



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 20 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2012

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. 1.
Sala Civil

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en determinar cuál es la naturaleza de la responsabilidad de una entidad bancaria, cuando hay una sustracción indebida de los dineros de una cuenta de ahorros, a través del uso de la Internet.; en otras palabras, cómo debe responder cuando la inejecución contractual que se le imputa se realiza a través del ejercicio de una actividad riesgosa.

HECHOS y PRETENSIONES:

Yale Servisseg Ltda. instauró demanda en contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. para que se le condenara a pagar la suma de cincuenta y seis millones de pesos (\$56'000.000.00), por concepto del dinero que le fue sustraído de su cuenta de ahorros No. 01829207, lo que sucedió en el marco de un sistema virtual que dicha entidad le suministró para su manejo, denominado “BBVA CASH”, más la indexación y los intereses moratorios correspondientes.

En apoyo de su solicitud adujo, que teniendo en cuenta la necesidad de la empresa demandante de realizar transacciones electrónicas, el Banco le ofreció el mencionado servicio, una “*aplicación que brinda dicha institución financiera para que sus clientes realicen operaciones virtuales, supuestamente con las seguridades necesarias para proteger los caudales de los usuarios*”, con ocasión de la cual le entregó un código de usuario, clave personal y de operaciones, “...pero nunca actualizó los procedimientos de seguridad que dicha institución suministraba a otros clientes para evitar contratiempos...”.

Servicios que se utilizaron sin ningún tipo de inconveniente hasta la fecha de los hechos materia del proceso, “...teniendo en cuenta que las claves solo eran conocidas y manejadas por el representante legal de la demandante”.

EXCEPCIONES

En abierta oposición de las pretensiones de la sociedad demandante, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria de Colombia S.A. planteó las excepciones de mérito que denominó: “CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE BBVA COLOMBIA”, “INCUMPLIMIENTO CONTRATUAL DE LA DEMANDANTE”, “AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS VALORATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL”, “CULPA GRAVE DE LA DEMANDANTE”, “OPERATIVIDAD Y SEGURIDAD DE LOS SERVICIOS ELECTRÓNICOS DE BBVA CASH”, “VALIDEZ Y PRUEBA DE LAS OPERACIONES REALIZADAS MEDIANTE BBVA CASH”, “CULPA DE TERCEROS AJENOS AL BANCO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”,

**"BUENA FE DEL BANCO BBVA COLOMBIA Y SUS FUNCIONARIOS",
"CADUCIDAD Y/O PRESCRIPCIÓN**

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, a quien le correspondió dirimir la controversia, tras analizar la naturaleza de la responsabilidad del Banco demandado, la cual enmarcó en la que se deriva del ejercicio de actividades riesgosas, y anotar que la parte demandante “*no fue la persona que ejecutó la orden de los traspasos de dineros o transacciones virtuales...*”; amén de que se comprobó “*...la aparente presencia de un virus tipo informático [Software malicioso] en el disco duro del demandante, del cual se predica la responsabilidad última por el hurto de las claves...*” para acceder al programa “BBVA CASH”, puntualizó que “*...el accionado no probó cuáles acciones correctivas implementó para responder a estos riesgos a los cuales está sujeto, circunscribiéndose a señalar de manera grácil como único responsable al demandante y olvidando de tajo que la confianza en su sistema descansa inexcusablemente en su seno, para lo cual debe prever incluso tal riesgo a efectos de eximirse de toda culpa*”, máxime que “*durante los seis años que precedieron al fraude, el Banco ni se inmutó por verificar u ofrecer alguna herramienta adicional a las brindadas, pese a la constante evolución de los sistemas informáticos y, equivalentemente, de los virus del mismo tipo; lo que axiomáticamente conlleva a que ante tal descuido el Banco deba responder por la pérdida de los dineros pertenecientes al actor, en tanto que no demostró que la sustracción de esos dineros obedeciera a negligencia o descuido del cuentacorrentista, ni que hubiera adoptado las medidas de seguridad y corrección necesarias para evitar esos sucesos, de tal suerte que con su actuar desobligado deba responder por el hecho de haber atendido transacciones celebradas de forma irregular, sin que correspondiera verdaderamente a la orden dada por su cliente, causándole a éste el daño determinado en el libelo, concretado en la pérdida de su dinero*”.

Por ello, declaró no probadas las citadas excepciones, y concedió los pedimentos de la sociedad demandante.

EL RECURSO

La protesta del Banco Bilbao Viscaya Argentaria Colombia S.A. se reduce en esencia a dos argumentos: El primero, que la sociedad demandante no demostró que hubiese incumplido con la obligación de custodia del dinero, como que aduce, que las transacciones censuradas se realizaron con las claves que se le asignaron a Yale Servisseg Ltda. para ingresar al sistema BBVA CASH, escenario en el cual no podía juzgársele por una responsabilidad objetiva. El segundo, y es que si en gracia de discusión ése fuera el linaje de su responsabilidad, probó que la sustracción de los dineros de la cuenta de la actora obedecieron exclusivamente a su culpa.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Para resolver el problema enunciado se hacen los siguientes planteamientos:

(i) La responsabilidad que de ahí se deriva es contractual, como que el incumplimiento que se le endilga al Banco es respecto de la obligación que éste tiene en el marco de un contrato de depósito en cuenta de ahorros.

(ii) Sobre la naturaleza de esa responsabilidad, hay quienes la circunscriben a una actividad riesgosa, verbigracia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que “*...estima que el ejercicio de la banca de depósito*

se equipara fundamentalmente al de una empresa comercial que, masivamente, atrae a sí y asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja...”¹; mientras que otros, como el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, sostiene que como quiera que la responsabilidad es contractual no puede hablarse de ninguna de estas entidades, propias de la extracontractual. Sobre el particular se puntuó:

“En efecto, cuando el cuentacorrentista deposita sus dineros en el banco, éste se hace dueño de dichos dineros por tratarse del depósito de cosa de género. Así las cosas, el banco asume el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe. Es decir, la plata se la roban al banco y no al cliente. Ahora, si la pérdida de la plata se origina en la culpa del cliente, se produce una compensación de deudas, lo que termina por liberar al banco de su obligación de reintegrar al cliente el valor del cheque falsificado.

“Pero esa asunción de riesgos en materia contractual es absolutamente distinta de la responsabilidad extracontractual por el riesgo creado. Frente a sus clientes, la responsabilidad es contractual porque el banco asume los riesgos de la pérdida de un dinero que es suyo. Luego, no es porque la actividad bancaria sea riesgosa que el banco responde contractualmente frente a su cliente. Es porque su obligación es de resultado. Para ello no se tiene en cuenta la mayor o menor peligrosidad de la actividad bancaria”.

