El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia : Sentencia del 29 de julio de 2016

Radicación Nro. : 66001-31-05-004-2013-00378-02

Proceso : ORDINARIO LABORAL

Demandante : DORIS STELLA RUIZ BETANCOURT

Demandado : UNIDAD RESIDENCIAL MIRADOR DE LA 100 PH

Juzgado de Origen : Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente : Dra. ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Tema

**PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DEL GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL:**Sobre el particular, la Corte Constitucional en la Sentencia T-247 de 2010, dijo lo siguiente:*“Por esta razón es claro que casos en que la diferenciación tiene fundamento en el género, quien la realiza –sea el legislador, una autoridad pública o un sujeto particular- tiene la carga de exponer una justificación que no deje lugar a dudas sobre la legitimidad del criterio empleado. Objetivo que se cumplirá siempre que se logre demostrar i) que la medida busca o es consecuencia de fines constitucionales imperativos y ii) que los mecanismos empleados guardan una relación esencial con dicho objetivo. Sólo en estos casos estaremos ante una medida o una acción legítima dentro de los términos constitucionales y, con mayor precisión, con el principio de igualdad y los mandatos de prohibición de la discriminación por razón de sexo consagrados en los artículos 13 y 43 de la Carta Constitucional.*

“***Los derechos fundamentales como parámetro y límite de las relaciones entre particulares.-*** *(…)*

1. *“En un Estado democrático la protección de los derechos fundamentales debe estar presente en los principales aspectos de la vida social, la cual incluye, sin lugar a duda, las relaciones surgidas entre particulares, las cuales no pueden entenderse ajenas a los parámetros de relación trazados por los derechos fundamentales.*
2. *El valor de la igualdad real resulta incompatible con una posición que excluya la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; y*
3. *Los argumentos que se expongan para dar respuesta al presente caso deben tomar en cuenta la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.*

***“La prueba del hecho discriminatorio.-*** *(…) Cuando no es una norma, sino un hecho el que se tacha de discriminatorio la situación probatoria varía radicalmente, pues no será la situación fáctica la que se discuta –ya que sobre la misma no habrá dudas-, sino que será la motivación que se tuvo para realizar dicho acto -que en un contexto de discriminación laboral se traducirá en la escogencia, la promoción, el aumento salarial, el despido, etc.- lo que será objeto de controversia ante los jueces.*

*Debido a la dificultad probatoria que conlleva este tipo de casos y teniendo en cuenta elementos como la debilidad de la parte presuntamente discriminada, el carácter fundamental del principio que se busca proteger y el gran desvalor que implican este tipo de comportamientos, en estos casos la Corte ha considerado equitativo que se invierta la carga de la prueba, de manera que sea la parte acusada de realizar un comportamiento discriminatorio la que tenga el deber de demostrar que su actuar no tuvo como fundamento el género de la persona afectada o que, si éste influyó, fue un criterio utilizado de forma legítima –bona fide criteria-, de acuerdo a los parámetros establecidos en el ordenamiento constitucional”*.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_\_**

**(29 de julio de 2016)**

##### SISTEMA ORAL - AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Buenos días, siendo las 7:40 a.m. de hoy 29 de julio de 2016, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **DORIS STELLA RUIZ BETANCOURT** en contra de la **UNIDAD RESIDENCIAL MIRADOR DE LA 100 P.H.**,Radicado No. 66001-31-05-004-2013-00378-02.

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Con fundamento en el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Parte demandante… Parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión se tuvieron en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia emitida el 3 de junio de 2014 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER**

De conformidad con los recursos de apelación presentados le corresponde a la Sala determinar: *i)* si entre las partes existió un sólo contrato de trabajo o fueron varios; *ii)* si hay lugar a la reliquidación de la prima de servicios y vacaciones y si procede la sanción moratoria por falta de pago de las mismas; *iii)* si la parte demandada debe pagar nuevamente las cesantías por la falta de consignación de las mismas a un fondo privado; *iv)* si existió mala fe por parte del empleador que dé lugar a la imposición de la sanción moratoria que contempla el artículo 99 de la ley 50 de 1990; *v)* si procede la condena por concepto de indemnización por despido injusto; y, *vi)* si por intervenir en este caso una mujer y por encontrar la Sala mayoritaria relevante el contexto fáctico que dio lugar al despido, hay necesidad de aplicar perspectiva de género en el análisis del caso, con el fin de determinar si la empleadora y la jueza de primera instancia discriminaron injustificadamente a la demandante. Para ello se tendrán en cuenta los siguientes antecedentes,

1. **PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

La señora Doris Stella Ruiz Betancourt solicita que se declare que entre ella y la Unidad Residencial Mirador de la 100 PH existió un contrato de trabajo entre el 1º de noviembre de 2007 y el 15 de abril de 2013, momento en que se dio por terminado sin justa causa de manera unilateral por parte de la empleadora.

