

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

ACTA DE APROBACIÓN No 672
SEGUNDA INSTANCIA

| | |
|-----------------------|---|
| Sentenciado: | Alejandra Nova Muñoz |
| Cédula de ciudadanía: | 1.087.992.155 de Dosquebradas (Rda.) |
| Delito: | Lesiones personales culposas |
| Víctima: | Fabián Muñoz Bustamante |
| Procedencia: | Juzgado Penal Municipal con funciones de conocimiento de Santa Rosa de Cabal (Rda.). |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por el apoderado de la víctima, en contra del fallo que puso término al incidente de reparación integral. SE REVOCA PARCIALMENTE |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Mediante sentencia proferida en doce (12) de mayo de 2017 por parte del Juzgado Penal Municipal con funciones de conocimiento de Santa Rosa de Cabal (Rda.), se declaró penalmente responsable a la profesional médica **ALEJANDRA NOVA MUÑOZ**, por el delito de lesiones personales culposas en la persona de **FABIÁN MUÑOZ BUSTAMANTE**. Decisión contra la cual se interpuso recurso de apelación ante esta Corporación, y fue confirmada parcialmente en providencia del treinta (30) de noviembre de 2018. La determinación causó ejecutoria ante la no interposición del recurso extraordinario de casación.

1.2.- Una vez adquirió firmeza el fallo en lo penal, el apoderado de las víctimas formuló demanda con el fin de que se diera iniciación al incidente de reparación integral tanto frente a la declarada penalmente responsable, como respecto al tercero civilmente responsable y los llamados en garantía.

1.3.- Los sujetos procesales que intervinieron en este trámite fueron: (i) La víctima FABIÁN MUÑOZ BUSTAMANTE; (ii) el apoderado contractual de la víctima, Dr. EDUARDO GAVIRIA RODRÍGUEZ; (iii) el defensor de sentenciada **ALEJANDRA NOVA MUÑOZ**, Dr. ANDRÉS ALBERTO CHÁVEZ MÉNDEZ; (iv) el representante judicial de la ESE Hospital San Vicente de Paúl, Dr. JUAN MANUEL VANEGAS ACEVEDO; (v) el representante judicial de la Compañía de Seguros "Confianza S.A.", Dr. JUAN DIEGO SANTOFIMIO ALZATE; y (vi) los representantes judiciales de la Compañía de Seguros "La Previsora S.A.", así: inicialmente el Dr. HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE, y posteriormente en su reemplazo el Dr. JUAN SEBASTIÁN LONDOÑO GUERRERO.

1.4.- En la PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, la parte incidentante ofreció las razones de hecho y de derecho en las cuales soportaba su pretensión indemnizatoria por perjuicios tanto materiales como inmateriales. Considera que se deben pagar los perjuicios derivados de la mala praxis médica, con fundamento en lo siguiente: El 02 de enero de 2013 se dictaminó por el profesional DIEGO FERNANDO CORREA ECHEVERRY, la disminución de la capacidad laboral equivalente a 9.15 % en la persona de la víctima quien contaba con 28 años para el momento del accidente, así que su expectativa de vida probable es de 50.1 años. El DAÑO EMERGENTE consistente en los dineros desembolsados con ocasión del daño (transporte, terapias, medicinas), los estima en un valor de \$680.000.00. El LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: entre la fecha del hecho daño (06 de diciembre de 2011) y la sentencia (21 de enero de 2019), a consecuencia de lo cual transcurrieron 84 meses. La renta actualizada la constituye un salario de \$1'273.646.00, más el factor prestacional, menos los gastos personales, lo cual arroja una cifra de \$1'194.043.00. Al hacer las ecuaciones el resultado total de LCC arroja: \$123'540.000.00, al cual se le aplica el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, todo lo cual termina dando un monto de \$31'931.281.00. Los PERJUICIOS MORALES: tasado acorde con los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado acogidos por la Corte Suprema de Justicia, en 10 smlmv. El DAÑO EN LA VIDA DE RELACIÓN: igualmente en 10 smlmv porque siguen la misma suerte. TOTAL del DAÑO INDEMNIZABLE: \$49'173.601.00. Presenta como PRUEBAS: Poder, cédula, dictamen de pérdida de capacidad laboral, comprobantes de pago y facturas, y pide el testimonio del médico laboralista DIEGO FERNANDO CORREA ECHEVERRI. La titular del despacho le reconoce personería para actuar y se admite la pretensión.

1.5.- TRASLADO DE LA PRETENSIÓN Y PRIMER INTENTO CONCILIATORIO:

- Defensor de ALEJANDRA NOVA MUÑOZ: Sin interés conciliatorio, porque considera que la responsabilidad de su cliente está amparada en una póliza de la Compañía Aseguradora de Fianzas "Confianza". De igual modo se hace extensible la responsabilidad ya que también recae sobre el Hospital para el cual su cliente prestaba sus servicios, respecto a la reparación de daños, junto con la póliza de responsabilidad civil extracontractual que la ESE tuviere con respecto de sus médicos y las responsabilidades de éstos. Pide en consecuencia de se hagan efectivas las pólizas que se encontraban vigentes para el momento de ocurrencia de los hechos.

- Representante judicial del Hospital: Se permite en esta diligencia llamar en garantía "La Previsora S.A." Compañía de Seguros, ya que entre el Hospital San Vicente de Paúl de Santa Rosa de Cabal (Rda.) y la citada Compañía de Seguros, se constituyó una póliza de seguros de responsabilidad civil profesional para instituciones médicas. El 23 de enero de 2019 se le descubrió el presente evento por parte del juzgado a la entidad que representa. Así que en caso de que el Hospital sea obligado al reconocimiento de algún monto, la Compañía Aseguradora estará obligada al reembolso total o parcial del dinero de conformidad con el valor asegurado en dichas pólizas. Como PRUEBAS presenta: copia de la póliza de responsabilidad civil No 1001440, con vigencia del 31 de enero de 2017 al 31 de enero de 2019, con su respectivo certificado de renovación; certificados de existencia y representación legal de la Compañía "La Previsora S.A.". Hace constar que Comité de Conciliación del Hospital tiene una propuesta conciliatoria, siempre y cuando reciba el acompañamiento de la Compañía de Seguros "La Previsora S.A.".

- Representante judicial de la Compañía de Seguros directa de la sentenciada "Confianza S.A.": Deja constancia que la póliza que se encontraba vigente para la época de los hechos (06 diciembre de 2011), no tiene cobertura para todas las pretensiones. Aclara también que como no están siendo llamados por la asegurada sino por el apoderado de víctimas en forma directa, considera que la acción está prescrita toda vez que han transcurrido más de cinco años desde que acaeció el siniestro, y por lo mismo propone desde ya la excepción de prescripción.

- El apoderado de la víctima: retoma la palabra para llamar la atención acerca de que no solo él está demandando en acción directa a la Compañía "Confianza", sino que la misma asegurada -la médica ALEJANDRA NOVA MUÑOZ- por intermedio de su apoderado está llamando en garantía acorde con las facultades que posee,

con el correspondiente aporte de la póliza. Así que estima que se debe tener en consideración esa doble condición.

1.6.- SEGUNDA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN FALLIDA:

Comparecen las mismas partes e intervinientes de la vez anterior, pero además el Dr. HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE, apoderado representa de "La Previsora S.A.". El vocero del Hospital San Vicente de Paúl expresa que el Comité de Conciliación y defensa judicial concluyó que no iba a proponer fórmulas de arreglo, allega certificación al respecto. El representante judicial de la Compañía Aseguradora "Confianza" manifestó que luego de ver el clausulado general y particular de la póliza, aprecia que el monto mayor que se reclama está representado por los perjuicios "inmateriales" (daño emergente y lucro cesante) (sic) y la póliza no contiene amparo por estos conceptos como se comprueba con los anexos que fueron allegados; así que no tienen ánimo conciliatorio en este momento. A su turno el apoderado de "La Previsora" indica que en atención al deseo de no conciliar de parte del Comité, y adicionalmente al advertir que en la póliza existe un deducible mínimo de 30 millones de pesos, entonces tampoco se tiene ánimo conciliatorio para este momento. Por su parte, el defensor de **ALEJANDRA NOVA** expresa que están sujetos a las propuestas de su Aseguradora, pero ya se supo la posición de la Compañía en este caso. Se concluye el acto con la constatación de la no existencia de ánimo conciliatorio, y se continúa con el trámite del incidente de reparación integral.

1.7.- PRÁCTICA PROBATORIA: -actúa en reemplazo del Dr. Héctor Jaime Giraldo Duque el Dr. JUAN SEBASTIÁN LONDOÑO GUERRERO, en condición de apoderado de "La Previsora S.A.". Testigo único de la parte demandante: Dr. DIEGO FERNANDO CORREA ECHEVERRI, médico laboral. Respuestas a interrogatorio del apoderado de víctimas: Emitió dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral en enero de 2013 a nombre de FABIÁN MUÑOZ BUSTAMANTE. Hizo el seguimiento de su rehabilitación y al final la calificación aludida a consecuencia de las secuelas que de allí quedaron (traumatismo y colgajo de mano izquierda), de lo cual se extrae una PCL equivalente al 9,15%. Para calificar ese porcentaje la Junta de Calificación de la cual hizo parte, se tuvo en cuenta el Manual Único de Calificación de Invalidez con la sumatoria de valores porque son muchos *item* para valorar. Se determinaron las deficiencias en diversas esferas del trabajador según por porcentajes de la tabla. Esta secuela o esta deficiencia es de carácter permanente o definitivo. Respuestas a interrogatorio de la Compañía "La Previsora SA": No tenía complicaciones en la amplitud de movilidad articular, es decir, que se encontraba conservada según el fisiatra. Lo que se advirtió a nivel de la lesión, es una deficiencia del 2% derivada de las lesiones en la piel por las cicatrices o quemaduras que se generaron. Se recomienda retorno laboral con

restricciones, pero ignora si el trabajador se reintegró. De todas formas, el hecho de que la calificación sea inferior al 50%, ello implica la obligación de reincorporarse a la labor en el entendido que no le generó una pensión de invalidez, pero ello queda dependiendo de lo que disponga la empresa. El caso concluyó con un concepto NO FAVORABLE de rehabilitación en atención a que las cosas ya no volverían a su estado original habida consideración a la existencia de secuelas. Se trata de una pérdida de capacidad no solo laboral sino ocupacional, es decir, que abarca tanto el ámbito del trabajo como el de otras esferas. Respuestas a interrogatorio del representante del Hospital: El paciente puede llevar una vida funcional, pero el área afectada dio lugar a la colocación de un injerto y por ello la estructura de la piel ya no es la misma a la que se tenía antes de la lesión, con lo cual, esa área anatómica afectada presentará menos tolerancia a la fuerza y tendrá mayor sensibilidad, además por supuesto de la parte estética. Respuestas a preguntas del despacho: lo que presentó el paciente fue una herida en la mano izquierda que afectó parte del tejido, en el cual se presentó una necrosis o sea una muerte, lo cual exigió la intervención de un cirujano plástico para la colocación de un injerto. Cuando lo atendió observó que se trataba de una lesión importante y eso lo obligó a remitirlo de urgencias. La fecha del siniestro fue el 06 de diciembre de 2011 y ya después de todo el proceso de rehabilitación se sobrevino la calificación el 02 de enero de 2013, o sea que transcurrió aproximadamente en rehabilitación un año un mes aproximadamente. Hay restricciones en la manipulación de alimentos, en manipulación de cargas, en la utilización de la fuerza a desarrollar, y movimientos repetitivos. Lo que presenta el paciente en este caso equivale como a 1/5 de lo que se requiere para una pensión de invalidez, y constituyen un 10% de su actividad plena. Esta persona estaba afiliada por la empresa a su ARL en "Colpatria".

1.8.- Luego de llevada a cabo la práctica de probatoria y escuchados los alegatos finales, la a quo mediante decisión de febrero 03 de 2020 profirió sentencia de mérito por medio de la cual: (i) impuso la obligación a la sentenciada penalmente **ALEJANDRA NOVA MUÑOZ**, de pagar por concepto de perjuicios morales subjetivos y daño a la vida de relación a favor del señor **FABIÁN MUÑOZ BUSTAMANTE**, el equivalente a 20 smlmv; y (ii) no impuso en contra de la ESE Hospital San Vicente de Paúl, de la Compañía "La Previsora S.A.", ni de la Compañía de Seguros Fianza S.A. "Confianza", la obligación de cancelar solidariamente los perjuicios causados en el presente asunto.

Para llegar a esa determinación, la funcionaria a quo sostuvo en síntesis lo siguiente:

- Era evidente la afectación en los ámbitos emocional y psicológico en la persona de FABIÁN MUÑOZ, a causa de la omisión en el deber objetivo de cuidado por parte de la profesional **ALEJANDRA NOVA**, toda vez que adicional a la lesión primigenia, hubo lugar a una intervención quirúrgica para adherirle un colgajo en su mano izquierda que generó cicatrices. Con lo cual, no había duda en lo atinente a la causación de perjuicios tanto morales como en la vida de relación, derivado de lo cual y con fundamento en el principio de proporcionalidad, se hacía pertinente una indemnización equivalente a 10 smlmv para los primeros y 10 smlmv para los segundos.