Esto, porque como lo ha sostenido el mismo doctrinante, hay casos en los que la responsabilidad contractual es puramente objetiva, “*puesto que, de todas maneras, el deudor debe responder en caso de daños producidos por su incumplimiento, aunque no haya existido culpa de su parte.*

“En primer lugar, encontramos algunas obligaciones contractuales en las que no toda causa extraña libera de responsabilidad al deudor. Es lo que acontece, por ejemplo en el transporte aéreo de pasajeros (C. de Co. art. 1880), en el que la fuerza mayor no libera de responsabilidad al deudor, mientras que el hecho exclusivo de terceros o la culpa exclusiva de la víctima sí tienen poder liberatorio. Así las cosas, si un huracán o un rayo causan la destrucción de la aeronave, no habrá exoneración del transportador por más que demuestre no solo que no cometió culpa, sino también que el hecho causante del daño constituye para él una fuerza mayor, es decir, un hecho irresistible e inevitable.

“Obsérvese que cuando al deudor se le permite demostrar cualquier causa extraña y ésta se establece realmente, la exoneración se produce porque se sabe que el daño no solo fue causado por el deudor, sino que no hubo culpa de éste. En cambio, en las hipótesis que estamos contemplando hay responsabilidad del deudor aunque él no sea la causa del incumplimiento; por tanto, aunque pruebe que la causa derivó de un fenómeno ajeno a su dominio, de todas maneras su responsabilidad subsiste. En resumen, cuando alguna de las formas de causa extraña no libera, como en los ejemplos planteados, la responsabilidad es puramente objetiva y, por tanto, la culpa no es fundamento de la responsabilidad contractual del deudor.

“De otro lado, y es la hipótesis más frecuente, en las obligaciones de género y en general en todos aquellos casos de incumplimiento puro y simple de obligaciones cuyo cumplimiento sigue siendo posible, al deudor no lo libera ni siquiera la causa extraña, cualquiera que ella sea”, porque las cosas de género no perecen. “Así, por ejemplo, el deudor de una suma de dinero no se libera de su obligación por más que le haya sido imposible cumplirla”.

De donde se concluye:

“La cuestión es, que al margen de que se afirme que la entidad financiera reconvenida debe responder porque su obligación de custodiar el dinero es de resultado, o porque la actividad que ejerce genera riesgos, la responsabilidad es de carácter objetivo, de tal suerte para que pueda obligársele a responder por el monto que fue sustraído de la cuenta de Yale Servisseg Ltda., es suficiente que se acredite el incumplimiento del deber contractual y el nexo causal entre éste y la pérdida del dinero...”.

“(…)

Desde esta perspectiva, no importa si la inejecución contractual se produjo con o sin culpa del Banco acusado, al punto que sólo podrá liberarse de su responsabilidad si demuestra que fue su contraparte la que incurrió en ella, y que fue con ocasión de su proceder u omisión, que el daño se originó.

¹ Cfr. Sal. Cas. Civ. Sent. 24-10-94. M. P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schools.

Así lo ha expuesto el máximo órgano de la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria:

*“Si no hubo culpa del causahabiente, el banco responde, así tampoco hubiese existido culpa de su parte (...). En otros términos, conviene insistir una vez más en que el citado artículo 1391 del Código de Comercio establece quién debe correr con los riesgos de los cheques falsificados...”, doctrina que se itera se aplica al caso **sub examine** por virtud de la naturaleza de las obligaciones que dimanan del contrato materia de litigio², “...tiene como obvia excepción que la culpa de los hechos recaiga en el cuenta correntista o en sus dependientes, factores o representantes”.*

“(...) Pero, así mismo, no deben perderse vista otros postulados acogidos sin reparo para atemperar el rigor de esta doctrina, habida cuenta que en cuanto ella hace pesar sobre el banco, en su calidad de librado, el riesgo de ‘falsificación’ a base de imputársele responsabilidad objetiva, lo cierto es que esta responsabilidad puede moderarse, e incluso quedar eliminada, si concurre culpa imputable al titular de la cuenta corriente”.

Respecto de la prueba de esa culpa, también se ha pronunciado la Corte:

“La entidad bancaria queda exonerada de la responsabilidad empresarial de la que se ha hablado, originada en el pago de los instrumentos espurios, cuando el librador, o las personas por las que él responde, hubieren incurrido en culpa que hubiese ‘dado lugar a ello’.

“Pero, como es diáfano en la aludida regla, debe existir un vínculo de causalidad entre la culpa del librador y la adulteración del título valor, es decir, que hay lugar a la exoneración del banco en cuanto éste demuestre la existencia de una culpa del girador ligada a la falsificación del cheque de modo que pueda colegirse que esta última debe su existencia a aquella otra (...).

“Débese destacar acá y con singular énfasis, que no cualquier inobservancia atribuible al librador da lugar a la liberación de responsabilidad del banco acusado de pagar cheques espurios, pues para que tal exoneración se produzca es menester que la culpa de aquél se encuentre entroncada con la falsificación de los mismos, de modo que sea posible inferir que esta última debe su existencia a aquélla otra (...)”³.

De ahí, que no sea suficiente, a fin de que la entidad financiera demandada salga avante en sus defensas, que haya actuado profesionalmente, ni que acrelide que obró con diligencia y cuidado, así como tampoco el hecho de que durante seis años el sistema hubiese funcionado sin ningún inconveniente, sino que debe enfrentar esa responsabilidad a través de la prueba fehaciente, de que el daño de que se duele la sociedad actora fue producto de su obra, se itera.

Culpa que en el **sub júdice** no se demostró, habida cuenta que ninguno de los medios de convicción que se recaudaron en el plenario permite colegir que la

2 Sobre el particular puntuó la misma fuente: “Es evidente que la norma contenida en el citado artículo 1391 del estatuto mercantil, que en principio fue destinada a regular lo atinente a la responsabilidad del banco librado por ‘el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado’, no contempla expresamente el evento de la falsedad de una nota débito o cualquier otra forma alternativa de disposición de los fondos depositados en la cuenta corriente bancaria respectiva. Con todo, ello no implica que –con miras a establecer la responsabilidad contractual del banco emanada del pago de una nota débito materialmente alterada o la ausencia de esa responsabilidad si es que fue el proceder del cuentacorrentista, el factor determinante de la defraudación -, el juzgador no pueda aplicar las pautas previstas en la señalada disposición con referencia a la falsedad del cheque, atendiendo desde luego, las particularidades inherentes a las citadas dubitaciones”, (Cfr. Sal. Cas. Civ. Sent. 15-12-06, Exp. # 2002-00025-01. M. P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena).

3 Cfr. Sal. Cas. Civ. Sent. 9-09-99. Exp. 5005. M. P.: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

sustracción de los cincuenta y seis millones de pesos (\$56'000.000.00) de la cuenta de Yale Servisseg Ltda., haya sido a propósito de su acción u omisión.

DECISIÓN

Y con fundamento en esas razones se confirmó la sentencia de primer grado.