En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar la indemnización por despido injusto; la sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías de los años 2010 y 2011 en un fondo privado, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la sanción moratoria por falta de pago de la prima de servicios; la reliquidación de las vacaciones y la prima de servicios; a perder el auxilio de cesantías cancelado sin autorización de la trabajadora ni del Ministerio del Trabajo; las costas procesales y lo demás que resulte probado en virtud de las facultades ultra y extra petita.

Para fundar dichas pretensiones, la demandante manifiesta que fue contratada de manera verbal el 01 de noviembre de 2007 por la Unidad Residencial Mirador de la 100 P.H., cuyas labores consistían en realizar aseo a los jardines, parqueaderos y áreas comunes y además realizaba reemplazos a vigilantes de la portería, aclarando que su contratación fue por medio tiempo los días lunes, martes y viernes.

Señala que aunque desde el año 2010 se le realizó contrato de trabajo escrito a término fijo, y cada año se hacía figurar que se daba por terminado, liquidando y pagando sus cesantías, el objeto del mismo nunca cambió por lo que se trataba de un solo contrato.

Indica igualmente, que al inicio del contrato de trabajo, la empleadora le consignaba las cesantías en un fondo y el 26 de abril de 2010 le entregó la orden de retirarlas, y a partir de ese momento, sin su autorización ni la del Ministerio, procedió a pagárselas cada año.

En cuanto a las vacaciones, la demandante explica que el 15 de abril de cada año le concedían las vacaciones y además se las pagaban en dinero, pero que es necesaria una reliquidación de las mismas, ya que considera que cada año le quedaban adeudando el valor de 15 días. Manifiesta que igual ocurría con la prima de servicios, pues la empleadora se abstenía de incluir el valor de éstas al momento de la liquidación del contrato.

Finalmente, manifiesta la demandante que el 14 de marzo de 2013 se le notificó por parte de la empleadora que su contrato de trabajo finalizaba el 15 de abril del mismo año, sin que mediara una justa causa y sin que el objeto del contrato desapareciera, pues la persona contratada para su reemplazo cumple las mismas funciones.

La entidad demandada admitió los hechos relacionados con la forma de contratación, el salario base de cotización, la compensación de las vacaciones y la cancelación de las cesantías. Propuso como excepciones “cobro de lo no debido”, “inexistencia de la obligación demandada”, “buena fe” y “prescripción”.

1. **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de conocimiento resolvió declarar que la Unidad Residencial Mirador de la 100 PH incurrió en mora en la consignación de las cesantías de la demandante a partir del año 2010. En consecuencia, la condenó a cancelar la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en cuantía de $1`983.300 por los periodos 2011, 2012 y 2013. Negó las demás pretensiones de la demanda y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las acreencias causadas antes del 11 de junio de 2010 y condenó en costas a la parte demandada en un 50% tasando las agencias en derecho en la suma de $500.000.

Para llegar a tal determinación consideró que conforme a la documental arrimada al proceso, si bien al principio la demandante fue vinculada por un contrato a término indefinido, a partir de mayo de 2009 las partes suscribieron varios contratos a término fijo de 345 días, razón por la cual resulta imposible declarar la existencia de una sola relación laboral y por ello no hay lugar a reliquidar las primas y vacaciones, las cuales ya fueron canceladas. Sin embargo, como quiera que los contratos terminaban el 15 de abril de cada año, consideró que la Unidad incurrió en mora en el pago de cesantías, toda vez que de conformidad con el artículo 99 de la Ley 100 de 1990, debió cancelarlas los 14 de febrero de cada año en un fondo de privado y no el 15 de abril *–como en efecto se hizo-* , razón por la cual condenó al pago de la sanción moratoria, liquidándola en cada uno de los períodos que iban del 14 de febrero al 15 de abril de cada anualidad.

Con relación a la terminación del contrato, concluyó que el vencimiento del término es una de las formas de dar por terminada la relación laboral y la parte accionada informó de manera oportuna su decisión de no continuar con el vínculo. En sustento de su tesis manifestó que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el hecho de que subsistan las causas del contrato, no implica la renovación del mismo, como lo sostiene la parte demandante. Con todo, argumenta, que “*si en gracia de discusión se aceptara que por subsistir el objeto del contrato la trabajadora DORIS STELLA RUIZ BETANCOURT debió permanecer en su cargo, tal aseveración no es del todo cierta como quiera que si bien se siguen desarrollando labores de aseo en la Unidad residencial, también se ocupa de otros menesteres tales como la de guadañar, realizar reparaciones pequeñas, atender situaciones con la instalación eléctrica, entre otros, actividades para las cuales no estaba capacitada la demandante, que eran necesarias y contratadas por aparte por la administración generando un costo adicional”* según dijeron en forma constante todos los testigos de la parte demandada e incluso uno los testigos de la parte demandante.

