



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 01 DE 14 DE ENERO DE 2011**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1 Sala Civil

RECURSO DE APELACIÓN. PRINCIPIO DE LIMITACIÓN NO TIENE OPERANCIA FRENTE A APELACIONES DIRIGIDAS POR ACTIVA Y PASIVA CONTRA LA SENTENCIA, POR LO TANTO EL SUPERIOR PUEDE EXAMINARLA EN TODOS SUS ASPECTOS.

RESPONSABILIDAD BANCARIA POR REVERSIÓN DE TRANSACCIÓN BANCARIA DE COBRO DE TÍTULO VALOR CHEQUE A TRAVÉS DE CANJE SIN AUTORIZACIÓN DEL CUENTACORRENTISTA BENEFICIARIO NI RECHAZO DEL BANCO LIBRADO. Surge del hecho de resultar el titular privado, sin su consentimiento, del derecho incorporado en el título o de las acciones para hacerlo efectivo en caso de no pago.

“... la acción invocada encuentra soporte en el aparente incumplimiento por parte de la entidad demandada de las obligaciones a su cargo derivadas del contrato de cuenta corriente bancaria No 03099035-2 suscrito con la actora, al ordenar la devolución y entrega del cheque No 292131 a un tercero sin autorización de la cuentacorrentista.

Memórese que el contrato, como una de las principales fuentes de las obligaciones (art. 1494 C.C.), constituye ley para los contratantes (art. 1602, *ibidem*), quienes deben cumplir de buena fe no solo las obligaciones expresamente pactadas, sino “...todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella...”, conforme al artículo 1603 sustancial.

Sobre el contrato de cuenta corriente bancaria, preceptúa el artículo 1382 del Código de Comercio que “...el cuenta correntista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero, y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco...”

Ahora bien, como es sabido, tratándose de la responsabilidad que pretenda fundarse en el incumplimiento de un contrato, resulta imperativo para el juzgador determinar previamente los elementos característicos a ese negocio jurídico, las obligaciones que de él emanan, así como la inobservancia de dichas obligaciones, el daño ocasionado, el nexo de causalidad entre dicho incumplimiento y el agravio sufrido por la víctima, exigencias que deben encontrarse plenamente demostradas.

En lo atinente al primer aspecto, de manera liminar advierte esta Sala que no hay discusión entre las partes sobre la existencia del contrato de cuenta corriente que se manejó con el No. 03099035-2 de Bancafe, de la cual es titular la sociedad demandante *Industrial Latorre Caicedo Ltda.*, convenio del que surgen obligaciones recíprocas para los contratantes y, en particular para el Banco, la de recibir los depósitos efectuados por el cliente o por terceros, en efectivo o en cheques; pagar el monto de los cheques a menos que operen causales justificadas que lo impidan; llevar el registro contable de los movimientos de la cuenta, facilitando la información sobre su saldo, entre otras.

En este punto, la jurisprudencia ha precisado que:

“...el vínculo obligante para el Banco, en el manejo de las cuentas corrientes **emana de la naturaleza misma del contrato**, no de las prácticas, usos, o costumbres de la generalidad de los Bancos, porque éstos no constituyen el fundamento de la obligación. Las prácticas bancarias se suponen ordenadas al fiel cumplimiento de los deberes impuestos por la ley a los establecimientos de crédito.”¹

¹ G.J. Tomo CVII. Sentencia 7 de abril de 1964.

Desde esta perspectiva, es evidente en el *sub lite* que la entidad bancaria desatendió las obligaciones que asumió en virtud del contrato de cuenta corriente celebrado con la actora, pues de forma injustificada privó a su titular de la posibilidad, no solo de disponer de las sumas correspondientes a la consignación efectuada por la sociedad *Gil Médica Ltda.*, sino de adelantar las acciones legales pertinentes contra esta última, quien solicitó al Banco hoy demandado la devolución del cheque No 292131 consignado en la aludida cuenta, petición a todas luces irregular, y que no podía ser atendida por Bancafé en forma favorable, pues consignado un cheque por un tercero, este pierde la posibilidad de reclamar su restitución por parte del Banco consignatario. Si el girador consignante no quiere que el título se pague debe dar orden de no pago ante el Banco librado o, si lo prefiere, ejercer la facultad prevista en el artículo 724 del Estatuto Comercial.

Por su parte, Bancafé, como depositario del título-valor, se encontraba en la obligación de adelantar el trámite de compensación interbancaria necesario para obtener, en principio, el pago del importe del instrumento a favor de su cliente, habida cuenta que de no hacerlo podría ser comprometida su responsabilidad contractual.

En este punto es útil resaltar que, como lo ha dicho la Corte, “...hay una presunción de culpa en quien no las satisface (las obligaciones) en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno...”, presunción que no logró desvirtuar la entidad demandada, a quien le correspondía probar que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito y que además empleó la diligencia o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación, pues según ha precisado dicha Corporación (...)

“...la diligencia exigible a las instituciones financieras no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público. Con otras palabras, a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos, es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva”.²

Así las cosas, ninguna duda surge sobre la responsabilidad en la que incurrió la entidad demandada y la relación de causalidad entre su actuación y los perjuicios que sufrió la actora, pues, se itera, fue la conducta negligente del Banco, ajena a los lineamientos contractuales y legales que regían la relación comercial existente entre las partes, la que finalmente determinó los daños causados a la hoy demandante, circunstancia que da lugar a la correspondiente indemnización, si se considera, ello es medular, que la consignación del cheque No 292131 por parte de *Gil Médica Ltda.* afectó a favor o positivamente el saldo de la cuenta corriente de la demandante, como se desprende del extracto bancario cuya copia milita en el folio 261 del expediente.

De otra perspectiva, es necesario reconocer, como se adujo en la demanda (hecho 7), que la solución irregular del Banco perjudicó al demandante –cuya cuentacorrente, se reitera, había sido acreditada–, pues este, a raíz de la devolución del cheque al librador, perdió la oportunidad de ejercer la acción cambiaria para hacer efectivo su importe con el alcance señalado en el artículo 782 del C. de Co.