- No ocurría lo mismo con la demostración del daño emergente, como quiera que para su demostración se trajeron a colación unos recibos que soportaban supuestamente unos gastos de transporte para acceder a algunos controles, pero en los mismos no se evidencia qué persona natural o jurídica prestó esos servicios, o en qué forma efectuó esos gastos (peajes, combustible), ni mucho menos se aportó la historia clínica acerca de la asistencia a esos controles, ni en qué IPS fue atendido. Por demás, no están ni siquiera firmados, a consecuencia de lo cual no prestan mérito probatorio alguno.

- Para el caso del lucro cesante, se estableció una incapacidad total de 35 días, que por tratarse de un accidente de índole laboral debió ser cubierta por la ARL a la cual estaba afiliado el afectado; en consecuencia -asegura- perjuicios por lucro cesante no se causaron en cuanto fueron cubiertos por la citada entidad en razón del accidente de trabajo.

- En su criterio, si bien estaba demostrada la responsabilidad civil en cabeza del Hospital San Vicente de Paúl, como tercero civilmente responsable, lo mismo que de las Compañías Aseguradoras llamadas en garantías "La Previsora S.A." y "Confianza S.A.", en atención a las pólizas vigentes, la realidad procesal enseña que la obligación solidaria que se les atribuye no puede hacerse efectiva en cuanto la acción civil para cada una de ellas se encuentra prescrita. La del Hospital como tercero civilmente responsable, debido a que transcurrieron más de los tres años a los cuales hace alusión el artículo 2358 CCC aplicable en virtud de lo dispuesto en el último inciso del artículo 98 C.P.; y para el caso de las Compañías Aseguradoras, porque ya se cumplieron los plazos a los cuales hace alusión el artículo 1081 del Código del Comercio.

1.9.- El apoderado judicial de la víctima no estuvo conforme con esa determinación, a consecuencia de lo cual interpuso recurso de apelación que sustentó de manera escrita. Por su parte, el apoderado judicial de la ESE Hospital San Vicente de Paúl intervino igualmente por escrito como parte no recurrente. El

despacho de primera instancia dispuso la remisión de los registros ante esta Corporación, con el fin de desatar la alzada.

2.- RECURSOS

2.1.- Apoderado de víctimas -como recurrente-

El profesional del derecho que asiste los intereses del directo afectado, comienza por decir que no hará alusión al tema de los perjuicios inmateriales, como quiera que los mismos fueron concedidos acorde con lo pedido, y mal haría en oponerse. Y en cuanto a los materiales atinente al daño emergente, el mismo se negó con sobrada razón, porque reconoce que no aportó en debida forma los soportes documentales y así se lo había expresado a su representado.

Centra su disenso por tanto única y exclusivamente en el hecho de no haberse tasado el lucro cesante, el cual en su criterio es más que cierto y se deriva de la calificación de pérdida de capacidad laboral, como quiera que su porcentaje se reflejará en la expectativa de vida de su procurado, y conforme con la tabla que es de usanza para esos efectos, se debe pasar a su liquidación en la forma en que lo propuso al momento de presentar la demanda. En ese sentido le parece extraña la argumentación de la falladora cuando mezcló argumentos atinentes a la negación del daño emergente con los que corresponden al lucro cesante, lo cual representa un proceder indebido que hay lugar a corregir.

A ese respecto no puede alegarse ninguna prescripción, porque se ciñó a los términos establecidos en la ley procesal penal para la iniciación del incidente de reparación integral por esta vía, en cuanto la demanda la presentó dentro del término oportuno que no es otro que el de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia en materia penal. Se pregunta entonces en cabeza de quién se presentó esa prescripción: ¿del despacho a quo?, ¿de la Fiscalía?. Considera que ninguno de los dos, porque la imputación fue formulada a tiempo, igual la acusación, y las sentencias del mismo modo fueron proferidas dentro de los plazos legalmente establecidos. De haberse presentado ese fenómeno, tiene derecho entonces a que la judicatura le diga en cabeza de quién se encuentra esa responsabilidad administrativa.

De haber operado la referida prescripción de la acción civil en los términos anunciados por la funcionaria a quo, entonces todo ello acaeció mucho antes de la iniciación del incidente de reparación integral, concretamente cuando aún se estaba en la etapa de investigación. En cuyo caso no entiende por qué se aceptó la demanda o por qué se permitió que se citaran a los terceros aquí vinculados, y se esperó para un pronunciamiento de esa naturaleza en la sentencia.

La declaratoria de una prescripción no cala, porque mírese que en esos plazos de tres, cinco y dos años a los cuales se alude, aún no existía sentencia para cobrar, ni mucho menos obligación contractual o extracontractual qué indemnizar. La misma nace con la ejecutoria de la sentencia penal, no antes.

No tiene lógica que los términos del amparo de una póliza sean inferiores a las acciones que se van a enfrentar con ellos. Es más, se debe tener presente que la Ley 50 de 1990 faculta al directo afectado a acudir en acción directa en contra de los terceros civilmente responsables, y la legislación penal facultad para que en el incidente se llamen a responder a quienes corresponde con ocasión de la comisión del delito, y solo se tiene certeza de ello con la sentencia de condena debidamente en firme.

Basta decir que en el condicionado de las pólizas se exige para su pago, la presentación de una sentencia ejecutoriada en contra del asegurado, lo cual es apenas lógico y entendible, porque antes de ello el caso en está en discusión.

Considera que si la acción civil se ejerce dentro del proceso penal, éste es lo principal y aquélla lo accesorio. Así que si no prescribió la acción penal, se pregunta entonces: ¿por qué habría de prescribir la de naturaleza indemnizatoria? Incluso, es del criterio que el artículo 98 de la Ley 599/00, por ser norma especial y posterior, prima y deroga el artículo 2358 CCC y 1081 C.Co., para este específico aspecto. Y así tiene que ser porque los términos no pueden nacer prescritos; además ¿cómo puede entrarse a cobrar lo que no existe? Con lo cual, es un error que la falladora de primer grado haya tomado como referente el tiempo en años desde que se empezó a investigar el delito y no desde que se declaró el derecho como lo contempla el mismo artículo 1081 C.Co.

Termina diciendo que fue dentro del incidente que se llamaron a responder tanto a los terceros como a las Compañía de Seguros, única forma de trabar la litis. Y no puede negarse que "las lides civiles impactan el penal y viceversa", pero la acción civil en el proceso penal no es nueva, ya existía la constitución de parte civil, y ahora está el incidente de reparación integral como norma especial para la reparación de las víctimas de los delitos. Se trata por tanto de un derecho nuevo que surge como consecuencia de la ejecutoria del fallo en materia penal, según así lo tiene establecido la jurisprudencia nacional -cita en extenso como precedente la sentencia de la Sala de Casación Penal con radicado 36784-.

Solicita por tanto que el Tribunal conceda razón a las súplicas, conserve lo concedido y revoque lo negado a efectos de permitir la reparación por el lucro cesante y el pago solidario entre la penalmente responsable y los terceros

llamados a responder (Hospital San Vicente de Paúl, Aseguradora "Confianza" y "La Previsora S.A.").

2.2.- Apoderado del tercero civilmente responsable -como no recurrente-

El profesional del derecho que protege los intereses del Hospital San Vicente de Paúl, parte de la afirmación según la cual, a su juicio aquí no está probada la responsabilidad penal de la profesional **ALEJANDRA NOVA**, y colateralmente tampoco la hay de parte de la entidad que representa.

Sostiene que luego de la atención del paciente en urgencias, se le dieron unas recomendaciones o indicaciones de cuidado que no acató, y esa falta de prudencia generó unas complicaciones de la lesión causada en un accidente laboral que ya fue indemnizado por la ARL. Así que el único responsable de su autolesión es el propio señor MUÑOZ BUSTAMANTE.

Básicamente le reprocha al paciente, el hecho de que muy a pesar de haber sentido un mal olor al día siguiente, no acudió nuevamente al servicio hospitalario sino tres días después, y ello traduce un incumplimiento del deber de autocuidado por imprudencia.

Concluye aseverando que de todas formas el hecho de la víctima no debe ser imputable a la administración en forma absoluta cuando existe concurrencia de culpas, como quiera que en esos eventos la apreciación del daño está sujeta a reducción en los términos del artículo 2357 CCC. No obstante, al final de su disertación expresa que lo que aquí sucedió fue en realidad una culpa exclusiva de la víctima, a consecuencia de lo cual no tiene sentido buscar culpas ajenas adicionales.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906/04.

3.2.- Problema jurídico planteado

Corresponde definir a la Colegiatura, si fue correcta la decisión proferida por la titular del juzgado de conocimiento al momento de abstenerse de condenar en perjuicios materiales en lo que atañe específicamente al rubro por lucro cesante a la sentenciada **ALEJANDRA NOVA MUÑOZ**, en forma solidaria con el Hospital San

Vicente de Paúl como tercero civilmente responsable y las Compañías Aseguradoras "La Previsora S.A." y "Confianza S.A." en condición de llamadas en garantía, en virtud de la sentencia proferida por la conducta punible de lesiones personales culposas; o si, por el contrario, le asiste razón en los reclamos que hace el profesional del derecho que asiste los intereses del afectado, quien solicita se acojan las pretensiones materia de debate.

3.3.- Solución a la controversia

En virtud del principio de limitación de la doble instancia, la Colegiatura no abordará lo atinente a los perjuicios materiales en el rubro de daño emergente, como quiera que la parte inconforme admitió que frente a ellos no podía menos que aceptar que la prueba documental que presentó para soportarlos no cumplía a cabalidad los requisitos exigidos para su debida demostración, y por lo mismo estimó que estuvo bien la negación de su cobro por parte de la primera instancia. Tampoco la Sala ingresará en el análisis de la cuantificación de los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales tanto por la vía de los denominados morales subjetivados, como por la senda del daño en la vida de relación o la salud, debido a que el mismo apoderado que impugna acepta que al haber sido ellos reconocidos por parte del juzgado de primera sede en la misma suma consignada en las pretensiones de la demanda, mal haría en cuestionar algo a ese respecto.

Así que el Tribunal entrará en lo que a cuantificación se refiere, solo en lo que atañe a la estimación de perjuicios materiales en el rubro de lucro cesante, a cuyo efecto tendrá en consideración los temas y subtemas que fueron tratados por las partes durante el desarrollo de las audiencias ante la primera instancia, al igual que el contenido de la sentencia de primer grado, con el siguiente derrotero en orden de prelación: (i) tema uno: potencial prescripción de la acción civil frente a la declarada penalmente culpable, los terceros civilmente responsables, y las Compañías Aseguradoras; (ii) tema dos: indemnización vs. pago de la seguridad social: ¿compensación o no compensación?; (iii) tema tres: concreción de la liquidación del lucro cesante en el caso específico; y (iv) tema cuatro: posición de la Sala respecto de las restantes alegaciones de las partes. En caso de que el primer punto a tratar -prescripción de la acción- salga avante, no habrá lugar desde luego a ingresar en el estudio de los restantes asuntos; de lo contrario, a ello se procederá.

- **TEMA UNO: POTENCIAL PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL FRENTE A LA DECLARADA PENALMENTE CULPABLE, EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE, Y LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS.**

Con respecto a este primer tema objeto de confrontación, la Sala hará las siguientes **afirmaciones sustanciales** que tocan de lleno con la esencia de lo que aquí se debate, y que tienen como propósito ubicar en sus justos términos la citada figura de la prescripción como una de las formas de extinguir el derecho. Son ellas:

- **PRIMERA AFIRMACIÓN:** Para el declarado penalmente culpable, la acción civil derivada del delito prescribe conjuntamente con la acción penal. Pero con una sustancial aclaración: Dentro del marco de la Ley 600/00, es al juez penal a quien le corresponde definir lo concerniente con la prescripción de la acción civil, pero solo frente al declarado penalmente responsable, no en relación con los terceros civilmente responsables. Ello en cuanto la acción civil dentro de la Ley 600/00, se ejerce conjuntamente con la acción penal. Empero, dentro del sistema que opera con la Ley 906/04, de llegar a prescribir la acción penal, no debe ser el juez de esta especialidad quien haga el pronunciamiento acerca de la prescripción de la acción civil, ni en relación con quien figura como procesado, ni mucho menos en relación con los terceros civilmente responsables, ya que el tema debe ser trasladado para su definición al juez civil. Lo dicho, en cuanto el incidente de reparación integral dentro de la Ley 906/04 requiere la ejecutoria de la sentencia condenatoria, y por lo mismo la acción civil se ejerce por fuera del proceso penal. Empero, tanto en lo atinente a los procesos regidos por la Ley 600/00, como en aquellos otros (como es el asunto que aquí nos convoca) cuyo trámite de indemnización se encuentra regulado por la Ley 906/00, la jurisprudencia del órgano de cierre en materia penal, deja en claro un aditamento bien importante: El juez civil deberá tener en consideración las actividades realizadas por los perjudicados dentro de la actuación penal con miras a hacer efectivo el cobro de la indemnización.

Para demostrar la veracidad de lo que se acaba de decir, se trae a colación lo siguiente:

El artículo 98 C.P., textualmente reza: "**Prescripción:** La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, **en relación con los penalmente responsables**, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. **En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil**".

Frente al alcance de ese dispositivo, en decisión de enero 12 de 2012 la Sala de Casación Penal bajo el radicado 36841, hizo una distinción o paralelo entre

lo que sucede a ese respecto dentro del trámite de la Ley 600/00, y lo que acontece bajo la égida de la Ley 906/04, y puntualmente concluyó:

En relación con el procedimiento de la Ley 600/00:

"[...] el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal comporta, respecto de los penalmente responsables, que prescrita la última, igual suerte corre la primera [...]

