El siguiente es el documento presentado por el Magistrado ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del proceso de la referencia. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría.

### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA LABORAL**

**PEREIRA RISARALDA**

Providencia: Auto del 06 de octubre de 2016

Radicación Nro. 66001-31-05-004-2015-00197-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Claudia Patricia Duque Montoya y Otros

Demandados: Whirpool Colombia S.A.S.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

Juzgado de origen: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito

Tema: Posibilidad de comisionar para la recepción de testimonios. Interpretando ambas normas, que parecieran contrarias, se debe colegir necesariamente que, entratándose de testimonios de personas que están fuera de la sede del Despacho, no es que esté proscrita totalmente la comisión, sino que la misma es viable solo de manera excepcionalísima, debiéndose verificar antes de llegar a esa vía, el agotamiento de la posibilidad de usar medios técnicos o de que los deponentes se trasladen hasta la sede del Despacho y, de resultar totalmente inviables tales posibilidades, acudir por última ratio a la comisión. Por tanto, es indispensable que la decisión judicial sobre la forma como se van a evacuar los testimonios de personas que vivan fuera de la sede del Despacho, tenga en consideración aspectos como la utilización de medios técnicos idóneos o la capacidad económica de los intervinientes o la distancia entre la sede del Despacho y el lugar de habitación de los testigos o las posibilidades de transporte y aspectos similares, que permitan descartar la posibilidad de acudir a medios de asistencia virtual o a la asistencia personal del deponente y dejen como única opción la comisión. Nulidad por violación del debido proceso. Como se evidencia, la violación al debido proceso debe ser ostensible, debe afectar las exigencias esenciales de defensa de la contraparte para anular de pleno derecho, la prueba así obtenida y las que de ella se deriven. Documentos contenidos en mensajes de datos. / Valoración. – Recurso contra la negativa de practicar pruebas, no contra la providencia que las decreta - En el caso puntual, se tiene que la Jueza decretó como prueba unos documentos, contentivos de unos correos electrónicos que recibió la demandante de su empleador y esa decisión, la de tener tales documentos como prueba, es la que está apelando la demandante. De entrada se observa, que el recurso es improcedente, dado que el artículo 65 del CPLSS, en su ordinal 4º, indica la posibilidad de alzarse contra la providencia que niega el decreto o la práctica de una prueba, lo que no ocurre en este evento, pues la Jueza decretó las pruebas y los señalamientos que hace la demandada sobre la forma como se debieron aportar esos documentos, bien deben reservarse para atacar los mismos en los alegatos de conclusión, mas no para pretender su exclusión como medio de prueba, pues la Jueza los estimó pertinentes, conducentes, útiles y oportunos para dirimir el litigio, decisión que se itera, no es susceptible de recurrirse.

Citación jurisprudencial: Sentencia C-491 de 1995.

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

***OBJETO.***

Hoy seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016), siendo las once y quince de la mañana (11.15 a.m.), se constituye la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, en audiencia pública, con el fin de desatar los recursos de apelación propuestos por la apoderada judicial de la sociedad demandada contra varias decisiones adoptadas por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira en audiencia pública de que trata el canon 77 del CPTSS, llevada a cabo en el proceso judicial que adelanta **CLAUDIA PATRICIA DUQUE MONTOYA Y OTROS** contra la sociedad **WHIRPOOL COLOMBIA S.A.S.**

***ACTUACIÓN PROCESAL***

Persiguenlos demandantes mediante el presente proceso, la declaratoria de un contrato de trabajo y la culpa del empleador en una enfermedad laboral padecida por la señora Duque Montoya, con las consecuentes indemnizaciones.

Trabada la Litis, se dispuso el Despacho de conocimiento a llevar a cabo la audiencia de que trata el canon 77 del CPTSS, en la que luego de declararse fallida la etapa de conciliación y no encontrar excepciones previas que resolver, la parte demandada en la etapa de medidas de saneamiento entró a solicitar la vinculación de la ARL Colmena como litisconsorcio facultativo, pedido que fue despachado desfavorablemente por la a quo, al estimar que ninguna pretensión se encamina en su contra y, antes bien, se tiene noticia que ha asumido todas las obligaciones legales que le corresponden. La parte demandada presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, adverando que la empresa ha puesto en evidencia que la calificación de la enfermedad de la demandante fue ilegal, pues se omitió en todo momento la vinculación de la sociedad en el proceso calificatorio, conociéndose apenas con la notificación de la demanda y, como el aludido dictamen es tan relevante, se hace necesaria la vinculación de la aludida sociedad. La decisión se mantuvo y se concedió la alzada, continuándose con el curso de la audiencia.