En torno a la responsabilidad por la pérdida de una oportunidad, la doctrina ha indicado lo siguiente:

“La pérdida de una oportunidad (“chance”) constituye un daño cierto. El concepto de daño cierto ha encontrado grandes tropiezos en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado pérdida de una oportunidad (*perte d’ une chance*). Se presenta esta situación, v.gr., cuando un abogado descuida un proceso que se pierde, pero cuyo éxito no podía asegurarse, aun sin culpa del abogado. Lo mismo puede predicarse del participante en un concurso o competencia, cuya oportunidad de participación se extingue por culpa de un tercero. Es decir, el único daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de ganar una competencia que, como consecuencia lógica, también podía haber perdido. A primera vista podría decirse que no hay lugar a indemnización, ya que el daño no es cierto, puesto que no había la seguridad de que la víctima hubiere obtenido el beneficio esperado, en caso de no haber mediado la conducta ilícita del demandado. Sin embargo, nosotros estamos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia

² C.S.J. Sentencia 3 de agosto de 2004. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Cfr, además. G.J. Tomo LXIX, pág. 688.

contemporáneas³, que consideran que en tales circunstancias hay lugar a indemnizar puesto que el daño sí es cierto, y la única dificultad que resta es la de fijar el monto indemnizable⁴. En efecto, el que tiene la posibilidad de ganar algo, como cuando se vende un derecho litigioso, o un billete de lotería. El valor, desde luego, depende del porcentaje de probabilidades de éxito que se tienen con esa oportunidad⁵. El daño consiste no en la pérdida del premio o de pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos”⁶

En la jurisprudencia citada en la misma obra se lee lo siguiente:

“De vieja data la jurisprudencia alemana, y más recientemente la francesa, siguiendo una avanzada corriente doctrinal, han llegado a declarar que hay lugar a resarcimiento aun por la pérdida de una probabilidad, cuando esta es cierta, entendiendo por cierta la que conforme a las circunstancias del caso concreto presenta un mínimo de posibilidades de frustración. Es suficiente que de las condiciones particulares del hecho y del curso normal de las cosas resulte la probabilidad objetiva de obtener un provecho, para que su frustración sea motivo de resarcimiento aunque no se tenga un título jurídico que lo garantice. Esa probabilidad objetiva permite dar el daño cierto cuando se presenta en el más alto grado, ya que su existencia es algo tan real que al desaparecer o perderse no puede menos de ocasionar un detrimento de carácter patrimonial.”⁷

En otras decisiones de la Corte se hace referencia a la indemnización por la pérdida de oportunidad⁸, como al estudiar los temas de “Pérdida de una oportunidad de recuperar la salud”, “Pérdida de la posibilidad de obtener futuros ascensos”⁹. Al respecto se indicó:

“Como atrás se vio, la reparación del daño de carácter material se concreta al reconocimiento de los sueldos o prestaciones futuras que hubiera podido obtener el Coronel Collazos de acuerdo con el grado militar que tenía a la época del accidente y el que hubiera podido alcanzar después conforme a las Leyes y reglamentos sobre la materia de no haber sobrevenido la calamidad que sufrió. En el presente caso el daño futuro tiene, a juicio de la Corte, el carácter de cierto, habida la circunstancia de que por una parte las leyes militares señalan las condiciones de ascenso de los oficiales, y de otra lado, dadas las probanzas existentes sobre las brillantes cualidades del coronel Collazos, es de presumir que hubiera alcanzado el justo ascenso a que tenía derecho por sus méritos”¹⁰

Tal como se dice en líneas anteriores, y se corrobora con las citas jurisprudenciales y doctrinales esbozadas, no hay duda de la responsabilidad contractual de la demandada, quien con su actuación privó a la demandante de la oportunidad de disponer del dinero o de las acciones derivadas del no pago del título-valor, razón por la cual se procede a determinar el valor de la indemnización, en los siguientes términos:

³ Cita No. 40 en “DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, tomo IV, TAMAYO JARAMILLO, Javier. Editorial Temis, Bogotá, D.C. 1999 Pág 32” “ En ese mismo sentido, Zannoni, ob.cit., número 19; Mazeud – Tunc – Chabas, Traité de la responsabilité civile, t. 1 6ª ed., Paris, Montchrestien, 1965, núm. 219; Jacques Ghestin, Genneviève Viney, Ob. Cit. T. IV, núms. 278 y ss., y Ves Chartier, Ob. Cit., pág 31, número. 22; Marty y Raynaud, ob. Cit., núm 378 ; Weill y Terré, Ob. Cit número. 605; Carbonnier, Ob.Cit., número 88; Martínez Rave, Ob. Cit., pág 118” Pág 32.

⁴ Cita No. 41 en “DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Ob Cit. Juan Carlo Hdenao Pérez. El daño. Ob. Cit., pág 159”. Pág 32.

⁵ Cita No. 41 en “DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Ob Cit. Juan Carlo Henao Pérez. El daño. Ob. Cit., pág 160.

⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, D.C. 1999. Pág 32

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. 30 de octubre de 1964, G.J., T CIX, página 531. Otra sentencia de mayo 29 de 1954 también consagra la teoría pero no en una forma tajante. Dice la Corte: “La indemnización repara la pérdida de una ocasión seria de ganancias o ventajas patrimoniales o la frustración de ventajas económicas esperadas”. (Neg. Gen., 29 de mayo de 1951, “G. J.”, t LXXVII, pág. 715). Citada en ⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, D.C. 1999 Pág 36.

⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, D.C. 1999. Pág 32

⁹ C.S.J., Sala de Neg. Gen., 13 de septiembre de 1947, “G.J”, t. LXII. Pág 892. Citada en TAMAYO JARAMILLO, Javier. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, D.C. 1999. Pág 39.

¹⁰ C.S. de J. Sala de negocios Generales. 12 de septiembre de 1947, “G. J.” t. LXII, pág 887

Conforme a las pretensiones incorporadas en el libelo, se solicitó condenar al Banco Cafetero S.A. a pagar a favor de Industrial Latorre Caicedo Ltda. la suma de \$57.325.250,00 correspondiente a la consignación reversada; \$76.944.000,00 por concepto de lucro cesante; \$45.800.000,00, rubro en el que estima la pérdida del poder adquisitivo del dinero dejado de percibir; y \$332.000.000,00 como perjuicios morales (fls. 100-101 C.1).

No obstante, la Sala estima que el único perjuicio cuya ocurrencia no reviste ninguna duda, lo constituye la pérdida de la suma de \$57.325.250.00, junto con sus intereses, cantidad que pese a encontrarse consignada en su cuenta, fue reversada de manera indebida por la entidad demandada. En efecto, del pago de la suma indicada por parte de la sociedad Gil Médica Ltda. y su abono en la cuenta corriente de la empresa Industrial Latorre Caicedo Ltda., aparece constancia en el extracto expedido por el Banco Cafetero (fl 68 C.I).”

LUCRO CESANTE. EN OBLIGACIONES MERCANTILES CONSISTENTES EN SOLVENTAR EL PAGO DE SUMAS DE DINERO ESTÁ CONSTITUIDO POR LOS INTERESES COMERCIALES MORATORIOS LOS CUALES COMPENSAN LA PÉRDIDA DEL PODER ADQUISITIVO DE LA MONEDA.

“De otra parte, no puede negarse que tratándose de una suma de dinero, los únicos frutos que produce ésta son los intereses que por ley se autorizan, los cuales corresponden a los intereses comerciales que aquella cantidad de dinero tenía aptitud de generar, oportunidad de la cual se vio privada la demandante por la acción de la demandada; por lo tanto, debe indemnizarla, por lo que se le condenará al pago de suma de \$57.325.250.00, junto con los intereses comerciales moratorios, que serán liquidados a la tasa máxima que fije la Ley, de acuerdo con las fluctuaciones que mes a mes certifique la Superintendencia Financiera, desde cuando se efectuó la notificación de la demanda (C. de P.C. art 90)¹¹, sin que proceda la corrección monetaria de la suma señalada, toda vez que este concepto ya se encuentra comprendido dentro del interés comercial.”