[...] Ocurrida la prescripción de la acción civil, **el juez penal la reconocerá respecto del penalmente responsable, no así en relación con los terceros civilmente responsables**, en tanto en esa materia específica rigen las normas del derecho civil [...].

[...] extinguidas por prescripción las acciones penal y civil, en relación con el penalmente responsable, **el juez penal pierde toda competencia para hacer algún pronunciamiento en relación con el tercero civilmente responsable, cuya situación, en consecuencia, debe ser definida por los jueces y legislación civiles, y para los efectos de ese trámite, en especial lo relacionado con la prescripción e interrupción de la misma, el juzgador civil habrá de tener en cuenta que en forma legítima, conforme al procedimiento penal, se ejerció acción contra ese tercero habiendo sido vinculado.**

En relación con el procedimiento de la Ley 906/04:

"[...] al juez penal le está vedado declarar la prescripción de que trata el artículo 98 del Código Penal, **ni respecto de los terceros civilmente responsables según la jurisprudencia ya decantada, pero tampoco en relación con los penalmente responsables**, según lo que acaba de verse, luego sobre este tópico la situación de los últimos debe ser dilucidada bajo los parámetros de la legislación civil y por los jueces de tal especialidad, quienes, como ya se dijo, para los efectos pertinentes, especialmente lo relativo a la prescripción de la acción y a la interrupción de la misma, **deberán considerar que bajo los lineamientos de la ley, la del procedimiento penal, en forma oportuna la víctima intervino válidamente, fue reconocida y reclamó la indemnización de los daños y perjuicios causados con el delito**". -negrillas y subrayado de la Sala.

Para el caso que ocupa nuestra atención, aquí NO TUVO OCURRENCIA la prescripción de la acción penal, así que no hay duda que es al juez penal unipersonal o colegiado (no al civil), a quien le corresponde la facultad de definir los tiempos de la prescripción de la acción civil a continuación del proceso penal, por virtud de la PROLONGACIÓN DE COMPETENCIA que a ese respecto estableció la Ley 906/04, cuando consagró que estaría en cabeza del mismo juez penal el conocimiento del incidente de reparación integral una vez fenecido el proceso penal.

Nótese que si en aquellos eventos en los cuales se debe trasladar la competencia al juez civil con ocasión de la prescripción de la acción penal, la jurisprudencia nacional ha sido insistente en sostener que el juez civil en esos casos DEBERÁ TENER PRESENTE PARA TODOS LOS EFECTOS ATINENTES AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, QUE: "BAJO LOS LINEAMIENTOS DE LA LEY, LA DEL PROCEDIMIENTO PENAL, EN FORMA OPORTUNA LA VÍCTIMA INTERVINO VÁLIDAMENTE, FUE RECONOCIDA Y RECLAMÓ LA INDEMNIZACIÓN DE LOS

DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS CON EL DELITO". Luego entonces y con mayor razón, es lógico sostener que el juez penal también está en el deber de aplicar las disposiciones especiales que rigen la materia dentro de la ley procesal penal vigente.

La pregunta final acerca de este punto específico, sería por tanto: ¿cuál es la disposición especial que debe tener en consideración el juez penal para entender adelantado en debida forma el incidente de reparación integral, tanto en relación con el declarado penalmente responsable como respecto de los terceros civilmente responsables y los llamados en garantía? Y la respuesta no puede ser otra que la ley procesal penal fijó un término para poder solicitar formalmente la apertura del incidente de reparación integral, y es este plazo y no otro u otros diferentes, el que delimita la presentación oportuna o la extemporaneidad de la solicitud.

Expresamente así se dejó consignado en otro precedente también de la Sala de Casación Penal:

"[...] abordando la cuestión principal promovida por el apoderado de XXX, éste señala que se vulneraría el debido proceso de su representada al admitir pretensiones indemnizatorias de personas *«no mencionadas al momento en el que se promovió el incidente de reparación»*. Aunque el abogado no lo expresa de manera tan precisa, en esencia lo que está alegando es la **caducidad de la solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial**, con fundamento en lo previsto en el artículo 106 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 89 de la Ley 1395 de 2010.

[...]

El interés indemnizatorio de otras personas sólo vino a conocerse una vez iniciada la primera audiencia del trámite incidental, cuando al presentar la pretensión indemnizatoria de XXX, su apoderado expresó que también actuaba en nombre y representación de XXX, quienes igualmente habían sido perjudicados y concurrían a través suyo a reclamar la correspondiente indemnización.

Resulta claro, entonces, que frente a los demandantes distintos de XXX ciertamente caducó la oportunidad para promover el incidente de reparación integral ante la jurisdicción penal, y por lo mismo, en lo sucesivo del presente trámite sólo podrá ventilarse la pretensión indemnizatoria formulada a nombre de XXX.

En efecto, el derecho a postular tal pretensión necesariamente tiene que hacerse en forma expresa y dentro del término que fija la norma para ello, lo cual no se cumplió por parte de los parientes y el compañero permanente de XXX.

[...]

Esta carga procesal, para el caso en estudio, no se satisface con el hecho de que los reclamantes sean los parientes y el compañero permanente de la persona que por conducto de su abogado promovió el incidente, o porque estén siendo representados por el mismo profesional, ya que cada uno debió expresar su interés en adelantar el pluricitado incidente **en el término común que la ley establece**".¹

¹ CSJ, AP., 10 mayo, 2016, rad. 36784

Como se observa, lo importante es que la parte habilitada para adelantar el incidente de reparación integral, es decir, las víctimas de la infracción penal tanto directas como indirectas, lo hagan antes de que caduque el término legalmente establecido para el efecto, y que en su pretensión soliciten expresamente la vinculación de las personas obligadas a reparar, esto es, tanto el declarado penalmente responsable, como los terceros civilmente responsables o los llamados en garantía. Y para el caso que nos concita, no cabe duda que el apoderado de la víctima cumplió con esa carga.

Bajo ese entendido, lo que se observa es que la jurisprudencia nacional ha fijado como centro de atención y ha dado primacía a ese plazo de caducidad para la presentación de la demanda dentro del incidente de reparación integral a continuación del proceso penal, por sobre los potenciales términos de prescripción extintiva del derecho atinentes a la legislación tanto civil como comercial.

- **SEGUNDA AFIRMACIÓN:** La prescripción de la acción civil dentro del proceso penal tiene sus propias reglas, y las mismas son autónomas e independientes con respecto de las existentes dentro de la jurisdicción civil. Siendo así, la parte que elija una determinada vía judicial (civil o penal) para hacer el respectivo cobro, se somete a las disposiciones específicas dentro de cada ámbito, no siendo válido entremezclarlas o pretender argumentar que una es más favorable que la otra, porque sencillamente son diferentes y en ocasiones los términos pueden ser más amplios o más restringidos indistintamente en una u otra jurisdicción, dependiendo básicamente de las circunstancias propias de cada procedimiento.

Así es, porque al analizar una demanda de inconstitucionalidad frente a la citada disposición -artículo 98 CP-, en la cual el actor sostenía, entre otras tantas cosas, que: “[...] la norma acusada viola el principio de unidad de materia porque la regulación del tema de la prescripción de la acción civil que se ejerce en el proceso penal no tiene vínculo alguno con el derecho penal y constituye, de otra parte, una modificación al régimen civil de la prescripción [...]”, la Corte Constitucional concluyó en Sentencia C-570/03, que esa aseveración del demandante no tenía asidero jurídico, por lo siguiente:

“De conformidad con lo dicho y descendiendo al caso concreto, esta Corte considera que el artículo 98 de la Código Penal no quebranta el principio de unidad de materia porque **su temática, su finalidad y posición dentro del sistema justifican que se incluya en el contexto normativo en el que se encuentra.**”

[...] **el hecho de que la norma demandada modifique ciertos aspectos de la acción civil, cuando ella se ejerce dentro del proceso penal -porque dicha regulación especial es necesaria para tales efectos- no significa que el Código Penal esté modificando el Código Civil o de Procedimiento Civil en punto al tema de la prescripción de la acción civil.** Para la Corte es evidente que **la regulación especial del artículo 98 es únicamente aplicable a la acción civil que se intenta en el proceso penal y no a la que se impetra de manera independiente.** A ella se restringe y en ese contexto debe entenderse.

[...]

De una primera lectura puede establecerse que, en principio, **no es correcto afirmar que el término de prescripción de la acción civil en el proceso penal es inferior al término de la acción civil ordinaria,** pues resulta normativamente verificable que dicha apreciación ofrece variables: cuando la pena del delito supera los diez años y en el caso de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, los términos de prescripción de la acción civil en el proceso penal son equivalentes o mayores, según el caso, al término de prescripción de la acción civil que se incoa independientemente.

Así las cosas, la desigualdad podría alegarse solamente en relación con la prescripción de la acción civil respecto de los perjuicios ocasionados por delitos para los cuales no existe pena privativa de la libertad (5 años) y aquellos delitos con pena privativa de la libertad inferior a los 10 años.

[...]

Ello porque de conformidad con la reiterada jurisprudencia que ha desarrollado el tema del principio de igualdad constitucional, no cualquier trato diferencial constituye *per se* un trato discriminatorio, y sólo aquellos que no tienen un sustento racional ni guardan las proporciones entre los medios y los fines pueden tildarse de inconstitucionales. **En otras palabras, el hecho de que los términos de prescripción establecidos sean diferentes no configura en sí mismo una divergencia inconstitucional”.**

[...]

Lo que pretende el legislador al expedir el artículo 98 del Código Penal es que el término de prescripción de la acción civil esté acorde con la posición asumida por la parte civil en el proceso penal o, lo que es lo mismo, que las obligaciones jurídicas de carácter civil derivadas del delito se extingan a la par que las obligaciones de rango penal provenientes del mismo, **cuando aquellas son reclamadas por el perjudicado en el contexto del proceso penal.**

[...]

La afirmación anterior tiene otro tipo de relevancia en el debate y es que la constitución de parte civil en el proceso penal no es obligatoria, sino que los afectados por el ilícito pueden optar por acudir al proceso penal o reclamar la indemnización en el proceso civil respectivo”.

Queda suficientemente claro en esos términos, que en momento alguno estamos en presencia de una subrogación o de una derogatoria tácita de un instituto procesal (penal) frente al otro (civil), sino simple y llanamente que en términos constitucionales se justifica que dentro del proceso penal (Ley 600/00) o inmediatamente a continuación del mismo (Ley 906/04), se entronice por el legislador penal un trámite especial para lograr que los perjudicados procuren obtener la indemnización o reparación del daño infringido con la conducta punible. Todo lo cual es desde luego voluntario y a elección del demandante, quien deberá optar solo por uno de los dos estatutos, con la condición de que al hacerlo quedará atado a las reglas que la rigen, entre ellas lo relativo a los tiempos del fenómeno prescriptivo.

- **TERCERA AFIRMACIÓN:** Cuando el artículo 98 de la Ley 906/04 expresa: "En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil", NO SIGNIFICA QUE DENTRO DEL PROCESO PENAL SE APLIQUEN SIMULTÁNEAMENTE LAS DOS CLASES DE PRESCRIPCIONES, tanto la civil como la penal, a elección del perjudicado y dependiendo del sujeto pasivo de la acción. Lo que ocurre, y es bien diferente, es que para el penalmente responsable siempre la acción civil prescribirá en un tiempo igual a la prescripción de la acción penal, pero para los demás, o sea para los terceros civilmente responsables y los llamados en garantías, en caso de llegarse a presentar la prescripción de la acción penal, seguirá siendo factible que los perjudicados acudan ante la jurisdicción civil para el cobro de perjuicios con fundamento en las disposiciones propias de esta jurisdicción.

Es bien pertinente traer a colación lo referido acerca de esta singular polémica, por parte de la Sala de Casación Civil en un fallo de tutela en el cual analizó lo atinente al incidente de reparación proveniente de una conducta punible (nos referimos a la STC8885-2016, radicado 11001-02-04-000-2016-00743-01, de junio 30 de 2016), cuando puntualmente aseguró:

"[...] mientras el Estado no pierda su potestad punitiva, verbi gracia, por el paso del tiempo, la acción civil dentro del juicio penal contra los directamente obligados a reparar los perjuicios derivados de la conducta delictiva, tendrá un lapso de prescripción igual al previsto para la acción penal.

[...] Lo anterior, no equivale, bajo ninguna circunstancia a decir que la prescripción de la acción penal y civil en favor del penalmente responsable debe hacerse extensiva al tercero, aunque éste deba responder de manera directa por el daño ocasionado, pues la normatividad penal es absolutamente diáfana al indicar que «[I]a acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil»

Y es que no puede confundirse el significado de lo que el ordenamiento adjetivo penal considera como "terceros civilmente responsables", con el de los terceros responsables dentro del proceso civil, puesto que **el término "terceros responsables" para cada uno de esos ordenamientos tiene un significado y alcance distintos.**

En efecto, **para el ordenamiento penal, la noción "tercero civilmente responsable" hace alusión a la persona que a pesar de no haber cometido la conducta punible está llamada, según la ley sustancial, a responder con su patrimonio por los perjuicios irrogados con la realización del delito** (art. 96 de la Ley 600 de 2000).