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULOS 1602, 1604 y 2356 del C.C.
	: ARTÍCULOS 5, 10, 15, 17 Num. 1º LEY 527 DE 1999
	: ARTÍCULOS 827 Y 1880 del C. de Co.
	: ARTÍCULOS 177 y 360 del C.P.C.
	: Sent. Cas. Civ. Sent. 9-09-99 Exp. 505 M.P. JORGE ANTONIO
FECHA	: CASTILLO RUGELES
PROCESO	: 2012-11-1º
PONENTE	: ORDINARIO (APELACIÓN SENTENCIA)
DEMANDANTE	: Dra. JULIA MARÍA BOTERO CARDONA
DEMANDADO	: YALE SERVISSEG LIMITADA.
DECISIÓN	: BANCO BILVAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.
	: REVOCADA

1.2.1 Sala Laboral

"EN CUANTO AL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, EL ARTÍCULO 452 CST ESTABLECE EL MISMO COMO OBLIGATORIO ENTRE OTROS, CUANDO EL CONFLICTO COLECTIVO ES DE UN SINDICATO MINORITARIO, COMO OCURRE EN EL PRESENTE EVENTO.

NO DISCUTEN LAS PARTES QUE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL SINDESS ES UN SINDICATO MINORITARIO EN LA EMPRESA DEMANDADA, POR LO QUE, DE CONFORMIDAD CON LA NORMA ANTES MENCIONADA, LOS TRABAJADORES NO TENÍAN LA OPCIÓN DE DECIDIR, DENTRO DE LOS DIEZ (10) DÍAS SIGUIENTES A LA TERMINACIÓN DE LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO, SI IBAN A HUELGA O CONVOCABAN TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, PUES POR DISPOSICIÓN LEGAL, TAN SOLO PODÍAN EFECTUAR LA SOLICITUD DE ESTE ÚLTIMO. SOLICITUD QUE OBVIAMENTE DEBÍA EFECTUARSE DENTRO DEL TÉRMINO REFERIDO, PUES DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 444 CST, EL PLAZO DE 10 DÍAS ALLÍ PREVISTO SE CONCEDE PARA QUE LOS TRABAJADORES A TRAVÉS DE SU SINDICATO, ELIJAN LA OPCIÓN A SEGUIR PARA DAR CONTINUIDAD A LAS ETAPAS DEL CONFLICTO COLECTIVO; EMPERO, SI POR TRATARSE DE UN SINDICATO MINORITARIO, SOLO TENÍAN LA OPCIÓN DE SOMETER EL CONFLICTO A LA DECISIÓN DE UN TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, ES CLARO QUE TAL PROCEDER DEBE TENER LUGAR DENTRO DEL MISMO TÉRMINO SEÑALADO EN LA REFERIDA NORMA". (...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en verificar si la demandante perdió el amparo del fuero sindical.

a) La demanda

La señora **OLGA LUCIA PIZA FONSECA**, actuando mediante apoderado judicial, promovió demanda Ordinaria Laboral de primera instancia en contra de **FAMISANAR LTDA**, para que mediante sentencia judicial, se condene a la demandada a reintegrar a la demandante en el mismo cargo o en uno de mayor denominación, con las mismas o mejores condiciones que tenía al momento de ser despedida, al pago de salarios dejados de percibir en la proporción de

\$2.300.000 mensuales, desde la fecha del despido hasta el día en que se produzca el reintegro, y costas procesales.

b) Los hechos

Fundamenta sus peticiones en que se vinculó laboralmente con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el día 1 de abril de 2004, desempeñando el cargo de Consultora de negocios de Plan Complementario. Que el último salario percibido era de \$629.300 más bonificaciones para un total aproximado \$2.300.000. Que en octubre de 2010 la actora se afilió a la organización sindical SINDESS. Que el 4 de octubre de 2010 esa organización presentó una solicitud de no modificar los contratos de trabajo. Que el 9 de junio de 2011 SINDESS presentó una querella por violación al derecho de asociación ante el Ministerio de Protección Social. Que ese mismo día se adelantó diligencia administrativa laboral en la cual la demandada se comprometió a fijar un encuentro entre el Gerente de la demandada y el Sindicato para discutir la situación que dio origen a la querella, que se estableció como fecha para tal reunión el 28 de junio de 2011. Que la demandante fue despedida el día 14 de junio de 2011. Que el 1 de febrero de 2010 el sindicato presentó pliego de peticiones ante la empresa demandada y ante el Ministerio de la Protección Social. Que el 9 de febrero de 2010 el sindicato radicó querella ante el Ministerio de Protección social ante la falta de voluntad de la demandada para iniciar la negociación. Que el 25 de octubre de 2010 SINDESS volvió a presentar pliego de peticiones ante la demandada y el Ministerio de Protección social. Que el 2 de noviembre de 2010 la demandada designa la comisión negociadora. Que el 22 de noviembre de 2010 se termina la etapa de arreglo directo sin llegar a ningún acuerdo, que el 15 de junio de 2011 el sindicato solicita al Ministerio de Protección Social la convocatoria de tribunal de Arbitramento.

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado 10º Laboral del Circuito Adjunto de Bogotá, en audiencia celebrada el 08 de agosto de 2012, resolvió: **PRIMERO:** Declarar probada la excepción de inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada y en consecuencia ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoada por OLGA LUCIA PIZA FONSECA, de acuerdo a las consideraciones expuestas en esta providencia. **SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte actora, tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de \$400.000

Lo anterior por considerar que de conformidad con las pruebas allegadas se establece que el conflicto colectivo surgió con la presentación del pliego de peticiones, que la demandante estaba afiliada a la organización sindical SINDESS; empero, tal como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia 23651 del 3 de agosto de 2005, para que la garantía del fuero circunstancial pueda invocarse, el trámite del conflicto colectivo de trabajo debe seguirse conforme a los términos legalmente establecidos, pero si, como en el presente caso, no se continúa con la etapa siguiente de dicho conflicto y esa omisión se perpetúa en el tiempo, no puede ya predicarse la existencia de este amparo especial para los trabajadores; observa el Juzgado que en el presente asunto, entre la fecha de terminación de la etapa directa y la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento transcurrieron 7 meses, por lo que el conflicto no se desenvolvió normalmente y se advirtió la falta de interés del sindicato, tan solo luego del despido de la demandante, procede la organización sindical a solicitar el Tribunal de Arbitramento luego de un largo periodo en el que existió dejación de ésta en continuar con el trámite del conflicto, sin que obre prueba que permite advertir una situación justificable de tal retardo en la convocatoria de la siguiente etapa del conflicto colectivo.