Fijado el litigio, se procedió con el decreto de pruebas de ambas partes, entre las que se dispuso oficiar a la misma sociedad demanda y a unos terceros para que se allegara una información, a solicitud de la parte actora, se decretaron unos correos electrónicos traídos por la demandante. Igualmente unos testimonios deprecados por la parte demandada, para los cuales se pidió comisión, a lo que no accedió la Jueza, de conformidad con el canon 224 del CGP.

La parte demandada interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, contra la decisión del decreto de pruebas, puntualmente, contra los correos electrónicos que aportó la parte actora y la negativa de comisionar por parte de la a-quo para escuchar los declarantes de la parte demandada. Sustenta sus quejas en que los correos electrónicos no pueden ser tenidos en cuenta, al haber sido aportados en medios no idóneos –impresos-, conforme los cánones 247, 251 y 252 del CGP.

 Frente a la comisión para escuchar los testigos, estima que los cánones 37 y 171 del CGP sí permite la comisión en los casos en que no existen los medios tecnológicos para adelanta por otro medio, y asumir los costos de su traslado, resulta costoso y lesivo para las partes. Desatada la reposición, manteniéndose las decisiones adoptadas, se concedió la alzada por este concepto.

Al finalizar el decreto de pruebas, la parte demandada elevó una solicitud de nulidad, indicando de entrada que no está expresamente anotada como causal en la legislación procesal, pero se sustenta la misma en el artículo 29 de la Carta Política, la que hace consistir en que la declaratoria de las probanzas destinadas a obtener documentos de terceros, afectan el debido proceso de esa parte, amén que la parte demandante omitió cumplir con la carga mínima que le impone el artículo 167 del CGP, esto es, siquiera tratar de obtener la prueba por sus propios medios, por lo que el decreto de tales probanzas genera un rompimiento de la igualdad de las partes.

La jueza a quo decidió desfavorablemente este pedido de nulidad, argumentando que derecho laboral tiene el carácter protector del trabajador y las pruebas decretadas son necesarias para resolver el litigio planteado. Pero además encontró que la parte actora si agotó requerimientos previos para obtener las probanzas, allegando incluso algunas de ellas, las cuales fueron desconocidas por la sociedad demandada y las restantes, las pidió a la sociedad demandada, entidad que dijo no tenerlas en su poder. Por lo tanto negó el pedido de nulidad, decisión que fue apelada por la parte demandada, argumentando que si bien la justicia laboral tiene la tendencia proteccionista frente al trabajador, no puede romper el equilibrio que debe existir entre las partes enfrentadas en un proceso judicial y eso es lo que ocurre cuando la parte demandante incumple sus cargas probatorias y las traslada al juzgador.

**TRASLADO Y ALEGACIONES**

Se le concede a las partes la palabra para que presenten los alegatos en esta instancia…

***CONSIDERACIONES***

Son varios los cuestionamientos que esta Sala debe desatar en virtud de los recursos de apelación propuestos por la portavoz judicial de la demandada:

*¿Es posible integrar en este caso a la ARL Colmena?*

*¿En el marco del sistema procesal laboral actual y el Código General del Proceso, es posible la comisión para la práctica de pruebas testimoniales fuera del Despacho?*

*¿Cómo deben aportarse los documentos contenidos en mensajes de datos y es posible, cuándo se decretan como prueba, atacarlos bajo el argumento de estar aportados en medios diferentes?*

*¿Se configuró una causal de nulidad al haberse decretado la obtención de unas pruebas documentales que están en poder de terceros?*

***Solución a los problemas jurídicos planteados.***

***Integración del litisconsorcio***

Se persigue la integración al proceso de la ARL Colmena, bajo el argumento de que la entidad empleadora desconoce la validez del dictamen que calificó como laboral la enfermedad padecida por la señora Duque Montoya.

Pues bien, dígase que no observa la Sala razón alguna para vincular a la aludida entidad, amén que las pretensiones de la demanda están encaminadas únicamente a que la empresa Whirpool en calidad de empleadora de la dama que demanda, para que responda por los perjuicios materiales y morales causados a ella y a sus parientes, sin que alguno de tales pedidos se puede avistar que estuviesen dirigidas o se pudieran subrogar en la ARL para llamarla al litigio.

Ahora, bastante trivial, por no decirlo menos, resulta el argumento que se expone para intentar el llamado de la compañía aseguradora de riesgos laborales, respecto a la ilegalidad de la calificación y su inoponibilidad a ese extremo litigioso, dado que si alguna queja se tiene al respecto no es asunto que ocupe el presente proceso, sino que deberá ventilarse en otro proceso. Por tanto, es evidente que la ARL Colmena no resulta ser ni litisconsorte de alguna de las partes de este proceso, ni tampoco tiene calidad de tercero que deba responder por alguna eventual condena, por lo que su convocatoria al proceso es absolutamente innecesaria, tal como lo estimó la a quo.