En cambio, la expresión "tercero responsable conforme a las disposiciones de este capítulo", contenida en el artículo 2.358 del Código Civil, se refiere al tipo de responsabilidad indirecta o proveniente del hecho de un tercero, a diferencia de la que tiene una naturaleza directa o emana del hecho propio. De suerte que para la doctrina civil el acto generado por quien frente a ley

penal es considerado "un tercero", **puede estar enmarcado en la responsabilidad directa o por el hecho propio, como en el caso de las personas jurídicas que ejecutan su voluntad a través de sus agentes.**

De acuerdo con estas premisas, si un tercero incurre en responsabilidad civil directa, la tesis evidentemente favorece a la víctima de los perjuicios puesto que la prescripción que reglamenta esta acción es de diez años, y no la trienal a la que refiere el artículo 2.358 ejusdem.

Tal es la claridad del ordenamiento penal en el mencionado artículo 98 de su legislación sustantiva, que en copiosa jurisprudencia, el máximo tribunal de esa jurisdicción, ha reiterado que **la pérdida de la potestad punitiva para investigar y juzgar al penalmente responsable, impide entrar a definir aspectos propios de la justicia civil**".

De lo anterior se extrae nuevamente, que cuando el proceso penal está vigente, es decir, cuando no ha operado la prescripción como es lo que en el presente caso sucede, y la parte afectada ha acudido a él para hacer el cobro de los perjuicios, cada instituto debe ser analizado acorde con el sentido que posee dentro de la respectiva jurisdicción. Y debe ser así en el entendido que no significan lo mismo los denominados terceros dentro de la órbita del proceso penal, que los terceros en el ámbito procesal civil. Al punto que en esa misma providencia atrás referida, se llegó a sostener lo que a continuación se transcribe:

"[...] de una cuidadosa lectura a la sentencia de casación emanada por la homóloga penal el 23 de abril de 2008, dentro del radicado No. 28396, puede establecerse sin mayor esfuerzo que lo que allí estableció la alta magistratura, fue que una empresa transportadora, condenada en primera y segunda instancia como tercero civilmente responsable a indemnizar a las víctimas de un delito, **no podía alegar con acierto que la acción civil prescribió a su favor por disposición del artículo 2358 del Código Civil, que fija el lapso para tal figura en tres (3) años**².

Postura que no fue acogida por la Corte, luego de recordarle al casacionista que de acuerdo con la posición de esta Sala, **la existencia de un vínculo de dependencia entre la empresa transportadora y el autor material del ilícito, convertía a la primera en responsable directa de la reparación de perjuicios y por ende, emitidas las sentencias condenatorias penales oportunamente, no podía pretender que se declarara la prescripción de la acción civil en su favor, pues aunque la recurrente fue vinculada como tercero civilmente responsable, «...se trata de una persona jurídica dedicada al transporte de pasajeros, y el procesado en el momento de los hechos justamente desempeñaba esa función, como empleado de dicha empresa. Por tal razón, la responsabilidad civil extracontractual de EXPRESO PALMIRA S.A. es directa y, en tal virtud, el término de la prescripción de la acción adelantada en su contra es igual al máximo de la pena que la ley señale para el delito investigado, sin que el mismo sea superior a 20 años, tal como lo ha dispuesto la jurisprudencia y la doctrina nacionales»**. -negrillas y subrayado de la Sala-

² Así reza la parte pertinente de la norma: «Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.»

Posición reiterada en Sentencia SC9193-2017, de marzo 29 de 2017, Radicación 11001-31-03-039-2011-00108-01:

“La entidad demandada adujo que la acción para la reparación del daño que pueda ejercitarse contra terceros responsables está prescrita, según lo dispone el inciso segundo del artículo 2358 del Código Civil, pues la demanda se presentó con posterioridad a los tres años contados desde la perpetración del acto.

Frente a tal argumento, es preciso memorar que esta Corte, a partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), ratificada en fallos posteriores, adoptó la doctrina según la cual **la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización.**³

El fundamento jurídico de esta postura fue explicado en fallos recientes, en los que se reiteró que «la responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte desde mediados del siglo pasado».⁴

En consecuencia, al ser la persona moral demandada un agente que incurre en responsabilidad directa y no un “tercero responsable”, la prescripción que regula esta acción es la decenal consagrada en el artículo 2536 del Código Civil.

La excepción de prescripción extintiva, por tanto, está condenada al fracaso. -negritas y subrayado excluidos-

A juicio del Tribunal por tanto, a nivel jurisprudencial se ha dejado establecido que cuando la causación del daño se materializa por parte de una persona que obra como dependiente de otra natural o jurídica, o lo que es lo mismo, actúa a su nombre por delegación, entonces la responsabilidad del primero se extiende al o a los mandantes con ocasión del deber de vigilancia que a esa relación le es propia⁵; y, en consecuencia, la responsabilidad de el o los terceros, en nuestro caso el Hospital en el cual prestaba sus servicios la profesional de la salud declarada penalmente responsable, se torna directa y la prescripción de la acción resarcitoria no es la descrita en el artículo 2358 CCC (tres años)⁶, sino la del artículo 2536 *ejusdem* (diez años)⁷.

³ SC del 17 de abril de 1975 y SC del 28 de octubre de 1975.

⁴ SC13630 del 7 de octubre de 2015, rad. 2009-00042-01, y SC13925 del 24 de agosto de 2016. rad. 2005-00174-01.

⁵ Cfr. a ese respecto lo atinente al tema de la denominada “guardia compartida” que existe entre la empresa transportadora y el propietario del automotor, contenido en el precedente CSJ, SP 20 nov de 2013, rad. 38430.

⁶ **Artículo 2358 CCC:** “Prescripción de la acción de reparación: Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal. Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra TERCEROS RESPONSABLES, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.”

Obsérvese en consecuencia que así se quisiera sostener, contrariando todos los precedentes que se han dejado reseñados y contra toda expectativa razonable, que los términos de prescripción que consagran los dispositivos en materia civil en relación con los terceros civilmente responsables se deberían aplicar en este caso específico, a efectos de que el juez penal tanto individual como colectivo les dé cabida para decretar la prescripción a su favor, lo cierto es que incluso dentro de esa lógica, que se repite no tiene aceptación, de todas formas el citado término de prescripción según las disposiciones civiles tampoco se ha cumplido. Y no se ha cumplido porque aquí no serían los tres años a los que se hace referencia luego de la causación del daño, sino que serían diez años contados a partir de ese mismo momento, en el entendido que el Hospital San Vicente de Paúl obraba en posición de garante en una actividad riesgosa como lo es la atención médica en la sección de urgencias (plazo que apenas vencería el próximo 06 de diciembre del año que transcurre).

Para el caso tenemos: (i) los hechos se registraron en diciembre 06 de 2011; (ii) la sentencia penal de primera instancia se dictó en mayo 12 de 2017; (iii) el fallo de segunda instancia se profirió en noviembre 30 de 2018, fue notificado en estrados en diciembre 03, y causó ejecutoriada el 10 de ese mismo mes y año, al no surtirse el recurso extraordinario de casación; (iv) la apertura del incidente de reparación integral por medio de la demanda presentada por el apoderado de la víctima se dio en enero 21 de 2019, esto es, dentro del plazo de los 30 días que establece el artículo 106 CPP, modificado por el artículo 89 de la Ley 1395 de 2010; y (v) la sentencia del incidente que hoy es materia de apelación, data de febrero 03 de 2020. No vemos entonces cómo es posible argumentar, en la forma en que lo hizo la funcionaria de primer grado y lo acolitaron las demás partes e intervinientes favorecidas con esa determinación, que la acción civil dentro del proceso penal estaba prescrita, cuando la demanda para la reparación de los perjuicios se presentó en tiempo hábil por parte de uno de los sujetos procesales habilitado para hacerlo, y por lo mismo el fenómeno prescriptivo no ha tenido ocurrencia.

Lo propio desde luego debe predicarse en relación con las acciones en contra de las Compañías Aseguradoras "La Previsora S.A." y "Confianza S.A."

⁷ **Artículo 2536 CCC <prescripción de la acción ejecutiva y ordinaria>**. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10) [...]"

Confianza, ya que ellas fueron citadas al incidente tanto en condición de llamadas en garantía por las respectivas personas natural y jurídica que poseen la calidad de asegurados (entiéndase la profesional de la salud declarada penalmente responsable **ALEJANDRA NOVA MUÑOZ**, y la ESE Hospital San Vicente de Paúl con sede en Santa Rosa de Cabal), como en forma directa por parte del apoderado de la víctima **FABIÁN MUÑOZ BUSTAMANTE**, al momento de propiciar el incidente, repetimos dentro del término legalmente establecido para el cumplimiento de esa finalidad.

Y no podía ser otra manera, porque solo con el advenimiento del fallo de carácter condenatorio en materia penal debidamente ejecutoriado, se concretó la obligación de reparar el daño causado con la ilicitud, tanto en cabeza de la justiciable **NOVA MUÑOZ**, como de la persona jurídica Hospital San Vicente de Paúl, en su condición de tercero civilmente responsable.

Incluso, de llegarse a aceptar como es lo que se pretende por parte de las Compañías Aseguradoras, que no obstante las reglas existentes en esta materia específica del incidente de reparación integral en el Código de Procedimiento Penal, lo que debería aplicarse es la normativa contenida en el Código de Comercio habida consideración a la naturaleza no legal sino eminentemente contractual de la obligación que atañe al Contrato de Seguros, de todas formas en ese plano resulta razonable para el caso concreto la aplicación del dispositivo 1081 C.Co⁸, cuando refiere la prescripción extraordinaria de cinco años que corre contra toda clase de personas y empieza a contabilizarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Y aquí, se insiste, ese derecho al cobro de perjuicios surgió a la vida jurídica en el momento en que se profirió y quedó en firme el fallo condenatorio que declaró la responsabilidad penal en la persona de la procesada **NOVA MUÑOZ**, y correlativamente la obligación de atender ese pago por parte de la entidad de derecho público para la cual prestaba sus servicios en forma delegada.

⁸ **El artículo 1081, es del siguiente tenor: <Prescripción de las 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. -negritas excluidas-

Al concluirse como ha quedado dicho, que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho en los términos en que lo declaró la falladora de primera instancia, y que por lo mismo no se podía afectar la expectativa legítima que tiene la víctima cuando acudió por intermedio de apoderado y de manera oportuna a iniciar el incidente de reparación integral, lo que sigue es penetrar en el acápite pertinente a la cuantificación de los perjuicios, y para ello se abordará a continuación un segundo tema conflictivo que se considera esencial para la definición del caso, en atención a que por parte de la funcionaria a quo también se concluyó que no había lugar al cobro de perjuicios materiales por concepto de lucro cesante, que porque los mismos se debían entender supuestamente compensados por el pago que la víctima recibió de parte de la ARL a causa del reconocimiento de una indemnización con motivo del accidente de trabajo.

- **TEMA DOS: INDEMNIZACIÓN vs. PAGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ¿COMPENSACIÓN O NO COMPENSACIÓN?**

Se trata de establecer en este acápite, si había lugar a descontar de la indemnización por perjuicios materiales, concretamente por el lucro cesante al que tendría derecho la víctima, lo pagado por la Seguridad Social, en particular en este caso específico lo reconocido por la ARL en virtud del accidente de trabajo -según así lo entendió la juzgadora de primera instancia-; O sí, por el contrario, un tal proceder se torna indebido habida consideración a que son pagos incompatibles entre sí y por lo mismo no hay lugar a una tal compensación, a consecuencia de lo cual lo reconocido por la ARL no debe en modo alguno ser descontado de la obligación a cargo de los responsables del daño (sentenciada, tercero civilmente responsable, y llamados en garantía).

El tema es álgido porque de una parte la regla de derecho indica que nadie puede enriquecerse sin causa, es decir, que si la persona afectada o sus familiares no han tenido que desembolsar suma alguna por esos conceptos, no estarían legitimados para hacer el cobro pertinente; pero de otra, los responsables del perjuicio tampoco estarían llamados a beneficiarse de los pagos que efectuó un tercero por mera liberalidad o en virtud a una relación legal o contractual, y quien eventualmente podría subrogarse en su ejecución.

Doctrina y jurisprudencia patrias han expresado con respecto al pago por parte de terceros, en lo que se ha dado en llamar "acumulación indemnizatoria" -por ejemplo en lo que atañe a las efectuadas por la seguridad social, lo siguiente:

La doctrina:

"[...] Las prestaciones sociales son pagos que se hacen al trabajador con el fin de cubrir los riesgos o necesidades del mismo y que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de ella; en cambio, la indemnización es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, es decir, se diferencian en que las prestaciones sociales no reparan perjuicios causados por el empleador"⁹

La jurisprudencia:

"Por consiguiente, puede afirmarse, que cuando se produce un daño imputable a una persona, si un tercero por mera libertad o por virtud de cualquier relación contractual, otorga a favor de la víctima una prestación que tenga por fundamento la necesidad jurídica de indemnizar el señalado daño, independientemente de mediar o no subrogación legal o voluntaria en los derechos de la víctima por parte de ese tercero, esa circunstancia no puede aprovechar al responsable para liberarlo de la obligación indemnizatoria a su cargo en igual medida a la de aquella prestación.

[...]

Otra interpretación distinta a la propuesta por la Corte, aparejaría una de dos consecuencias negativas que en manera alguna pueden propiciarse, cuales son tornar la indemnización en fuente de lucro porque se pudiera dar lugar a un doble pago, si la víctima no se entendiera obligada a restituir el valor de los dineros recibidos del Instituto con carácter indemnizatorio, o liberar así sea parcialmente y sin razón jurídica atendible, al victimario del deber de resarcimiento integral a su cargo, si se concluyera que el afectado no puede pretender sino el pago de lo no recibido por el Instituto [...]"¹⁰

Podemos argumentar con fundamento en lo anterior, que ese pago por parte de un tercero, en nuestro caso la ARL en consideración al accidente de trabajo, no debe considerarse como un monto a descontar del valor de la indemnización a la que tiene derecho la víctima y a cargo de los judicialmente obligados a reparar.