1. **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

 La apoderada judicial de la parte demandante presentó el recurso de apelación argumentando que entre las partes existió un solo contrato de trabajo, toda vez que las actividades realizadas por la actora siempre fueron las mismas y el hecho de que a partir del año 2010 la parte demandada hubiese vinculado a la trabajadora a través de contratos a término fijo cuya finalización era el 15 de abril demuestra su intención de burlar la liquidación de la prima de servicios y de vacaciones.

 Sostiene que la jurisprudencia ha sido reiterativa en el sentido de que los contratos de trabajo a término fijo deben prorrogarse si el objeto del contrato permanece en el tiempo, de modo que, al no haberse acreditado la existencia de una justa causa atribuible a la trabajadora, hay lugar a emitir condena a título de indemnización por despido injusto, máxime cuando en las actas de asamblea de la junta nunca se consignó que se necesitara una persona que cumpliera funciones adicionales a las desarrolladas por la actora, tales como mantenimiento y guadaña.

Respecto al pago de las cesantías, señaló que la unidad residencial debe repetir el pago del auxilio de cesantías, pues nunca debió pagarlas de manera directa a la trabajadora. Finalmente, solicita la reliquidación de las primas de servicio y las vacaciones y se acceda a las indemnizaciones solicitadas.

 La apoderada judicial de la parte demandada por su parte, solicita que se revoque la sanción impuesta a su representada y se le exonere del pago de las costas procesales, argumentando básicamente que la empleadora jamás actuó de mala fe ni con el ánimo de perjudicar a la trabajadora, pues por el contrario, actuó con pleno convencimiento de que las cesantías debían ser canceladas a la terminación de cada uno de los contratos de trabajo celebrados, situación que permite conforme la jurisprudencia nacional, que se le exonere de la sanción moratoria.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **De la modalidad del contrato de trabajo celebrado en el presente caso:**

 Para resolver el primer problema jurídico, considera la Sala necesario abordar en primer lugar lo concerniente a la modalidad originaria del vínculo laboral, pues según se acreditó dentro del trámite del proceso, la actora fue vinculada a la Unidad Residencial Mirador de la 100 PH mediante un contrato de trabajo verbal, por lo menos desde el 1º de enero de 2008 hasta el 30 de abril de 2009, pues así lo indicó la parte accionada en la contestación de la demanda frente al hecho 1A y además así se desprende de las liquidaciones que militan a folios 7 y 36 del expediente.

 Posteriormente, las partes haciendo uso de libertad contractual que en materia laboral se predica en la celebración de los contratos de trabajo, decidieron pactar a partir del 1 de mayo de 2009 contratos de trabajo a término fijo que según define el artículo 46 del C.S.T. deben constar siempre por escrito y pueden ser renovados indefinidamente. En consecuencia y de acuerdo a la evidencia probatoria, en principio se puede decir que las partes celebraron varios contratos de trabajo así: de manera verbal del 1 de enero de 2008 al 30 de abril de 2009 (fl. 7 y 36); a término fijo inferior a un año del 1º de mayo de 2009 al 15 de abril de 2010 (fl.37); del 1 de mayo de 2010 al 15 de abril de 2011 (fl.41); del 2º de mayo de 2011 al 30 de abril del 2012 (fl.44); del 1º de mayo de 2012 al 15 de abril de 2013 (fl.49).

 En consecuencia, el análisis se centrará en determinar si pese al cambio en la modalidad del contrato de trabajo, existió una sola relación laboral o si en realidad existieron tantas relaciones laborales independientes como contratos de trabajos suscritos.

 Ahora, con relación a los contratos a término fijo, debemos partir de la base de que si bien cada contrato de trabajo que se suscriba resulta ser independiente de otro que se suscriba de manera posterior, puede hablarse de una única relación laboral siempre y cuando se trate de contratos de trabajo sucesivos, debiendo entenderse como aquellos que no presentan interrupciones temporales y que además versan sobre el mismo objeto contractual. Lo anterior de conformidad con el inciso 3º del artículo 78 del C.S.T.

 Importa señalar además que el cambio en la modalidad del contrato de trabajo debe realizarse bajo la observancia plena de que no se está desmejorando las condiciones actuales del trabajador o trabajadora, según lo ha sostenido la jurisprudencia nacional y la misma ley laboral, pues de verificarse una merma en las condiciones laborales del trabajador o trabajadora con la intención de burlarlas, habría lugar a reclamar por la vía judicial los derechos que se afectaron con tal cambio.

 Para el efecto, una vez efectuada la valoración integral de las pruebas tanto documentales como testimoniales de los señores Abel Antonio Idarraga Vanegas, Néstor García Osorio, Gonzalo Ricaurte y las señoras Jacqueline Restrepo Parra y Ana María Rico de Alarcón, encuentra la Sala que desde el inicio de la relación laboral el objeto contractual se mantuvo constante, debiendo la actora ejecutar labores de limpieza y jardinería en la unidad residencial demandada. Además, entre las fechas de finalización e iniciación de los contratos de trabajo a término fijo transcurrieron 15 días entre uno y otro, que según informó la demandante eran concedidos para disfrutar de sus vacaciones; afirmación que guarda relación con la declaración de la señora Jacqueline Restrepo Parra, quien en calidad de vicepresidenta del Consejo de la Junta Directiva de la unidad residencial demandada, informó que a la trabajadora le eran acomodadas o concertadas las fechas para el disfrute de las vacaciones, pese a ser compensadas.

