate al proyecto, publicado en la Gaceta del Congreso 104 de 26 de marzo de 2004, donde se introdujo la discusión sobre el llamamiento en garantía, señalado por los congresistas de la siguiente manera:

“Incidente de reparación integral.

“En desarrollo de la nueva concepción que introduce el nuevo sistema penal acusatorio, la parte civil como se conocía dentro del sistema inquisitivo y mixto, desaparece para darle vida a una nueva figura, el incidente de reparación integral, el cual básicamente consiste en que una vez anunciado el sentido del fallo, la víctima, el fiscal o el ministerio público podrán solicitar al juez la iniciación del incidente con el cual se busca reparar los daños causados con la conducta delictiva, a través de una audiencia pública en la que el juez determinará la procedencia de la pretensión, si se da el caso del llamamiento en garantía debe escucharse a este con el único fin de que actúe dentro del mismo para establecer el monto de la pretensión del incidentante, y en el caso del tercero civilmente responsable se hace remisión a la normatividad civil, luego de ello y en caso afirmativo citará a los intervinientes para que comparezcan a audiencia de conciliación, si no prosperare esta, el juez dictará fallo, en el cual se determinará la tasación del daño o perjuicio”.

Y con base en lo anterior, se propone:

“... un articulado en el que se consagra la figura del tercero civilmente responsable y del llamamiento en garantía. Dentro del actual sistema penal se establece la satisfacción que debe recibir la víctima por el ilícito padecido, tanto así que dentro de los derechos de esta, se le ha establecido (artículo 11 literal c) el de recibir de una manera ‘pronta e integral reparación a los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código’. Por esto debe permitirse la participación de terceros en la etapa respectiva (incidente) con el único fin, y desde que manifiesten aceptar la respectiva

obligación de indemnización, para que sean tenidas en cuenta sus apreciaciones para fijar el monto de la pretensión del inidentante (sic)”.

Fruto de tal discusión, se introducen estos artículos con el siguiente contenido:

Artículo 106B. Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado al incidente de reparación integral a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

Artículo 106C. Llamamiento en garantía. La víctima, el condenado o su defensor podrán pedir durante el trámite del incidente el llamamiento en garantía del asegurador mediante la correspondiente citación. En este caso el llamamiento se realizará sobre la base de la existencia de un acuerdo por parte del llamado para asumir el pago conforme a su garantía, y con el único fin de que participe, con los mismos derechos del condenado, en la determinación del monto de la pretensión del inidentante”.

Estas dos nuevas disposiciones fueron aprobadas por la Cámara, según se aprecia en el Texto definitivo al proyecto, Gaceta del Congreso No. 167 del 4 de mayo de 2004. De ellas se desprende que, por una parte se configuraba un tratamiento diferenciado entre el tercero civilmente responsable y la aseguradora. Por otra, en lo que tiene que ver con esta última, su intervención podía operar sólo cuando extra juicio, se hubiese alcanzado un acuerdo previo con la compañía respectiva para asumir el pago basado en la póliza suscrita. De este modo, se trataba de un llamamiento en garantía sui generis, como quiera que la citación al incidente de la aseguradora tenía por único propósito, no discutir su obligación, sino fijar el monto de la pretensión por cubrir.

Pero el momento neurálgico del procedimiento legislativo en el que aparece el texto de la disposición objeto de revisión, es el debate de la Comisión del Senado, contenida en la Gaceta del Congreso No. 377 de 23 de julio de 2004. Es aquí cuando se propone eliminar la figura del llamamiento en garantía, bajo el entendido de que “terminaría el juez penal resolviendo un asunto civil entre el responsable y su asegurador, entonces no es bueno llamarlo en garantía, si no simplemente citarlo para que intervenga en la audiencia de conciliación y ya por aparte el arreglará su tema de su seguro con la persona que aseguró.”

Queda claro que la vinculación de mí prolijada es por medio de la figura del llamamiento en garantía y por ello es que la postura adoptada por el fallador de primera, no tiene aplicación, ni carácter vinculante, por lo menos frente a mí representada.

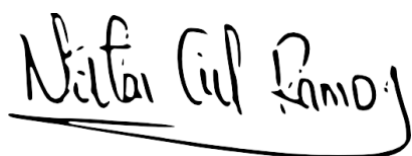
Es claro que el asunto no hace referencia a los llamados en garantía, puesto que su vinculación es diferente y así mismo su responsabilidad, por lo que no tiene aplicación al caso en concreto.

Así las cosas, deberá el Honorable Magistrado Ponente a quien corresponda dirimir el presente asunto, revocar la condena en contra mi representada por el *A QUO*, ya que el asegurador solo puede ser obligado a reembolsar, en caso de una eventual condena, las sumas de dinero a que sea condenado por los perjuicios causados a la víctima, pero siempre y cuando esos perjuicios se encuentren amparado en la póliza respectiva y no exista una exclusión o sub límite de estos.

2. PETICIÓN DE LA DEFENSA DE LA ASEGURADORA AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

1. Petición principal: Por las razones, hasta aquí expuestas, no puede ser otro el pedimento respetuoso del suscrito abogado Defensor, que el de solicitar al Señor Juez de Primera Instancia, conceder el recurso de apelación, debida y oportunamente sustentado, y proceder a remitir el mismo, junto con el respectivo expediente, a la Honorable Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, encargada de resolver y desatar el mismo, a quien se solicita, de manera igualmente respetuosa, **revocar de manera integral la Sentencia Condenatoria No. 064 de fecha del 14 de agosto de 2024, y leída en audiencia, el mismo día, proferida por el Juzgado 01 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali - Valle**, y en su lugar proferir la que en derecho corresponda, que no puede ser otra, que una en la que se **absuelva de toda condena a la aseguradora AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**
2. Se solicita como primera petición subsidiaria que en caso de no tener en cuenta la petición principal y la primera petición subsidiaria, y se mantenga la condena en contra de mi representada, se ajusten los perjuicios reconocidos, de conformidad con los estándares jurisprudenciales, reconocer que no se puede condenar a **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, de manera directa ni solidaria, y que dicha condena no puede superar los límites, sublímites y deducibles asegurables de la póliza y sus anexos.

Cordial y respetuosamente,



NÉSTOR RICARDO GIL RAMOS

C.C. No. 1.144.033.075 de Cali

T.P. No. 294.234 del C.S.J.

Celular 3183247269

ngil@gha.com.co – notificaciones@gha.com.co