Situación diferente acontece con otro tipo de emolumentos, como es el caso específico de lo percibido con ocasión del SOAT en los hechos de tránsito, como quiera que este se constituye en una excepción a la citada regla atrás mencionada, porque de las normas que lo regulan se concluye que los pagos que por esta vía se obtienen sí deben ser deducidos de la obligación derivada del Contrato de Seguros¹¹.

⁹ BOTERO, Enrique Gil. *Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Librería Jurídica Comlibros, 3ª Edición, 2006, pg. 135.

¹⁰ C.S.J., Sala de Casación Civil del 22-10-98, radicación 4866, G.J. No 69, pg. 05.

¹¹ Un comparativo entre el SOAT y el Contrato de Seguro por responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de tránsito, indica que hay COEXISTENCIA. En efecto, los seguros de responsabilidad civil que obligan a las empresas prestadoras del servicio de transporte en todas sus modalidades, están reglados por los Decretos 170 a 174 de 2001, en los que se definen los riesgos y el monto mínimo asegurables; en cambio, el seguro obligatorio de daños corporales fue regulado inicialmente por la Ley 33 de 1986 y luego por los Decretos 1032 y 2878, ambos de 1991, disposiciones que

Para el caso concreto, la Sala debe hacer varias aseveraciones trascendentes, a saber:

Lo primero, es que debe partirse del entendido que la obligación de la aquí sentenciada en su condición de profesional de la salud comprometida en la infracción a la ley penal, es solidaria tanto con el empleador, como con el Hospital en el cual prestaba sus servicios, es decir, que todos pagan por todo, a elección del afectado. No es por tanto una obligación por partes, en común o en comunidad, o *a prorrata* de sus respectivas responsabilidades. Esto para entender que lo que pague uno no excluye de responsabilidad a la otra parte vinculada.

Lo segundo, es que se trata todas ellas de obligaciones diferentes por su causa, así: A.- LA DE LA ARL es una obligación objetiva propia del sistema de seguridad social; B.- LA DE LA MÉDICA es obligación subjetiva (con fundamento en una responsabilidad propia por infracción a la *lex artis* debidamente declarada judicialmente); en tanto, C.- LA DEL HOSPITAL es solidaria debido a la actividad de su dependiente (las disposiciones del Código Civil así lo expresan).

Y lo tercero, es que en definitiva queda claro que se trata de varias concausas difíciles de desligar o separar una de la otra, en cuanto a los porcentajes de incremento en la pérdida de capacidad laboral.

Por todo ello, era inviable pretender, como lo concluyó erróneamente la falladora de instancia, equiparar, compensar o de algún modo condonar total

fueron incorporadas al Decreto 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, modificadas y adicionadas por el artículo 244 de la Ley 100 de 1993, y también allí se prevén las coberturas y, además, se establece en el artículo 194.3 que: "El pago efectuado por la entidad aseguradora que haya asumido los riesgos previsto en el presente artículo, en relación con el automotor causante de daños corporales a las personas en accidentes de tránsito, **no impedirá a la víctima o a sus derecho habientes acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para reclamar del responsable las indemnizaciones a que crean tener derecho conforme a las normas legales**" y que "**las sumas pagadas por concepto de los amparos de carácter indemnizatorio de las pólizas que se emitan en desarrollo de este capítulo, se entienden prioritarias e imputables a la indemnización que por mayor valor pueda resultar a cargo del responsable del accidente**". Se concluye de ese modo, que el afectado en un accidente de tránsito o sus beneficiarios pueden hacer efectiva la póliza de responsabilidad civil para reclamar del responsable la parte no indemnizada por la cobertura del SOAT que se entiende como prioritaria en estos casos. Y esa coexistencia tiene su lógica, en el hecho de que el Seguro Obligatorio se impone por igual a quienes conducen vehículos tanto particulares como de servicio público de transporte, e incluso se extiende a los pasajeros, es decir, se trata de un amparo general o impersonal y no singular o específico como el Contrato de Seguros.

o parcialmente el deber de indemnizar el daño causado, a raíz de pagos efectuados por parte de terceros por mera liberalidad, o por virtud de cualquier relación legal o contractual existente con el afectado.

No sobra mencionar finalmente, que muy a pesar de la línea de pensamiento que en esta materia ya había sido adoptada por esta Sala de Decisión desde hace ya bastante tiempo¹², la titular del despacho de conocimiento procedió de esa manera en acatamiento a otro precedente de esta Sala¹³ en el que se trató este tema en forma diferente, ya que en esa decisión se mencionó tangencialmente, que según el artículo 3º de la Ley 1562 de 2012 y el párrafo 1º del artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, el pago de las incapacidades generadas por un accidente de trabajo debían ser asumidas en un 100% por parte de las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL): “[...] desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral [...]”, lo cual debía dar lugar a presumir, en principio, que seguramente el pago de la incapacidad médico-legal debió haber sido asumido por la ARL a la cual se encontraba afiliada la víctima, y de ser así entonces durante el tiempo que estuvo incapacitada posiblemente no había sufrido ningún tipo de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante.

Pero ocurre, que si se aprecia bien este último pronunciamiento de parte de la Corporación, el caso que en esa oportunidad se analizó sí ameritaba un entendimiento divergente, en consideración a que en últimas no se logró establecer probatoriamente la existencia de un lucro cesante en ese evento específico, concretamente porque la afectada -una guarda de tránsito- se había reincorporado a la entidad donde laboraba -el Instituto de Tránsito y Transportes de la ciudad- pero en un cargo diferente y por tal motivo no había quedado absolutamente cesante, ni se tenía prueba acerca de lo dejado de percibir a raíz de esa variación en el empleo, así que por sustracción de materia, tampoco se tenía establecido un parámetro real para poder plantear alguna deducción por vía de una potencial compensación.

Sea como fuere, el asunto a la hora de ahora ya se encuentra debidamente superado, como se puede apreciar en una reciente determinación de la Sala Civil de este Tribunal con apoyo en jurisprudencia nacional, en un caso en el cual el juzgado de primera instancia negó la liquidación del lucro cesante por

¹² Cfr. T.S. Pereira, SP, mayo 31 de 2011, Rad. 660013100520080006401, M.P. Castaño Duque.

¹³ Nos referimos a providencia de septiembre 28 de 2018, Rad. 66001600003620080194102, M.P. Yarzagaray Bandera.

el hecho de que al demandante se le había concedido la pensión de invalidez justo a partir del momento en que se produjo el daño en su salud; empero, la Colegiatura estimó que no era posible una deducción por tal concepto y procedió a su concesión. Textualmente se dijo:

"[...] Sobre el lucro cesante, se recuerda que en primera instancia no hubo condena por este concepto, habida cuenta de que el señor Batero Loaiza fue pensionado por invalidez, y tal subvención se le paga desde el día del accidente.

Sin embargo, es claro para esta Sala, y ya lo ha expresado¹⁴, que **el origen de la indemnización que aquí se reclama es diferente al de las prestaciones derivadas de la afiliación al sistema de seguridad social**, por lo que, siguiendo algunas líneas de la alta Corporación, puestas en la sentencia SC2498-2018, del 3 de julio de tal anualidad, con ponencia de la magistrada Margarita Cabello Blanco, se recuerda que **"bien distintas son las acciones para reclamar indemnización y prestaciones sociales en asuntos laborales, de las civiles para demandar resarcimiento de perjuicios, por corresponder a fuentes diferentes**; en aquella, lo será el contrato de trabajo y/o las leyes laborales que regulan el sistema de seguridad social, según el caso, y en esta, el daño infringido a la víctima, que puede o no venir precedida de una relación jurídica preexistente", lo que ya de tiempo atrás viene siendo explicado por la Corte, según puede verse, por ejemplo, en la sentencia del 9 de julio de 2012, proferida en el radicado 2002-00101-01, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez. **En ese entendido, se modificará la sentencia para tasarlo**".¹⁵ -
negrillas excluidas-

Y otro tanto opera en la jurisdicción laboral, ya que en esa área también se tiene decantado el criterio según el cual: la obligación de indemnizar por parte del empleador en caso de ser declarado responsable de la ocurrencia del accidente de trabajo, no puede ser compensada de manera alguna con los pagos que realice la Seguridad Social. Concretamente se dijo:

"Indemnización plena por accidente de trabajo. No se descuenta lo pagado por el seguro: Apoyada en lo resuelto por la Sala en Sentencia de 10 de marzo de 1993, radicación 5480, Polímeros Colombianos pretende que del monto de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios a que se le condenó, sea descontado el valor equivalente a la pensión de sobrevivientes reconocida por el Instituto de Seguros Sociales [...]

[...] el Instituto de Seguros Sociales no ha asumido, ni racionalmente podrá asumirlo, el riesgo de daño al trabajador que le sobrevenga por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional en cuya ocurrencia se compruebe suficientemente la culpa del empleador [...]

¹⁴ Sentencia del 18 de febrero de 2019, radicado 66001-31-03-004-2015-00421-01; sentencia del 12 de julio de 2017, radicado 2015-00204-01, M.P. Duberney Grisales Herrera; sentencia del 13 de septiembre de 2019, radicado 2010- 00836, M.P. Grisales Herrera.

¹⁵ Cfr. T.S. Pereira, Sala Civil, agosto 21 de 2020, Rad. 66001-31-03-003-2017-00353-01, M.P. Jaime Alberto Saraza Naranjo.

[...] es únicamente el Instituto de Seguros Sociales el que está facultado, cuando otorga las prestaciones al afiliado o sus beneficiarios, para demandar el pago de la indemnización que según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común, queda obligado a pagar el empleador cuando el accidente o la enfermedad profesional se producen por acto intencional o culposo suyo; **pero nunca podría ser el mismo empleador responsable del daño que sufre el trabajador o sus beneficiarios, por culpa suficientemente comprobada, quien a la postre resulte beneficiado al permitírsele descontar de la suma a la que se prueba asciende el perjuicio una prestación otorgada por el Instituto de Seguros Sociales**, el cual está dicho no le ha asegurado sus actos dolosos o culposos sino que lo ha subrogado en el cubrimiento de los riesgos inherentes al trabajo de los que el patrono o empleador responde por su actividad objetiva como tal y sin que medie culpa alguna de su parte [...] ¹⁶ -negrillas excluidas-

En esos términos, la decisión que aquí se impone no puede ser otra que asegurar que el cobro por daño material en la modalidad de lucro cesante sí era procedente en este caso concreto, y en consecuencia hay lugar a su cuantificación.

- **TEMA TRES: CONCRECIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE**

Corresponde a la Sala la tasación del perjuicio a efectos de determinar la suma correspondiente al lucro cesante consolidado y futuro. Para ese efecto se utilizarán las siguientes fórmulas:

1. Actualización de la renta o salario

*Fórmula utilizada: $Vr. Actual = (IPC. FINAL / IPC.INICIAL) * Capital$

2. Lucro cesante consolidado: $S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$

Ra= (Renta actualizada)

n= (Período vencido)

i= Interés judicial equivalente al 6% efectivo anual convertidos a 0,4867% nominal mensual (artículo 2232 CCC)

3. Lucro cesante futuro o anticipado: El período futuro o anticipado, corre desde la fecha de la sentencia hasta el fin de la vida probable de la víctima. Esta expectativa se toma de la tabla de mortalidad vigente a la fecha de la sentencia: $S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$

Ra = (Renta actualizada)

¹⁶ CSJ. Cas. Laboral, S.Plena, Sent. nov. 12/93, Rad. 5868, M.P. Rafael Méndez Arango, reiterada en la sentencia de casación con radicado 23643 de junio 24 de 2005, y en la SL5463-2015/44395 de mayo 06 de 2015.

| |
|--|
| n= (Período futuro) |
| i= Interés judicial equivalente al 6% efectivo anual convertidos a 0,4867% nominal mensual (artículo 2232 CCC) |

Para efectos de poder hallar el ingreso base de liquidación o renta actualizada (Ra) del lucro cesante consolidado y futuro, se tendrá como referencia el salario básico asignado y que está contenido en los desprendibles de pago que fueran presentados como prueba y anexo de la reparación integral -fl. 41 cuaderno principal-, donde se manifiesta que el señor FABIÁN MUÑOZ devengaba un salario mensual de \$636.823.00. Y para efectos de la actualización del lucro cesante al momento de la sentencia de segunda instancia, corresponde equipararlo con el IPC inicial a la ocurrencia de los hechos (76.19) y como IPC final el último actualizado por el DANE el 05 de agosto de 2021 (109.14), con lo cual queda como renta actualizada (Ra) la cifra de \$912.230.77

De tal manera que al salario actualizado se le aumentará un 25% (\$ 228.057,69), por concepto de prestaciones sociales¹⁷, lo que equivale a \$1'140.288,46. Igualmente y según lo expresó el apoderado de la víctima en la liquidación de perjuicios presentada, a esta suma le disminuye el 25% por concepto de gastos personales, cuyo resultado de este guarismo equivale a \$ 855.216.35. Por último, se le aplica el 9.15% de pérdida capacidad laboral, lo que da como resultado que el ingreso base de liquidación será equivalente a \$78.252,30.