Por otro lado. Cumple al juez o jueza la valoración del medio, y si estima que en la elaboración de la experticia se cometió agravio a una de las partes, bien puede entonces, desecharlo y decretar otra experticia.

***Comisión para la práctica de prueba testimonial.***

El actual procedimiento laboral, establecido en la Ley 1149 de 2007, acentuó y efectivizó la oralidad en la justicia del trabajo, permitiendo únicamente, en los juicios ordinarios, la celebración de dos audiencias y proscribiendo su suspensión –art. 45 CPLSS-. Tales audiencias son la de conciliación, decisión de excepciones, medidas de saneamiento, fijación del litigio y decretó de pruebas –art. 77 ib- y la de trámite y juzgamiento –art. 80 ib-, en esta última se dispone la dirección del Juez, quien de manera personal, deberá practicar las pruebas, escuchar los alegatos y adoptar la decisión de fondo. Por regla general –entonces- en los juicios laborales, la actividad judicial está regida por el principio de inmediación, debiendo el Juez conocer personalmente de las pruebas que practiquen y, con fundamento en ellas adoptar las decisiones del caso.

Sin embargo, no puede esta Corporación desconocer que, si bien ese es el ideal, existen situaciones en las que ello no es posible, debiendo delegarse la tarea de práctica de pruebas en otro funcionario judicial, por medio de la comisión, la cual se encuentra regulada en el canon 37 del CGP, norma que establece en qué casos es posible comisionar, indicando que, frente a la práctica de pruebas, esta facultad está limitada a los casos que expresamente señale el canon 171 de la misma obra legal. Dicha norma, en su tenor literal, indica:

*“****Juez que debe practicar las pruebas.*** *El juez practicará personalmente todas las pruebas, sino lo pudiere hacer por razón del territorio o por otras causas podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción.*

***Excepcionalmente****,**podrá comisionar para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios técnicos indicados en este artículo…”*

Ya entratándose de la prueba testimonial, dispuso el legislador en el canon 224 de la obra que viene en cita, lo siguiente:

*“****Declaración de testigos residentes fuera de la sede del juzgado.*** *El juez, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, podrá ordenar que los testigos residentes fuera de la sede del juzgado declaren a través de medios técnicos o comparezcan a éste. En este último caso el juez señalará los gastos de transporte y permanencia que serán consignados por cualquiera de las partes dentro de la ejecutoria del respectivo auto, salvo que los testigos asuman el gasto”*

Interpretando ambas normas, que parecieran contrarias, se debe colegir necesariamente que, entratándose de testimonios de personas que están fuera de la sede del Despacho, no es que esté proscrita totalmente la comisión, sino que la misma es viable solo de manera excepcionalísima, debiéndose verificar antes de llegar a esa vía, el agotamiento de la posibilidad de usar medios técnicos o de que los deponentes se trasladen hasta la sede del Despacho y, de resultar totalmente inviables tales posibilidades, acudir por *última ratio* a la comisión.

Por tanto, es indispensable que la decisión judicial sobre la forma como se van a evacuar los testimonios de personas que vivan fuera de la sede del Despacho, tenga en consideración aspectos como la utilización de medios técnicos idóneos o la capacidad económica de los intervinientes o la distancia entre la sede del Despacho y el lugar de habitación de los testigos o las posibilidades de transporte y aspectos similares, que permitan descartar la posibilidad de acudir a medios de asistencia virtual o a la asistencia personal del deponente y dejen como única opción la comisión.

Y verificando tales circunstancias en el caso puntual, se observa que los testigos que se quieren escuchar, por petición de la sociedad demandada, residen en la ciudad de Bogotá D.C., sin embargo, encuentra la Sala que la Jueza omitió indagar si existían medios técnicos, limitándose únicamente a decir que no se contaba con ellos, contrario a lo que afirma la administración judicial en el oficio puesto en conocimiento de las partes al inicio de esta audiencia, en el que se informa que sí se cuenta con los medios técnicos. Por lo tanto, si bien se comparte la decisión de no comisionar para la recepción de los testimonios solicitados por la empresa demandada, se debe modificar la providencia en el sentido de que los mismos se deberán recibir con apoyo de los medios técnicos virtuales existentes.

Por lo tanto, en este caso ha de modificarse la decisión adoptada por la a-quo, en el sentido antes anotado.