RECURSO

Contra esta decisión el apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación por considerar que la jurisprudencia en que se basa la decisión del Juzgado no establece un término perentorio para presentar la solicitud de Tribunal de Arbitramento; que después de terminada la etapa de arreglo directo sí se realizaron acciones tendientes a solucionar el conflicto, se presentaron algunas comunicaciones y una querella ante el Ministerio de Protección social, producto de la cual la empresa se compromete con el sindicato y ante el Ministerio de la Protección social a reunirse el 28 de junio de 2011, sin embargo, el 14 de junio la empresa decide despedir a los trabajadores. Insiste en que sí existía un conflicto colectivo al momento del despido y que la demandante estaba amparada por el fuero circunstancial, pues si eso no fuera así, el Ministerio de la Protección social no hubiese convocado a Tribunal de Arbitramento en enero de 2012, y la demandada no hubiese aducido como razón para no negociar un pliego de peticiones presentado por otra organización sindical, que existe un conflicto colectivo con SINDESS.

RELACIÓN LABORAL

No fue objeto de discusión entre las partes, la existencia de la relación laboral entre las partes, la cual es admitida por la parte demandada y se corrobora con las pruebas aportadas al proceso, en especial, liquidación final de prestaciones sociales (folio 113), contrato de trabajo (folio 114 a 117), y carta de terminación del vínculo laboral (folio 119), de las que se colige que la señora OLGA LUCIA PIZA FONSECA prestó sus servicios a la demandada desde el 1 de abril de 2004 hasta el 15 de junio de 2011, desempeñando el cargo de consultor de plan complementario, percibiendo como remuneración un sueldo básico equivalente a \$629.300 más comisiones sobre recaudo mensual.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar la inconformidad planteada por el recurrente:

FUERO CIRCUNSTANCIAL

Al analizar las pruebas obrantes en el expediente conforme al artículo 60 C.P.L., en especial, solicitud de afiliación de la demandante a la organización SINDESS NACIONAL (folio 2), pliego de peticiones presentado por parte de SINDESS ante el Ministerio de Protección Social y ante el Presidente de Famisanar (folio 3 a 9), acta de terminación de la etapa de arreglo directo entre demandada y SINDESS (folio 10), comunicación del 5 de febrero de 2010 por la cual el sindicato solicita a la demandada designar los negociadores del pliego de peticiones (folio 11), querella presentada por el sindicato ante el Ministerio de Protección Social por la negativa del demandado a negociar el pliego presentado (folio 12 a 14), radicación de un nuevo pliego de peticiones ante la empresa demandada y el Ministerio de Protección Social el día 26 de Octubre de 2011 (folio 15 a 24), designación de comisión negociadora de la empresa y citación para iniciar negociaciones (folio 25), acta de audiencia celebrada el 9 de junio de 2011 ante el Ministerio de la Protección Social con asistencia de SINDESS y la demandada, en razón a una querella presentada por la organización sindical (folio 27 a 29), solicitud de convocatoria a tribunal de Arbitramento presentada por el sindicato ante el Ministerio de Protección social (folio 30 y 31), liquidación final del contrato de trabajo (folio 113), contrato de trabajo celebrado entre las partes (folio 114 a 118), carta de despido (folio 119), interrogatorio de parte absuelto por la demandante y por el representante legal de la demandada (CD 2 y 3); puede concluirse que la demandante se afilia al Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad social SINDESS NACIONAL el día 28 de Octubre de 2010.

Se establece igualmente que el día 1 de febrero de 2010 esta organización sindical presenta un pliego de peticiones ante su empleador, y que posteriormente, el día 26 de Octubre de 2010 se retira ese primer pliego y se presenta un nuevo pliego de peticiones ante FAMISANAR y el Ministerio de Protección Social. Que se

adelantó la etapa de arreglo directo entre la empresa demandada y la organización sindical, la cual finalizó el 22 de Noviembre de 2010, sin que se hubiese logrado ningún acuerdo.

El día 9 de Junio de 2011 se celebra audiencia de trámite ante el Ministerio de la Protección Social, con ocasión de una querella presentada por SINDESS contra FAMISANAR. En dicha audiencia, el representante de la organización sindical expone algunas inconformidades en cuanto a actuaciones de la demandada en relación con la modificación de algunas condiciones del contrato de trabajo que considera atentatorias del derecho de asociación, y como conclusión, FAMISANAR se compromete a buscar un encuentro en reunión entre sindicato y empresa para discutir lo reclamado.

Es esta la situación cuando la directora de gestión humana de FAMISANAR comunica a la demandante señora OLGA LUCÍA PIZA FONSECA la decisión de la empleadora de dar por terminado el contrato de trabajo, mediante misiva del 14 de junio de 2011, en la que informa que por razones de reestructuración del área comercial y del área en la que venía laborando la demandante, se finaliza su vinculación laboral (folio 119). Despido éste que, por las razones aducidas como fundamento del mismo, deviene en injusto, tal como lo admitió la demandada al reconocer el pago de la indemnización respectiva, como se advierte de la liquidación final de prestaciones sociales (folio 113).

En relación con la protección a los trabajadores que se encuentran en conflicto colectivo con su empleador, el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, prevé que los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

Dichos términos legales, son los establecidos en los artículos 432 y ss del Código sustantivo del Trabajo. En dichas disposiciones, de orden público, se establece que el conflicto colectivo inicia con la presentación del pliego de peticiones, luego de lo cual, y dentro de las 24 horas siguientes, el empleador está obligado a recibir a los delegados de los trabajadores, y en todo caso, la iniciación de las conversaciones en la etapa de arreglo directo no puede diferirse por más de 5 días siguientes hábiles a partir de la presentación del pliego. (artículo 433 CST).

Las conversaciones de negociación del pliego de peticiones durará 20 días calendario, prorrogables hasta por otros 20 días por decisión de las partes (artículo 343 CST), vencido este término, finaliza la etapa de arreglo directo, y de no haber logrado un acuerdo total respecto de los puntos del pliego de peticiones, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de la huelga o someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, elección que deben efectuar los trabajadores dentro de los 10 días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo (artículo 444 CST).

Cuando los trabajadores optan por la huelga, la misma solo podrá efectuarse transcurridos dos (2) días hábiles a su declaración y no más de días (10) días hábiles después. Huelga que no podrá prolongarse por más de 60 días. (artículo 445 CST).

En cuanto al Tribunal de Arbitramento, el artículo 452 CST establece el mismo como obligatorio entre otros, cuando el conflicto colectivo es de un sindicato minoritario, como ocurre en el presente evento.

No discuten las partes que la organización sindical Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social SINDESS es un sindicato minoritario en la empresa demandada, por lo que, de conformidad con la norma antes mencionada, los trabajadores no tenían la opción de decidir, dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo, si iban a huelga o convocaban Tribunal de Arbitramento, pues por disposición legal, tan solo podían efectuar la solicitud de este último. Solicitud que obviamente debía efectuarse dentro del término referido, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 444 CST, el plazo de 10 días allí previsto se concede para que los trabajadores a través de su sindicato, elijan la opción a seguir para dar continuidad a las etapas del conflicto colectivo; empero, si por tratarse de un sindicato minoritario, solo tenían la opción de someter el conflicto a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, es claro que tal proceder debe tener lugar dentro del mismo término señalado en la referida norma.