El lucro cesante consolidado corresponde al tiempo transcurrido desde la ocurrencia del daño hasta la fecha de la sentencia, esto es, desde el 06 de diciembre de 2011 hasta el 30 de agosto de 2021, son 116.83 meses transcurridos que para la fórmula se denominará "n". Para la aplicación del interés tanto consolidado como futuro se tomará el interés judicial equivalente al 6% efectivo anual convertidos a 0,4867% nominal mensual (artículo 2232 CCC).

Al aplicar la fórmula matemática utilizada, el **lucro cesante consolidado** corresponde a:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 04 octubre de 2007, Radicación: 47001-23-31-000-1996-05001-01 (16.058) acumulado, 47001-23-31-000-1997-05419-01 (21.112).

$$S = \frac{\$78.252.30 \times (1 + 0.004867)^{116.83} - 1}{0.004867}$$

S = \$ 12'274.185,96

Para el **lucro cesante futuro o anticipado** se tiene en cuenta la expectativa de vida del lesionado, de conformidad con las tablas de la Superintendencia Financiera Resolución 1555 de 2010. Se toma la vida probable que establece que la misma para una persona de sexo masculino de 28 años¹⁸ -edad del afectado para la fecha en que sufre la lesión- es de 52.3, es decir, 627.6 meses, menos el tiempo reconocido en la condición de consolidado (116.83), arroja como resultado 510.77 meses de período futuro.

$$S = \frac{Ra (1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

$$S = \frac{\$78.252.30 (1 + 0.004867)^{510.77} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{510.77}}$$

$$S = \$78.252.30 \times \frac{10,9397}{0,05811}$$

S = \$ 14'731.529,42

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, se obtiene un valor total equivalente a **\$27'005.715,38**.

- *Acotaciones relevantes que motivan la diferencia entre la liquidación presentada por el apoderado de la víctima y este Tribunal*

| Liquidación de la parte demandante | Liquidación del Tribunal |
|--|--|
| Toma como salario \$1'273.646.00, valor que resulta de sumar el ingreso asignado en los dos desprendibles obrantes al folio 41 del cuaderno principal, al pensar equivocadamente que el valor es quincenal y no mensual. | Se toma como base el expresado en los desprendibles como salario, valor que corresponde a \$636.823.00. Diferente también al expresado por el abogado de la Compañía "La Previsora S.A.", donde aduce un valor de \$466.267, cifra que toma erróneamente del neto a pagar, es decir, después de descuentos de ley y otras deducciones. |

¹⁸ Fecha de nacimiento 29 de abril de 1983.

| | |
|---|---|
| Después de realizar las operaciones, al resultado proyectado le determina el 9.15% de pérdida de capacidad laboral, operación que debió haber realizado ANTES de proyectar y liquidar el lucro cesante tanto consolidado como futuro, y no después. | El porcentaje de la pérdida de capacidad laboral se aplica al Ra, en el sentido que esa determinación porcentual es lo que dejará de percibir, por lo tanto, es la suma que debe ser liquidada y proyectada para efectos de cuantificar el perjuicio. |
|---|---|

De tal manera, al comparar la liquidación realizada por la Sala y la entregada por el apoderado de la víctima en su condición de demandante, se evidencia la siguiente diferencia: Valor solicitado: \$31'931.281,00. Valor real: \$27'005.715,38. Diferencia: \$4'925.565,62.

- *Resumen de la operación contable efectuada por la Sala:*

Liquidación al momento del fallo de primera instancia:

| Cálculo de la Indemnización debida o consolidada (Vencida): | | | | | | |
|--|-------------------------|------|-----|---------------|--------|------|
| | AÑO | MES | DÍA | | | |
| Fecha de la Liquidación: | 2019 | 01 | 21 | IPC - Final | 100,60 | |
| Fecha de Nacimiento: | 1983 | 04 | 29 | Sexo: m | Edad: | 28,6 |
| Fecha en que ocurrieron hechos: | 2011 | 12 | 06 | IPC - Inicial | 76,19 | |
| Ingreso Mensual: | \$ 636.823,00 | | | | | |
| Ingreso Mensual Indexado o Actualizado: | \$ 840.850,42 | | | | | |
| Más 25% Prestaciones sociales | \$ 210.212,61 | | | | | |
| Ingreso Mensual Indexado o Actualizado con prestaciones | \$ 1.051.063,03 | | | | | |
| Menos 25% Gastos Personales | \$ 262.765,76 | | | | | |
| Total Ingreso Mensual Base liquidación | \$ 788.297,27 | | | | | |
| (%) Perdida de la capacidad laboral (Decimales separados con coma) | 9,15% | | | | | |
| Factor de Incapacidad (Ra): | \$ 72.129,20 | | | | | |
| Periodo Vencido (meses) n: | 85,53 | | | | | |
| Indemnizacion Debida Actual (S): | \$ 7.629.308,50 | | | | | |
| | | | | | | |
| Cálculo del Periodo Futuro o Anticipado: | | | | | | |
| | AÑO | *MES | DÍA | | | |
| Fecha final expectativa de vida: | 2064 | 3 | 11 | | | |
| Fecha de la Liquidación: | 2019 | 01 | 21 | | | |
| Ingreso Mensual Indexado (Ra): | \$ 72.129,20 | | | | | |
| Periodo Futuro (meses) n: | 542,07 | | | | | |
| Indemnizacion Futura (S): | \$ 13.753.809,54 | | | | | |
| | | | | | | |
| Lucro Cesante (Sumatoria de la indemnización Actual y Futura) | | | | | | |
| Indemnizacion Debida Actual: | \$ 7.629.308,50 | | | | | |
| Indemnizacion Futura: | \$ 13.753.809,54 | | | | | |
| TOTAL | \$ 21.383.118,04 | | | | | |

Liquidación para el momento del fallo de segunda instancia:

| Cálculo de la Indemnización debida o consolidada (Vencida): | | | | | |
|--|-------------------------|------|-----|----------------------|------------|
| | AÑO | *MES | DÍA | | |
| Fecha de la Liquidación: | 2021 | 08 | 30 | IPC - Final | 109,14 |
| Fecha de Nacimiento: | 1983 | 04 | 29 | Sexo: m | Edad: 28,6 |
| Fecha en que ocurrieron hechos: | 2011 | 12 | 06 | IPC - Inicial | 76,19 |
| Ingreso Mensual: | \$ 636.823,00 | | | | |
| Ingreso Mensual Indexado o Actualizado: | \$ 912.230,77 | | | | |
| Más 25% Prestaciones sociales | \$ 228.057,69 | | | | |
| Ingreso Mensual Indexado o Actualizado con prestaciones | \$ 1.140.288,46 | | | | |
| Menos 25% Gastos Personales | \$ 285.072,12 | | | | |
| Total Ingreso Mensual Base liquidación | \$ 855.216,35 | | | | |
| (%) Perdida de la capacidad laboral (Decimales separados con coma) | 9,15% | | | | |
| Factor de Incapacidad (Ra): | \$ 78.252,30 | | | | |
| Periodo Vencido (meses) n: | 116,83 | | | | |
| Indemnización Debida Actual (S): | \$ 12.274.185,96 | | | | |
| Cálculo del Periodo Futuro o Anticipado: | | | | | |
| | AÑO | *MES | DÍA | | |
| Fecha final expectativa de vida: | 2064 | 3 | 11 | | |
| Fecha de la Liquidación: | 2021 | 08 | 30 | | |
| Ingreso Mensual Indexado (Ra): | \$ 78.252,30 | | | | |
| Periodo Futuro (meses) n: | 510,77 | | | | |
| Indemnización Futura (S): | \$ 14.731.529,42 | | | | |
| Lucro Cesante (Sumatoria de la indemnización Actual y Futura) | | | | | |
| Indemnización Debida Actual: | \$ 12.274.185,96 | | | | |
| Indemnización Futura: | \$ 14.731.529,42 | | | | |
| TOTAL | \$ 27.005.715,38 | | | | |

- **TEMA CUATRO:** *POSICIÓN DE LA SALA RESPECTO DE LAS RESTANTES ALEGACIONES DE LAS PARTES*

En este capítulo se analizarán los restantes argumentos de las partes con incidencia directa en esta determinación, pero diferentes a los temas y subtemas ya tratados (prescripción de la acción y compensación de los pagos de la seguridad social), en el siguiente orden: (i) apoderado de la víctima; (ii) apoderado judicial de la ESE Hospital San Vicente de Paúl; (iii) apoderado judicial de la Compañía Aseguradora "Confianza S.A."; y (iii) apoderado judicial de la Compañía Aseguradora "La Previsora S.A.". Se hace constar que no habrá pronunciamiento alguno en relación con el defensor de la declarada penalmente responsable, como quiera que su intervención se limitó única y exclusivamente a pedir que la Compañía de Seguros pagara a nombre de su representada los daños ocasionados, sin hacer mayor aporte argumentativo.

- *Del apoderado de la víctima*

La Sala comparte y resalta de su intervención las siguientes aseveraciones:

- Su cliente presenta solo una pérdida de capacidad PARCIAL, y ello significa que se puede desempeñar laboralmente, solo que con limitaciones en el porcentaje indicado: 9,15%.

- Aunque se trata de una afectación mínima, de todas formas debe ser indemnizable a la luz de las tablas existentes en la materia.

- Los daños no repercutieron a una situación mayor gracias a la oportuna intervención de los médicos cirujanos.

- Lo sucedido no abarca solo el ámbito netamente laboral sino también los demás roles ocupacionales y sociales, y no lo será de manera transitoria, sino permanente o definitiva como así se concluyó con las pruebas tanto documental como pericial allegadas. De allí que se hable de la existencia de un lucro cesante futuro, debido a que ello estará presente como limitante por el resto de sus días y acorde con las tablas de sobrevivencia.

- *Del apoderado judicial de la ESE Hospital San Vicente de Paúl*

El profesional cuestiona que no se haya tenido en consideración: (i) que la lesión se ocasionó en un accidente de trabajo; (ii) que nada se dijo respecto a la posible negligencia del personal médico que atendió el servicio de urgencias de la entidad que representa; (iii) que al paciente se le dieron unas indicaciones claras, entre ellas la de acudir nuevamente al servicio de urgencias en caso de presentar alguna sintomatología (mal olor, necrosis, infección, fiebre, color rojo, entre otras), pero no las atendió, y de allí se deriva una negligencia de su parte que dio lugar al incremento del daño; (iv) que el lesionado es persona funcionalmente apta, excepto por la pérdida de alguna parte de la piel, situación que a su modo de ver no impide que pueda desarrollar su vida de una manera normal, con lo cual todas las pretensiones están llamadas al fracaso; y (v) que de conformidad con el artículo 2347 CCC y la sentencia C-425/06, en este estado del proceso está absolutamente descartado que pueda ser vinculada una persona jurídica de derecho público como lo es el Hospital San Vicente de Paúl, ya que la autoridad judicial competente para conocer de esta clase de acciones es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y no la penal.

Lo primero que corresponde decir a ese respecto, es que sí se tiene dada la competencia para un pronunciamiento de esta naturaleza frente a la persona

jurídica de derecho público que el profesional representa, debido a que el cobro se hace viable frente a ella en virtud del principio de concentración de la reparación en la acción penal, en la cual confluyen todas las jurisdicciones incluida la Contenciosa Administrativa a la cual hace referencia.

Por parte alguna el artículo 2347 CCC y la sentencia C-425/06 que se citan en respaldo, excluyen la posibilidad de obrar dentro del incidente de reparación integral con respecto a personas jurídica de derecho público; antes por el contrario, allí no se hace distinción a ese respecto en cuanto lo importante es que se trate de un tercero del cual dependa el cuidado de su dependiente por una relación legal o contractual.

Mucho menos de esos preceptos se extrae que en el presente incidente se tuvieran que aportar pruebas adicionales respecto de la responsabilidad penal en el caso concreto, cuando la misma ya fue declarada de manera definitiva en el fallo de condena, e incluso en la sentencia de segunda instancia por parte del Tribunal se analizó en detalle lo concerniente a esa presunta negligencia en cabeza del lesionado a la cual se refiere el apoderado del Hospital, y se sostuvo que el paciente obró acorde con las mejores opciones que tenía para ese momento.

En ese sentido, basta referir los siguientes apartes del mencionado precedente C-425/06:

“Por el contrario, el tercero civilmente responsable no es considerado ni parte ni interviniente en el mismo, lo cual no obsta para que, en los términos de la Ley 906 de 2004, sea citado al incidente de reparación integral de perjuicios.

[...]

El artículo 2347 del Código Civil colombiano, a su vez, dispone que *“Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”*. En tal sentido, se establece una forma de **responsabilidad por el hecho ajeno, de carácter excepcional, basada en que se presume la culpa mediata o indirecta del responsable.** [...]

Para llegar a dicha conclusión, la Corte tomó en cuenta que equipar, sin más y para todos los efectos, al tercero civilmente responsable con los demás intervinientes y partes en el nuevo sistema acusatorio, conduciría no solo a desvertebrar por completo la estructura del mismo, de carácter adversarial y regido por el principio de igualdad de armas entre la acusación y la defensa, sino incluso dejaría en una mejor posición procesal al tercero que a la misma víctima.