***Documentos contenidos en mensajes de datos.***

El artículo 243 del CGP establece que son documentos, para efectos probatorios, entre otros, los mensajes de datos. El canon 247 de la misma obra legal, indica la forma como se deben aportar y valorar los mensajes de datos, lo que hace con el siguiente tenor:

***“Valoración de mensajes de datos.*** *Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que los reproduzca con exactitud.*

*La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”*

Establece la norma, pautas o reglas que debe aplicar el Juez, al momento de fijarle el valor probatorio a los documentos contenidos en mensajes de datos, lo que se traduce en que, su aportación y decreto no está sujeto a estas pautas, sino a las generales de oportunidad, eficacia, pertinencia y utilidad, que debe verificar el operador judicial cuando decide sobre el decreto o no de una probanza.

En el caso puntual, se tiene que la Jueza decretó como prueba unos documentos, contentivos de unos correos electrónicos que recibió la demandante de su empleador y esa decisión, la de tener tales documentos como prueba, es la que está apelando la demandante. De entrada se observa, que el recurso es improcedente, dado que el artículo 65 del CPLSS, en su ordinal 4º, indica la posibilidad de alzarse contra la providencia que niega el decreto o la práctica de una prueba, lo que no ocurre en este evento, pues la Jueza decretó las pruebas y los señalamientos que hace la demandada sobre la forma como se debieron aportar esos documentos, bien deben reservarse para atacar los mismos en los alegatos de conclusión, mas no para pretender su exclusión como medio de prueba, pues la Jueza los estimó pertinentes, conducentes, útiles y oportunos para dirimir el litigio, decisión que se itera, no es susceptible de recurrirse.

Así las cosas, se declara inadmisible el recurso propuesto frente al decreto de los documentos contentivos de mensajes de datos, conforme a lo dicho.

***Nulidad.***

La fundamenta la petente en el artículo 29 superior, que indica en su inciso final que es nula de pleno derecho, la prueba que se obtenga con violación al debido proceso, violación que la solicitante apoya en que la parte actora no agotó siquiera la posibilidad de conseguir las pruebas que, posteriormente, por vía de oficios, se pretenden conseguir.

Pues bien, dígase de una vez que las nulidades son un remedio extremo, es decir, una última opción para subsanar las falencias que acaezcan en un proceso judicial. Por ello, están regidas por el principio de la taxatividad, es decir, solo se configura nulidad, cuando se presenta una de las causales contenidas en la legislación o en la señalada en el inciso final del artículo 29 superior.

Respecto a esta nulidad de pleno derecho por violación del debido proceso, vale la pena mencionar que la Corte Constitucional de antaño ha fijado su alcance, indicando lo siguiente:

*“…pero advirtiendo, que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", esto es,* ***sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta****” [[1]](#footnote-1) -negrillas para destacar-*

Como se evidencia, la violación al debido proceso debe ser ostensible, debe afectar las exigencias esenciales de defensa de la contraparte para anular de pleno derecho, la prueba así obtenida y las que de ella se deriven.

En este caso brilla por su ausencia la violación al debido proceso en las pruebas documentales de terceros, que busca obtener el Despacho por medio de oficios, amén que no se ha vulnerado garantía alguna de la sociedad demandada, dado que si bien se trata de documentos de terceros que la parte debió haber traído al infolio, lo cierto es que la Jueza encontró con atino que la parte trató de obtenerlas, con requerimientos al empleador y aportando parcialmente algunas de ellas, con lo que se observa cumplida su obligación.

En realidad, no se observa que alguna de las determinaciones adoptadas haya puesto en desigualdad a los extremos litigiosos y lo que se observa es que el actuar de la juzgadora de primer grado es acertado, en la medida en que, ante la necesidad de esclarecer los hechos de la demanda, decretó todas las pruebas que pudieran darle claridad, buscando con ello la adopción de la decisión de fondo adecuada a la realidad del asunto que se sometió a su conocimiento, forma de actuar que obedece al cumplimiento de su deber legal y no a un sesgo como lo deja entrever la parte demandada.

Por lo dicho, encuentra esta Sala que la decisión de primer grado que negó la nulidad, debe confirmarse.

Las costas en esta instancia, estarán a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,**

**RESUELVE**

***1. Confirmar*** las providencias dictadas en la audiencia del artículo 77 del CPLSS celebrada el 15 de febrero de 2016, por la Jueza Cuarta Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso del proceso de la referencia, salvo la tocante al decreto de los documentos aportados en mensajes de datos, frente a la cual se declara inadmisible el recurso de apelación propuesto y en lo referente a la práctica de los testimonios solicitados por la parte demandada, modificándola en el sentido de que los mismos se recepcionarán por los medios técnicos existentes, lo que se hará en coordinación con Administración Judicial.

**2.** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado

**OLGA LUCIA HOYO SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN** Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

1. Sentencia C-491 de 1995. [↑](#footnote-ref-1)