De la panorámica anterior, se puede concluir que si bien las partes enfrentadas en esta Litis podían válidamente cambiar la modalidad del contrato de trabajo de uno indefinido a uno a término fijo *–como en efecto lo hicieron-*, los 15 días que mediaron entre uno y otro realmente correspondían a los días de vacaciones que se le concedían a la trabajadora y que por ley le correspondían, lo que quiere decir que el contrato nunca se interrumpió sino que se mantuvo en los mismos términos pactados desde el inicio de la relación, de manera que se trató de una única relación laboral. Refuerza la tesis anterior el hecho de que la liquidación del último año de servicios se hizo sobre la base de 360 días, según se observa a folio 11. Por consiguiente, el contrato a término indefinido pactado entre los aquí contendientes el 1º de enero de 2008, en virtud del principio de la primacía de la realidad, estuvo vigente durante toda la relación laboral, como quiera que subsistieron las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, de conformidad con lo establecido en el núm. 2º del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo que, los contratos de trabajo a término fijo suscritos posteriormente desconocen la realidad y resultan ser inválidos.

* 1. **De la reliquidación de la prima de servicios y vacaciones:**

La conclusión anterior responde al segundo problema jurídico, toda vez que si lo que existió entre las partes fue una sola relación laboral, ello necesariamente incide en la liquidación de la deprecada **prima de servicios**. En efecto, si los extremos de la relación laboral van del 1 de enero de 2008 al 15 de abril de 2013, se debe tener como base para la reliquidación de la prima de servicios los que corresponden a 360 días por cada año de trabajo y fracción de año y no 345 días sobre los cuales liquidó la demandada, salvo para el año 2013, calenda para la cual se liquidó sobre 360 días según se observa a folio 11. Así mismo no puede perderse de vista que la demandante laboró medio tiempo, tres días a la semana, situación que fue aceptada por la empleadora en respuesta al hecho 5º de la demanda y además así se colige de las liquidaciones que obran a folios 9, 10 y 11 del plenario.

Adicionalmente, atendiendo la excepción de prescripción propuesta oportunamente por la parte demandada, se declarará la prosperidad de la misma, respecto a las acreencias causadas con anterioridad al 11 de junio de 2010, como quiera que la presentación de la demanda lo fue para esa misma calenda del año 2013.

Finalmente no se puede pasar inadvertido que a pesar de que se pactó el pago del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, en las respectivas liquidaciones traídas al proceso, se observa que se pagó por debajo de esa suma salvo para el año 2013, anualidad en que se pagó incluso por encima del salario mínimo, como se observa en la siguiente liquidación que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta que se levante con ocasión de esta audiencia, así:



El total por concepto de reliquidación de la prima de servicios por el periodo comprendido entre el 11 de junio de 2010 y el 15 de abril de 2013, asciende a la suma de $ 1.051.528 sin embargo, teniendo en cuenta que la parte demandada canceló $ 278.390 por ese concepto, se adeuda el monto equivalente a $ 773.138.

La misma lógica se aplica a la liquidación de las **vacaciones**, toda vez que ésta se calculó sobre la base de 345 días al año, salvo para el año 2013, siendo lo correcto liquidarla sobre 360 días lo cual da lugar a su respectiva reliquidación, tal como se observa en la siguiente liquidación, misma que se pone en conocimiento de las partes y que igualmente hará parte integrante de la respectiva acta, así:



El total por concepto de reliquidación de las vacaciones por el periodo comprendido entre el 11 de junio de 2010 y el 15 de abril de 2013, asciende a la suma de $ 399.536, sin embargo, teniendo en cuenta que la parte demandada canceló $ 354.563 por ese concepto, se adeuda el monto equivalente a $ 44.973.

* 1. **De la procedencia del pago de las cesantías por falta de consignación a un fondo privado:**

 En cuanto a la solicitud de que se acceda a la sanción prevista en el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo y se condene al empleador a perder las sumas canceladas por cesantías parciales no autorizadas por el Ministerio del Trabajo, debe decirse que al no existir discusión alguna en el presente asunto respecto a que el empleador realizó pagos anuales de cesantías directamente a la trabajadora a partir del 2010, pues así lo aceptó en respuesta al hecho 10 del líbelo introductorio, tales pagos deben tenerse como ilegales por cuanto se hicieron antes de la terminación del contrato de trabajo y sin autorización expresa de la autoridad competente. De ahí, que se le desconocerá su efectividad y se sancionará a la parte demandada con la pérdida de lo pagado y a su vez se la condenará al pago que en derecho corresponde por ese concepto, tal como lo ordena la norma en comento, así:





 La condena por este concepto asciende a la suma de $1.085.500, correspondiente a las cesantías causadas entre el 1º de mayo de 2010 y el 15 de abril de 2013. Es de aclarar que no se emite condena por las cesantías causadas con anterioridad a dicho periodo, dado que éstas le fueron consignadas al fondo al cual se encontraba afiliada, atendiendo las previsiones de la Ley 50 de 1990.