En el caso de autos, como ya se señaló al analizar los medios de prueba aportados, la etapa de arreglo directo finalizó el 22 de noviembre de 2010 (folio 10), por lo que SINDESS contaba con 10 días hábiles a partir de esta fecha, para efectuar la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento, dado que, como se explicó, no podían optar por la huelga.

Sin embargo, como se desprende de la documental visible a folio 30 y 31, el Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social SINDESS NACIONAL, solicitó la convocatoria de Tribunal de Arbitramento Obligatorio ante el Ministerio de la Protección Social el día 20 de junio de 2011, esto es, casi siete (7) meses después de finalizada la etapa de arreglo directo, situación que si bien no desdice de la existencia de un conflicto colectivo de trabajo latente entre esta organización sindical y FAMISANAR S.A., sí implica que la garantía a favor de los trabajadores y denominada *fuero circunstancial*, se pierda, pues como lo advierte el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, la misma opera durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto, y en el caso de autos se advierte que el sindicato desconoció el término legal para solicitar la convocatoria del Tribunal de arbitramento obligatorio.

Así lo ha considerado la H. Corte Suprema de Justicia, en pacífica y reiterada jurisprudencia, al concluir que los términos que fijó la ley para la ejecución y definición de los conflictos colectivos deben cumplirse, *pues de no existir límites temporales, esos conflictos se dilatarían indefinidamente, con las consecuencias que ello acarrearía. Igualmente ha dicho la Sala que la indefinición o prolongación de los términos legales implica que la protección que se consagró para los trabajadores, durante el conflicto colectivo de trabajo, denominado por la doctrina fuero circunstancia, se pierde*. Así lo ha sostenido entre otras, en sentencia 23651 del 3 de agosto de 2005 con ponencia del H. Magistrado Dr. Camilo Tarquino Gallego y sentencia 23843 del 16 de marzo de 2005 Magistrado Ponente Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.

En este último pronunciamiento, concluyó el Alto Tribunal que *la duración de los distintos períodos a que está sometido el conflicto colectivo de trabajo no puede quedar liberada al antojo y gusto de las partes ni al simple capricho de las autoridades del trabajo. La observancia estricta y cabal de los períodos y términos del conflicto es la única senda válida para que aquél atraiga el amparo legal y se haga digno de la protección de las autoridades e inclusive el respeto del empleador. Por tanto, continúa la Corte, si el sentido de la protección en comento (fuero circunstancial) es el permitir a los trabajadores el libre ejercicio del derecho constitucional de la negociación colectiva, forzoso resulta concluir que esta garantía pierde sentido cuando el proceso de negociación se halla estancado por un periodo prolongado y, a pesar de contar con los mecanismos legales para*

impulsarlo, no existe por parte de quienes lo promovieron el interés para culminarlo (...)

En este orden de ideas, como quiera que la organización sindical inobservó el término legalmente establecido para solicitar la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, que no es otro que el de 10 días hábiles establecido en el artículo 444 CST, los trabajadores incluida la demandante, perdieron la garantía del fuero circunstancial, pues, se reitera, esta se mantiene durante los términos legales de las etapas del conflicto colectivo. Sin que pueda aducirse, como lo pretende el recurrente, que la querella a que se hace alusión en la audiencia del 9 de junio de 2011 celebrada ante el Ministerio de la Protección Social, tenga la virtud de demostrar el cumplimiento de los términos legales ya expuestos, y de desvirtuar la negligencia u omisión que el Juzgado de primera instancia le endilga al sindicato dentro del trámite del conflicto, como quiera que dicha reclamación tampoco fue presentada dentro del término a que hemos hecho referencia, y no hace referencia a los puntos del conflicto colectivo iniciado con el pliego del 26 de octubre de 2010, sino a una posible persecución sindical por modificación de las condiciones salariales, a más que, como ya se ha explicado, lo procedente luego de la etapa de arreglo directo era únicamente la convocatoria del tribunal de arbitramento, y al no hacerlo dentro del término legal, el amparo del fuero circunstancial se pierde.

Por tanto, deberá la Sala confirmar la decisión apelada". (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 343, 432, 433, 444, 445 y 452 del CST.
	: ARTÍCULO 25 del DECRETO 2351 DE 1965
	: Sent. 23651 del 3 de agosto de 2005 M.P. Camilo Tarquino Gallego C.S.J.
	: Sent. 23843 del 16 de marzo de 2005 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza C.S.J.
FECHA	: 2012-08-29
PROCESO	: ORDINARIO LABORAL
PONENTE	: Dr. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
DEMANDANTE	: OLGA LUCÍA PIZA FONSECA
DEMANDADO	: FAMISANAR LTDA.
RADICACIÓN	: 10201100611 02
DECISIÓN	: CONFIRMA

1.2. 2. Sala Laboral

“ASÍ LAS COSAS, CUMPLE EL SEÑOR JOSE VICENTE RODRÍGUEZ PARRA CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL INCISO 2° DEL PARÁGRAFO 4° DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993, PARA ACceder A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR TENER UN HIJO DISCAPACITADO QUE DEPENDE DE ÉL. DEBIENDO ESTA SALA ACLARAR QUE, CONTRARIO A LO AFIRMADO POR LA RECURRENTE, LA DEPENDENCIA QUE PRECISA LA NORMA EN MENCIÓN PARA QUE PROCEDA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL ALLÍ PREVISTO, NO CORRESPONDE AL EXCLUSIVO CUIDADO PERSONAL DEL MENOR POR PARTE DEL DEMANDANTE, SINO EN QUE EL MENOR CON DISCAPACIDAD DEPENDA PARA SU MANUTENCIÓN, DEL PROGENITOR QUE RECLAMA LA PENSIÓN, EN ESTE CASO, SU PADRE.