Sumado a lo anterior, es necesario tomar en consideración que, si bien es cierto, como lo sostiene el demandante, que al tercero civilmente responsable no se le permite participar activamente en las etapas de investigación y juicio oral en defensa de la persona por cuyos actos eventualmente deberá entrar a responder económicamente, como sí sucedía en anterior sistema procesal de carácter mixto, **lo cierto es que, en el nuevo sistema acusatorio, sólo una vez se dé inicio al incidente de reparación integral, la víctima va a presentar su pretensión económica, expresará en forma concreta la forma de reparación que**

espera, e igualmente, aportará las correspondientes pruebas. En otros términos, no se pueden equiparar, en materia de participación de terceros, el anterior con el nuevo sistema procesal penal, y por esta vía, tratar de extrapolar la manera de participación del tercero del uno al otro". -negrillas excluidas-

Queda claro en esos términos, que estuvo bien encaminada en un principio la decisión de primera instancia, al menos en cuanto partió del entendido válido respecto a que el Hospital, como entidad en la cual prestaba sus servicios la médico general **ALEJANDRA NOVA**, sí era corresponsable de los daños ocasionados a consecuencia de una mala praxis, como quiera que: (i) ella estaba en ejercicio de sus funciones; (ii) la ilicitud de carácter culposo la cometió dentro de su sitio de trabajo; (iii) el hecho se presentó dentro de su horario laboral; y (iv) el paciente que atendió era de la institución. Así las cosas, está demostrada la relación de orden laboral que implica responsabilidad en cabeza del empleador, como quiera que es civilmente responsable quien sin participar en la comisión del delito tiene obligación de indemnizar por la acción de uno de sus dependientes.

Por lo demás, no se discute desde luego que el origen inicial de la lesión lo fue un accidente de trabajo, ni tampoco que el paciente sigue siendo apto funcionalmente; pero, como bien lo adujo tanto el apoderado de la víctima como el juzgado de instancia, esa mala praxis médica dio origen a un incremento indebido de la lesión cuyo deterioro ocasionó la necesidad de varias intervenciones quirúrgicas con los consabidos resultados, de lo cual se sobrevino una secuela parcial pero definitiva o permanente, que por lo mismo debe ser indemnizada.

- *Del apoderado de la Compañía "Confianza S.A."*

Pone de presente, por fuera del tema de la prescripción de la acción que ya ha sido objeto de análisis por la Sala, lo siguiente: (i) que la entidad fue vinculada por la figura del llamamiento en garantía de parte de la asegurada **NOVA MUÑOZ**; y (ii) que la póliza tiene unos capítulos de exclusiones generales y particulares, en los cuales se especifica que la cobertura corresponde única y exclusivamente al daño emergente, y están excluidos los demás conceptos que se pretenden con la demanda, es decir, que no están expresamente pactados en la misma.

En relación con lo primero, la Sala debe aclarar que la vinculación de la Compañía "Confianza S.A." se dio por una doble vía o si se quiere de una manera mixta, porque también lo fue en acción directa por parte del apoderado de la víctima.

Y respecto a lo segundo, se trata de un tema espinoso que amerita las siguientes reflexiones:

Como ya se había tenido ocasión de analizar por parte de esta Colegiatura¹⁹, inicialmente la polémica se hacía consistir en si se requería que una determinada clase de perjuicio estuviera expresamente excluida en la póliza, o si, por el contrario, bastaba con que no estuviera expresamente relacionada para entenderse que no se debía tener en consideración. En otras palabras, se enfrentaban dos argumentos diametralmente opuestos que podían resumirse de la siguiente manera: “lo que no está expresamente excluido, está pactado”, y viceversa: “lo que no está expresamente pactado, está excluido”.

Frente a esa disyuntiva, la regla imperante y que debía prevalecer según doctrina y jurisprudencia atinentes al derecho contractual en general y al de seguro de daño en particular, era la segunda. Así se extraía de un examen conjunto de las normas vigentes del Código de Comercio, concretamente los artículos 1077 y 1079, pero principalmente del artículo 1088 según el cual: “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. **La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso**”.

En ese orden se concluía que para que se entendieran cubiertos por la póliza tanto los perjuicios extrapatrimoniales como el lucro cesante, era necesario que esa protección se incluyera expresamente en el contrato de seguros, o que, por lo menos, no se excluyeran y en forma genérica se pactara el reconocimiento de los perjuicios que se le llegaran a causar a la víctima o que el asegurado deba resarcir. E incluso se hacía mención a la trascendencia que en ese sentido tuvo un cambio introducido al artículo 1127 del Código de Comercio por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, porque antes la disposición indicaba que el asegurador debía indemnizar los perjuicios patrimoniales “que **SUFRA** el asegurado”, es decir, que como lo atinente al lucro cesante y al daño moral debía de todas formas pagarlos el asegurado, al salir esas sumas del patrimonio de éste se convertían de inmediato en daño emergente y por esta vía la aseguradora también debía cubrirlos. Pero el precepto cambió para indicar que el asegurador está obligado a indemnizar los perjuicios patrimoniales “que **CAUSE** el asegurado”, con lo cual, se sostuvo que aquéllos se entendían excluidos.

Pero ocurrió, que esa situación varió sustancialmente, dado que actualmente esa discusión ha pasado a un segundo plano, en el entendido que hoy por hoy a nivel

¹⁹ Cfr. T.S. Pereira, sentencia mayo 31 de 2011, Rad. 660013100520080006401, y sentencia agosto 08 de 2019, Rad. 66170600006620080055901, entre otras, M.P. Castaño Duque.

jurisprudencial se ha decantado que una correcta comprensión del dispositivo enseña que tanto los perjuicios morales como el lucro cesante se deben entender incluidos en las pólizas como quiera que finalmente el compromiso asegurado se convierte netamente en patrimonial.

En esa dirección apunta la actual línea de pensamiento jurisprudencial. Obsérvese:

“De lo anterior se concluye que no es admisible interpretar el artículo 1127 del Código de Comercio como si prescribiera que el asegurador únicamente está obligado a indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufre la víctima como resultado de una condena de responsabilidad civil, sino que hay que seguir interpretándolo en su acepción original, esto es desde el nivel de sentido del contrato de seguro, según el cual **el asegurador está obligado a mantener al asegurado indemne de los daños de cualquier tipo que causa al beneficiario del seguro, que son los mismos que el asegurado sufre en su patrimonio**, tal como se explicó líneas arriba y fue reconocido por esta Corte en fallo reciente, en el que indicó:

«El perjuicio que experimenta el responsable es siempre de carácter patrimonial, porque para él la condena económica a favor del damnificado se traduce en la obligación de pagar las cantidades que el juzgador haya dispuesto, y eso significa que su patrimonio necesariamente se verá afectado por el cumplimiento de esa obligación, la cual traslada a la compañía aseguradora cuando previamente ha adquirido una póliza de responsabilidad civil.

En consecuencia, los daños a reparar (patrimoniales y extrapatrimoniales) constituyen un detrimento netamente patrimonial en la modalidad de daño emergente para la persona a la que les son jurídicamente atribuibles, esto es, para quien fue condenado a su pago».²⁰

El Tribunal, por lo tanto, cometió un error al negar la condena en contra de la aseguradora llamada en garantía con fundamento en la interpretación que hizo de los artículos 1088 y 1127 del Código de Comercio, según la cual la indemnización a su cargo no comprendía el daño moral inferido a los demandantes por ser de carácter extrapatrimonial, ni el lucro cesante por ausencia de estipulación expresa.

Al razonar de esa forma, desconoció que los perjuicios patrimoniales de que trata el 1127 son los que el asegurado causa al damnificado, es decir los mismos que aquél sufre en razón del pago de la indemnización a su cargo. De igual manera pasó por alto que el daño emergente al que alude el artículo 1088 *ejusdem* no es visto desde la perspectiva de la tipología de los daños que sufre la víctima según el sistema de la responsabilidad extracontractual, sino en el contexto del daño que sufre el asegurado en el nivel de sentido del contrato de seguro”.²¹ -negritas y subrayado de la Sala-

En ese orden de ideas y desde esa singular perspectiva, no hay lugar a equívoco alguno en cuanto a que vistas las cosas desde la carga indemnizatoria que le

²⁰ CSJ SC20950 del 12 de diciembre de 2017, aprobada en Sala del 15 de agosto de 2017. Rad.: nº 05001-31-03-005-2008-00497-01.

²¹ CSJ SC002-2018, rad. 11001310302720100057801 del 12 de enero de 2018, ratificada en decisión SC2107-2018, rad. 11001310303220110073601 del 21 de febrero de 2018.

corresponde cubrir a la asegurada, en nuestro caso la declarada penalmente responsable, todo lo a pagar por concepto del daños ocasionados a la víctima, tanto respecto de los perjuicios extrapatrimoniales como del lucro cesante, equivalen o corresponden en últimas a un daño emergente para ella, y como tal queda incorporado a los términos de la póliza. Desde luego, hasta el límite del monto asegurado y con los deducibles establecidos.

- *Apoderado de la Compañía "La Previsora S.A."*

Finalmente, al Tribunal le corresponde hacer lo propio con respecto a las alegaciones finales del apoderado judicial de la Compañía de Seguros "La Previsora S.A.", quien presentó unos argumentos adicionales, ya que además de referirse también a la no demostración de la responsabilidad de su asegurado -el Hospital-, hace estas acotaciones que serán respondidas una a una por la Sala, así:

(i) *Para que los daños puedan ser indemnizables, deben ser personales y ciertos, así que no es atendible la aseveración que hace el demandante en el sentido que la afectación que presenta la víctima se podría agravar anatómica o fisiológica en el futuro y que podría limitar su acceso al mercado laboral, lo cual es algo incierto, una hipótesis, una conjetura, y por lo mismo no comprobable:* La aseveración no se comparte, porque el demandante no habló en momento alguno de que "se podía agravar la situación de su representado", simple y llanamente se basó en un daño que es real y que tiene la connotación de permanente, definitivo y por lo mismo irreversible.

(ii) *No está de acuerdo con los rubros que contiene la propuesta de liquidación presentada por el apoderado del demandante, básicamente en lo que tiene que ver con el ingreso mensual que se encuentra acreditado con los comprobantes de pago presentados por la empresa Americana de Curtidos, porque en realidad son unos \$466.267.00 aproximadamente y no \$ 1'273.646.00 como se anuncia en las pretensiones.* Esa manifestación es parcialmente cierta, porque como ha tenido ocasión la Sala de especificar al momento de hacer la correspondiente liquidación del lucro cesante en el capítulo anterior, el demandante se equivocó al concretar los ingresos salariales de su cliente, dado que los duplicó en cuanto tomó el salario mensual como si fuera quincenal. Pero a renglón seguido, el Tribunal también le dejó en claro al apoderado de la Compañía "La Previsora S.A.", que el monto salarial que debía tomarse como referente para efectos de la liquidación, no eran los \$466.267.00 a los cuales alude, sino una suma un poco superior (\$636.823.00), dado que aquélla cifra corresponde al pago neto luego de efectuarse los descuentos de ley y otras deducciones, en tanto ésta última sí corresponde al valor de sus ingresos reales.

(iii) *Pone de presente que existen unas limitaciones en el pago del seguro que corresponden a cláusulas de exclusión y a los límites en las cuantías asegurables, y que para este caso, en el condicionado de la póliza se deben observar las siguientes exclusiones: a)- Cobertura por reclamación de daños materiales o lesiones a causa de la responsabilidad civil profesional individual de cualquier médico o cualquier profesional de la salud. Y en ese sentido la responsabilidad penal de la profesional **ALEJANDRA MUÑOZ** es personalísima, porque fue su culpa en el desarrollo del acto médico como profesional individual de la salud; y b)- Cobertura por sanciones punitivas o ejemplares, multa o penalidad impuesta por juez civil o penal. Y es así en cuanto aquí se debatió la responsabilidad personalísima de la citada médica como persona natural, no se debatió nada con respecto a la responsabilidad médica institucional del Hospital.* Con respecto a este punto específico, dirá la Colegiatura que aquí se presenta una situación bien singular por lo siguiente:

Lo primero a decir, es que una revisión detallada del expediente y de los registros de audio, enseñan que sí se presentó la póliza (en un solo folio) pero no los anexos de la misma consistentes en el clausulado general y especial en donde supuestamente constan esas limitaciones y exclusiones a las cuales hizo referencia el profesional del derecho en sus alegaciones finales, con lo cual, la Sala no posee ese medio de prueba con miras a tenerlo en consideración²². Los que sí existen, son los clausulados generales y especiales de la otra póliza de seguros de la Compañía "Confianza S.A." (la que protege los intereses individuales de la médica **NOVA MUÑOZ**, que fueron entregados al juzgado de instancia por el apoderado de esa otra aseguradora vinculada al incidente.

Es así, en cuanto en la primera audiencia de trámite el apoderado que representa los intereses del Hospital San Vicente de Paúl -Dr. JUAN MANUEL VANEGAS ACEVEDO- cuando solicitó el llamamiento en garantía de la Compañía "La Previsora S.A." -ver fl. 68 s.s. del cuaderno principal-, hizo entrega al despacho de la póliza que respaldaba esa vinculación, la cual constaba de **un solo folio**²³ y

²² ART. 1077 C.Co: Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. **El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.**

²³ En la audiencia de marzo 11 de 2019, el apoderado del Hospital llamó en garantía a la aseguradora "La Previsora S.A." e indicó: "allego a lo anterior como pruebas y anexos los siguientes documentos: póliza de responsabilidad...certificado existencia y representación legal y certificado o registro mercantil de Previsora". Más adelante señala que: "allego a lo anterior señora juez póliza...**en un folio** y seis folios del certificado de La Previsora". El acta de esa audiencia consta a folio 65 s.s. del expediente, en donde se expresa refiriéndose a la intervención del apoderado del Hospital: "Como pruebas hará valer: Copia de responsabilidad civil No 1001440, vigente

que es el que aparece demarcado con el número 51 en la foliatura del cuaderno principal, que posteriormente se repite al folio 76 del mismo encuadernado.