 Por otra parte, la demandada adeuda por concepto de intereses a las cesantías la suma $110.060.

* 1. **De la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías**

 Solicita la parte demandada la exoneración de la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías en un fondo privado.

 Para el efecto, asevera el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que si el empleador incumple su obligación de consignar antes del 15 de febrero del año siguiente a la anualidad liquidada, deberá pagar *"un día de salario por cada día de retardo"*, señalando además que *"...cuando el contrato de trabajo termina, los saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al respectivo fondo de cesantía debe pagarlos el empleador directamente a quien fue su trabajador 'con los intereses legales respectivos'."*.

 Debe recordarse que la imposición de este tipo de sanción, al igual que la moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no trae implícito su carácter automático sino que por el contrario debe partirse de un supuesto necesario relativo a la mala fe de la conducta del empleador.

 Atendiendo los anteriores criterios, la Sala avala la condena que por este concepto se profirió en primera instancia, toda vez que efectivamente la norma es clara en determinar que la fecha límite para el pago de las cesantías, cualquiera sea la modalidad del contrato de trabajo, es el 14 de febrero de cada anualidad, de modo que si los supuestos contratos de trabajo a término fijo se vencían el 15 de abril de cada año, las cesantías de todos modos tenía que consignarse en un fondo privado cada 14 de febrero en la proporción que correspondiera, lo cual dejó de hacerse a partir del año 2010, a pesar de que con anterioridad se había cumplido con tal obligación. Por la razón anterior, no se acepta la justificación que esgrime la parte demandada de que actuó de buena fe supuestamente porque la Junta Directiva de la Unidad no tiene conocimiento sobre derecho laboral a pesar de ser profesionales, primero porque la administración sabía de antemano que las cesantías se pagan a un fondo de pensiones cada 14 de febrero, como en efecto se hizo en el año 2010, y segundo porque es un hecho lo suficientemente conocida por todos los trabajadores colombianos, incluidos los que hacen parte de las Juntas Directivas *–quienes las más de las veces son trabajadores dependientes-*, que desde 1.990 las cesantías se consignan anualmente en un fondo privado. No tiene asidero alguno que un administrador de una unidad residencial no conozca esa elemental regla para la contratación del personal. Sin embargo, la liquidación que por este concepto realizó la Sala, difiere del realizado en primera instancia, y a sabiendas de que éste fue uno de los puntos objeto de apelación, se modificará en favor de la actora, así:



En consecuencia, por concepto de sanción por falta de pago de las cesantías a un fondo privado se condenará a la parte demandada a pagar la suma de $12.849.840

* 1. **De la indemnización por despido injusto.- Necesidad de aplicar perspectiva de género.- Precedente Jurisprudencial:**

Teniendo en cuenta que de conformidad al principio de la primacía de la realidad, esta Sala determinó que el contrato de trabajo que se dio entre las partes corresponde a uno bajo la modalidad de contrato a término indefinido, es apenas lógico inferir que los avisos de terminación de los contratos de trabajo, al no ser a término fijo, no tuvieron realmente el efecto de darlos por terminado y en consecuencia, al haberse terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador sin justa causa, hay lugar a pagar indemnización por despido injusto.

 Pero más allá de la anterior conclusión, la Sala mayoritaria observa que existe un hecho relevante que no puede pasar inadvertido: en la ratio deciden di de la sentencia de primera instancia, a efectos de fundamentar que el despido de **la mujer que interviene en este proceso** fue con justa causa, la jueza argumentó que el despido se justificaba en la medida en que el hombre que la reemplazó en su cargo no solo realizaría las labores de limpieza y jardinería *–que era las que realizaba la actora-* sino las *“de guadañar, realizar reparaciones pequeñas y atender situaciones con las instalaciones eléctricas”* , actividades para las cuales supuestamente no estaba capacitada la demandante. A dicha conclusión arribó, según explicó la propia jueza, porque todos los testigos de la parte demandada al unísono aseveraron que no hubo razón distinta para la finalización del contrato de la Señora DORIS RUÍZ, que la necesidad de prescindir de la aseadora para en su lugar contratar a una persona que se encargara del mantenimiento de la edificación, dada la difícil situación económica de la unidad residencial.

Como puede observarse, el despido de la demandante realmente no se hizo por el vencimiento del contrato a término fijo, como se consignó en el respectivo preaviso y se alegó en la defensa, sino que tuvo otra razón que se camufló con el advenimiento del vencimiento del contrato. En realidad se prescindió de los servicios de la MUJER trabajadora para contratar en su reemplazo a un HOMBRE, partiendo de la tesis de que la Unidad requería otras funciones que la demandante supuestamente no estaba en capacidad de hacerlas.