AL RESPECTO, DEBE LA SALA DE DECISIÓN SEñALAR QUE EN LA SENTENCIA C 227 DE 2004 MEDIANTE LA CUAL LA H. CORTE CONSTITUCIONAL ESTUDIO LA EXEQUIBILIDAD DE LAS EXPRESIONES “MENOR DE 18 AÑOS” Y “DEPENDIENTE DE LA MADRE”, CONCLUYÓ, RESPECTO DE ÉSTA ÚLTIMA, QUE CONSTITUYE EL OBJETO DE REPARO POR EL AQUÍ RECURRENTE, QUE LA MISMA ES AJUSTADA AL MANDATO CONSTITUCIONAL EN EL ENTENDIDO QUE LA DEPENDENCIA ES ECONÓMICA”. (...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en verificar si la dependencia del hijo discapacitado respecto del padre es cuidado personal o dependencia económica.

a) **La demanda**

El señor **JOSÉ VICENTE RODRIGUEZ PARRA**, actuando mediante apoderado judicial, promovió demanda Ordinaria Laboral de primera instancia en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, para que mediante sentencia judicial, se condene a la demandada a pagar pensión especial de vejez prevista en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º parágrafo 4º inciso 2 de la ley 797 de 2003, desde la fecha en que se causo el derecho, esto es el 1 de enero de 2009 y en lo sucesivo, pensión que se debe liquidar con el promedio de lo cotizado por el demandante dentro de los 10 anteriores al reconocimiento de la pensión o el promedio de lo cotizado en toda su vida laboral, si le es mas favorable, aplicando el 85% como tasa de reemplazo, indexación, intereses moratorios, los derechos que resulten probados en virtud del principio ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.

b) **Los hechos**

Fundamenta sus peticiones en que el demandante cuenta con 1.770.71 semanas cotizadas al ISS, que en la actualidad cuenta con 55 años de edad. Que tiene un hijo menor de edad de nombre Elkin Javier Rodríguez Lozano, que nació el 22 de enero del 2000 y padece de epilepsia con trastorno generalizado del desarrollo, que como consecuencia de ello la oficina de medicina laboral del ISS en dictamen emitido el 12 de noviembre de 2008, determino al menor una disminución de la capacidad laboral del 56%, la cual se estructuro desde su nacimiento, que la madre del menor la señora Xenia Lozano Sánchez debe encargarse de tiempo completo del cuidado del menor y del hogar, lo que le impide emplearse en actividades que le generen ingresos económicos, que la señora Lozano Sánchez tampoco cuenta con una expectativa de pensión en razón a que tiene mas de 45 años edad, porque solo cotizo 404 semanas al ISS hasta el 31 de enero del año 2000, que el demandante laboro en un empleo formal solo hasta diciembre de 2008, y en lo sucesivo y hasta la fecha el demandante ha tenido que trabajar de manera informal y esporádica en actividades de construcción que no le representan ingresos fijos mensuales, que ni siquiera alcanzan a ser un salario mínimo legal, pero que constituye este, en la única fuente de ingreso económico para su menor hijo y esposa. Que el demandante se afilio como trabajador independiente al sistema general de seguridad social en salud únicamente para que su menor hijo pudiera recibir atención médica y tratamiento. Que el demandante radico ante el ISS, solicitud de pensión especial de vejez por hijo inválido, el 27 de noviembre de 2008, siendo negada por el ISS por considerar que no cumplía con los requisitos, contra esta decisión interpuso los recursos de ley, siendo confirmada la negativa del reconocimiento pensional.

(...)

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogota, en audiencia celebrada el 12 de septiembre de 2012, resolvió: **PRIMERO:** Condenar a la demandada INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a reconocer pensión especial por hijo invalido al demandante en cuantía de \$1.419.086 a partir de enero de 2009, con sus correspondientes incrementos legales, a pagar el valor del retroactivo por las mesadas causadas a partir de enero de 2009 por 14 mesadas al año y a pagar el valor de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas y no canceladas en forma oportuna al demandante. **SEGUNDO:** Se condena en costas y agencias en costas únicamente comprobadas a la parte demandada y agencias en derecho por el valor de (1) SMMLV. **TERCERO:** No se declara probada la excepción de prescripción, además el Despacho se declara relevado de manifestarse sobre las demás excepciones. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por el ISS consulte con el superior.

Lo anterior por considerar que en el plenario se acredita la filiación del menor con el demandante, el grado de invalidez, la fecha de estructuración de la misma, que la señora madre del menor discapacitado se dedica al cuidado permanente de él y que el demandante colabora ocasionalmente en esos cuidados además de proveer los recursos económicos para su sostenimiento y que para el año 2008 el actor cumplía con más de 1125 semanas exigidas en esa anualidad para acceder a la pensión. Que de conformidad con estos presupuestos fácticos y con lo dispuesto en el inciso 2º parágrafo 4º del artículo 33 de la ley 100 de 1993, se concluye la procedencia de la pensión reclamada, pues si bien la señora madre del menor discapacitado se dedica a los cuidados del mismo no tiene actividad económica alguna que genere ingresos para el hogar, y que es el demandante quien provee los recursos para el sostenimiento de su familia mediante los oficios ocasionales que desarrolla. Que en cuanto al ámbito de dependencia fijado en la mencionada norma, señala el juzgado que no se trata únicamente del cuidado personal exclusivo y excluyente del menor por uno de sus padres, sino también de la dependencia económica que en este evento se acredita del menor discapacitado respecto de su padre, hoy demandante, a más que el actor le proporciona igualmente al menor algunos cuidados personales, y acompañamiento afectivo.

RECURSO

La parte demandada interpone recurso de apelación manifestando que de conformidad con los testimonios recepcionados en el presente proceso se estableció que el menor discapacitado no depende única y exclusivamente del padre, que sus cuidados están a cargo de su mamá, razón por la cual al no depender exclusivamente del padre no es procedente condenar al ISS al reconocimiento de la pensión ni los intereses de mora.

c) Consideraciones

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ PADRE DE HIJO DISCAPACITADO

Al analizar las pruebas obrantes en el plenario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 CPL, en especial resumen de semanas cotizadas por el demandante al ISS (folio 2 a 5), copia de la cédula de ciudadanía del demandante (folio 6), copia del documento de identidad y carné de afiliación a Salud del menor ELKIN JAVIER RODRÍGUEZ LOZANO (folio 7), comunicación de evaluación médica laboral de ELKIN JAVIER RODRIGUEZ LOZANO (folio 8), declaración extrajuicio rendida por el demandante y la señora XENIA LOZANO SANCHEZ sobre su convivencia permanente, hijo discapacitado y dependencia económica respecto del actor (folio 9), copia de las Resoluciones 138724 de 2009, 1081 de 2010 y 4811 de 2010 mediante las cuales se niega la pensión especial de vejez al actor (folio 11 a 19), historia clínica del menor ELKIN JAVIER RODRIGUEZ LOZANO (folio 20 a 22), constancia de matrícula del menor en un Colegio Distrital con Aulas exclusivas de autismo (folio 23), reporte de semanas cotizadas al ISS por la señora XENIA LOZANO SANCHEZ (folio 24), y expediente administrativo del actor (folio 74 a 204), registro civil de nacimiento de ELKIN JAVIER RODRIGUEZ LOZANO (folio 186), y testimonios rendidos por XENIA LOZANO SANCHEZ. RICARDO AGUILAR VARON Y CARLOS JULIO CARO (CD), se colige que el demandante tiene un hijo de nombre ELKIN JAVIER RODRIGUEZ LOZANO, discapacitado por padecer de epilepsia y autismo.

(...)