Ocurrió que posteriormente, en la segunda audiencia de trámite, hizo presencia el primer apoderado de la citada Compañía "La Previsora" -Dr. HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE-, quien refirió entre las pruebas que pretendía, la póliza que correspondía al No 1001440 con el respectivo condicionado (así consta en acta de la audiencia por parte del despacho, visible a fls. 165 s.s. en donde se dice: "Apoderado de la Previsora S.A.- Documentales: 1. Póliza de seguros de la Previsora S.A. con los clausulados generales". Y en los registros de audio, al momento de las solicitudes probatorias, se escucha su intervención: "Solicitamos sea tenida como prueba documental la prueba de seguros suscrita con Previsora, así mismo los condicionados generales"); empero, no se visualiza en los registros que se hubiera procedido a efectuar dicha entrega física, ni que la funcionaria en condición de directora de la audiencia para aquél entonces los recibiera, ni correlativamente, como ha quedado dicho, aparece ese clausulado en el expediente. Ello quizá, en el entendido que la póliza ya había sido entregada al despacho por parte del representante del Hospital quien fue el profesional que llamó en garantía a la Aseguradora, pero que lo hizo, se repite, en un solo folio.

Así las cosas, cuando se hizo presente posteriormente a la audiencia de práctica de pruebas y alegaciones finales el segundo apoderado que actuó en reemplazo para representar los intereses de la Compañía "La Previsora S.A." -Dr. JUAN SEBASTIÁN LONDOÑO GUERRERO-, procedió a leerle a la audiencia dos de las exclusiones que supuestamente estaban integradas a la póliza suscrita a favor del Hospital San Vicente de Paúl, pero sin percatarse que previamente ese clausulado o condicionado no había sido incorporado de manera física y efectiva al presente incidente.

Hasta aquí, sería argumento suficiente para negar el reconocimiento de esas exclusiones a la póliza, en el entendido que sin lugar a equívoco alguno la Sala está forzada a sostener que la parte obligada a probarlas no cumplió con la carga procesal que le correspondía, y en esos términos inexisten los soportes documentales que autoricen al Tribunal para ingresar a su correspondiente estudio.

Con mayor razón cuando se sabe que tales exclusiones deben ser de la póliza de seguros que se debate y no de otra, bajo el entendido que los contratos de

desde el 31 de enero de 2017 hasta el 31 de enero de 2019, con su respectivo certificado de renovación".

seguros por lo general se constituyen por las cláusulas generales y particulares, estas últimas con más prevalencia y detalle al contrato que se adquirió, de tal manera que para reconocer y estudiar la apelación presentada por el apoderado, se hacía necesario adjuntar la póliza de responsabilidad civil profesional adquirida en su totalidad, mas no solamente la caratula y la prórroga.

Pero de todas formas, si en gracia de discusión se dijera que por haber verbalizado el citado profesional esas cláusulas de exclusión en la citada audiencia, se deberían analizar por parte de la Corporación, la realidad es que tampoco se observa claro que las mismas sean aplicables al presente caso, y a continuación se darán las razones que se tiene para esa aseveración:

Son dos las cláusulas de exclusión que se anuncian y que corresponden a los ítem 2 y 14, a saber²⁴: (i) La exclusión dos se refiere a: "La responsabilidad civil profesional individual propia de médicos y/u odontólogos, o de cualquier profesional de la salud"; y (ii) La exclusión 14 se refiere a: "Sanciones punitivas o ejemplares, y/o cualquier multa o penalidad impuesta por un juez civil o penal, o sanciones de carácter administrativas".

De entrada, lo que observa la Colegiatura es que esas exclusiones poseen una redacción imprecisa que por lo mismo entran en abierta contradicción con lo que constituye el amparo de la póliza. Así se afirma en cuanto se trata de una póliza que está llamada a cubrir: "la responsabilidad civil **profesional** en clínicas y hospitales", que tiene como tomador y asegurado en este caso al Hospital San Vicente de Paúl de Santa Rosa de Cabal, y como beneficiarios "los terceros afectados". Y dentro de los amparos contratados se trae expresamente: 1. [...], 2. "ERRORES U OMISIONES PROFESIONALES", lo que indica que evidentemente se encuentran aseguradas las fallas médicas que presenten los profesionales de la salud vinculados con la entidad a la cual prestan sus servicios. Eso no admite interpretación diferente.

Luego entonces, constituiría un contrasentido que no obstante el referido amparo ya citado, a renglón seguido se excluyera justamente lo mismo: "la responsabilidad profesional individual".

²⁴ El Tribunal las toma textualmente del siguiente vínculo:
<https://previsora.gov.co/content/p%C3%B3liza-de-seguro-de-responsabilidad-civil-profesional-para-instituciones-m%C3%A9dicas>

Desde luego, los eventos a los cuales se considera hace alusión la citada exclusión, son aquellos en donde un profesional de la medicina presta sus servicios dentro de la institución, pero de una manera independiente y autónoma, es decir, sin ningún vínculo oficial con la entidad asegurada. Porque ahí sí, desde luego, la póliza no estaría llamada al cubrimiento.

De igual modo, lo referido a: "sanciones punitivas o ejemplares, y/o cualquier multa o penalidad impuesta por un juez civil o penal, o sanciones de carácter administrativas", se refiere a sanciones pecuniarias que se imponen por las autoridades a determinada persona natural derivadas de un comportamiento irregular o ilícito (civil, penal o administrativo, incluido el procedimiento policivo), pero ello tampoco tiene nada que ver con la obligación de indemnizar perjuicios por el daño a terceros (en nuestro caso un usuario del servicio de urgencias del referido hospital, que resultó afectado por la mala praxis de una de sus dependientes), que es de lo que aquí se trata y encaja perfectamente en los amparos de la póliza.

Basta decir en esa dirección, que si se hace un sondeo general de las pólizas de responsabilidad civil **profesional** para instituciones públicas que consta en la página oficial de la PREVISORA S.A.²⁵, allí se encuentran como objeto del contrato los literal b y c que son del siguiente tenor: "*b) Previsora, con sujeción a los términos, exclusiones y definiciones de esta póliza, hasta el (los) límite (s) de el (los) valor (es) asegurado (s) indicado (s) en la carátula de la póliza y/o condiciones particulares, los perjuicios patrimoniales derivados de la responsabilidad civil en que legalmente incurra el asegurado, causados como consecuencia de las acciones u omisiones de sus empleados y/o de los profesionales y/o auxiliares, todos ellos legalmente habilitados e intervinientes en la prestación de servicios profesionales de atención en la salud de los pacientes, bajo relación de dependencia o no con el asegurado, siempre que dicha responsabilidad sea reclamada por primera vez durante la vigencia de esta póliza o dentro del periodo extendido de reclamaciones en caso de que el mismo fuere adquirido. [...] c) Asimismo, Previsora se obliga a dar la cobertura anteriormente descrita al asegurado, en el evento en que el reclamo se produzca como consecuencia de asistencia médica de emergencia a persona o personas que hayan sido atendidas por este servicio, en cumplimiento de una obligación legal y/o un deber de humanidad generalmente aceptado*".

De allí se extrae que las coberturas generales de las pólizas de responsabilidad civil **profesional** adquiridas para hospitales y clínicas, amparan las acciones u

²⁵ Toma de la misma página ya referenciada.

omisiones de sus empleados y/o profesionales, por lo tanto, en este caso concreto la médica general **ALEJANDRA NOVA MUÑOZ** es una dependiente del asegurado, lo que legitima su responsabilidad como empleador y tomador de la póliza. Y muy específicamente en el aludido literal c, se deja consignada expresamente: *“la cobertura que se produzca como consecuencia de asistencia médica de emergencia a personas que hayan sido atendidas por este servicio”*, acerca de lo cual cabe resaltar que el señor **FABIÁN MUÑOZ** fue atendido por urgencia debido a la cercanía y domicilio de la empresa donde se causó el accidente laboral.

Así las cosas, la Sala no puede menos que sostener que las exclusiones manifestadas por el apoderado de la Aseguradora son contrarias o sin un fundamento claro para ser reconocidas como exonerantes de responsabilidad, toda vez que no son consecuentes con su objeto y están más enfocadas a actividades o responsabilidades diferentes a las que se estudian en el presente incidente.

A ese respecto, no escapa lo definido por la jurisprudencial de la Sala de Casación Civil acerca de las denominadas “cláusulas de exclusión abusivas”, constitutivas de una imposición desmedida generadora de un desequilibrio contractual, que por lo mismo se deben tener como inexistentes²⁶. En otras palabras, cláusulas leoninas o exorbitantes propias de los contratos de adhesión, que resultan ser inatendibles, y sin que quepa argumentar en oposición que ese criterio transgrede la autonomía de las partes para pactar las reglas del contrato.

En síntesis, sea por la falta de cumplimiento de la carga probatoria dentro del presente incidente ante la no incorporación del clausulado que se pretendía aducir como exclusión del pago de la póliza (porque entre otras cosas para encontrar una razón más precisa a la solicitud se hacía necesario que se allegara el material probatorio completo y no solo anexar lo que se consideraba general en una póliza, ya que se entiende que esta clase de contratos son especialmente de carácter particular y prevalece lo acordado entre las partes), ora por la no aplicabilidad al caso concreto de las exclusiones aducidas, el Tribunal concluye que no están llamadas a prosperar las solicitudes efectuadas en audiencia por parte del apoderado de la Compañía “La Previsora S.A.”. Finalmente, hay lugar a dejar consignado que los consecutivos apoderados que en el presente trámite representaron los intereses de la citada Aseguradora, no manifestaron en forma expresa alguna excepción de mérito en lo concerniente

²⁶ Cfr. Sentencia SC129-2018 del 12 de febrero de 2018.

con el tema de la prescripción extintiva del derecho a continuación del proceso penal, lo cual es importante reseñar en cuanto las prescripciones en materia civil no operan de manera oficiosa sino rogada por tratarse de un trámite esencialmente dispositivo.

Por lo expuesto, se confirmará parcialmente el fallo protestado, en cuanto se modificará y adicionará para ajustar las condenas a la tasación realizada en esta sede, a efectos de incluir el valor del lucro cesante.

En esta instancia, las costas serán a favor de la parte demandante, que sale avante parcialmente en su recurso y a cargo de los demandados que fracasaron en los suyos. Esto, de acuerdo con lo previsto en la regla 1 del artículo 365 del CGP.

Las agencias en derecho se fijarán en auto separado y la liquidación de costas se realizará siguiendo los lineamientos del artículo 366 del estatuto procesal, ante el juzgado de primer grado.

Con fundamento en todo lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en la Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: SE REVOCA PARCIALMENTE la sentencia proferida el tres (03) de febrero de 2020 por el Juzgado Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal (Rda.), dentro del incidente de reparación integral de perjuicios adelantado a continuación del proceso penal seguido en contra de **ALEJANDRA NOVA MUÑOZ** por el punible de lesiones personales culposas, y donde figuró como víctima **FABIÁN MUÑOZ BUSTAMANTE** y quien ahora hace las veces de demandante.

SEGUNDO: SE MODIFICA y ADICIONA el numeral segundo de la parte resolutive de la referida sentencia de primer grado, tanto en cuanto se declara responsable del pago de las sumas a indemnizar por todo concepto, no solo a la penalmente responsable **ALEJANDRA NOVA MUÑOZ**, sino igualmente y en forma solidaria al Hospital San Vicente de Paúl de Santa Rosa de Cabal (Rda.), a la Compañía de Seguros "Confianza S.A." y a la Compañía Aseguradora "La Previsora S.A.", como para ajustar las condenas a la tasación realizada en esta sede, a efectos de incluir el valor del lucro cesante. Dicho numeral quedará así: "SE DECLARA que son solidariamente responsables de los perjuicios causados a la parte demandante, la sentenciada **ALEJANDRA NOVA MUÑOZ** y el Hospital San Vicente de Paúl. La Aseguradora "Confianza S.A.", responde a NOVA MUÑOZ,

hasta el monto de la suma asegurada de acuerdo con el contrato celebrado. Y la Compañía "La Previsora S.A.", responde al Hospital San Vicente de Paúl, hasta el monto de la suma asegurada de acuerdo con el contrato celebrado. Como consecuencia de la anterior declaración, pagarán al demandante a título de indemnización, la siguiente suma de dinero por concepto de lucro cesante (consolidado y futuro): **\$27'005.715,38**. Todo lo anterior, acorde con lo consignado en el cuerpo motivo de esta providencia.

TERCERO: Costas en esta sede a cargo de los demandados recurrentes y a favor de los demandantes. En auto separado se fijarán las agencias en derecho.

CUARTO: En todo lo demás la decisión de primer grado se confirma.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta decisión se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo N° 806 de 2020²⁷.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

²⁷ En ese sentido se puede consultar CSJ AP, 11 nov. 2020, Rad. 58318, en el cual se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto 806 de junio 04 de 2020.

AUTORIZADO CONFORME
arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Decreto 806 de 2020
y 28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **59cc821a378fa94fd4bdf0e40b744c0f9ae7d8aa3c2757099118252666cee804**
Documento generado en 01/09/2021 11:56:42 AM