 Como quiera que para la Sala mayoritaria ese argumento puede constituir una discriminación por razón de sexo, se hace necesario visibilizarlo y analizarlo a la luz de la perspectiva de género a efectos de erradicar estereotipos que ponen en desventaja a la mujer frente al hombre.

 En ese orden de ideas, el problema jurídico por resolver consiste en determinar si en la decisión de terminar unilateralmente el contrato de trabajo de la Señora DORIS STELLA RUIZ BETANCOURT fue determinante el hecho de ser mujer y, de ser así, si existe una justificación válida para la utilización de dicho criterio por parte de la empleadora.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse al tema de la discriminación por razón del género en el ámbito laboral, no solo al momento de contratar sino en la ejecución del contrato o en su terminación. Para lo que interesa a este asunto en la Sentencia T-247 de 2010, en la que si bien se abordó un caso de la vinculación laboral de una mujer, lo cierto es que la Corte establece unas subreglas jurisprudenciales perfectamente aplicables a los casos de desvinculación de una mujer del cargo que venía desempeñando por razón de su género, toda vez que en últimas la ratio deciden di de esa sentencia gira en torno al acceso de oportunidades laborales para las mujeres. Para abordar el tema, la Corte empieza por hacer un recuento histórico de los principios a la igualdad y la prohibición de discriminación consagrados en el artículo 13 de la Carta Política, deteniéndose en las razones que llevaron a la Asamblea Constituyente a dar una doble protección a la mujer en los artículos 13 y 43 de la Constitución, a partir del reconocimiento de que la mujer ha sido históricamente discriminada en el acceso a los derechos a la salud, la educación, el trabajo, la participación política, la administración de sus bienes, la integridad personal etc., escenarios donde el hombre ha tenido un trato privilegiado. A continuación hace una síntesis de los instrumentos internacionales que mucho antes de la Constitución del 91 ya habían puesto en evidencia el trato diferenciado de la mujer frente al hombre y del esfuerzo de las Naciones Unidas por superar todas las formas de discriminación contra la mujer.

Acto seguido la Corte Constitucional emprende el análisis de lo que denominó *“****Prohibición de discriminación en razón del género y acceso a las oportunidades laborales”*** en el que parte de la tesis de que junto con la familia y el Estado, el empleo  es uno de los espacios que ofrece más posibilidades para la discriminación por razones de sexo. Sobre el particular dijo la Corte en esa oportunidad:

*“Por esta razón es claro que casos en que la diferenciación tiene fundamento en el género, quien la realiza –sea el legislador, una autoridad pública o un sujeto particular- tiene la carga de exponer una justificación que no deje lugar a dudas sobre la legitimidad del criterio empleado. Objetivo que se cumplirá siempre que se logre demostrar i) que la medida busca o es consecuencia de fines constitucionales imperativos y ii) que los mecanismos empleados guardan una relación esencial con dicho objetivo. Sólo en estos casos estaremos ante una medida o una acción legítima dentro de los términos constitucionales y, con mayor precisión, con el principio de igualdad y los mandatos de prohibición de la discriminación por razón de sexo consagrados en los artículos 13 y 43 de la Carta Constitucional[[1]](#footnote-1).*

Más adelante la Corte rememora lo que en la sentencia T-026 de 1996 dijo respecto al derecho a la igualdad de las mujeres en el campo laboral, trayendo a colación el siguiente precedente:

*“[l]a experiencia permite afirmar que, tradicionalmente, el desempeño de ciertos trabajos o la pertenencia a varios sectores profesionales se ha hecho depender del sexo de las personas. A las mujeres, por ejemplo, se les suele impedir el desempeño de los denominados trabajos arduos, ligados con la fuerza física o la capacidad de resistencia, empero, un examen detenido de la cuestión lleva a concluir que no es válido apoyar una exclusión semejante en una especie de presunción de ineptitud fincada en diferencias sexuales, y que el análisis basado en presuntos rasgos característicos de todo el colectivo  laboral femenino debe ceder en favor de una apreciación concreta e individual de la idoneidad de cada trabajador, con independencia de su sexo.”[[2]](#footnote-2)-subrayado ausente en texto original-“*

 Acto seguido analiza el principio de libertad de empresa en la contratación del personal y lo confronta con el principio a la igualdad en los siguientes términos:

*“En efecto, la libertad de empresa como principio que garantiza cierto ámbito de libertad e igualdad en desarrollo de actividades económicas resulta un elemento conceptual insalvable al analizar los casos de contratación por parte de las empresas. En este sentido aparece como un elemento propio de la libertad de empresa la posibilidad de ajustar los criterios de selección de personal a los requerimientos propios de la actividad que desarrolle el futuro empleador.*

