

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL**

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA MIRIAM RODRIGUEZ DE ROZO CONTRA ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A. Radicación No. 11001- 31-05- 011-**2019-00741**-01. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA.

Con mi acostumbrado respeto, expreso mi desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala en cuanto resolvió revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar absolver a la demandada.

Considero que en dicha sentencia la mayoría incurre en un error jurídico al restar mérito probatorio a una certificación expedida por la demandada a la actora en octubre de 2017, desconociendo lo previsto en el artículo 244 del C.G.P. (inciso 2) que dice que los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

Esta disposición establece la presunción de autenticidad de todos los documentos, sean públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, que estén firmados o hayan sido manuscritos o elaborados por quien se le atribuyen. Esta presunción es una ficción legal, que no es absoluta sino relativa, y constituye una ventaja probatoria en favor de quien aporta la prueba, que puede ser desvirtuada mediante los mecanismos que la misma norma prevé: con la tacha o con el desconocimiento.

La certificación aportada en este caso y que la mayoría decidió no tener como prueba, es un documento privado, pero emanado de la propia parte como quiera que es expedida y firmada por quien se anuncia como subdirectora nacional de talento humano de la demandada y en consecuencia obraba como representante del empleador, en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo. Este es un elemento muy importante que debe ser tenido en cuenta, porque cuando se trata de objetar un documento emanado de la

parte, el camino que debe escogerse es el de la tacha, mientras que si se trata de una pieza emanada de terceros el derrotero es el desconocimiento. Así se desprende con total claridad de los artículos 269 y 272 del C. G. del P. El primero estatuye que la parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso. Dos requisitos exige la norma: que el documento se atribuya a la parte y que esté manuscrito por ella, cumpliéndose en este caso, en lo que tiene que ver con la certificación referida, con los dos requisitos, pues al ser la demandada una persona jurídica y tratarse de un asunto laboral, no solo tienen fuerza vinculante los documentos firmados por su representante legal sino por aquellas personas que ostenten la calidad de representantes del patrono como lo dispone el artículo 32 ya citado, y aquí lo firma quien se anuncia como subdirectora de talento humano, o sea una persona con cierto nivel jerárquico dentro de la empresa y con incidencia en el manejo del personal de trabajadores. Y de otro lado, el segundo precepto legal antes citado, habla de que se puede desconocer un documento que simplemente se atribuya a la parte pero no esté firmado ni manuscritos por ella, y lo mismo ocurrirá respecto de documentos dispositivos y representativos emanados de terceros. Así entonces, si el documento reúne las calidades establecidas en la ley para la tacha, es esta la que debe tramitarse no el desconocimiento, y si se utiliza este último el mismo no puede tener ninguna repercusión de cara a la valoración probatoria del medio demostrativo.

Y aquí viene lo interesante, porque cuando es un documento emanado de la parte, firmado y suscrito por esta, corresponde a esta demostrar su falsedad. Pero cuando se trata de desconocimiento, debe establecerse la autenticidad del documento para que pueda tener mérito probatorio, carga probatoria que incumbe a quien lo aportó, como prevé el inciso 5 del artículo 272, argumento este que blandió la mayoría de la Sala para sustentar su decisión. Pero claro debe tenerse en cuenta que el desconocimiento es viable cuando se trata de documentos no firmados o manuscritos por las partes o sus representantes, o documentos emanados de terceros, que sean dispositivos o representativos; en otras circunstancias, no procede el desconocimiento aunque se tramite, como aquí ha sucedido, por cuanto las normas procesales son de orden público y no es dable tener por demostrado un desconocimiento respecto de un documento que no reúne las características intrínsecas para ser susceptible de esa medida. Dicho en otras palabras, el hecho de que el juez haya resuelto darle trámite al llamado incidente o trámite de desconocimiento, no quiere decir que deba darse prosperidad al mismo, porque es claro que esa medida no procede frente a la

certificación. Mírese que la parte final del citado artículo 272 despeja cualquier duda y reafirma lo que vengo diciendo cuando dice: *“El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega”*.

De manera, pues, que considero que en este caso no debió desconocerse la certificación expedida por la subdirectora de talento humano, aunque estoy de acuerdo con lo ocurrido con el otro documento que contiene la liquidación, pues este sí no aparece firmado ni manuscrito por la entidad demandada, y en este caso si se configuran los requisitos para el desconocimiento.

Cosa distinta hubiese sido que el documento no se le viera suficiente fuerza persuasiva, o que, sumado a otros elementos probatorios como el desinterés de la demandante en la actuación procesal, llevara a restarle mérito probatorio; pero aquí no se ha aducido nada de eso sino que se hizo una análisis que a mi modo de ver riñe con las regulaciones que gobiernan el asunto. Pero nada de esto se dice en la sentencia de la que disiento.

Lo dicho en este salvamento no cambia por el hecho de que el demandado haya estado representado por curador *ad litem*, pues lo único sería que este no puede disponer del derecho en litigio ni confesar, pero en modo alguno permite que el curador desconozca un documento cuando ha debido proponer su tacha.

Dejo así expuestos los motivos de mi discrepancia.

Con todo respeto.


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

Fecha ut supra

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL**

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA DOLORES SARMIENTO SÁNCHEZ CONTRA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE. Radicación No. 11001-31-05-030-**2017-00736**-01. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA.

Con mi acostumbrado respeto, expreso mi desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala en cuanto resolvió declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia, y enviar el presente proceso a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por ser la competente para conocerlo. En apoyo citó una directriz doctrinaria de la Corte Constitucional, entidad encargada de dirimir actualmente los conflictos de jurisdicción.

Sin embargo, me parece que la decisión adoptada antes que corregir y evitar unos riesgos inexistentes, lo que hace es propiciar un derroche de jurisdicción, dilatar la resolución de un asunto sobre cuya jurisdicción no se ha expuesto ninguna disparidad por las partes ni por el juez de primera instancia, y afectar la ya menguada fama de la jurisdicción de volver los pleitos interminables.

Es claro que, en la estructura Constitucional de la función pública nacional, existen por lo menos dos categorías de servidores públicos: los trabajadores oficiales y los empleados públicos. Los conflictos de los primeros han sido tradicionalmente conocidos por los jueces laborales y los de los segundos por los jueces administrativos. Hay una tercera categoría que se ha generalizado y es el de los contratistas: los cuales a su vez se subdividen en contratistas reales y contratistas aparentes. Estos últimos, en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, no son cosa distinta que trabajadores oficiales o empleados públicos, y tradicionalmente los conflictos en que se vean envueltos conocen, ya a la jurisdicción laboral, ora a la administrativa, de acuerdo con criterios como el orgánico o el funcional. Se ha dicho que la calidad de empleado público o trabajador oficial emana de la ley y no de la voluntad de las partes ni de las formalidades que revista la vinculación respectiva. Un trabajador oficial no dejará de serlo por el hecho de que se nombre por decreto y se inscriba en la carrera administrativa; y en el mismo orden de ideas, quien desempeñe un cargo propio de empleado público, de acuerdo con las directrices de la ley, no dejará de serlo por el hecho de que se vincule por contrato de trabajo y se le apliquen las convenciones colectivas.

La ley y la jurisprudencia de todos los órdenes (constitucional, administrativa y ordinaria laboral) han coincidido en que existen dos elementos para identificar, incluso preliminarmente, la naturaleza de un servidor: el criterio orgánico y el criterio funcional. Según el primero, son trabajadores oficiales los que laboren en empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) de cualquier nivel, salvo el personal directivo clasificado en los estatutos como empleados públicos. De manera que cuando se instaura una demanda por un trabajador de una EICE es indudable que, en virtud de la regulación legal, es admisible que se considere que se trata de un trabajador oficial, sea que se vincule formalmente como tal, es decir con contrato de trabajo, o que se vincule a través de contrato de prestación de servicios, pues el principio de primacía de la realidad permitirá develar su real naturaleza. Pero qué pasa si este trabajador oficial se vincula a través de decreto o acto administrativo, pues naturalmente no dejará de ser trabajador oficial, porque hacerlo es tanto como permitir a las partes calificar el carácter de su vínculo y escoger el juez que debe dirimir su controversia. Los servidores de las demás entidades administrativas, de cualquier nivel, son empleados públicos, como norma general, salvo los que se dediquen a la construcción o sostenimiento de obras públicas.

Y existe el factor funcional, relacionado precisamente con los quehaceres a cargo del servidor, de manera que los que se dediquen a la construcción o sostenimiento de obras públicas en entidades diferentes a las EICE se considerarán trabajadores oficiales.

Lo anterior no solo es fruto de una larga y bien cimentada tradición jurídica, sino que así ha sido contemplado en la ley, a cuyo imperio nos debemos los jueces pues la jurisprudencia es apenas un factor auxiliar que no puede competir con aquella.