Así las cosas, cumple el señor JOSE VICENTE RODRÍGUEZ PARRA con los requisitos establecidos en el inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 33 de la ley 100 de 1993, para acceder a la pensión especial de vejez por tener un hijo discapacitado que depende de él. Debiendo esta Sala aclarar que, contrario a lo afirmado por la recurrente, la dependencia que precisa la norma en mención para que proceda el reconocimiento pensional allí previsto, no corresponde al exclusivo cuidado personal del menor por parte del demandante, sino en que el menor con

discapacidad dependa para su manutención, del progenitor que reclama la pensión, en este caso, su padre.

Al respecto, debe la Sala de Decisión señalar que en la sentencia C 227 de 2004 mediante la cual la H. Corte Constitucional estudio la exequibilidad de las expresiones “menor de 18 años” y “dependiente de la madre”, concluyó, respecto de ésta última, que constituye el objeto de reparo por el aquí recurrente, que la misma es ajustada al mandato constitucional en el entendido que la dependencia es económica.

Así, en la mencionada sentencia C 227 de 2004, la H. Corte Constitucional con ponencia del H. Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, concluyó que la dependencia del niño inválido con respecto a la madre debe ser de tipo económico. Es decir, el requisito de la dependencia con respecto a la madre no se satisface con la simple necesidad afectiva o psicológica del niño de contar con la presencia, el cariño y el acompañamiento de su madre. No le cabe ninguna duda a esta Corporación que el apoyo de la madre es fundamental para los niños afectados por una discapacidad, pero para efectos de obtener el derecho a acceder a la pensión especial de vejez esta dependencia no es suficiente. En la misma exposición de motivos transcrita en algunos apartes se expresa que el objetivo de la norma era concederle el beneficio a las madres trabajadoras que eran responsables de la manutención del hijo afectado por una invalidez física o mental, lo que indica que de lo que se trata es de facilitarle a la madre que陪伴 a su hijo, para lo cual se la releva del esfuerzo diario por obtener medios para la subsistencia. Y, ciertamente, la garantía de la pensión especial de vejez que confiere la norma le permite a la madre asegurar unos ingresos económicos que le posibilitan dejar su trabajo para poder dedicarse a su hijo, con el objeto de acompañarlo en su proceso de rehabilitación o de suplir sus insuficiencias.

De la precisión anterior se deriva también que el beneficio de la pensión especial de vejez no podrá ser reclamado por las madres trabajadoras, cuando sus niños afectados por una invalidez física o mental tengan bienes o rentas propios para mantenerse. En este caso, estos niños no dependerían económicamente de la madre, requisito que debe cumplirse para poder acceder a la pensión especial de vejez. Tampoco sería aplicable la norma cuando estos niños reciban un beneficio del Sistema de Seguridad Social que los provea de los medios para subsistir.

Por tal razón, siendo que de la modulación efectuada por la H. Corte Constitucional al inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 33 de la ley 100 de 1993, específicamente a la expresión “dependiente de la madre”, se colige que dicha dependencia es económica y no se refiere simplemente al cuidado personal del hijo discapacitado, es claro para esta Sala que la inconformidad de la entidad apelante no tiene asidero jurídico alguno, y por tanto deberá desestimarse”. (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 33 LEY 100 de 1993 MOD. art. 9º pará. 4º inc. 2 LEY 797 DE 2003

: ARTÍCULO 6º de la Ley 1194 de 2007

: ARTÍCULO 357 DEL C.P.C.

: ARTÍCULOS 60 y 66 A C.P.L. adic.

: Sent. C-227 DE 2004 M:P: Manuel José Cepeda Espinosa C.C.

FECHA

: 2012-10-03

PROCESO

: ORDINARIO LABORAL

PONENTE

: Dr. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

DEMANDANTE

: JOSÉ VICENTE RODRÍGUEZ

DEMANDADO

: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

RADICACIÓN

: 04201200289 01

DECISIÓN

: CONFIRMA

Sala Penal

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. LARA ACUÑA HERMENS DARIO Rad. 110016300113201200028 01 (-11-12)
FAVORABILIDAD – Imposibilidad de aplicar por favorabilidad la rebaja de pena por sentencia anticipada prevista en la Ley 600 de 2000, en vez del artículo 57 de la ley 1453 de

2011 que reformó artículo 301 de la ley 906 de 2004, en caso de allanamiento a cargos de personas capturadas en flagrancia.

“5.1.1.- Una vez dosificada la pena, debe establecerse si a esta persona se le puede aplicar indistintamente la más favorable de las normas que regulan la rebaja de pena por aceptación de cargos, esto es, la Ley 906 de 2004 con la reforma de la 1453 de 2011 o la Ley 600 de 2000, tal y como lo refiriera el juzgado en su decisión.

Sea lo primero advertir que, si bien lo que señalan, tanto la sentencia como el apelante, resulta cierto en lo que toca a que por principio de favorabilidad se pueden aplicar normas que regulen figuras similares en ambos sistemas vigentes aún en Colombia, estima la Sala que tal aplicación debe restringirse a aspectos, hechos y situaciones similares e igualmente tratadas en cada una de ellas, pues dicho principio no puede ser utilizado en forma indiscriminada para, como sucede en este caso, y a toda costa, modificar las normas que regulan un determinado asunto, con el pretexto de favorecer la situación del sujeto pasivo de la acción penal.

Para iniciar este análisis, debe partirse de una proposición válida en la legislación procesal penal, que corresponde a la postura establecida por la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en lo que toca con la forma como ha de aplicarse la rebaja de pena por la aceptación de cargos que regula el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, modificatoria de la Ley 906 de 2004, en el tema de flagrancia.

Para el caso, es ese el tema o figura que debe compararse entre ambos sistemas, y no el de la terminación anticipada del proceso -sentencia anticipada o allanamiento a cargos-, pues éste toma un papel secundario frente a la flagrancia, por cuanto las consecuencias en ambas legislaciones de la aplicación de dichos institutos se hace en forma diferente: en el sistema acusatorio, y por virtud de la norma que consagra un determinado monto de rebaja cuando concurre el estado de flagrancia, se regulan las consecuencias en forma diversa a como lo contempla el otro sistema.

En efecto, en la Ley 600 de 2000, el estado de flagrancia está regulado en los artículos 345 y sucesivos, y en dicho estatuto no se trata el tema de las consecuencias que tendría dicha figura para efectos de reducción de pena por sentencia anticipada, pues, en flagrancia o no, la reducción de pena tiene un monto legal de la 1/3 parte, según el artículo 40 ejusdem.

Todo lo contrario sucede en la Ley 906 de 2004, la cual fue modificada por la Ley 1453 de 2011, porque esta última norma, en su artículo 57, establece una consecuencia específica por el estado de flagrancia en relación con la terminación anticipada del proceso regulada en el 351 de la norma original del sistema acusatorio.