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVADOS. NO PROCEDE SU RECONOCIMIENTO EN FAVOR DE PERSONA JURÍDICA AL NO SER SUSCEPTIBLE DE PADECERLOS.

“Finalmente, en lo que atañe al reconocimiento de perjuicios morales subjetivados cuya condena impuso el a quo, considera la Sala que la misma resulta improcedente, pues si se tiene en cuenta que este tipo de daño es aquél que “...incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece...” vivencias que “...varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre...” (¹²), es fácil concluir que esta clase de perjuicios no puede predicarse de una persona jurídica, invulnerable a estos sentimientos, que son los que en últimas abren paso al reconocimiento de esta clase de perjuicios.”

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 1494 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1602 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1603 DEL C.C.
: ARTÍCULO 724 DEL C.CO
: ARTÍCULO 782 DEL C.CO
: ARTÍCULO 1382 DEL C.CO.

FECHA : 2010-09-13
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : Dr. MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
DEMANDANTE : INDUSTRIAL LA TORRE CAICEDO LTDA
DEMANDADO : BANCAFE S.A.
RADICACIÓN : 11001310304020030057701
Con salvamento parcial de voto por parte del Dr. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Examinar el documento 

¹¹ Ver acta de notificación personal al apoderado general de la demandada.

¹² Cas. civ. 5 de mayo de 1999. Exp. 4978.

1.2. Sala de Familia

TESTIMONIO RENDIDO ANTE NOTARIO. CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO NO HA SIDO SOMETIDO A CONTRADICCIÓN DENTRO DEL PROCESO EN QUE HA DE APRECIARSE.

“...no es viable tener en cuenta las declaraciones extraproceso allegadas con la demanda, puesto que no tienen valor probatorio según lo expuesto en el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, como quiera que la ley para el presente caso no se las ha atribuido, por lo tanto, no podrían ser valoradas dentro del proceso”

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 177 DEL C.P.C.
: ARTÍCULO 183 DEL C.P.C.
: ARTÍCULO 229 DEL C.P.C.
: ARTÍCULO 299 DEL C.P.C.**

**FECHA : 2010-09-20
PROCESO : JURISDICCIÓN VOLUNTARIA-CORRECCIÓN DE REGISTRO CIVIL
PONENTE : Dr. JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ
DEMANDANTE : LILIANA ROCIO LEON OLARTE
RADICACIÓN : 11001311000720090023501**

Examinar el documento 

1.3 Sala Laboral

1.3.1

El reintegro del trabajador amparado con fuero sindical implica el restablecimiento del contrato ilegalmente fenecido, continuidad del vínculo laboral y, el pago de prestaciones sociales por el tiempo transcurrido entre el despido anulado y la reincorporación del subordinado.

“La jurisprudencia ha entendido que la determinación del empleador de desvincular a un trabajador aforado sin la previa autorización judicial, no produce efectos jurídicos e implica el restablecimiento del contrato ilegalmente fenecido, en consecuencia, en los casos de reintegro por fuero sindical, hay continuidad en el vínculo contractual laboral, por tanto, el tiempo transcurrido entre el despido anulado y la reincorporación del trabajador a sus labores se debe tener en cuenta para efectos del pago de prestaciones sociales.

Sobre el particular, es oportuno traer a colación la sentencia 11654 del 20 de mayo de 1999, en la que la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, explicó:

“El criterio jurisprudencial de tiempo atrás sostenido por esta Sala explica que cuando judicialmente se ordena el reintegro a su empleo de un trabajador con fuero sindical despedido sin la previa autorización del juez del trabajo, se parte del supuesto de que la decisión de terminar el contrato de trabajo en esas condiciones no produjo efectos jurídicos por no cumplir con el procedimiento establecido por la ley, por lo tanto deben restituirse las cosas al estado en que se hallaban antes de producirse el despido, lo que conduce a restablecer en su derecho al contratante afectado por la decisión ilegal de quien actuó contra una expresa prohibición de la ley, restituyendo los plenos efectos del contrato de trabajo ilegalmente extinguido.

“Asimismo, ha considerado la jurisprudencia que el lógico corolario de la nulidad del despido del trabajador es el de que no haya jurídicamente interrupción en el contrato restituido por la orden judicial; y por tal motivo, aun cuando es verdad que expresamente la ley nada establece sobre la continuidad en el contrato de trabajo, ha entendido la Corte que ello no es más que consecuencia de la reincorporación del trabajador al empleo del que fue ilegalmente separado, pues sólo de esa manera es posible el cabal restablecimiento de los efectos jurídicos del contrato y la especial protección del derecho de asociación sindical, en tratándose de la acción de reintegro consagrada para los asalariados amparados con dicha garantía.

“La circunstancia de que el artículo 7° del Decreto 204 de 1957, que subrogó el artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo, al determinar las consecuencias del despido del trabajador sin sujeción a las normas que regulan el fuero sindical, establezca que es “a título de indemnización” que el patrono condenado debe pagar al trabajador los salarios que dejó de recibir por causa del despido, no constituye razón suficiente para justificar la interpretación planteada por la recurrente, según la cual esa “indemnización” es el único efecto jurídico que se produce en caso de reintegro; como tampoco para concluir que el pago de los salarios es indicativo de un nuevo vínculo laboral, habida consideración de que en realidad cuando esa norma alude al pago de los salarios dejados de percibir no está simplemente precisando el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al trabajador, ni haciendo referencia a la contraprestación de sus servicios, los que, desde luego, no se han podido dar por la ilegal decisión del empleador, sino a la consagración de una ficción que tiene como objetivo restablecer en su empleo a quien lo perdió por ese acto ilegal de su patrono.

“Según el criterio jurisprudencial vigente, es precisamente por virtud de esa ficción legal, que permite restablecer el contrato, que se explica no sólo el efecto de ser el trabajador acreedor de una suma equivalente a los salarios que dejó de recibir por causa del despido, sino que, además, el tiempo que media entre el despido anulado y el reintegro efectivo del trabajador a su actividad laboral, se cuente para reconocer el auxilio de cesantía por dicho lapso, e igualmente la jubilación.”

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C - 201 de 2002, indicó: *“el daño sufrido por el trabajador aforado, provocado por el despido sin justa causa declarada mediante sentencia judicial, debe ser reparado de manera integral, esto es, de acuerdo con lo que se logre probar en cada caso, lo cual incluye, además del pago de los salarios no devengados, con sus reajustes y prestaciones, cualquier otro valor dejado de percibir o pagado por el trabajador, como consecuencia directa del despido injusto. Siendo entendido, además, que la reparación integral incorpora la correspondiente indexación”.*

En el examine, los documentos de folios 344 y 345, evidencian que la entidad bancaria afilió al demandante al Instituto de Seguros Sociales en dos oportunidades, el 08 de octubre de 1974 y el 14 de noviembre de 1983; con los reportes de semanas cotizadas, folios 65 a 69, 117 a 121, 275 a 279, 303 a 309 y 346 a 348, se colige que realizó las cotizaciones del 08 de octubre de 1974 al 10 de febrero de 1982 y del 28 de noviembre de 1983 al 08 de octubre de 1986; además, permite concluir que no efectuó los aportes del periodo comprendido entre el 11 de febrero de 1982 y el 27 de noviembre de 1983, es decir, durante el tiempo transcurrido entre el despido y la materialización de la orden judicial de reintegro por fuero sindical; situación que adicionalmente confesó COLPATRIA al dar respuesta a la demanda, cuando manifestó *“entre el año 1982 y el año 1983, no existió prestación definitiva del servicio por parte del demandante por lo que tampoco existía obligación de efectuar estos aportes”*, folio 231, *“entre febrero de 1982 y noviembre de 1983, no existió cotización al ISS para los riesgos de vejez porque no hubo prestación efectiva del servicio por parte del demandante y la sentencia que ordenó el reintegro tampoco ordenó efectuar los mismos”*, folio 235, *“en la historia del ISS se evidencia que hubo afiliación y cotización desde el 8 de octubre de 1974 hasta el 10 de febrero de 1982, fecha en que cesaron los aportes por terminación del contrato de trabajo con justa causa. Posteriormente, se presenta una nueva afiliación a partir del 28 de noviembre de 1983, momento a partir del cual se cotizó sin interrupción alguna hasta el 8 de octubre de 1986, día en que terminó de manera definitiva el contrato de trabajo”*, folio 236.

De lo expuesto se sigue, que la empresa estaba obligada a cancelar los aportes para pensión del trabajador, durante el tiempo transcurrido entre el despido anulado y la materialización de la orden judicial de reintegro por fuero sindical, como no lo hizo, su omisión puede afectar el derecho del actor a acceder a dicha prestación o en monto inferior al que realmente le correspondería.

En este sentido, se condena al BANCO COLPATRIA a pagar al ISS las cotizaciones para pensión del demandante, durante el lapso comprendido entre el 11 de febrero de 1982 y el 27 de noviembre de 1983, teniendo en cuenta el salario diario de \$775.92, con el que fue reintegrado, previo estudio actuarial aceptado por la entidad administradora. ”

Prescripción no opera sobre aportes para pensión o vejez dentro del término trienal en tanto el derecho se halle en formación.

“La Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado, entre otras, en la sentencia 21378 del 18 de febrero de 2004, que los aportes para pensión de jubilación o vejez no prescriben dentro del término trienal ordinario mientras el derecho está en formación, por tratarse de una prestación sometida a condición suspensiva, por esta razón, dicho término se cuenta a partir del momento en que se accede a la prestación. En este sentido, en el sub lite, se declara no probado dicho medio exceptivo, dado que, el demandante no ha reunido los requisitos para acceder a su pensión de vejez.”

**FUENTE NORMATIVA : DECRETO 204 DE 1957, ARTÍCULO 7°
: ARTÍCULO 408 DEL C.S.T.
: ARTÍCULO 151 DEL C.P.T.S.S.**

FECHA : 2010-04-30
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : Dra. LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
DEMANDANTE : LUIS EDUARDO CORTÉS CONTRERAS
DEMANDADO : BANCO COLPATRIA
RADICACIÓN : 11001310500520050115201

Examinar el documento 

1.3.2

Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Aunque se solicitó en los términos de una normatividad improcedente, la pretensión se estudió y reconoció con arreglo al ordenamiento vigente en la fecha en que la asegurada dejó de cotizar. Además, se concluyó la imposibilidad de la afiliada para continuar aportando, aunque no allegó declaración en ese sentido.

“Pretende la demandante el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la forma prevista por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de dicha anualidad, como beneficiaria del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993.

Pues bien, a 01 de abril de 1994, la actora contaba con más de 35 años de edad, pues, nació el 11 de marzo de 1935, folios 9, 128 y 130, y, no había consolidado su derecho pensional, siendo por ello, sin duda, beneficiaria del régimen de transición. Con todo, este régimen de excepción solo fue previsto para la pensión de vejez, mas no para indemnizaciones como la que se pretende, según lo ha explicado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, entre otras, en la sentencia 34532 del 02 de septiembre de 2008:

“Por lo dicho interesa también recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, expresamente previó la aplicación de un régimen de transición para la pensión de vejez contemplada en regímenes anteriores, pero no para otro tipo de prestaciones de naturaleza pensional...”

En este sentido, le asiste razón al a quo, al indicar que la indemnización sustitutiva solicitada por la accionante no es procedente en los términos del Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, la demandante cotizó hasta el año 2001, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993, por tanto, se estudiará dicha petición con arreglo a éste ordenamiento.

En los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la indemnización sustitutiva se reconoce a las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar aportando.

En el sub judice, quedó establecido que la señora Belarmina Chipatecua, (i) cumplió 55 años de edad el 11 de marzo de 1990, folios 9, 128 y 130; (ii) cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones del ISS, entre 1987 y 2001, folios 12 a 16, 86 a 89, 100 a 104, 111 a 117, 120 a 127, y 141 a 147; y, (iii) no reunió las semanas requeridas por la ley para acceder a la pensión de vejez, pues, según los reportes allegados, solamente logró cotizar 609,7142 semanas, por eso, dicha prestación le fue negada mediante Resolución 027783 de 2002, folio 8, 106 y 107, decisión confirmada según Acto Administrativo 043090 de 2007, folios 84 a 85.

Ahora bien, por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, la Sala concluye la imposibilidad de la actora para continuar cotizando, pese a no obrar en el plenario su declaración en este sentido. Y ello es así, pues la documental obrante a folios 140 a 147, expedida por el ISS el 28 de agosto de 2008, da cuenta de la ausencia de aportes de la demandante desde el año 2001, es decir, hace más de nueve años; igual inferencia se obtiene del contenido de la demanda incoatoria; así como del hecho de contar en la actualidad con más de 75 años de edad.

*Bajo las anteriores consideraciones, se revoca la sentencia de primer grado, para en su lugar, condenar al ISS a reconocer y pagar a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez indexada, equivalente a **\$7'355.241,12**, con arreglo a la fórmula contenida en el Decreto 1730 de 2001, que reglamentó lo referente a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida:*

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

Cabe precisar, que la liquidación arrojó un valor de \$4´620.211,39, y, una vez indexado a la fecha, se obtuvo el monto de la condena indicado.”

**FUENTE NORMATIVA : ACUERDO 049 DE 1990 EMITIDO POR EL CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS APROBADO POR EL DECRETO 758 DEL MISMO AÑO.
: LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 37
: DECRETO 1730 DE 2001**

**FECHA : 2010-05-20
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : Dra. LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
DEMANDANTE : BELARMINA CHIPATECUA
DEMANDADO : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
RADICACIÓN : 11001310501820070047301**

Examinar el documento 

1.3.3

Reforma de la demanda. Oportunidad para realizarla.

“Con arreglo al artículo 28 del CPTSS, la demanda podrá ser reformada por una sola vez, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término de su traslado.

En el sub lite, la notificación del libelo incoatorio, se efectuó conforme al parágrafo del artículo 41 del ordenamiento en cita, es decir, como no se encontró a la persona con quien debía hacerse la diligencia, se dejó un aviso, folio 19, evento en el que, la notificación queda surtida vencidos los cinco días siguientes a su entrega

En este orden de ideas, si el aviso se dejó el 30 de junio de 2010, la notificación quedó surtida al quinto día hábil siguiente, esto es, el 08 de julio de la referida anualidad, lo que indica, que el traslado de la demanda venció el 23 de julio y la reforma debió presentarse a mas tardar el 30 de los referidos mes y año. Como no ocurrió así, pues, dicha reforma se allegó el 13 de agosto siguiente, no se podía tener en cuenta, sin que sea procedente, por falta de apoyo jurídico, el alcance que la impugnante pretende darle al precepto procesal en cita.

En consecuencia, el auto impugnado se confirma.”

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 28 DEL C.P.T.S.S.
: ARTÍCULO 41 DEL C.P.T.S.S.**

**FECHA : 2010-10-21
PROCESO : ordinario
PONENTE : Dra. LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
DEMANDANTE : SARA MARÍA FAJARDO DE RODRÍGUEZ
DEMANDADO : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
RADICACIÓN : 11001310500420100009901**

Examinar el documento 

1.3.4

Reforma de la demanda. Sí aplica el término adicional de tres (3) días para entrega de copias contenido en el artículo 320 del CPC.

“Al resolver el recurso de reposición del proveído que ahora es objeto de alzada, el a quo afirmó que en materia laboral no se aplica el término adicional de tres días para entrega de copias contenido en el artículo 320 del CPC, ya que, el artículo 74 del CPTSS, dispone que el traslado se hará entregando copia del libelo a los accionados, lo cual, se efectuó junto con los avisos de notificación, folios 87 a 91.

Tratándose del auto admisorio de la demanda, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 41 ibídem, debe intentarse en primer término la notificación personal. En el sub lite, los enjuiciados no atendieron la citación para comparecer al juzgado, por tanto, fue necesario acudir a lo previsto en el artículo 320 del CPC, a través del cual quedo surtida dicha actuación.

En los términos del precepto en cita, la notificación se entiende efectuada al finalizar el día siguiente al de la recepción del aviso y el notificado dispone de tres días para retirar del Despacho Judicial las copias del respectivo traslado, el cual, empezará a correr vencido dicho término.

Y es que, si bien en materia laboral no existe la obligación de allegar copias de los anexos para efectos del traslado, el término de tres días tiene por finalidad que el notificado consulte los referidos anexos y si a bien lo tiene, a su cargo solicite se le expida copia de ellos, garantizándole así sus derechos de defensa y contradicción.

En este orden de ideas, si la ultima notificación se surtió el 21 de julio de 2010, folios 71 a 72, los tres días para el retiro de las copias vencieron el siguiente día 26 y el traslado el 09 de agosto de la mencionada anualidad, luego, la reforma a la demanda debía efectuarse dentro de los cinco días siguientes, término dentro del cual fue presentada, folios 77 a 78.

Así las cosas, como la reforma a la demanda se realizó en la oportunidad procesal señalada por el artículo 28 del CPTSS, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término de su traslado, se revoca la decisión que la rechazó por extemporánea, para en su lugar ordenar al a quo estudiar su admisibilidad.”

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 320 DEL C.P.C.
: ARTÍCULO 28 DEL C.P.T.S.S.
: ARTÍCULO 41 DEL C.P.T.S.S.
: ARTÍCULO 74 DEL C.P.T.S.S.
: ARTÍCULO 145 DEL C.P.T.S.S.**

**FECHA : 2010-11-19
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : Dra. LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
DEMANDANTE : BEATRIZ LLAÑA DE CASTRO
DEMANDADO : INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES ICESA, I C INMOBILIARIA S.A.,
PRODESIC S.A., COVITOTAL S.A. Y BALCONES DE IGUAZÚ S.A.
RADICACIÓN : 11001310501420100040301**

Examinar el documento 

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Presidente del Tribunal

ALIRIO CORREAL BELTRÁN
Relator del Tribunal

En página siguiente inicia boletín de Sala Penal

BOLETIN DE SALA PENAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA PENAL

BOLETÍN 01-ENERO 14/10

1.- PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. GUTIÉRREZ RICAURTE HUMBERTO – Rad. 110016000023 2010 04780 01 (19-08-10) HURTO EN SUPERMECADOS Y ALMACENES – Tipicidad – La existencia de sistemas de seguridad y vigilancia que permiten la custodia y protección permanente de las mercancías no tornan en inidóneas las conductas encaminadas a apoderarse de las mismas – Antijuridicidad material – Custodia permanente sobre el objeto e ínfima cuantía del mismo no afectan la antijuridicidad material de la conducta

“4-4 : Ahora bien, frente al delito de hurto que es materia del proceso, en punto al elemento tipicidad objetiva, se requiere la existencia de actos dirigidos inequívocamente a la apropiación de bienes ajenos, los que deben ser idóneos para ese efecto. Esto es que, desde el punto de vista doctrinal, cuando los actos son equívocos o inidóneos, surge la atipicidad del comportamiento o, eventualmente, el delito imposible.

“Sin embargo, en el caso de la especie, para la Sala los actos ejecutados por el imputado son inequívocos e idóneos para la perpetración del punible de hurto previsto en el artículo 239 del Código penal. Ciertamente, se ha acreditado debidamente que el implicado entró al almacén Carulla y procedió a tomar unas cajas de atún y unidades de aceite de oliva y que al intentar salir del establecimiento se activaron las medidas de seguridad, a más de que había sido objeto de seguimiento por parte de un miembro de seguridad del mismo, por lo que fue sometido a requisa y se encontró dentro de sus prendas los elementos mencionados.

“Lo anterior deja notar, sin duda para el Tribunal, de una parte, el ánimo de apropiación de tales bienes de parte del implicado, y de otro lado, su ejecución inequívoca material, esto es que tomó los bienes en cita y los escondió dentro de sus prendas para luego intentar salir del lugar sin pagarlas, es decir, realizó actos propios idóneos para consumir el punible de hurto, lo que no logró gracias a las medidas de seguridad del establecimiento y, por ello, la conducta quedó en el grado de tentativa, como ajustadamente lo dedujo el Fiscal al formular la imputación.

“El Tribunal no puede aceptar la tesis de la inidoneidad de la conducta del autor aducida por el juez a quo por cuanto precisamente los almacenes han debido en la actualidad, ante la inmensa reiteración de comportamientos como el que es materia de este asunto y las pérdidas que ello conlleva en su patrimonio económico, a utilizar mecanismos no sólo humanos sino electrónicos para su seguridad, lo que es de conocimiento público. Esto es, que no solo el aquí procesado tenía conocimiento de la existencia y uso de esos mecanismos de seguridad en el almacén, sino todas las personas que allí entran a una u otra cosa lo saben, esto es, que por virtud de aquellos mecanismos, en especial los electrónicos, permiten vigilar a todos los usuarios.

“Es claro que el procesado debía saber la existencia de esos medios de seguridad en el almacén Carulla en el que perpetró su conducta, pero no obstante ello pretendió su ilegítimo apoderamiento y sólo cuando ya iba a salir llevando escondidos en sus prendas los bienes materia de la apropiación, ante la materialización de esos medios de seguridad, fue sorprendido en situación de flagrancia.

“La existencia de esos mecanismos de seguridad no pueden conllevar el que las conductas atentatorias del patrimonio de los establecimientos que las utilizan se tornen en atípicas porque ellas resultan superiores a la conducta de los antisociales que saben de su existencia pero pretenden eludirlas y en muchos eventos lo consiguen, pero en el presente caso no lo fue y por ello la conducta quedó en el grado de tentativa, conforme a las previsiones del artículo 27 del Código penal, esto es, que por causas ajenas a la voluntad del procesado no se logró la consumación del punible.

“No puede aceptar la Sala el que, en consecuencia de la tesis del juzgado, relativa a la sobreprotección del bien jurídico, deba existir proporcionalidad entre el valor de los bienes materia del reato y los medios de seguridad implementados en el lugar donde se ejecuta el hecho, para así deducir la eventual atipicidad de la conducta. No, en manera alguna puede el Tribunal aceptar esa opción.

“Los almacenes de cadenas tienen la legitimidad para proteger y amparar sus bienes, y lo pueden hacer mediante los medios electrónicos usados habitualmente y su finalidad es precisamente la de

evitar apropiaciones de sus bienes que si bien en principio son en valores no mayores, la acumulación de las mismas se producen graves pérdidas y por ello es que deben acudir al uso de esos medios. Además, no está por demás tener en cuenta que se han dado casos en que quienes incurren en esas conductas lo hacen de manera reiterada para luego proceder a vender los bienes materia de apoderamiento ilícito, como también es de conocimiento público.

(...)

“Por lo dicho, la Sala encuentra que la conducta del acusado es típica y que los actos realizados por él eran idóneos para la consumación del hurto, pero como no lo logró en virtud de circunstancias ajenas derivadas de la efectivización de los medios de seguridad humanos y electrónicos usados en el almacén, el reato quedó en la modalidad de tentado, como ajustadamente lo deprecó la fiscalía al hacer la imputación en la audiencias respectiva.

(...)

“En conclusión, repite la Sala, el comportamiento desplegado por el imputado en este caso concreto es típico de hurto agravado, en la modalidad de tentado, al tenor del artículo 27 del C.P.

“4-5 : De otro lado, frente al razonamiento de la ausencia de antijuridicidad material, prevista en el artículo 11 del Código penal, esto es, en cuanto la conducta debe poner en peligro o violar un bien jurídico tutelado, sin justa causa, considera el Tribunal que es claro que el comportamiento desarrollado por el implicado sí puso en peligro el bien jurídico del patrimonio económico radicado en cabeza del almacén Carulla, en cuanto pretendió apoderarse de bienes de propiedad de este establecimiento, esto es, ajenos, pues los llevaba consigo escondidos entre sus prendas cuando se disponía a salir del almacén.

“El argumento presentado por el juzgado acerca de que el patrimonio del almacén no fue sometido a riesgo porque el titular nunca dejó de ejercer su custodia, no resulta aceptable pues de serlo conllevaría a que todas las conductas delictuales que se cometieran en su interior, como la que es materia de este asunto, no serían antijurídicas pues, como ya se expuso atrás, la totalidad de los usuarios que entramos a esos almacenes somos objeto de vigilancia a través de los mecanismos electrónicos y, por ende, siempre se está ejerciendo custodia de los bienes que allí se venden.

“La menor cuantía del punible no afecta la antijuridicidad material de la conducta típica de hurto referida en cuanto se ha puesto en peligro el bien jurídico del patrimonio económico amparado debidamente por el legislador penal. No obstante, frente a la generalidad de tal tipo de comportamientos sería viable la expedición de una normatividad legal que regule los punibles de esa entidad con un tratamiento de política criminal que resulte adecuado para los reatos de menor impacto social.

(...)

Así las cosas, para esta Sala de Decisión la conducta ejecutada por el procesado no solamente es típica sino también antijurídica en cuanto puso en peligro real el bien jurídico del patrimonio económico del establecimiento comercial referido, sin justa causa, al tenor del artículo 11 del C.P.”

Relatoría/consulta/2010/Acusatorio /Sentencias

1.2. M. P. GUTIÉRREZ RICAURTE HUMBERTO – Rad. 110016000017 2008 03464 01 (17-09-10) COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL – Clases y efectos / COSA JUZGADA FRENTE AL ARTÍCULO 32 DE LA Ley 1142 DE 2007 – Sentencia C-425 de 2008 constituye cosa juzgada constitucional relativa / PRISIÓN DOMICILIARIA A MADRE CABEZA DE FAMILIA – La prohibición consagrada en el artículo 32 de la ley 1142 de 2007 impide su otorgamiento a quienes registren antecedentes penales dentro del marco temporal previsto en tal norma.

“4-2 : Inicialmente debe analizar la Sala lo relativo a las consecuencias jurídicas de los fallos de exequibilidad emitidos por la Corte constitucional dado que, para el presente evento , tienen particular transcendencia en punto a la decisión que aquí debe tomarse y según la argumentación del defensor que pretende desconocer la sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 que incluyó el 68 A del Código penal.

“Las sentencias dictadas en ejercicio del control constitucional hacen transito a cosa juzgada constitucional, tal como lo consagra el artículo 243 de la Constitución Política, esto es, que esas decisiones adquieren el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas.

“La cosa juzgada constitucional puede también ser objeto de modulación en los evento en los que el examen de la Corte se limita sólo a algunos motivos o acusaciones, o a que no se haya confrontado la norma atacada con toda la constitución, o ha que haya variación en la identidad del texto normativo que es objeto de control.

“En consecuencia, surgen diferentes clases de cosas juzgadas constitucionales: i) La absoluta y la relativa, ii) la formal y la material, iii) la real y la aparente.

“La cosa juzgada absoluta se da cuando la norma demandada es confrontada con la totalidad de la Constitución, por lo que no será viable una nueva demanda o un nuevo examen de constitucionalidad; si por el contrario el examen se limita sólo a algunas normas constitucionales o

se limitó a algunos motivos específicos, la cosa juzgada es relativa dado que la norma puede ser objeto de un nuevo examen de constitucionalidad. La cosa juzgada relativa, a su turno, puede ser explícita o implícita. La primera de estas cuando la norma demandada se declara exequible frente a los cargos del actor, con lo que limita el alcance de la cosa juzgada; y la relativa cuando en la parte motiva se restringe el alcance de la decisión o se limita a cotejar la disposición demandada sólo frente a algunas normas constitucionales, o cuando la Corte limita su estudio a un único aspecto de constitucionalidad.

“La cosa juzgada es formal cuando la norma demandada ya ha sido objeto de un fallo anterior y, en consecuencia, se debe ordenar estar a lo resuelto en esa sentencia; y la cosa juzgada material, surge cuando debe verificarse si los contenidos normativos de una disposición son o no los mismos de un texto anterior que ya ha sido objeto de examen y que fuera declarado inexecutable, es decir, cuando la norma acusada tiene un contenido normativo idéntico al de otra disposición sobre la cual la Corte ya emitió decisión, eventos estos en los que también debe estarse a lo dispuesto en aquel fallo.

“Hay cosa juzgada real cuando la decisión se corresponde con los argumentos hechos por la Corte en la parte motiva del fallo; y, por excepción hay cosa juzgada aparente cuando puede probarse que la norma a pesar de estar abarcada por la parte resolutive de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada absoluta, en realidad no ha sido confrontada con la Constitución, esto es que sobre tal norma no existe motivación alguna, y resulta entonces viable que la Corte se pronuncie al respecto.

“4-3 : En el presente caso, es evidente que el artículo 32 de la ley 1142 de 2007, constitutivo del 68 A del código penal, ha establecido la prohibición de otorgar subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la prisión, tales como la prisión domiciliaria, “cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores”. Tal disposición fue objeto de demanda ante la Corte Constitucional y se emitió fallo C-425 de 2008 en el que se declaró exequible por los cargos que fueron analizados. Esencialmente esos cargos tuvieron relación con la violación del principio del Non bis in idem y que la fundamentación de esa norma radicaba en criterios de peligrosismo penal ya superados.

“La Corte Constitucional estudio debidamente los cargos en cita para deducir que dentro de la libertad de configuración normativa el legislador puede excluir el otorgamiento de beneficios o subrogados penales o mecanismo sustitutivos de la prisión, cuando considere el legislador que esa es una medida razonable en cuanto no resulta adecuado ni justo otorgarlos a una persona que reitera la comisión de delitos.

Dice textualmente la Corte Constitucional en el fallo aludido: “...56. Precisamente uno de los criterios que el legislador ha utilizado para suponer que la pena de se mantenga, o que no adecuado ni justo otorgar beneficios al condenado, es el de la reincidencia, entendida esta como la reiteración de delito, esto es, como el reproche a quien cometido una nueva conducta ilícita después de haber estado sometido a una pena anterior. Esta figura ha sido utilizada por la ley como criterio de agravación de la punibilidad pero también como criterio de exclusión de subrogados penales o de beneficios al sentenciado como instrumento de endurecimiento de los privilegios que le da la ley, a quien no dio muestras de resocialización con la imposición de una pena anterior – como es el caso de la norma objeto de estudio-.”.

“En conclusión, la exclusión de beneficios y subrogados penales sustitutivos de la pena privativa de la libertad o de la prisión en establecimiento carcelario cuando la persona hubiera sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores a la nueva condena penal, desarrolla el principio de la libre configuración normativa del legislador y se ajusta a la Constitución porque contiene una medida razonable y adecuada constitucionalmente.”.

“En síntesis, para la Sala, no existe limitación constitucional en la incorporación de la reincidencia para excluir de los subrogados penales o beneficios a condenados, pues como se explicó la adopción de esas medidas es una facultad libre del legislador que no contradice las normas constitucionales.”.

“Estima la Sala que el fallo aludido arroja consecuencias de cosa juzgada constitucional relativa, en cuanto que, se juzgó la norma en cita sólo por los argumentos mencionados. No obstante ello, la Sala estima que esto es lo que debe aplicarse en el caso presente y que, por consiguiente, esa sentencia de constitucionalidad tiene fuerza vinculante, es decir, que resulta obligatoria, con efectos erga omnes. Por lo tanto, la prohibición consagrada en el referido artículo 32 de la ley 1142 de 2007 tiene plena cabida en este evento. Esto es, que como la aquí procesada tiene un antecedente penal dentro del marco temporal previsto en la disposición referida surge de allí la prohibición legal para otorgarle la prisión domiciliaria impetrada, como acertadamente lo dispuso el a quo.

(...)

“Así las cosas, no siempre que una mujer cabeza de familia que cometa un delito tiene automáticamente el beneficio de la prisión domiciliaria, sino que debe verificarse, además, el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley. ...”

Relatoría/consulta/2010/Acusatorio/Sentencias

1.3. M. P. GUTIÉRREZ RICAURTE HUMBERTO – Rad. 110016000017 2008 03464 01 (17-09-10) HURTO AGRAVADO Y CALIFICADO POR LA VIOLENCIA Y SECUESTRO SIMPLE – Evento en el que solo se configura el primero de los delitos, en atención a que la retención de las víctimas se limitó a la estrictamente necesaria para la ejecución y consumación del hurto / ALLANAMIENTO A CARGOS – En caso de error en la calificación jurídica contenida en la imputación, el juez de conocimiento debe emitir fallo de conformidad a la correcta calificación que debe dársele al hecho, si esto beneficia al procesado.

“4-2 : En primer lugar, debe exponer esta Sala de Decisión que, tal como lo aduce el defensor recurrente, es claro que ante un fallo que pone fin a la actuación de manera abreviada, esto es, a consecuencia del allanamiento a los cargos, opera el principio de no retractación pero, de otro lado, debe el juez de conocimiento o la Sala penal del Tribunal Superior respectivo, en su caso, verificar la legalidad de la tipificación de los hechos, así como de la pena.

“Esto es, que dentro del respeto por los principios de estricta jurisdiccionalidad y de estricta tipicidad, es de competencia de tales funcionarios, así como del juez de control de garantías, el de verificar si los hechos que son materia de imputación fáctica realmente tipifican las conductas punibles que son objeto de cargo en la audiencia de formulación de la imputación.

“En el segundo evento en comento es factible que cuando la Fiscalía endilga los cargos a los imputados pueda cometer un error en la calificación jurídica de los hechos con incidencia en el trámite del asunto. A juicio de la Sala, un error de tal magnitud puede llevar al quebranto al debido proceso y al principio de tipicidad y por ende a la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir de la formulación de la imputación o, si el error no tiene consecuencias desfavorables para el procesado que se ha allanado a los cargos sea factible proferir un fallo de reemplazo o modificación cuando el asunto es de conocimiento de la segunda instancia o de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia a través del recurso de casación.

“Esto es, que entre las dos soluciones mencionadas para corregir el yerro, es decir, decretar la nulidad o modificar el fallo en la forma mencionada, consideramos que la que resulta menos traumática para la Administración de justicia es la segunda, esto es, que debe optarse por corregir la sentencia recurrida y emitir la de segundo grado conforme a la ley, pues resulta evidente que las consecuencias de la mentada nulidad conllevarían un entramamiento al proceso penal, en tanto que la corrección del fallo permite corregir la irregularidad y atender la aceptación de cargos en la forma que favorece al procesado, respetando sus derechos fundamentales.

“La Sala penal de la Corte Suprema de Justicia ha aceptado la última solución en comento en reiterados eventos como, por ejemplo, cuando se endilgó indebidamente un concurso de delitos y sólo debía procederse por un reato (Sentencia del 6 de septiembre del 2007, radicado 24786, M.P. Dr. Yesid Ramírez); o cuando se eliminó una circunstancia de agravación de un delito de homicidio que no estructuraba (sentencia de 15 de julio de 2008, radicado 28872); o cuando reconoció la circunstancia del exceso de la legítima defensa no reconocido en la imputación (sentencia del 8 de julio del 2009, radicado 31.280, M.P. Dr. Julio Socha); eventos estos en los que el inculcado se allanó a los cargos formulados en la imputación contentiva de las irregularidades referidas en punto a la tipicidad de la conducta y que fueron corregidos a través del fallo de reemplazo.

(...)

“Bajo estas apreciaciones, estima esta Sala de Decisión que es posible entrar a analizar la solicitud del defensor apelante en cuanto que no ha existido en el presente evento el delito de secuestro simple endilgado a su defendido y que la retención de las víctimas de los hechos lo fue por el tiempo necesario para la ejecución del delito de hurto, lo que estructura la causal de calificación de este punible por la violencia sobre las personas (artículo 240, inciso 2°, C.P.)

“Pues bien: Para la Sala es evidente que cuando los delincuentes subieron al automotor en el que se encontraban las tres (3) víctimas, la intención que dejaron notar fue la de apropiarse tanto del vehículo referido como de los bienes personales de los ofendidos, lo que se infiere de las versiones de Raúl Gutiérrez (fl.164), Diego Felipe Gutiérrez (fl.162) y Luisa Fernanda Gutiérrez (fl.159), según las cuales cuando se iban desplazando en el auto los antisociales les obligaron a que les entregaran tales bienes personales.

“Luego de ello, proceden los delincuentes a dejar a las víctimas abandonadas en un parque.

“Para el Tribunal es evidente que la retención de las víctimas de los hechos fue la necesaria para la ejecución y consumación del hurto tanto del carro como de los elementos materiales de aquellos, esto es, que estructura la calificación del hurto relacionada con la violencia sobre las personas, como de antiguo lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte

Suprema, pues que, ciertamente, esa retención no ha correspondido al ánimo de privación de libertad tipificante del secuestro simple.

“Sólo cuando esa retención de las personas sobreviene al doblegamiento de la voluntad de las personas y a la facultad de disposición de los bienes materia del reato, podría estructurarse el secuestro; y por el contrario, si esa retención es la necesaria para la consumación del hurto, sirve para constituir la violencia destinada para el efecto aludido.

“En el caso de la especie, a juicio de la Sala, la retención de las víctimas fue la propia para ejecutar y consumir el hurto abandonándolas enseguida en un parque del sector por el que se movilizaban, sin que por consiguiente pueda aceptarse que tal privación de la libertad constituya el reato de secuestro simple. Se está en presencia de un concurso aparente de normas en el que el reato de hurto calificado por la violencia sobre las personas subsume el de secuestro simple, en el caso concreto.

(...)

“Por manera que, atendiendo a las circunstancias temporales que rodearon los hechos materia del presente asunto, según las propias versiones de las víctimas, para la Sala la retención de éstas fue la utilizada como medio para la ejecución y consumación del hurto, esto es, que no tuvo la trascendencia subsiguiente que pudiera constituir una privación de libertad independiente a la del hurto para estructurar el secuestro simple.

Relatoría/consulta/2010/Acusatorio/Sentencias

1.4. M. P. GUTIÉRREZ RICAURTE HUMBERTO – Rad. 110016000017 2010 04373 01 (17-09-10) EXTORSIÓN – Improcedencia de rebaja de pena por reparación (artículo 269 del C.P.), en virtud de la prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

“4-2 : Resulta incuestionable que para la fecha de ejecución de los hechos materia del presente asunto estaba vigente la prohibición contenida en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, aún en rigor, en cuanto que cuando se procede por delitos como el de extorsión, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada ni confesión, ni se concederán subrogados penales ni mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio judicial o administrativo, con la sola excepción de los provenientes por colaboración con la justicia.

“De lo anterior se desprende, sin duda, que entratándose del punible de extorsión, como acontece en este caso, no es viable la diminuyente de la reparación prevista en el artículo 269 del Código penal, como acertadamente lo resolvió el a-quo al no tener en cuenta esa circunstancia para disminuir la sanción que le impuso al procesado.

No está por demás referir que en tal sentido se pronunció la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo del primero (1º) de julio del dos mil nueve (2009), en el radicado 30800 (M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez), en el que, sobre el tema, dijo:

“...Los hechos que dieron origen a la investigación en contra de JDRC, por los delitos de extorsión agravada en la modalidad de tentativa, ocurrieron en el mes de abril de 2008.”

“ Para entonces se hallaba vigente el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, que prohíbe el otorgamiento de cualquier beneficio o subrogado de carácter legal, judicial o administrativo a los procesados por delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos..”

“ No obstante existir esta prohibición legal, el Tribunal, al conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia de primer grado, le otorgó al procesado el beneficio de rebaja de pena por reparación integral, con total desconocimiento de la norma”

“ Esta verdad fáctico procesal muestra que el casacionista tiene razón cuando sostiene que el Tribunal se equivocó al otorgar la rebaja, aunque debe aclararse que la improcedencia no surge porque el artículo 11 de la ley 733 de 2002 estuviera vigente, como lo afirma en la demanda, sino porque las prohibiciones previstas en la referida disposición fueron reincorporadas al ordenamiento jurídico por el artículo 26 de la ley 1121 de 2006.”

“El error que determina la prosperidad del cargo es de naturaleza in indicando o de juicio, y no de actividad como erradamente lo planteó el demandante al orientar el cargo por vía de la nulidad. De allí que la solución no sea la invalidación de la actuación, sino la casación parcial del fallo del Tribunal, para excluir la rebaja de pena por reparación integral introducida en esta instancia, y dejar como pena aplicable al procesado la impuesta por el juzgado de conocimiento.” (destaca la Sala).

“Así las cosas, no prospera el pedimento principal del defensor apelante relativo al otorgamiento de la rebaja de pena por reparación, dada la expresa prohibición legal consagrada en el artículo 26 de la ley 1121/06, la que además se proyecta a los otros beneficios y subrogados impetrados subsidiariamente por el citado recurrente.”

Relatoría/consulta/2010/Acusatorio/Sentencias

JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS
Presidente

HERMENS DARIO LARA ACUÑA
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA
Relatora