Cabe aclarar que hay algunas regulaciones específicas que varían un poco las reglas antes señaladas. Por revestir importancia para este caso quiero referirme a la Ley 10 de 1990 que al señalar las pautas para clasificar los servidores de las ESE preceptúa en su artículo 26 que son trabajadores oficiales de dichas entidades los que se dediquen a las labores de servicios generales. La jurisprudencia ha considerado que las actividades de aseo y limpieza en dichos establecimientos son labores de servicios generales. O sea, que cuando una persona aduce que prestó sus servicios en estos oficios, ninguna duda le es dable albergar el juez que conozca del asunto, sobre la naturaleza laboral de la relación, y que su conocimiento corresponde a los jueces del trabajo. Y lo anterior, se robustece cuando la entidad que se benefició de los servicios acepta que esos fueron los oficios ejecutados, volviendo intangible y manifiesta la

referida calidad. Lo anterior se aplique sea que la entidad actúe con rectitud y suscriba contrato de trabajo, o sea que trate de simularlo con la suscripción de contratos de prestación de servicios u ordenes de servicios. Esto es lo sucedido en el presente caso, en el que las partes no tuvieron ninguna discrepancia en que la trabajadora laboró en oficios de desinfección del hospital y limpieza, lo que denota que su condición de probable trabajadora oficial estaba fuera de toda discusión.

Ahora bien, es cierto que en tiempo ya pretéritos se presentaban situaciones aberrantes en que luego de tramitar un proceso por la vía laboral se determinaba al momento de emitir la sentencia que no había contrato de trabajo y se absolvía de las pretensiones de la demanda, con el argumento de que la demanda se había soportado alegando un contrato de trabajo cuya existencia a la postre no se acreditó. Y ocurría que cuando esto se producía ya la acción para intentar el camino de la jurisdicción contencioso administrativa había prescrito. Pero esta situación cambió con la expedición del Código General del Proceso, cuyos artículos 2 y 138 estatuyen que cuando el juez advierta que carece de jurisdicción, enviará el proceso al juez que estime competente, y si se ha dictado sentencia esta se anulará y lo actuado conservará validez. Esta regulación impide que los asuntos en que, llegado el momento de fallar, el juez considere que no tiene jurisdicción, sean devueltos y deban empezar de nuevo desde el principio, pues deben ser enviados a la jurisdicción que corresponda. Y eso se aplica sea que se trate de contratos de trabajo o se determine que se trató de contrato de prestación de servicios, de una relación de derecho público.

En cuanto a que debe evitarse el estudio preliminar debo decir que la falta de jurisdicción o de competencia está establecida como excepción previa, lo cual supone un examen preliminar de la situación, que fue prevista así por el legislador nacional y que no puede ser modificada por los jueces.

Finalmente, no puede dejarse de lado el principio de confianza legítima, para sorprender con jurisprudencias novedosas que rompen toda una tradición jurídica construida a lo largo del tiempo, y que desconocen las reglas que elaboró con anterioridad el máximo organismo contemplado en nuestra Constitución y leyes para dirimir los conflictos de competencia, y bajo cuyo marco las partes trazaron sus estrategias y fijaron la que en su momento era la competencia aceptada por todos los estamentos del mundo jurídico.

Yo acepto que los nuevos conflictos, que se manifiestan en los albores del proceso, puedan resolverse con base en las nuevas reglas, incluso que cuando haya dudas y ambas jurisdicciones repugnen conocer un asunto, se envía a la autoridad correspondiente para que dirima la colisión, pero lo que termina siendo

contraproducente es que se generen conflictos inexistentes, como el presente asunto, que corresponde a esta jurisdicción dado los oficios que desempeñó la actora y que la ubican en el contingente de las trabajadoras oficiales.

Pero es que yendo más al fondo la situación descrita genera aun mayores problemas: hay figuras e instituciones que son propias de determinada jurisdicción; así por ejemplo, la sanción moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949 es una figura exclusiva del Derecho Laboral de los Trabajadores Oficiales, de modo que no me imagino, a los jueces administrativos proveyendo sobre esta materia; lo mismo que la indemnización por terminación del contrato de trabajo, amén de otras figuras más; y rompiendo además con la regla que atribuye los conflictos de trabajadores oficiales a los jueces del trabajo (artículo 2 del CPTSS) y los empleados públicos a los jueces administrativos (artículo 155 numeral 2), artículo que es categórico en decir que conoce de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de contrato de trabajo.

Por lo anterior, considero que esta controversia debió ser decidida de fondo por el Tribunal y no generar un conflicto inexistente.

Dejo así expuestos los motivos de mi discrepancia.

Con todo respeto.



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado

Fecha ut supra