Lo anterior permite afirmar sin dubitación alguna, que no se trata de los mismos institutos o figuras jurídico-procesales, lo que hace imposible el ejercicio de aplicación del principio de favorabilidad, pues, no hay correspondencia entre dichas normas y su campo de regulación frente a la flagrancia y la terminación anticipada del proceso.

Por esa razón, considera la Sala que no resulta acertado el ejercicio hermenéutico intentado por el juzgado, porque hace una simple comparación entre beneficios por terminación anticipada de proceso, dejando por fuera del análisis la concurrencia de la figura de flagrancia.

Así, el beneficio que se genera al aplicarse la Ley 600 de 2000 en lo que toca con el monto de la rebaja por sentencia anticipada, es en realidad una apariencia, porque se llega a esa conclusión dejando de lado la flagrancia, la cual no está igualmente regulada en sus consecuencias frente a la terminación anticipada del proceso en ambas legislaciones.

Verificado entonces que no es correcta dicha postura del juzgado, analizado su alegato, tampoco resulta acertada la del apelante que peticiona la aplicación del original 351 del estatuto, sin que se aplique la restricción contemplada por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, puesto que esta Sala en varias decisiones anteriores⁴ ha dejado claro que no concuerda con la declaratoria de excepción de inconstitucionalidad deprecada por el apelante, y sigue la interpretación que sobre el tema ha dado la H. Corte Suprema de Justicia.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.2. LARA ACUÑA HERMENS DARIO Rad. 110016000057201080079 02 (-11-12) ENTREVISTA – Noción – Prevista en el artículo 206 de la Ley 906 – No ofrece certeza / DECLARACIÓN - Solo se refiere a las exposiciones o declaraciones jurada - Prevista en el artículo 347 ibídem – Diferencias con la entrevista / IMPUGNACIÓN DE CREDIBILIDAD - Posibilidad de impugnar credibilidad mediante la utilización de la entrevistas y declaraciones.

“Dado lo anterior, se deberá adelantar un estudio analítico comparativo entre los dichos de los distintos testigos con antelación al juicio oral, y sus manifestaciones en el mismo, análisis en el cual resulta necesario destacar la relevancia probatoria de las entrevistas en comparación con las declaraciones juramentadas.

El artículo 206 de la Ley 906 de 2004, prevé que “cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria”. Así mismo, el estatuto procedural contempla la obtención de declaraciones juramentadas a quienes tengan conocimiento de los hechos y circunstancias que rodearon el delito, con el fin de complementar el acopio probatorio con miras al juicio oral.

(...)

Esta breve referencia legal y jurisprudencial, permite concluir que las entrevistas y declaraciones recaudadas a víctimas y testigos, constituyen medios de información que dan luces a la fiscalía y la policía judicial, sobre el camino que debe adoptar la investigación con el fin de recopilar la mayor cantidad de elementos materiales probatorios y evidencia física que demuestre la responsabilidad de los procesados.

Sin embargo, existen ocasiones en que la manifestación dada por el testigo durante el juicio oral contraviene lo afirmado en las entrevistas o declaraciones iniciales, motivo por el cual se hace necesario verificar qué información

4 Radicados: 2012-01122, 2012-05511, entre otros.

es cierta y cuál no lo es, y mediante el mecanismo legal impugnar la credibilidad del testigo, para demostrar que sus afirmaciones no deben ser tenidas en cuenta por el juez al momento de proferir el fallo. El valor probatorio que se puede otorgar a las declaraciones previas cuando sean utilizadas como mecanismo para impugnar la credibilidad del testigo, ha sido decantado por la jurisprudencia penal en los siguientes términos:

“(…)

Es claro para la Sala, como lo fue para el Fiscal y la Procuradora Delegada que intervinieron en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que a través de éste mecanismo no se puede introducir la declaración previa como prueba autónoma e independiente, pues como claramente lo expone la ley, la finalidad de su utilización es aportar al juicio un elemento que permita sopesar la credibilidad de las afirmaciones del testigo en el juicio oral. Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de ese medio legalmente permitido, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema de que se trata.

(…)

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral.

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juez contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado”⁵.

Ahora bien, este Tribunal debe precisar que la jurisprudencia, al usar el término *declaración*, no lo hace de forma genérica sino refiriéndose única y específicamente a las exposiciones o declaraciones juradas, por cuanto las entrevistas y otros relatos que se hayan recaudado durante la investigación, no ofrecen certeza sobre la información recaudada y, por ello, no pueden valorarse como pruebas. Esta postura encuentra sustento en el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, cuyo texto prevé:

“Artículo 347. Procedimiento para exposiciones. Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes.”

Como se deduce de la norma en cuestión, resulta desacertado otorgar igual relevancia probatoria a las entrevistas realizadas por la policía judicial, de conformidad con el artículo 206 del C.P.P., frente a la declaración jurada de que trata la norma transcrita, pues en la primera no se tiene la certeza absoluta que su contenido sea idéntico a la información dada por el deponente, mientras la segunda sí se ofrece dicha garantía por haberse rendido bajo la gravedad de juramento.

Es importante recordar que la Ley 906 de 2004, marca una clara diferencia entre la entrevista -sin mayor formalidad acopiada por el policía judicial- y la declaración bajo la ritualidad del juramento, distinción que se hace evidente en la obligación de registrar las declaraciones juradas por los medios técnicos idóneos (artículo 146), la posibilidad de expedirse una orden de registro y allanamiento cuando los motivos fundados se respalden con declaración jurada de testigo o informante (artículo 221), la necesidad de incluir entre los anexos del escrito de acusación, las declaraciones y deposiciones (artículo 337), o la posibilidad que tienen las partes para utilizar la declaración jurada durante el contrainterrogatorio (artículo 393).

Igualmente, el estatuto procedural es coherente en señalar las ocasiones en que cobra importancia la entrevista como simple medio de información para el investigador (artículo 206), averiguación por la defensa (artículo 271), o su inclusión dentro de los informes de investigador de campo (artículo 209).

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 9 de noviembre de 2006. Rad. 25738. Reiterada por la sentencia de 24 de febrero de 2010. Rad. 31946.

Ahora, el artículo 347 transcrto, enseña que la Fiscalía General de la Nación podrá efectuar declaración jurada al testigo a quien se hubiere hecho entrevista y que resulte de gran importancia para el caso, lo que reitera la diferencia existente entre ambas figuras pues aquella se utiliza cuando la entrevista permita entrever la relevancia probatoria de la información aportada.

Por lo anterior, es forzoso concluir que las declaraciones a las que se refiere la jurisprudencia penal transcrita, hacen referencia únicamente a las deposiciones o declaraciones juradas, dejando a un lado las entrevistas, pues éstas no ofrecen certeza sobre lo dicho por el informante y en tanto, no podrían ser valoradas a la par del testimonio rendido en el juicio oral.

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

LUIS FERNANDO RAMÍREZ CONTRERAS
Vicepresidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora