



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 012 DE 15 DE JULIO DE 2011**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala Civil

1.1.1

CESIÓN DE CONTRATO. DIFERENCIA CON CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS DERIVADOS DEL MISMO.

CESIÓN DE CRÉDITO. Para que produzca efectos contra el deudor debe cumplirse la exigencia impuesta por la ley sustancial de notificarla a éste mediante la exhibición del respectivo título o de algún otro documento otorgado por el cedente al cesionario salvo que el deudor lo haya aceptado expresa o tácita mente.

«Sin más pues, acomete el Tribunal la tarea de indagar el mérito de la impugnación para cuyo propósito se muestra oportuno precisar que una cosa es la cesión de contratos mercantiles y otra muy diferente la cesión del crédito, pues mientras que la primera se encuentra reglada por el estatuto mercantil (art. 887 y ss.), la segunda por su parte la reglamenta el Código Civil (art. 1960 y ss.).

De ahí que sobre el punto la doctrina nacional ha distinguido, con razón, entre una y otra figura jurídica al señalar que:

“La cesión de contratos es bien diferente a la cesión de créditos que regula el Código Civil. En la cesión de créditos, se sustituye un sujeto por otro, pero únicamente en el lado activo de la relación obligacional.

“Este crédito que se cede, puede tener origen en diversos tipos de negocios jurídicos, incluso en el mismo contrato. El lado pasivo de la obligación permanece inmutado, simplemente se cumple con algunas formalidades para que le sea oponible la cesión al obligado. La cesión de contrato en cambio, al permitir la sustitución de una de las partes en el contrato que se ejecuta, permite que el tercero cesionario, adquiera los derechos y las obligaciones que correspondían como efectos del contrato, al contratante cedente; es decir, lo que en realidad se cede, es mucho más que las posiciones o lados activos de las relaciones obligacionales, se cede también el lado pasivo, pues del contrato surgen como efecto, obligaciones y derechos para las partes y la cesión de la posición contractual de una de ellas coloca al tercero cesionario en su lugar, en las mismas circunstancias frente al otro contratante”¹

Significa ello que el debate que ahora surge en punto de la obligación de pagar la suma de \$127'716.079.00 “incluido el IVA” que la sociedad Expocredit Colombia S.A. reclama de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., sólo puede enfocarse por el ámbito que aquél extremo del litigio expresamente estableció en el libelo. Y como éste, desde el umbral mismo del proceso tuvo como fuente para obtener la declaratoria de esa obligación, “la cesión de los derechos económicos que tenía” Singer Products Inc. y Cía. Ltda en el “contrato de compraventa No. 1-10-8400-200-2002” celebrado entre ésta última sociedad y la empresa acá demandada, he ahí el parámetro a seguir para la definición del asunto.

En efecto: de los supuestos fácticos y jurídicos invocados en la demanda se desprende que la parte actora persigue, desde un principio, que en sentencia se declare que la aludida cesión de crédito operó a favor de la actora y con “plenos efectos frente” a la accionada, pero “solamente en lo que respecta a los derechos económicos que tenía” Singer Products Inc. y Cía. Ltda, y que se deriven del contrato antes mencionado.

¹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto: Teoría general del negocio Mercantil. Biblioteca Jurídica Diké. 2008, págs. 270 y 271

De suerte pues, que el análisis de la cesión objeto de la demanda incoada en este asunto, debe efectuarse bajo el contenido de la normatividad civil para la cesión de créditos, a propósito que allí se afirmó haberse comunicado a la demandada que: “la compañía Singer le había cedido los créditos del contrato en cuestión” a la demandante, “y que todo pago debía realizarse únicamente a su favor”. Además, por cuanto que ese es un aspecto que no se encuentra regulado por el estatuto mercantil sino por el civil.

Ciertamente el artículo 666 del Código Civil dispone que los “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

Y por sabido se tiene que: “La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose una por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento” (art. 1959 C.C.).

En este caso no existe discusión alguna en cuanto a la existencia del “contrato de compraventa No. 1-10-8400-200-2002” a que alude el libelo, pues así se desprende de las copias que del mismo militan en el plenario y lo corroboraron ambas partes en litigio.

Respecto de la cesión del crédito derivada de aquél contrato, en el expediente milita el siguiente acervo probatorio:

a). Copia de una comunicación calendada “septiembre 06 de 20002 (sic)”, por medio de la cual el representante legal de la sociedad demandante (Carlos Enrique Zuluaga) le expresó a la empresa demandada que: “... les notificamos que la Compañía Singer Productos Inc. & Cia. Ltda, nos ha cedido los créditos del contrato No. 1-10-8400-200-2002, según el artículo 1961 del Código de Comercio (sic)”, de manera que: “todo pago correspondiente al citado contrato se debe realizar única y exclusivamente a favor de EXPOCREDIT COLOMBIA S.A. actual propietario”. Y, que: “Para tal efecto adjuntamos comunicación autenticada expedida por la compañía Singer Products Inc & Cia. Ltda.” (fl. 24 y 84 Cd. 1).

b). Asimismo, obran copias de otras dos comunicaciones calendadas 13 y 25 de septiembre de 2002 que, por su parte, la sociedad contratista Singer Products Inc. y Cía. Ltda le dirigió a la empresa acá demandada, y mediante las cuales le comunicó, primero, que:

“Con la presente le informamos que la Empresa Singer Products Inc & Cia Ltda ha cedido los derechos económicos del contrato No. 1-108400-200-2002 a Expocredit S.A. Nit 800-080-575-7 y por tanto los pagos a que tienen (sic) derecho la sociedad que represento deberán realizarse directamente a favor de Expocredit ya sea mediante consignación, transferencias o cualquier medio de pago.

“Comendidamente aceptado en la cuenta Corriente No. 19308769748 de Bancolombia a nombre de Expocredit Colombia S.A.” (fl. 26 Cd. 1).

Y, luego, que:

“Como tuvimos la oportunidad de manifestárselo tanto a usted (ingeniero interventor), como al pagador de esa Empresa, Jaime Fonseca, le solicito nuevamente su aprobación para que los pagos a que tiene derecho la sociedad que represento, en el desarrollo del contrato de la referencia sean realizados directamente a la empresa Expocredit Colombia S.A. y por lo tanto no se efectúen mediante giro electrónico al Banco que se inscribió para tal fin.

“La anterior solicitud se la hacemos con base en que:

“1.

SINGER PRODUCTS INC & CIA LTDA, firmó un contrato de descuento de cartera con la firma EXPODREDITR COLOMBIA S.A., con el fin de garantizar la liquidez necesaria para la realización de dicho contrato.

“2.

SINGER PRODUCTS INC. & CIA LTDA, ya adquirió los bienes objeto del contrato (hardware y software) y los entregará en el día de mañana, 26 de septiembre, dando cumplimiento a más del 90% del objeto del contrato, quedando sólo pendiente su instalación, que se realizará a partir del día 27 de septiembre, con una duración estimada de dos semanas, cumpliendo así, dentro de los términos establecidos por el contrato.

“De esta forma SINGER PRODUCTS INC. & CIA LTDA está demostrando el buen manejo del anticipo.

“Por último de no ser posible, la aprobación de nuestra solicitud, le solicito que los pagos sean efectuados directamente a SINGER PRODUCTS INC. & CIA LTDA NIT 860.031.240-4, mediante cheque, con los sellos que la Empresa acostumbra a colocar. Esta solicitud la elevo en virtud de que a la luz del contrato de descuento de cartera firmado con Expocredit Colombia S.A., SINGER PRODUCTS INC. & CIA LTDA, deberá

recibir los pagos del contrato de la referencia y entregárselos, a su vez, a título de pago a Expocredit Colombia S.A.” (fls. 27 y 83 Cd. 1).

c). Ahora, si bien en un principio el representante legal de la demandada declaró: “... no hay ningún soporte por lo menos legal que la empresa haya recibido o documento sobre la cual la empresa hubiera podido iniciar algún estudio de la supuesta cesión solicitada ...”, lo cierto es que finalmente aceptó que las aludidas comunicaciones efectivamente fueron recibidas por dicha empresa.

Nótese que al ser interrogado sobre ¿que sabe o que conoce acerca de la comunicación obrante a folio 84 del cuaderno principal? (pregunta 9), el citado representante legal contestó: “Sí, efectivamente esta carta fue recibida por la empresa y se cursó su trámite a tesorería para que se tenga en cuenta dentro del desarrollo del contrato ...” (fl. Cd. 1).

Frente a la pregunta referida a ¿“como es cierto si o no la Empresa de Acueducto recibió copia auténtica de la carta de Singer Products, fechada el 12 de agosto de 2002, que obra a folio 25 de expediente y que solicito al Despacho le ponga de presente”? (pregunta 16), aquél respondió: “Si, pero aclaro que la carta fue recibida como anexa, con fecha 8 de septiembre de acuerdo al recibido de la empresa, y no con fecha 12 de agosto como el señor abogado presenta. Nótese que es autenticada es el día 6 de septiembre” (fl. 166 Cd. 1).

De igual forma, al ser requerido para que hiciese la exhibición del ¿“... documento emanado de Singer Products fechado el 12 de agosto de 2002 y con constancia de haber sido autenticado el 6 de septiembre, documento que fue entregado como anexo e (sic) la comunicación de 6 de septiembre de Expocredit, dirigida al acueducto, y radicada el 8 de septiembre”? el inquirido expresó: “Si señor manifiesto que si lo recibimos el día 8 de septiembre, anexo a la comunicación que se ha venido mencionando de fecha día 6, pero recibida el 8 de septiembre” (fl. 166 lb.).

De cuanto viene de decirse fuerza concluir, en primer lugar, que lo cedido por la sociedad contratista Singer Products Inc. y Cía. Ltda en favor de la aquí demandante sociedad Expocredit Colombia S.A. fue no más que el crédito que la primera tuviera o llegare a tener en relación con el contrato que la misma celebró con la acá demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., y no el aludido contrato propiamente dicho, respecto del cual fue que en verdad se dijo: “El VENDEDOR no podrá ceder ni subcontratar (...) a persona alguna natural o jurídica, nacional o extranjera, sin previa autorización escrita de la EMPRESA ...” (fl. 74 Cd. 1), no habiéndose pactado nada frente a la cesión del crédito derivado de aquél contrato.

Desde luego que fue la sociedad Singer Products Inc. & Cía. Ltda., y no la cesionaria, quien suscribió el “ACTA DE TERMINACIÓN CONTRATO No. 1-10-8400-200-2002” (fls. 80 y 81 Cd. 1), y la que continuó con la ejecución de dicho contrato hasta el cumplimiento total de sus obligaciones como contratista, calidad que no tiene la sociedad aquí demandante sino únicamente la de cesionaria del crédito derivado de aquél contrato.

Por manera que en este punto le asiste razón al impugnante en cuanto a que la excepción nominada como “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO POR LA DEMANDANTE, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CUASA (sic) EN LA PARTE ACTIVA O CUALQUIER OTRA QUE SEA SU DENOMINACIÓN” en puridad de verdad no puede tener acogida.

Ahora, no escapa de la Sala que la aludida cesión de crédito efectivamente le fue comunicada a la empresa deudora acá demandada como así se desprende tanto de las documentales e interrogatorio de parte antes aludidos como de los testimonios recaudados, examinados éstos bajo el tamiz de la sana crítica y con la rigurosidad que la sospecha impone, a propósito que los declarantes señalaron:

“... Tengo conocimiento que con fecha 8 de septiembre de 2002 y 13 de septiembre de 2002 se le envió comunicaciones a la empresa, a la gerencia financiera y a la dirección de contratación manifestando la presunta cesión y en fecha 25 de septiembre se me envió comunicación a mí, solicitando la aprobación de dicha cesión, es importante mencionar que en la comunicación dirigida a mí, de fecha 25 de septiembre en el último párrafo de dicha comunicación el representante legal de la compañía SSINGER (sic) PRODUCTS señor JOSUÉ ACOSTA, manifiesta que ala (sic) luz del contrato de cesión que estableció con la compañía EXPOCREDIT COLOMBIA S.A., SINGER PRODUCTS debía recibir los dineros y entregárselos a su vez como pago a la compañía EXPOCREDIT COLOMBIA S.A. ...”

(...)

“... Tengo conocimiento que en fecha septiembre 8 de 2002 fue radicada en el acueducto una comunicación con fecha 6 de septiembre de 2002, enviada por la compañía EXPOCREDIT COLOMBIA S.A., y dirigida a la doctora CLAUDIA MEDINA Gerente financiera para esa fecha, donde la compañía EXPOCREDIT COLOMBIA S.A. manifiesta que la compañía SINGER PRODUCTS le ha cedido los derechos económicos del contrato, 1-10-8400-200-2002 y anexa una comunicación de la compañía SINGER PRODUCTS, la cual manifiesta en lo (sic) mismos términos que ha cedido los derechos económicos del mencionado contrato, ésta última comunicación, no fue radicada en el Acueducto, luego como anexo”

(...)

“... mientras se realizaba esta consulta a solo dos días de la misma, fui informado por parte del pagador de la empresa del embargo en contra de la compañía SINGER, por tal motivo y teniendo en cuenta lo expresado en el último párrafo de la comunicación de 25 de septiembre de 2002, la empresa de acueducto tomó la decisión de que una vez se diera cumplimiento del contrato se cumpliera con lo ordenado por el Juzgado 38 Civil del Circuito ...” (Eduardo Ríos Ramírez) (fls. 172 a 176 Cd. 1).

De otra parte, que:

“... Una vez designado el interventor éste se encarga de la ejecución del contrato, y hasta el 25 de septiembre de 2002 la compañía SINGER PRODUCTS, le remitió una comunicación al interventor, en la cual se le solicitaba la aprobación de una cesión, argumentando que había celebrado un contrato de descuento de cartera con la firma Expocredit y que si no se aprobaba esta cesión por parte de la empresa, solicitaba que se procediera a girar directamente a SINGER PRODUCTS, mediante cheque, y no el giro electrónico en la cuenta que se había establecido al inicio del contrato. Posteriormente el 30 de septiembre, nos fue remitido un embargo por el Juzgado 38 en contra de SINGER PRODUCTS ...”

(...)

“... no conozco ningún contrato de cesión, lo que conocí fue la carta que ya mencioné de 25 de septiembre, dirigida al interventor y después en este año conocí una carta fechada del 13 de septiembre, dirigida a la gerencia financiera de la empresa y que anexaba adicionalmente una carta fechada del 12 de agosto, pero con autenticación del 6 de septiembre, dirigida a la empresa, pero sin tener fecha de radicación de la empresa, en la cual SINGER manifiesta que ha cedido los derechos del crédito a EXPOCREDIT ...”

(...)

“... Dicha comunicación (del 13 de septiembre de 2002) la conocí los primeros días del mes de octubre y cuando ya también teníamos la comunicación radicada el 25 de septiembre al interventor. Como en esta segunda se manifestaba por parte de SINGER PRODUCTS que si la cesión no se podía hacer, se le girara directamente a él, esto fue lo que inicialmente se quiso hacer, pero como posteriormente llegó el embargo no fue posible tampoco girarle directamente a SINGER PRODUCTS ...” (Roosevelt Apache Cruz) (fls. 177 a 180 Cd. 1).

Y, finalmente que:

“... para ese entonces SINGER había empezado a tener dificultades de tipo económico y había empezado a hacer uso de los mecanismos de factoring disponibles en el mercado. Entrándose de una cesión de créditos, se contactó a la empresa, se contactó a la empresa EXPOCREDIT para efectuar esta cesión de créditos la cual se estimo que era completamente viable, dado que SINGER permanecía en cabeza de sus obligaciones contractuales definidas en el contrato ya mencionado, como en efecto fue. De esta cesión se dio aviso a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en forma oportuna ...”

(...)

“... Los mecanismos fueron comunicaciones tanto verbales como escritas y lógicamente ya después de tres años, no recuerdo las fechas exactas, lo único que realmente me acuerdo es que fueron comunicaciones que se hicieron tan pronto se hizo la cesión de créditos con EXPOCREDIT, a las instancias con las cuales normalmente SINGER tenía contacto con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado ...”

(...)

“... Si esta comunicación (del 12 de agosto de 2002) la firme como uno de los Representantes Legales de SINGER PRODUCTS en el sentido de informar la CESIÓN a dicha entidad, de los créditos actuales o futuros, en la cual es muy claro que no implicaba en ningún momento la cesión a EXPOCREDIT de ninguna de las obligaciones a cargo de SINGER, consagradas en el contrato ya mencionado, ni la cesión del mismo y que por lo tanto seguiría SINGER siendo la única obligada a ejecutarlas y cumplirlas, como evidentemente se hizo ...”

(...)

“... Si realmente es otra de las comunicaciones (la del 13 de septiembre de 2002) que fue enviada al Acueducto con el fin de que estuvieran perfectamente enterados de la cesión de derechos económicos realizada, en la cual complementariamente informábamos el número de cuenta corriente de EXPOCREDIT ...”

(...)

“... Si esta comunicación (del 25 de septiembre de 2002) evidentemente también se envió y me permito resaltar que en ella es claro que igualmente se le había manifestado al pagador de esa empresa JAIME FONSECA la existencia de la cesión de los derechos económicos, al igual que al ingeniero EDUARDO RÍOS. Esta comunicación se envía al igual que la de septiembre 13 dadas las solicitudes del acueducto de precisar la

cesión de créditos y en estas se reflejan los requerimientos que a ese momento en materia de comunicaciones estaba haciendo el Acueducto ...” (Josué Manuel Acosta González) (fls. 181 a 185 Cd. 1).

Mas encuentra el Tribunal, que tales comunicaciones mal pueden tenerse como la notificación de que trata el artículo 1961 del Código Civil, si en cuenta se tiene que en el plenario no milita prueba del título contentivo de la cesión del respectivo crédito, y aún cuando el censor admitió que: “el crédito que se cedió no constaba en ningún documento”, evento en el cual “la cesión puede hacerse otorgándose una por el cedente al cesionario”, lo cierto es que “en este caso la notificación de que trata el artículo 1961” del citado código “debe hacerse con exhibición de dicho documento” por mandato del artículo 1959 del mismo código.

Ocorre empero, que en autos tampoco aparece acreditado documento alguno diferente al título de la cesión, como al que se refiere la parte final de la última norma en cita cuando dispone: “la cesión puede hacerse otorgándose una por el cedente al cesionario”, que la sociedad cedente le hubiese conferido a la sociedad aquí demandante (cesionaria), ni mucho menos se encuentra demostrado que ésta última le hubiere exhibido el aludido documento a la empresa acá demandada, pues ninguna de las pruebas recaudadas enseña alguna de tales circunstancias.

Nótese que, por el contrario, según se expresó en la demanda y luego explicó la parte actora en su escrito de impugnación, ante la falta del respectivo título de cesión “el procedimiento utilizado por las partes del contrato de cesión de créditos (Singer= Cedente; Expocredit = Cesionario), fue enviar una comunicación suscrita por Singer y otra firmada por Expocredit, radicada en la EAAB el día 8 de septiembre de 2002, radicada en comunicaciones del 13 y 25 de septiembre de 2006, en las que notificaban al ‘futuro deudor’ de la cesión de los derechos económicos del contrato”.

Además, no es de recibo el argumento del censor en cuanto a que no se requiera “ningún formalismo especial” ni su autorización, sino que “Basta que se le haga conocer que el derecho descansa en cabeza de otra persona, y que haya claridad acerca de quien es el nuevo acreedor”, pues por sabido se tiene que para que la cesión de créditos produzca efectos contra el deudor la ley impone como requisito sustancial o bien que dicha cesión sea notificada mediante la exhibición del respectivo título u otro documento diferente otorgado por el cedente al cesionario ora que el deudor la hubiere aceptado expresa o tácticamente (art. 1959 y ss. del C.C.).

Suficiente es lo anterior para concluir, que como la parte demandante nada demostró en punto de sus pretensiones en la medida en que incumplió la carga de probar la notificación de la cesión a la demandada con exhibición del respectivo título o de algún otro documento otorgado por el cedente al cesionario, sin que en el plenario obre aceptación alguna de dicha cesión por parte de la empresa demandada quien, por el contrario alegó que no se cumplió con la solemnidad de notificar la cesión “con la exhibición del correspondiente documento”, aflora evidente que esa cesión “no produce efecto alguno contra el deudor” acá demandado.»

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 666 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1959 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1960 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1961 DEL C.C.
: ARTÍCULO 887 DEL C.Co.**

**FECHA : 2011-02-228
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : DR. CARLOS JULIO MOYA COLMENARES
DEMANDANTE : EXPODREDIT COLOMBIA S.A.
DEMANDADO : EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.P.S.P.
RADICACIÓN : 11001310303520040042801**

1.1.2

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE LESIONES OCASIONADAS EN ACTIVIDAD DE TRANSPORTE PÚBLICO CONSIDERADA COMO PELIGROSA.

DENUNCIA DEL PLEITO DEL PROPIETARIO INSCRITO DEL BIEN CON EL QUE SE CAUSÓ EL DAÑO AL POSEEDOR QUE OBTUVO ESTA DE CONTRATO SUSCRITO CON AQUEL. PROCEDENCIA.

«En relación con la responsabilidad del propietario, ha dicho la doctrina:

“(…) a falta de una norma especial, ese vacío lo ha colmado la jurisprudencia, al desarrollar el principio general contenido en los arts. 2350, 2353 y 2356 del C.C., los cuales establecen una clara presunción de

responsabilidad en contra de los propietarios de edificio, animal o elementos que por su naturaleza o por el peligro potencial que encierra su funcionamiento puedan producir daño a cosas o personas, entre las cuales figuran, como es apenas natural, los vehículos automotores.

“En tanto que la responsabilidad del conductor tiene origen en su comportamiento, transido de culpa, la del propietario del vehículo se basa en la presunta voluntad de éste acerca de la circulación seguida de un hecho dañoso determinado por la acción del conductor al cual el carro le fue confiado para su manejo”²

En efecto: el propietario responde por el agravio infligido pues se presume que obra como guardián material de la cosa o actividad causante del daño. Presunción ésta que precisamente se deriva de que al momento del percance, tiene sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, por lo que le compete tomar todas las precauciones necesarias en orden a evitar que la actividad llegue a ocasionar daños y en tanto tenga a mano los medios para cumplir la función de gobierno sobre el bien.

No obstante, se debe precisar que la legitimación en este caso no obedece tanto a que se demuestre sin sombra de duda que sea o no el propietario dado que, cuanto en verdad interesa es que tenga sobre el vehículo el poder de gobierno.»

DENUNCIA DEL PLEITO. La cláusula en que el administrado asuma la responsabilidad de resarcir los daños que se deriven de deficiente control, elección o vigilancia que corresponde realizar al administrador deviene ineficaz.

«Respecto de la legitimación que corresponde a la empresa Transportes Bermúdez S.A., amerita el siguiente aparte jurisprudencial:

“(…) En el caso puesto a consideración de la Corte, el vínculo que liga a la empresa demandada con el causante del accidente, emerge del contrato de afiliación suscrito entre el propietario del vehículo con el que se ocasionó el accidente, y la empresa transportadora, por lo cual cabe afirmar que esa relación jurídica es suficiente para exigir con base en ella la reparación de los perjuicios que se derivan del hecho causante del daño, lo que evidencia, entonces, que el art. 2347 del Código Civil, aplicado al caso por el Tribunal, corresponde en fiel forma a la norma que en efecto gobierna el supuesto fáctico planteado por la parte demandante”.³

Y en otra providencia, se dijo:

“(…) la afiliación o vinculación de un automotor a una empresa de servicio público de transporte, legitima suficientemente a la empresa afiliadora para responder por los perjuicios que se causan a terceros en el ejercicio de la actividad peligrosa que entraña la movilización de vehículos automotores para la satisfacción del aludido servicio, pues si es ella la que crea el riesgo ‘es acertado, ha dicho esta Corporación, que se le reputa culpable de todo detrimento ocasionado por su obrar y que del mismo modo es equitativo que solo pueda enervar esa presunción de culpa demostrando fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un elemento extraño o culpa exclusiva de la víctima (…)”⁴

En este caso alegó el apoderado de la mencionada sociedad demandada que: “entre los sres. contra quienes se ejerce la acción de Llamamiento en Garantía y la Empresa de Transportes Bermúdez, S.A. se suscribió un Contrato de Administración el 16 de junio de 1986, en el que se estipula en la Cláusula DECIMA: ‘Que los contratantes se obligan a responder ante las autoridades y personas por los daños y perjuicios el vehículo materia de dicho contrato y a indemnizar a la empresa por los perjuicios que ella reciba con motivo de los mismos, o por cualquiera otra causa’”, y que a la fecha de presentación de dicho llamamiento el contrato “se encuentra vigente y sus cláusulas, no han sido modificados en ningún aspecto”.

Sobre el particular, se debe precisar que resulta ineficaz frente a terceros la cláusula referida a que: “EL (LOS) CONTRATISTA (S) se obliga (n) a responder ante las Autoridades y personas por los daños y perjuicios que ocasione el vehículo materia de éste Contrato”, pues es la existencia del aludido vínculo contractual acá reconocido y no ese solo pacto, el que hace presumir la culpa en la empresa afiliadora y, por ende, la legitima para responder por los perjuicios que se causaron al demandante con ocasión del accidente de tránsito de marras.

Y tal presunción de culpabilidad igual permanece incólume frente a la empresa afiliadora Transportes Bermúdez S.A., como quiera que el plenario revela la existencia de la relación entre el conductor de dicho automotor y la misma empresa (contrato de administración), así como también

² OLANO VALDERRAMA, Carlos Alberto. TRATADO TÉCNICO-JURÍDICO SOBRE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN Y MATERIAS AFINES. Librería del Profesional. Quinta Edición. P. 166.

³ Corte Suprema de Justicia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 15 de marzo de 1.996 Magistrado Ponente: Dr. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO S.

⁴ Ídem. Sentencia de 1º de febrero de 1991. Magistrado Ponente: Dr. RAFAEL ROMERO SIERRA. Ordinario de Miguel Ángel Román contra la Nueva Cooperativa de Buses Azules Ltda.

que para la época en que se produjo el accidente se encontraba laborando para ella, desde que en la causa penal de marras Mariño Humberto Burbano Peralta expresó: “el bus se encuentra afiliado a dicha empresa desde 1971, el bus es modelo 1971, el bus se encuentra pintado de blanco, rojo y verde” (fl. 30 Cd. 1), mientras que Roberto Campos Callejas, por su parte, declaró: “El día lunes 12 del mes pasado, termine mi recorrido en Engativá, del bus de servicio urbano de placas SA-7180, de transportes Bermúdez, número de orden 13302” (fl. 47 lb.).»

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 2341 DEL C.C.
: ARTÍCULO 2356 LDEL C.C.
: ARTÍCULO 144 DEL C.P.C. REGLA 1ª Y 3ª

FECHA : 2011-03-07
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : DR. CARLOS JULIO MOYA COLMENARES
DEMANDANTE : JOSÉ OMAR ORJUELA
DEMANDADO : TRANSPORTES BERMÚDEZ S.A., GLORIA DEL PILAR BERMÚDEZ S., MARIÑO HUMBERTO y JUAN HUMBERTO BURBANO ROSAS
RADICACIÓN : 11001310302419940208101

1.2 Sala de Familia

1.2.1

SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN POR PRESENTACIÓN DE SOLICITUD DE CONCILIACIÓN. *La suspensión implica que al finalizar esta el plazo vuelve al punto en que se encontraba al momento de iniciar la suspensión y da lugar al cómputo del plazo restante.*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ORIENTADA A LA DECLARACIÓN DE UNIÓN MARITAL DE HECHO.

“Descendiendo al caso en estudio, se tiene que los señores Gloria Amparo Zuluaga Arcila y Elkin Suárez Hernández se separaron definitivamente el 7 de agosto de 2007, por lo tanto, el término de prescripción de un año vencía el 7 de agosto de 2008; pero como según el documento que obra a folio 2 del cuaderno 1, la petición de conciliación se hizo el 31 de julio de 2008 faltando 7 días para vencer el año y la constancia que declaró fracasada la conciliación, fue expedida el 2 de octubre del mismo año, quiere decir lo anterior que se suspendió el término prescriptivo durante un lapso de dos meses y dos días, reanudándose aquel el día 3 de octubre de 2008; luego, el cómputo de los 7 días que faltaban venció el día 13 de octubre de 2008; lo que quiere decir que a la fecha en que se presentó la demanda, esto es el 17 de octubre de 2008, ya había fenecido el término previsto en el artículo 8º de la Ley 54 de 1990, para presentar la demanda, razón por la cual habrá de confirmarse la negativa de la declaración de existencia de sociedad patrimonial.”

FIJACIÓN DE CUOTA ALIMENTARIA. LEGITIMACIÓN.

“De otro lado, se duele también el apelante en cuanto al silencio del juez de fijar alimentos a favor de los hijos de la pareja, punto sobre el cual habrá de decidirse que no procedía dicha tasación, teniendo en cuenta que quien ostenta el cuidado de los hijos comunes de las partes es el padre, tal como se establece con la prueba testimonial, por lo tanto, en este caso, la demandante no está legitimada para reclamar alimentos a favor sus hijos.”

FUENTE NORMATIVA : LEY 54 DE 1990, ARTÍCULO 8º
: LEY 640 DE 1991, ARTÍCULO 21
: CÓDIGO DE RÉGIMEN POLÍTICO Y MUNICIPAL, ARTÍCULO 59

FECHA : 2010-09-06
PROCESO : ORDINARIO DE UNIÓN MARITAL
PONENTE : DR. JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ
DEMANDANTE : GLORIA AMPARO ZULUAGA ARCILA
DEMANDADO : ELKIN SUÁREZ HERNÁNDEZ
RADICACIÓN : 11001311001620080092501

1.3 Sala Laboral

1.3.1

OMISIÓN DE AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y PAGO DE APORTES. Tener la condición de afiliado obligatorio al seguro por invalidez, vejez y muerte conlleva para el patrono la obligación de pagar los aportes al ente asegurador de tales riesgos de no haber afiliado al trabajador ni haber hecho los aportes durante la vigencia de la relación laboral - Retrospectividad de la norma más favorable.

«Condición de afiliado obligatorio del trabajador demandante.

En este punto, la Sala comparte íntegramente las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia, así como la conclusión de que el demandante tenía la condición de afiliado obligatorio y que, por ello mismo, la accionada tenía la obligación de inscribirlo en el seguro de invalidez, vejez y muerte y realizar los aportes respectivos.

Para tal efecto es preciso descartar, en primer término, la aplicación del Decreto 3127 de 1945, como lo sostuvo la demandada, pues para la data de vigencia de los vínculos laborales debidamente establecidos en el plenario, la norma vigente y aplicable era el Decreto 3041 de 1966, que determina con precisión quiénes están sujetos al seguro social obligatorio y quiénes tienen la condición de excluidos del mismo. En el literal a) del artículo 1 de la referida norma, se contempla como afiliados obligatorios a “[l]os trabajadores nacionales y extranjeros que, en virtud de un contrato de trabajo, presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento”.

Ahora bien, el demandante se encontraba vinculado mediante contrato de trabajo, como quedó establecido en líneas anteriores, además de que, por sus condiciones, no fue expresamente excluido del seguro obligatorio. En este punto, vale la pena reiterar que su condición no encaja dentro de las hipótesis de exclusión previstas en el artículo 3 del Decreto 3041 de 1966, además de que el Decreto 1824 de 1965, que menciona la demandada, regula el procedimiento de entrada en vigencia del seguro de invalidez, vejez y muerte, dentro del territorio nacional, pero no establece hipótesis de exclusión de trabajadores, que por otra parte deben tener el carácter de expresas.

Finalmente, la Sala debe precisar que aunque existen procedimientos sancionatorios en contra del empleador por el incumplimiento de sus obligaciones, como los que establece el Decreto 2665 de 1988, además de la facultad oficiosa de afiliación por el ISS prevista en el artículo 33 del Decreto 3063 de 1989, el empleador no puede excusar en forma pura y simple sus obligaciones y sus responsabilidades, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de los derechos y las prestaciones que consagraba el seguro social obligatorio, así como sobre las afectaciones que éstos puedan sufrir por su conducta omisiva. Esto es que, la imposición de las sanciones por incumplimiento en el pago de aportes no eliminan jurídicamente las prestaciones, pues las dos tienen fundamentos totalmente autónomos, de forma tal que un derecho de pensión, indemnización, cotización, etc., no termina jurídicamente porque a un empleador se le sancione por no cumplir con sus obligaciones al respecto. Así las cosas, se debe reiterar que el demandante tenía la condición de afiliado obligatorio y que la universidad accionada estaba en la obligación de inscribirlo y realizar el pago de los aportes.

Ahora bien, en el mismo orden de ideas, tales aportes y las deudas a favor del ISS que se producen como consecuencia no se tornan inexistentes en el momento en que la relación laboral termina, como lo arguye la demandada, por el hecho de que el empleador no hubiera pagado oportunamente.

En este punto, debe precisarse que el artículo 73 del Decreto 2665 de 1998 establece procedimientos para el cobro de las deudas a favor del ISS, de acuerdo con la condición de cada una de ellas. Asimismo, que al consagrar unas deudas que por su carácter son inexistentes, se refiere a créditos que no encuentran fundamento en las obligaciones del seguro social obligatorio, tales como los que corresponden a trabajadores excluidos y los que se liquidan por error. Por ello mismo, cuando se precisa como deuda inexistente la que corresponde a “(...) aportes patrono-laborales cobrados con posterioridad a la cesación del vínculo laboral”, se debe entender como tal a la que se factura por aportes causados con posterioridad a la finalización de la relación laboral, pues finalizado el

vínculo cesa la obligación de efectuar aportes. Por el contrario, no debe dársele a la norma el entendimiento que presenta la demandada, pues el empleador no puede eliminar sus créditos simplemente con dejar de pagarlos. Tal comprensión no resulta lógica ni admisible para la Sala.

Consecuencias jurídicas de que el empleador no hubiera realizado los aportes debiendo hacerlo. Posibilidad de ordenar su pago en las condiciones establecidas por el Instituto de Seguros Sociales.

Dentro del presente proceso se analizaron básicamente tres fórmulas para encontrar remedio a la conducta del empleador de no afiliar al trabajador y no realizar los correspondientes aportes: i) el pago de una indemnización de perjuicios debidamente demostrada, antes de la vigencia del Decreto 2665 de 1988; ii) el pago de las prestaciones correspondientes por parte del empleador, después de la vigencia del Decreto 2665 de 1988; iii) y la posibilidad de trasladar los aportes al Instituto de Seguros Sociales, a través de un cálculo actuarial, de acuerdo con lo previsto en la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, la Sala concuerda con lo expuesto por el juez de primera instancia, en cuanto a que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene establecido que la consecuencia jurídica de la falta de afiliación y pago de aportes anteriores a la vigencia del Decreto 2665 de 1998 es una indemnización de perjuicios que corresponde al empleador (ver la sentencia 16 de noviembre de 2004, Rad. 24121). No obstante, la Sala debe llamar la atención en que tal consideración fue estructurada precisamente para descartar de plano la posibilidad de condenar a un empleador a pagar directamente las prestaciones derivadas del seguro social obligatorio, a la vez que se conservó la otra posibilidad de que sea la entidad de seguridad social la que pague las prestaciones, repitiendo posteriormente los aportes. Así, en una de las consideraciones de la decisión del 6 de junio de 2001 (Rad. 15443), allí citada, se estableció que: “(...) en lo atinente a la falta de inscripción de los trabajadores dispone que si éstos solicitan al seguro las prestaciones, éste queda facultado para otorgarlas, dejando a salvo su derecho de repetición contra el empleador negligente.”

En el anterior orden, la posibilidad de pagar los aportes al Instituto de Seguros Sociales no resulta totalmente contraria a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además de que se acompasa con la nueva normatividad consagrada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que permite al trabajador contabilizar el tiempo de servicio prestado a un empleador que nunca lo afilió, ni realizó aportes. Esto último, contrario a lo señalado por el juez de primera instancia.

En igual sentido, de las tres fórmulas de reparación planteadas, para la Sala la más equitativa y la que informa de mejor manera los principios y la filosofía del sistema de seguridad social es la que prevé el pago de los aportes al Instituto de Seguros Sociales, a través de un cálculo actuarial, puesto que son las entidades de seguridad social las que pueden ejecutar, dirigir y vigilar las normas y principios de la seguridad social de forma mas eficiente, además de que pueden garantizar el pago de las prestaciones a las personas en completa y efectiva. La Corte Constitucional ha señalado al respecto que “[l]a naturaleza jurídica de los fondos administradores de pensiones, que son los encargados de reconocer el derecho constitucional a la pensión, fue diseñado para garantizar la administración de recursos con destinación prioritaria y autónoma de los dineros recaudados por el sector trabajador. La Constitución excluye de la órbita de la autonomía de la voluntad privada la prestación de la seguridad social, pues se considera un derecho en donde por esencia, el Estado debe controlar, dirigir y coordinar. Tanto en la Constitución como en su desarrollo legal, se establece la institucionalización de los fondos administradores de pensiones, los cuales se autorizan por el Estado con base en criterios de eficiencia y seguridad en el desempeño de sus labores.”⁵

En ese orden, resulta más adecuado lograr una forma de pago de las pensiones a través de entidades de seguridad social, que a través del empleador o de indemnizaciones privadas. De igual forma, resulta totalmente contrario a la equidad permitir que los empleadores dejen de cumplir con sus obligaciones relativas a la seguridad social y que el trabajador no encuentre a su disposición un remedio efectivo, que le permita resguardar su derecho de pensión, que a su vez debe asumirse como la finalidad última del seguro social obligatorio y del nuevo sistema de seguridad social.

⁵ Sentencia T 339 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Por otra parte, para la Sala sí es posible darle aplicación a la Ley 797 de 2003 en el presente asunto y, tras ello, darle viabilidad a las pretensiones planteadas en la demanda, de pago de aportes con destino al Instituto de Seguros Sociales. En efecto, para respaldar tal hipótesis debe tenerse en cuenta: i) que el trabajador ha manifestado clara y expresamente su intención de acogerse a lo allí dispuesto; ii) que el trabajador o afiliado se encuentra legitimado para defender y perseguir en cualquier tiempo el capital necesario para la financiación de su pensión, así como el pago de las cotizaciones necesarias para tales efectos, sin que tenga que esperar el cumplimiento de los requisitos y el estudio del derecho; iii) y que, en estricto sentido, no existe un conflicto de vigencia de normas en el tiempo, pues frente al tema de las pensiones de jubilación se ha sostenido reiteradamente que mientras no se cause íntegramente como derecho, constituye una mera expectativa, que puede ser afectada por normas posteriores, ante la inexistencia de derechos adquiridos. En tal caso, si es posible que una expectativa de pensión se vea menguada por nuevas normas regresivas o más gravosas que las anteriores, con mucha mayor razón es dable admitir que la expectativa de pensión se vea favorecida por nuevas normas que resultan más favorables para el caso concreto.

En primer lugar, la Sala no encuentra acertados los razonamientos expuestos por el Juez de primera instancia para negar la aplicabilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que el demandante no se acogió a lo allí previsto, ni acreditó el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios para adquirir el derecho de pensión. Contrario a ello, se debe advertir que el trabajador ha manifestado de manera palmaria su intención de acogerse a las previsiones de la referida norma y, por tal razón, sus pretensiones se estructuran en las fórmulas de composición de semanas que allí se regulan.

En segundo lugar, se debe precisar que el actor no reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez y que, por ello mismo, no le era exigible la demostración de los requisitos de edad y tiempo de servicios, como lo sostuvo el a-quo. Por el contrario, el trabajador persigue una fórmula de compensación al no pago de sus aportes durante la vigencia de su relación laboral con la universidad accionada, que, como ya se indicó, es una facultad que puede ejercerse en cualquier tiempo y no necesariamente cuando se configura el derecho de pensión, pues tal potestad tiene que ver con la facultad de todo trabajador de velar por la integración en debida forma del capital y los requisitos necesarios para que se genere su derecho sin contratiempo alguno.

Finalmente, la Sala debe advertir que a pesar de que la Ley 797 de 2003 no se encontraba vigente para la data en que se encontraba en curso la relación laboral y se generó la obligación de efectuar los aportes, sí consagró una posibilidad de integración de semanas para adquirir el derecho de pensión que resulta más favorable para el caso concreto y que remedia plenamente la omisión del empleador, que a su vez está plenamente demostrada.

Debe tenerse en cuenta en este punto, que la pensión de jubilación es un derecho que se causa luego de varios años de trabajo y que, por ello, generalmente está sometido a tránsitos de legislación. En el mismo sentido que, ante dicho tránsito de legislaciones, por regla general se ha sostenido que la norma aplicable es la vigente en el momento de cumplirse los requisitos para la pensión y no la vigente en el momento de pagarse las semanas. Igualmente que, también por regla general, se ha aceptado que las nuevas normas que resultan más regresivas pueden afectar la expectativa pensional, pues si no se ha causado plenamente el derecho, lo que existe es una mera expectativa. Finalmente, que si es posible desmejorar la expectativa de un trabajador, con mucha mayor razón resulta dable mejorarla, teniendo en cuenta el principio de progresividad de los derechos sociales.

Haciendo uso de tales premisas, resulta dable admitir que la Ley 797 de 2003 es aplicable al trabajador porque, a pesar de ser posterior a la data en que se causaron las semanas, puede amparar el derecho de pensión que pida el trabajador, cumpliéndose las condiciones allí previstas. Asimismo, porque si se admitiera un tránsito de legislaciones, la presente norma es posterior, regula una situación en curso que debe quedar cobijada en virtud del principio de retrospectividad – la configuración del derecho de pensión está en curso, pues no se ha estructurado plenamente - y resulta más favorable para el caso concreto. Tras ello, su aplicación deviene inexcusable.

Por último, para la Sala resulta conveniente anotar que el Instituto de Seguros Sociales presentó un oficio (fls. 171 a 173) en el que admitió la posibilidad de validar los tiempos laborados por el actor y que se discuten en el presente asunto, conforme con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en los términos que ha expuesto la Sala. Indicó concretamente que “[e]n este caso se reúnen las condiciones, por lo tanto la Unidad de Planeación y Actuarial ha procedido a realizar el cálculo actuarial preliminar con base en el Decreto 1887 de 1994 para la validación de tiempos laborados y no cotizados al ISS”.

Igualmente, que la Sala no proferirá ninguna condena en contra del Instituto de Seguros Sociales que afecte su derecho fundamental al debido proceso, pues simplemente ordenará el pago de unos aportes en la forma que ya ha sido aceptada y que el mismo instituto debe concretar y determinar. En ese sentido, el ISS tiene la potestad de, posteriormente, analizar autónomamente las pretensiones de pensión que le plantee el actor.

Como consecuencia de lo anterior, se revocará la decisión apelada, para en su lugar condenar a la Universidad Externado de Colombia al pago, previa afiliación, surtida en legal forma respecto del demandante, señor RAFAEL EUGENIO QUINERO MILANES, de los aportes para pensión con destino al ISS, correspondientes a las relaciones laborales vigentes entre el 7 de enero de 1979 y el 30 de noviembre de 1991, en la forma analizada por el ISS en el oficio obrante a folios 171 a 173 y que muestra un “valor de la reserva actuarial hasta finales de dic de 2009” igual a \$69.603.902. Dicho cálculo actuarial, por otra parte, deberá ser actualizado, en las condiciones que establezca el Instituto de Seguros Sociales. »

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN LABORAL NO AFECTA LOS APORTES PARA PENSIÓN POR ESTAR ÉSTA SOMETIDA A LA CONDICIÓN SUSPENSIVA COMO ES ALCANZAR LOS RANGOS DE EDAD Y COTIZACIÓN PARA SU RECONOCIMIENTO.

«En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, basta con recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la pensión está sometida a una condición suspensiva y que las acciones tendientes a la conformación del capital necesario para su pago, no quedan sujetas a prescripción. Para clarificar el anterior punto, vale la pena traer a colación la sentencia del 18 de febrero de 2004, Rad. 21.378, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

“No debe desconocerse que para su formación, el derecho de pensión requiere de la confluencia de dos circunstancias que necesariamente implica el transcurso de un lapso de tiempo bastante prolongado, que supera ampliamente los términos de prescripción de las acciones que emanan de las leyes sociales, en la medida que desde su iniciación hasta su culminación, deben transcurrir, por lo menos, 20 años de servicios o haberse cotizado al Seguro durante mínimo 1.000 semanas.

Mientras el derecho está en formación, se ha dicho igualmente por la jurisprudencia, la prestación está sometida “...a condición suspensiva, que solamente se perfecciona como derecho cuando concurren los requisitos que la ley exige...” (Cas. 31 de oct. De 1957 G. J., LXXXVI, núms. 2188 a 2190, 2ª parte, p. 747), lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y, por lo mismo, que no opere en su contra plazo extintivo alguno, pues es solo a partir de que adquiere este atributo, que comienza a contarse el término de prescripción de las acciones tendientes a su protección, como lo tiene dicho esta Sala de tiempo atrás.

A pesar de ser complejo en su formación el derecho de pensión, no pueden mirarse aisladamente sus elementos constitutivos, en lo que respecta especialmente al tiempo de servicio o semanas de cotización que se requieren como condición para su exigibilidad, de modo que no puede predicarse, en este caso específico, que aunque el derecho en sí no prescribe, si prescriben los elementos que lo conforman, porque en la práctica sería imposible su gestación, dado lo prolongado de los términos. Así no cabría entender que un empleador quedaría liberado de su obligación pensional con respecto a un trabajador, que no reclamare por el tiempo laborado, dentro de los tres años siguientes a la terminación de la relación de trabajo, cuando apenas su derecho a reclamar la pensión se perfeccionó en un tiempo posterior muy superior.

Ahora bien, si el derecho a la pensión es imprescriptible y durante su formación está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos en la ley, no puede afirmarse contrariamente, que las acciones encaminadas a obtener su conformación, mediante el pago de las semanas dejadas de cotizar, estén sometidas al término trienal ordinario de prescripción, pues ello haría nugatorio su reconocimiento, toda vez que solo serían exigibles, tanto frente al empleador, como frente a la entidad de seguridad social, sino aquellas causadas durante este último lapso.”

En el anterior orden de ideas, la prescripción no puede afectar válidamente los aportes cobrados y, en ese orden, la excepción se dará por no probada.»

FUENTE NORMATIVA : DECRETO 2665 DE 1988	
	: DECRETO 3063 DE 1989, ARTÍCULO 33
	: DECRETO 1887 DE 1994
	: LEY 797 DE 2002
FECHA	: 2011-02-28
PROCESO	: ORDINARIO LABORAL
PONENTE	: DRA. SONIA MARTÍNEZ DE FORERO
DEMANDANTE	: RAFAEL ANTONIO QUINTERO MILANES
DEMANDADO	: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

1.4 Sala Penal

Boletín informativo 26 del 15 de julio de 2011

1.1. M. P. CHAVERRA CASTRO GERSON – Rad. 1100160000192011 00006-01 (15-07-11) PREACUERDO – Para su aprobación por parte del juez de conocimiento es imprescindible que el procesado asista a la audiencia de verificación del mismo.

“El asunto que ocupa la atención del Tribunal se centra, entonces, a determinar si hay lugar a improbar el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el procesado O. A. G. H., por el hecho que este no se presentó a la audiencia de verificación del acuerdo, surtida ante el Juzgado de conocimiento.

(...)

A más de todo lo anterior, es de suma importancia, frente a la institución de los preacuerdos, la verificación, que debe surtir ante el Juez de conocimiento, sobre si la decisión del procesado de renunciar a sus derechos constitucionales fundamentales a la no auto incriminación y a tener un juicio público, oral contradictorio, concentrado y con inmediación de la prueba, se trata de una decisión libre, consiente y voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa. Exigencia de naturaleza sustancial contenida en los artículos 131 y 283 de la Ley 906 de 2004, normas que al respecto prevén:

‘ARTÍCULO 131. Renuncia. Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.’

A su turno, el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, con la modificación introducida por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, dispone:

‘Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.’

Se advierte del contenido de las transcritas disposiciones que, constituye requisito de validez de los preacuerdos, el que se surta ante el juez de conocimiento la comprobación que la renuncia que hace el sindicado a sus derechos a la no auto incriminación y a tener un juicio público, oral, concentrado, contradictorio y con inmediación de la prueba, es una decisión debidamente informada, asesorada por el defensor técnico y libre de presiones, para cuya verificación el artículo 131 citado, impone como **imprescindible**, esto es, como forzoso, necesario, indispensable e ineludible, que se surta por parte del juez un interrogatorio al procesado, tendiente a escuchar de su propia voz, su deseo libre de aceptar de manera anticipada su responsabilidad.

No puede considerarse, que la verificación que en estos casos debe realizar el Juez de conocimiento, es una mera formalidad que también queda satisfecha con el escrito que condensa el acuerdo, por el mero hecho que dicho documento contenga la firma del defensor, la del procesado, la prevención a éste de las consecuencias que genera el pacto y la precisión sobre los derechos que le asisten a la no auto incriminación y a tener un juicio público, oral, concentrado y con inmediación de la prueba, ya que tal razonamiento, desconoce que la suscripción de preacuerdos constituye una actuación eminentemente extraprocesal, en la medida que se realiza por fuera de las etapas o momentos procesales previstos en el Código de Procedimiento Penal y con la participación exclusiva de la Fiscalía, el acusado y su defensor, por tanto, frente a un trámite de tal naturaleza, surge vital y necesario que su aprobación se surta ante el Juez de conocimiento, quien como principal garante los derechos fundamentales de los actores del proceso penal, es el llamado a verificar o establecer que ese pacto firmado por el acusado a instancias de un Fiscal, realmente fue voluntario, libre y debidamente informado.

Dado que la Fiscalía en un sistema de corte adversarial, no se caracteriza por su imparcialidad, ya que la anima la pretensión de lograr una condena, no se puede auspicar que un acto de tanta

trascendencia, como lo es la aceptación anticipada de responsabilidad por parte del acusado, se avale con el mero trámite de la firma del acuerdo, surtido ante el ente acusador. En estos eventos, ineludible resulta la figura del Juez, como tercero imparcial, ajeno a los intereses que representan las partes, para que verifique de viva voz con el sindicado, que el acuerdo presentado, el cual apunta a concretar la aspiración de la Fiscalía de obtener una sentencia condenatoria, contra un presunto infractor de la ley penal, fue celebrado respetando las garantías fundamentales del acusado, en la medida que el mismo constituye un acto voluntario, libre, consiente y debidamente informado.

Además, debe tenerse en cuenta que por mandato del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, el procesado, así haya suscrito un preacuerdo, cuenta con la posibilidad de retractarse, antes de que el Juez de conocimiento le imparta aprobación y, para impartir dicha aprobación el cognoscente debe, como ya lo precisamos, ineludiblemente verificar mediante un interrogatorio al encausado que su decisión de aceptar de manera anticipada su responsabilidad es libre y debidamente informada; por lo tanto si el encausado no comparece para dicha verificación, cabe entender que se retracta del acuerdo, lo que sería jurídicamente viable, en la medida que el pacto no ha sido judicialmente aprobado.

Bajo las anteriores premisas, como en el sub examine, el procesado, no obstante haber sido citado en tres oportunidades, no compareció ante el Juzgado de conocimiento para llevar a cabo la audiencia de verificación del preacuerdo por él suscrito, no surge posible que se le imparta aprobación al mismo, ya que procesalmente no se logró determinar si la aceptación de responsabilidad contenida en el referido pacto, constituye de su parte una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por su defensor técnico, constatación que ineludiblemente debe surtirse mediante un interrogatorio que sobre dichos aspectos le formula el cognoscente al sindicado.

Un procedimiento penal fundado en el respeto de la dignidad humana y en la búsqueda de un orden justo, como lo es el proceso penal concebido a raíz de la reforma introducida por el acto legislativo 03 de 2002, mediante el cual se modificó el artículo 250 de la Carta Política, tiene como principal característica la presencia y actuación del Juez como tercero imparcial, garante de los derechos del sindicado. Por ende, surge ineludible que sea el Juez de conocimiento el que constate directamente con el acusado, que de manera voluntaria e informada, es su deseo renunciar a las garantías fundamentales a la no auto incriminación y a tener un juicio público, oral, concentrado, contradictorio y con intermediación de la prueba.

No se puede tener como verdad apodíctica, en cuanto a que la aceptación de responsabilidad que realiza el procesado, es libre, voluntaria e informada, por el mero contenido del documento que condensa el preacuerdo, pues, se insiste, el mismo es elaborado por la Fiscalía, interesada, como ente que representa la acusación, en lograr una declaratoria de responsabilidad, por tanto, no es adecuado y razonable que tal verificación obre exclusivamente por una actuación, aparentemente realizada por la parte interesada en la condena, sino que se requiere que sea el Juez, como figura neutral, quien ausculte que realmente hubo por parte del procesado una voluntad libre y debidamente asesorada de querer aceptar anticipadamente su autoría o participación en la comisión de un delito. De manera que, como en el caso sub lite, no fue posible agotar, por parte del Juez de conocimiento, tal verificación, no era jurídicamente viable aprobar el preacuerdo.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Autos

1.2. M. P. CHAVERRA CASTRO GERSON – Rad. 1100161020712006 000420-03 (15-07-11) PRINCIPIO DE LEGALIDAD – Rebaja de pena concedida a uno de los coautores, con desconocimiento del ordenamiento legal, no puede extenderse a los demás – REBAJA DE PENA POR REPARACIÓN – Cuando ha indemnizado un tercero - Indemnización debe ser total para que se reconozca la rebaja.

“Teniendo en cuenta el tema materia de apelación, debe determinar el Tribunal si resulta procedente otorgarle al procesado J.A.L.P. la rebaja de pena consagrada en el artículo 269 del Código penal, por el hecho que al coprocesador A.C.P., le fue reconocida dicha diminuyente punitiva, no obstante haber efectuado una reparación parcial de los perjuicios irrogados con la comisión del delito de hurto calificado y agravado.

(...)

Bajo la descrita realidad, lo primero a señalar es que no resulta procedente aplicarle a los procesados la rebaja de pena por reparación prevista en el artículo 269 del Código Penal, por el hecho que las empresas ASCOVIG LTDA y el Edificio Liberty Seguros PH cancelaron a la firma BIG PASS S.A., el monto total de los perjuicios causados con el delito, ya que para que opere tal degradante punitiva, se

requiere que el responsable de la conducta delictual repare integralmente los daños irrogados a la víctima; de manera que, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶, si dichos perjuicios son cubiertos en todo en parte por un tercero que no cancela a nombre del procesado, tal reembolso no se puede considerar como indemnización a favor de este, que estará obligado a devolverle a ese tercero lo pagado, para que se pueda considerar que ha indemnizado.

Y en el caso sub examine, el pago a título de indemnización de perjuicios, por la comisión del delito de hurto calificado y agravado hicieron las firmas ASCOVIG LTDA y Edificio Liberty Seguros PH, no lo fue a nombre de los acusados, sino a título de su directa responsabilidad como terceros civilmente responsables, teniendo en cuenta, de un lado, que la empresa víctima del atentado contra el patrimonio económico funcionaba en el edificio en mención, y, de otro, que los encartados eran personas que laboraban en la empresa ASCOVIG LTDA, encargada de prestar vigilancia a dicho inmueble.

(...)

Sin embargo de equivoca el a quo cuando decide reconocerle al procesado A. C. P., la rebaja de pena consagrada en el citado artículo 269 del Código Penal, sobre la base que este devolvió a la Empresa ASCOVIG LTDA, parte del monto cancelado a la firma GIG PASS S.A., al entregarle la suma de \$500.000, ya que, la indemnización que da lugar al incremento punitivo es aquella que es total, plena o suficiente, por tanto, como la reseña la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, citada en precedencia, si el reembolso se hace a través de un tercero, como ocurrió en el caso sub lite, el procesado estará obligado a devolverle a este tercero todo lo pagado, para que se pueda considerar que ha indemnizado.

Sobre los presupuestos para el otorgamiento de la rebaja de pena por reparación, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

“...

Consecuente con este entendimiento, la Corte, de antiguo, ha sido uniforme en sostener que la aplicación de la rebaja de pena prevista en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000 (antes 374 del Decreto 100 de 1980), impone el cumplimiento de la exigencia de reparación económica, y que si este requerimiento no se satisface, o solo se cumple de manera parcial, la aplicación de la consecuencia jurídica no tiene cabida.

(...)”

Por lo tanto, como en el caso, no se verificó por parte del procesado A. C. P., una devolución total de las sumas pagadas por las empresas ASCOVIG LTDA y Edificio Liberty Seguros PH., a la firma BIG PASS S.A., no era jurídicamente procedente aplicar en su favor el descuento punitivo contemplado en el artículo 269 del Código Penal. Yerra el a quo, al considerar que como el legislador en la norma en cita, estableció que la rebaja a aplicar va de la mitad a las tres cuartas partes de la pena, la escogencia del monto del descuento, depende si la indemnización es parcial o total, ya que con tal razonamiento desconoce la dimensión de la figura, que exige en todo caso, una indemnización total, plena o suficiente, como lo precisó la Corte suprema de Justicia en la sentencia transcrita.

Al respecto, debe aclarar la Sala que el porcentaje por el que procede la disminución punitiva, que, según el artículo 269 del Código Penal va de la mitad a las tres cuartas partes, se determina tomando en cuenta el momento en el que se efectúe la indemnización de los perjuicios causados, como lo precisó la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 18.856, pues de lo que se trata, en últimas, es que los efectos nocivos del actuar delictivo no se prolonguen, haciendo más gravosa la situación de la víctima, motivo por el cual el transcurso del tiempo es basilar en la concreción de la rebaja punitiva, de manera que entre más lejana sea la indemnización, menor debe ser el descuento punitivo. Pero en todo caso, bien para aplicar un descuento de la mitad de la pena, ora para tomar en cuenta una rebaja de las tres cuartas partes de la sanción, debe obrar el pago del valor total de los perjuicios.

No obstante, la denotada equivocación del Juez de primera instancia, no es posible en lo que respecta al procesado A. C. P., corregir el fallo, dado que este punto no fue objeto de impugnación, y por consiguiente, no se puede realizar una reforma peyorativa, ya que se violaría el principio contemplado en el artículo 31 de la Carta Política y 20 de la Ley 906 de 2004.

Es cierto, que si la rebaja de pena efectuada al procesado A. C. P., fuera jurídicamente procedente al estar sustentada en el pago real de los perjuicios realizado por parte de este, dicha reducción se haría extensiva también al sindicato J.A.L.P., ya que en estos eventos basta con que uno de los coparticipes del delito indemnice⁷. Empero como el descuento punitivo efectuado por el a quo, a favor de C. P., no se ajusta al ordenamiento legal, no puede el Tribunal reiterar esa equivocación, haciendo extensiva la rebaja ilegalmente concedida al acusado L. P.

⁶ Sentencia del 5 de febrero de 2009. Radicación 9833 M.P. Jorge E. Cordoba Poveda

⁷ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de febrero de 2003. Radicación 15613. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Ahora, si bien se evidencia, la existencia de un trato desigual entre los procesados A. C. P. y J. A. L. P., por cuanto al primero se le otorgó, equivocadamente, por parte del Juzgado de primer nivel, por un pago parcial efectuado, la rebaja contemplada en el artículo 269 del Código penal, en tanto que al segundo, al cual le es extensivo dicho pago, se le niega la concesión del descuento, se debe tener en cuenta que ello es propiciado por un error en la aplicación de la ley, en el que incurrió el juzgado de primer nivel, no siendo viable que el Tribunal, en sede de segunda instancia, entre también a desconocer el ordenamiento legal, otorgando al procesado L. P., una rebaja de pena para la cual no tiene derecho.

(...)

Ahora, se reitera, si bien a C. P. se le aplicó indebidamente, por el Juzgado de primera instancia la rebaja punitiva, no puede el Tribunal reiterar el yerro, otorgando al sindicado L. P., pues sobre la base de equivocaciones de orden legal, no pueden reclamarse existencia de derechos.

Los derechos a los descuentos punitivos, deben surgir por virtud de mandatos legales, no con fundamento en errores cometidos por los operadores jurídicos, pues, su reconocimiento, sustentado en las equivocaciones del juez de primera instancia, implicaría auspiciar el quebrantamiento del orden jurídico, cuyo restablecimiento es deber del juzgador de segunda instancia.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Sentencias

1.3. M. P. CHAVERRA CASTRO GERSON – Rad. 1100160007142008 000638-01 (15-06-11) DEBIDO PROCESO – DERECHO DE DEFENSA – Se viola cuando el juez establece reglas artificiosas y no previstas dentro del ordenamiento legal que impiden o limitan la práctica de pruebas conducentes.

“Conforme a la actuación procesal descrita, considera el Tribunal que se afectaron las garantías fundamentales al debido proceso y derecho de defensa del procesado.

En efecto en audiencia preparatoria, por considerarlo pertinente y conducente, el juez de conocimiento decretó la práctica del testimonio del psicólogo FERNANDO FORERO, profesional que efectuó valoración psicológica al procesado y viene realizándole unas terapias de seguimiento de su comportamiento, con quien la defensa aspiraba a introducir dichos informes, al juzgarlos útiles para demostrar la conducta de su representado y, enervar con ello, la sindicación que se le hace de haber abusado del menor J. F. B. G.

Sin embargo, el a quo, no obstante la solicitud de suspensión de la audiencia pública que le hizo la togada, cuyo sustento lo fue, la no comparecencia del psicólogo FERNANDO FORERO, testigo considerado vital en la estrategia defensiva, se negó a suspender el juicio, bajo el argumento que la petición no fue elevada al inicio del debate. Postura que la Sala considera no resulta admisible, ya que frente a la importancia del testigo para los fines de la defensa y, teniendo en cuenta que su no comparecencia no obedeció a causas imputables a la requirente, lo adecuado, para preservar el principio de libertad de armas entre acusación y defensa, que rige en un sistema de corte adversarial, era disponer la suspensión de la vista pública, para hacer un nuevo llamado al referido declarante y lograr la recepción de su testimonio.

El Tribunal considera que la directriz esgrimida por el a quo, según la cual ante la no comparecencia de un testigo, si la parte no pide desde un comienzo el aplazamiento del juicio oral, no puede hacerlo posteriormente, es una pauta desproporcionada e irrazonable, en la medida que no toma en cuenta el peso de las razones que sustentan la solicitud de suspensión de la audiencia y las garantías fundamentales en juego, si no que se parte de una artificiosa regla de conducta³, la que no está regulada en el ordenamiento procesal penal y, por ende, no puede serle exigida a las partes; máxime en un caso como el sub examine, donde no era viable que la defensa de entrada solicitara el aplazamiento de la vista pública, por cuanto la mayoría de los testigos tanto de ella como la Fiscalía habían comparecido, lo que representaba que se podía desarrollar el juicio, agotando la práctica de las declaraciones de las personas que asistieron y, luego, si, surgía procedente, pedir la suspensión de la diligencia, porque para ese momento, ya era una realidad la inasistencia del psicólogo FERNANDO FORERO, como atinada y oportunamente lo hizo la defensora, pero su solicitud, fue infundadamente desatendida por el juzgador de primer grado.

De manera que, juzga el Tribunal, con la decisión irrazonable adoptada por el a quo, se cercenó de un tajo la posibilidad de un testigo, considerado vital para la defensa del procesado E.G.G.S., fuera escuchado en declaración jurada, actuación que vulnera, de un lado, el debido proceso, en la medida que no se dio curso a la práctica de los medios probatorios que le fueron decretadas a la defensa y, de otro, se afecta el derecho de defensa del acusado, por cuanto se impide la incorporación de pruebas de descargos, solicitadas con el fin de demostrar su inocencia.

(...)

Adicional a la anterior incorrección, también advierte la Sala que el propio Juez de conocimiento dispuso decretar como pruebas directas de la defensa los mismos testimonios que le fueron admitidos a la Fiscalía. No obstante, cuando la togada solicitó interrogar como testigos directos a la psicóloga NIDIA CONSTANZA ROJAS MEDINA, JAIME ORLANDO BEDOYA MORA y a PAULA ANDREA GUEVARA RAMIREZ, el a quo expresó que no era posible, dado que los dos primeros declarantes ya se habían ausentado del recinto, censurando el hecho que la mandataria judicial de acusado, cuando estos actuaron como testigos de la Fiscalía, no haya recordado que posteriormente, ella los iba a interrogar como testigos directos. Planteamiento inadmisible, porque el gobierno de la actuación judicial le corresponde al juez y, por consiguiente, como el a quo había decretado dicha pruebas, debió ser él quien conminara a los deponentes a que no se retiraran de la audiencia, por cuanto posteriormente serían interrogados, deber que el impone el artículo 393 inciso final del Código de Procedimiento Penal, al señalar que el testigo deberá permanecer a disposición del **Juez** durante el término que éste determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición a su testimonio.

En consecuencia, al no haberle permitido a la defensa interrogar como testigos directos a la psicóloga NIDIA CONSTANZA LÓPEZ MEDINA y a JAIME ORLANDO BEDOYA MORA, como fue decretado en audiencia preparatoria, también constituye una afectación al debido proceso y al derecho de defensa del acusado en la medida que se impidió la incorporación de unos medios de prueba, considerados importantes para enervar la acusación de la Fiscalía, generándose un desequilibrio, en perjuicio del encartado.

Así las cosas, frente a los defectos sustanciales denotados, surge necesario, para restablecer las garantías fundamentales quebrantadas invalidar la actuación irregular. Por consiguiente se declarará la nulidad de lo actuado, a partir del momento en que en la audiencia de juicio oral, celebrada el 1 de febrero de 2011, el Juzgado de conocimiento declaró terminada la fase probatoria del juicio oral y dio curso a la presentación de los alegatos de clausura, para que proceda el a quo a recepcionar los testimonios del psicólogo FERNANDO FORERO, de la psicóloga NIDIA CONSTANZA ROJAS MEDINA y JAIME ORLANDO BEDOYA MORA decretados como testigos directos de la defensa.”

³ Regla de conducta, según la cual, para acceder a la solicitud de suspensión del juicio oral, la parte interesada debe elevar petición al inicio de la audiencia.

Relatoría/consulta/2011/Adolescentes/ Autos

1.4. M. P. CHAVERRA CASTRO GERSON – Rad. 1100140040272010 00127-01 (25-05-11) LIBERTAD INMEDIATA CONSAGRADA EN EL PARÁGRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 29B DE LA LEY 65 DE 1993 - Su concesión, frente a delitos de admitan indemnización integral, conciliación o desistimiento, no está supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los numerales 1, 2, y 3 de la misma norma.

“Conforme a tal marco de competencia, el problema jurídico que debe resolver la Sala es determinar si el beneficio de la libertad inmediata que consagra el parágrafo primero del artículo 29B de la Ley 65 de 1993, en la fase de ejecución de la pena, frente a delitos de admitan indemnización integral, conciliación o desistimiento, requiere para su concesión, además de la reparación integral del daño causado a la víctima, el cumplimiento de los requisitos previstos en los numerales 1, 2, y 3 de la norma en cita.

Bajo tal proyección, surge pertinente indicar que el artículo 29 B del Código Penitenciario y Carcelario – Ley 65 de 1993-, introducido por el artículo 9º del Decreto 2636 de 2004, dispone lo siguiente:

‘Artículo 29-B. Seguridad electrónica como pena substitutiva de prisión. En los delitos cuya pena impuesta no supere los cuatro años de prisión, respecto de los que no proceda la prisión domiciliaria; el juez de ejecución de penas, podrá substituir la pena de prisión por la de vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica, previa solicitud del condenado, si se cumplen adicionalmente los siguientes requisitos:

- 1. Que el condenado no tenga otros antecedentes penales, salvo que se trate de delitos culposos o con pena no privativa de la libertad.*
- 2. Que el condenado suscriba un acta de compromiso, prestando una caución que garantice el cumplimiento de las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida.*

- 3. Que el condenado repare los perjuicios ocasionados a la víctima de la conducta punible, cuando estos hayan sido tasados en la respectiva sentencia condenatoria, salvo que se demuestre la incapacidad material de hacerlo.*
- 4. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida por parte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.*

PARÁGRAFO 1o. Cuando se trate de una conducta punible que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento y se repare integralmente el daño con posterioridad a la condena, no procederá el mecanismo de seguridad electrónica sino la libertad inmediata. (...)
(Resaltado fuera de texto)

Así, considera el Tribunal que del contenido del párrafo primero de la norma transcrita surge la existencia de un nuevo sustituto penal, el cual estriba en otorgar al sentenciado la libertad inmediata, cuando siendo condenado por delitos que admitan la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento, se repare integralmente el daño causado a la víctima, con posterioridad a la condena.

Para la Sala, los requisitos para acceder al beneficio liberatorio aludido, están contenidos de manera suficiente en el párrafo que lo consagra, los que exclusivamente son: 1. Que se trate de condena impuesta por delito que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento y, 2. Que se repare integralmente el daño ocasionado a la víctima con posterioridad a la sentencia, pues se trata de una regulación autónoma, con total independencia de los derroteros normativos trazados para el beneficio de la sustitución de los beneficios de la pena de prisión por el de vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica, por lo tanto como pasa a verse, las exigencias contempladas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 29 B de la Ley 65 de 1993, son pregonables para esta última figura. Veamos:

Los mecanismos de la indemnización integral, la conciliación y el desistimiento, consagradas en el artículo 38 de la Ley 600 de 2000, como causales de extinción de la acción penal, operan sin que sea necesario que el sindicado carezca de antecedentes penales, por cuenta de otros procesos, pues basta simplemente que, en aquellos delitos en los que procede este tipo de figuras, se repare de manera plena el daño causado, se logre un acuerdo conciliatorio entre el perjudicado y el procesado o la víctima desista de la querrela. Si ello es así, cuando el resultado procesal en estos eventos es la terminación definitiva del proceso penal, no se advierte proporcionado, ni razonable considerar que en la fase de ejecución de la sanción, cuando la consecuencia por la reparación del daño con posterioridad a la condena, en las conductas punibles que admitan la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento, es tan solo el otorgamiento al convicto del beneficio de libertad, haya sido querer del legislador condicionar la aplicación de la figura a aquellos sentenciados que carezcan de antecedentes penales.

En consecuencia, juzga la Sala, que el requisito contemplado en el numeral 1º del artículo 29B de la Ley 65 de 1993, está referido al beneficio de la sustitución de la pena de prisión por la de vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica, pues esta figura si tiene por teleología privilegiar a aquellos condenados respecto a los cuales, por su carencia de otros antecedentes penales, se pueda hacer un pronóstico favorable de que no constituyen un peligro social y que no van a evadirle cumplimiento de la pena, aprovechando que les ha sido sustituida la reclusión intramural por la imposición de un brazalete electrónico.

En cambio, frente al beneficio de la libertad inmediata, por reparación integral de daño, por implicar una liberación del convicto sin limitación alguna, por sustracción de materia, no hay lugar a realizar pronósticos, de cara a los antecedentes penales, sobre si el condenado evadirá el cumplimiento de la sanción, dado que en estos eventos, por tratarse de delitos cuyo impacto negativo queda, en la mayoría de los casos, reducidos a la órbita privada, lo importante es que se repare de manera plena el daño causado a la víctima de la infracción.

Reafirma la conclusión de la Sala, en el sentido que los requisitos contemplados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 29 B de la Ley 65 de 1993, no son aplicables al beneficio de libertad por reparación de perjuicios, contemplado en el párrafo primero de la norma en cita, el propio contenido de aquellas disposiciones, pues, en primer término se observa que el numeral segundo, le impone al condenado la condición de suscribir un acta de compromiso, “prestando una caución que garantice el cumplimiento de las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida”, condicionamiento que se aviene aplicable para el beneficio de la vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica, en la medida en que en estos eventos el convicto queda sometido a permanecer en un determinado lugar, donde es objeto de monitoreo electrónico, mas no resulta consecuente con la naturaleza del beneficio de la “libertad inmediata” materia de análisis, pues esta figura no fue consagrada con limitaciones en el ejercicio de la libertad de locomoción.

En segundo orden, se advierte que el numeral tercero del artículo 29B de la Ley 65 de 1993, le fija al sentenciado la obligación de reparar los perjuicios ocasionados a la víctima de la conducta punible “salvo que se demuestre la incapacidad material de hacerlo”; lo que lleva a entender que el referido precepto surge aplicable frente al beneficio de la sustitución de la pena de prisión por la vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica, por cuanto la figura de la libertad inmediata, consagrada en el párrafo primero de la norma en cita, conforme a su claro y perentorio tenor literal,

exige, sin excepción alguna, la efectiva reparación integral de los daños causados a la víctima de la conducta punible; de manera que, si el sentenciado, así se encuentre en incapacidad material para cancelar los perjuicios, no cumple con tal obligación, no puede acceder al aludido sustituto, más si puede ser favorecido con la concesión de la vigilancia electrónica, siempre y cuando cumpla con el resto de condiciones que impone la norma en cita.

Con fundamento en lo expuesto, considera el Tribunal errada la postura del Juzgado executor de primera instancia, al determinar que le son aplicables al beneficio de libertad inmediata por reparación integral de los daños ocasionados a la víctima de la infracción, contemplado en el párrafo primero del artículo 29 B de la ley 65 de 1993, los requisitos contemplados en los numerales primero, segundo y tercero de la norma en cita, y por esa vía concluir, que el sentenciado H.A.S.L., no puede acceder a dicha gracia, dado que tiene un antecedente penal por cuenta de otro proceso.

De manera que, bajo la consideración de la Sala, el análisis, en el caso sub examine, sobre la procedencia del beneficio liberatorio, debe realizarse de cara a los dos requisitos que surgen del contenido del párrafo primero del artículo 29B de la Ley 65 de 1993, esto es que se trate de condena impuesta por una delito que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento y, se haya reparado integralmente el daño ocasionado a la víctima, con posterioridad a la sentencia.”

Relatoría/consulta/2011/Ley 600 /autos

2. TEMA DE INTERÉS

TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES Y CONSUMO PERSONAL.

Artículo escrito por el Dr. Fernando León Bolaños Palacios, Magistrado de la Sala Penal de este Tribunal. El contenido de este documento compromete exclusivamente a su autor; y no es reflejo de algún pensamiento institucional.

Las reformas constitucional y legal recientes suscitan polémica con relación al tratamiento jurídico que debe darse a los consumidores de estupefacientes, bien sean ocasionales, habituales o dependientes.

El artículo 376 del Código Penal (*Ley 599 de 2000*), que sanciona el *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, se aplicaba “*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*”.

Esa norma fue modificada por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, para eliminar la excepción que privilegiaba a la *dosis personal*.

De inmediato surgieron varios interrogantes, entre ellos: ¿Los consumidores, sin importar la cantidad de estupefaciente que les fuere incautado, quedaron expuestos a las sanciones penales de prisión multa contenidas en el artículo 376 modificado?.

La respuesta es negativa y para encontrarla es preciso acudir al Acto Legislativo No. 02 de 2009, sus antecedentes y exposiciones de motivos.

A través del Acto Legislativo No. 02 de 2009, se reformó el artículo 49 (*servicio público de salud*) de la Constitución Política, con el fin de contrarrestar el alcance logrado por la teoría del libre desarrollado de la personalidad en materia de consumo de estupefacientes. La nueva norma Superior contiene un aparte del siguiente tenor: “*El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica*”; y establece medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias; y sus familias.

Se insistió en el proyecto de acto legislativo, en sus exposiciones de motivos y debates en el Congreso de la República, que en ningún momento se trataba de sancionar penalmente a los consumidores y que las medias *administrativas* tendrían objetivos preventivos y rehabilitadores; no de expiación ni retribución.⁸

De ahí que, en la exposición de motivos para el proyecto de Ley 164 de 2010 (*Senado*), que cristalizó en la Ley 1453 de 2011, se declaró que “*con el Acto Legislativo 002 de 2009 queda sin efectos la mención realizada en el Código Penal a la dosis personal*”.⁹

Vale decir, como era de esperarse, la reforma del Código Penal quedó supeditada al nuevo artículo 49 de la Carta. En ese orden de ideas, resulta inconstitucional la interpretación según la cual el

⁸ Cfr. Gaceta del Congreso No. 162 de 2009. Informe para ponencia segundo debate, proyecto de acto legislativo No. 285 de 2009, p. 5. Cámara.

⁹ Cfr. Gaceta del Congreso No. 733 de 2010. p. 15; Gaceta del Congreso No. 737 de 2010; y Gaceta del Congreso No. 850 de 2010.

artículo 376 del Código Penal, como fue reformado por la Ley 1453 de 2011, al eliminar la referencia a la *dosis personal*, convirtió en punible el consumo de estupefacientes.

Ahora bien, la Ley 30 de 1986, *por la cual se adopta el estatuto nacional de estupefacientes y se dictan otras disposiciones*, continúa vigente en varios de sus preceptos. Uno de ellos es el artículo 2°, integrado al capítulo de los *Principios Generales*, y que contiene una serie de definiciones; entre ellas, las de droga, estupefaciente, medicamento, psicotrópico, abuso, dependencia psicológica, adicción o drogadicción, toxicomanía, dosis terapéutica, *dosis para uso personal*, precursor, prevención, tratamiento y rehabilitación.

La anterior remembranza, para significar que –en mi criterio- la Ley 1453 de 2011 no derogó el artículo 2° de la Ley 30 de 1986; y que, por lo tanto, el principio general o concepto de *dosis personal* continúa vigente; sólo que ya no es permitido portarla ni consumirla, pues es claro el Acto Legislativo No. 02 de 2009, al prohibir el porte y el consumo de sustancias estupefacientes. Tal prohibición no conlleva, sin embargo, a que los consumidores se consideren delincuentes a partir de su vigencia; sino a que deben someterse a tratamientos *administrativos*, aún en contra de su voluntad.

La Fiscalía General de la Nación enfrenta varios problemas concretos, especialmente los derivados de la falta de reglamentación del Acto Legislativo No. 02 de 2009; ya que, en ausencia de la ley que desarrolle la materia, se desconoce cuáles autoridades deben intervenir en el tratamiento *administrativo* a los consumidores, el procedimiento a aplicar y los tipos específicos de medidas preventivas, rehabilitadoras y profilácticas.

Entre tanto, ¿qué debe hacer la Policía Nacional y la Fiscalía frente a una persona que es sorprendida con pequeñas cantidades de estupefaciente y afirma que es consumidor?

Dado que la Fiscalía tiene la misión constitucional de perseguir el delito de tráfico de estupefacientes, en cualquiera de sus manifestaciones y cantidades, sería necesario iniciar la investigación para confirmar o descartar la condición de consumidor (*ocasional, habitual o adicto*); y, paralelamente, para corroborar o excluir la hipótesis delictiva. Por supuesto, frente a consumidores no habrá imputación y deberán recuperar su libertad de inmediato.

¿Qué ocurre si se demuestra, por las vías legales, que una persona es consumidora, pero lleva consigo cantidades grandes de estupefacientes? Para solucionar esta encrucijada, pienso nuevamente que el concepto –principio general- de *dosis personal* se encuentra vigente y, pueden seguirse aplicando los lineamientos jurisprudenciales sobre el tema, relativos a la ausencia de antijuridicidad material únicamente cuando el exceso sobre la *dosis personal* es mínimo.

Otro pensamiento más liberal, al cual todavía no me adscribo, sostiene que con las reformas constitucional y legal los consumidores salieron beneficiados, puesto que una vez desaparecido el concepto de *dosis personal*, pasó a ser impune cualquier cantidad de sustancia que tengan para su consumo. No comparto esta postura ya que conduce a que retorne la mala interpretación de la llamada *dosis de aprovisionamiento*, según la cual los consumidores pueden adquirir todo el estupefaciente que necesiten, sin que ello comporte actividades delictivas de tráfico o comercio de las drogas prohibidas.

Las anteriores ideas no tienen mayor pretensión que contribuir a la discusión sobre esa problemática, con el fin de generar una solución –ojalá conjunta y concertada- con la esperanza de que la nueva normatividad no sea a la postre otro estruendoso fracaso en la lucha contra el consumo y el tráfico de estupefacientes.

JORGE DEL CARMEN RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Presidente

ALBERTO POVEDA PERDOMO
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA
Relatora

Boletín de Sala Penal preparado por NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA, Relatora de dicha Sala, y aprobado por Presidente y Vicepresidente de la misma.

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Presidente del Tribunal

ALIRIO CORREAL BELTRÁN
Relator del Tribunal