*No obstante lo anterior, desde una perspectiva conceptual, la libertad de empresa –al igual que la igualdad- tampoco resulta un criterio absoluto dentro de nuestro sistema jurídico, debiendo ceder o ponderarse en determinadas circunstancias ante otros principios constitucionales involucrados en el asunto objeto de estudio. El resultado en términos argumentativos es que el principio de libertad de empresa no resulta suficiente para justificar una excepción al principio de igualdad cuando de acceso a oportunidades laborales se trata; por el contrario, la solución obligará al intérprete a considerar el otro principio involucrado: la igualdad, específicamente la igualdad en razón del género”.*

Para concluir este capítulo de la *“****Prohibición de discriminación en razón del género y acceso a las oportunidades laborales”***  la Corte concluyó:

1. *“El género como factor de selección de ingreso al trabajo es un criterio que debe estar acorde con el resto del ordenamiento constitucional.*
2. *En este sentido la utilización del género debe responder a un criterio estricto de proporcionalidad; en este sentido la medida que lo incorpore deberá superar consideraciones relativas a la idoneidad, la necesidad y la esencialidad.*
3. *Los requisitos y exigencias para acceder a un cargo pueden atribuir ventajas a los individuos pertenecientes a un género sobre los del otro. Sin embargo, este tipo de exigencias deben tener una base conceptual razonable, necesaria y esencial desde el punto de vista objetivo, de manera que no sean manifestación implícita de prejuicios contrarios al principio de igualdad dentro del Estado constitucional”.*

También acometió el alto Tribunal el capítulo que denominó “***Los derechos fundamentales como parámetro y límite de las relaciones entre particulares”*** frente al cual concluyó lo siguiente:

1. *“En un Estado democrático la protección de los derechos fundamentales debe estar presente en los principales aspectos de la vida social, la cual incluye, sin lugar a duda, las relaciones surgidas entre particulares, las cuales no pueden entenderse ajenas a los parámetros de relación trazados por los derechos fundamentales.*
2. *El valor de la igualdad real resulta incompatible con una posición que excluya la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; y*
3. *Los argumentos que se expongan para dar respuesta al presente caso deben tomar en cuenta la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.*

Finalmente respecto a la *“****La prueba del hecho discriminatorio”***  dijo lo siguiente:

*“Cuando no es una norma, sino un hecho el que se tacha de discriminatorio la situación probatoria varía radicalmente, pues no será la situación fáctica la que se discuta –ya que sobre la misma no habrá dudas-, sino que será la motivación que se tuvo para realizar dicho acto -que en un contexto de discriminación laboral se traducirá en la escogencia, la promoción, el aumento salarial, el despido, etc.- lo que será objeto de controversia ante los jueces.*

*Debido a la dificultad probatoria que conlleva este tipo de casos y teniendo en cuenta elementos como la debilidad de la parte presuntamente discriminada, el carácter fundamental del principio que se busca proteger y el gran desvalor que implican este tipo de comportamientos, en estos casos la Corte ha considerado equitativo que se invierta la carga de la prueba, de manera que sea la parte acusada de realizar un comportamiento discriminatorio la que tenga el deber de demostrar que su actuar no tuvo como fundamento el género de la persona afectada o que, si éste influyó, fue un criterio utilizado de forma legítima –bona fide criteria-, de acuerdo a los parámetros establecidos en el ordenamiento constitucional”*.

Pues bien, descendiendo al caso concreto, haciendo una reconstrucción de los hechos que rodearon el despido de la demandante a partir de la declaración de parte del representante legal de la Unidad Residencial, Señor IDER ALBERTO OSORIO RESTREPO, y los testimonios de NESTOR ARIEL GARCÍA OSORIO, JAQUELINE RESTREPO PARRA y ANA MARÍA RICO DE ALARCÓN, todos integrantes de la Junta de Administración de la Unidad, quienes declararon en términos muy similares, se puede extraer el siguiente contexto fáctico: *i)* Que hasta el año 2013 la Unidad Residencial contaba con los servicios de una aseadora que era la señora DORIS RUÍZ, pero que para guadañar, hacer mantenimiento a las paredes o los arreglos eléctricos se contrataba los servicios de otra persona, lo cual constituía un gasto adicional para la Administración; *ii)* Que los servicios de guadaña se contrataban cada mes o mes y medio dependiendo del clima, y que los arreglos locativos pequeños y eléctricos eran esporádicos; *iii)* que la Administración de la Unidad Residencial presentaba serios problemas económicos debido a la mora de varios de sus residentes; *ii)* que para contrarrestar dicha situación, el nuevo Administrador sugirió que se suprimiera el cargo de aseadora y se contratara un todero que se encargara del mantenimiento general de la Unidad, cumpliendo las funciones de aseo, jardinería, guadaña, reparaciones locativas y reparaciones eléctricas; *iii)* que la Señora Doris Ruíz en su calidad de aseadora no estaba en condiciones de realizar funciones distintas a las que tenía, porque, por ejemplo, le era muy difícil manejar una guadaña; *iv)* que la persona que guadañaba era un HOMBRE que tenía experiencia en construcción y por lo tanto podía hacerse cargo de los arreglos locativos y eléctricos pequeños, así como encargarse del aseo y la jardinería.

Desde la orilla de la parte demandante, al contexto fáctico anterior hay que agregarle las particularidades que narraron tanto la demandante como los testigos ABEL ANTONIO IDÁRRAGA VANEGAS y GONZALO HURTADO RICAURTE, hechos que no fueron desmentidos por la demandada ni sus testigos, así: *i)* Que Doris trabajaba medio tiempo 3 veces por semana: lunes, miércoles y viernes, y que cuando había un festivo trabajaba martes, jueves y sábado; *ii)* que ella se encargaba de hacer el aseo a los 10 pisos de las dos torres, más la jardinería; *iii)* que eventualmente ayudaba a los residentes de la unidad a subir el mercado y que jamás se encargó de guadañar, ni hacer reparaciones locativa o eléctricas porque nunca se lo pidieron; *iv)* que el hombre que la reemplazó es un hombre de edad que hace las mismas funciones de aquella, esto es, el aseo y jardinería, y que eventualmente lo ven guadañando o realizando otro tipo de labor.

 La trama factual anterior nos brinda elementos suficientes para concluir, más allá de una duda razonable, que en el actuar de la Unidad Residencial fue determinante el género de la trabajadora para su despido.

Demostrado la utilización del factor ‘género’ como parámetro del despido, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional en la citada sentencia, se hace necesario despejar toda duda sobre la legitimidad de la utilización de dicho criterio para despedir a la demandante, toda vez *“que para que se configure un trato discriminatorio no es suficiente que el género haya sido un factor determinante en la decisión tomada, sino que, adicionalmente, no exista una justificación racional, suficiente y objetiva desde el punto de vista constitucional para legitimar una diferencia con base en uno de los criterios expresamente mencionados en artículos constitucionales como el 13 y el 43”*.

 Adicionalmente hay que decir que la Corte Constitucional reiteró en dicha sentencia que en los casos de discriminación por razón del género en el ámbito laboral, *“difícilmente serán admisibles consideraciones que simplemente reflejen criterios de conveniencia, que funjan como meras excusas para obviar las restricciones de la prohibición de discriminación y que tengan como contenido implícito criterios a priori discriminadores de uno u otro género”*. Dijo además que *“[L]o más acorde con los principios imperantes en un Estado constitucional será el planteamiento de criterios que sean una base conceptual objetiva para la toma de decisiones que surjan como el resultado de un proceso planteado sobre bases con un contenido igualitario; en este sentido resulta mucho más cercano a los parámetros constitucionales:*

1. *El establecimiento de pruebas o cumplimiento de requisitos;*
2. *Prever que éstos tengan absoluta y directa relación con las funciones a cumplir; y*
3. *Hacer exigencias relacionadas con la experiencia y habilidades del aspirante”.*

En el presente caso ninguna de las sub reglas anteriores se cumplieron por parte de la Unidad Residencial, por cuanto la señora DORIS RUÍZ BETANCOURT fue despedida sin que mediara un criterio objetivo que demostrara que ella, en cuanto mujer, no estaba en capacidad para realizar labores de guadaña o pequeñas reparaciones locativas o eléctricas. Simplemente se partió del estereotipo de que su sola condición de MUJER la inhabilitaba para realizar tales labores, muy a pesar de que hoy en día las mujeres en el mercado laboral van a la par con los hombres salvo escasas excepciones. Pero lo más grave, siendo el aseo y la jardinería la principal labor del cargo, así se le haya dado el nombre de “mantenimiento general”, se partió del curioso paradigma de que el hombre que guadañaba una vez al mes en la Unidad, por ese solo hecho tenía las habilidades necesarias para realizar el aseo de los 10 pisos de las dos torres, y además de hacer la jardinería. Nunca se le hizo una prueba de habilidad en esas dos labores, y por el contrario, dice la prueba testimonial que el hombre que reemplazó a la demandante era hábil con la guadaña y con la construcción, nunca con el aseo y la jardinería.

La discriminación se hace más evidente si se tiene en cuenta que en este caso se privilegiaron dos labores que no se hacían día por medio sino una cada mes (la de guadañar) y otra esporádicamente (las pequeñas reparaciones locativas y eléctricas) y se desdeñaron las que realmente eran importantes para la unidad, como es el aseo e incluso la jardinería. El argumento de que se suprimió el cargo de aseadora y se creó el de “mantenimiento general” no fue más que una fachada que se utilizó para el despido porque en todo caso la labor principal del nuevo cargo siguió siendo el aseo. Tampoco la difícil situación económica de la Unidad sirve de excusa por cuanto por una parte, la ley otorga los mecanismos legales suficientes para ejecutar a los deudores morosos, y por otra, porque el ahorro que supuestamente se ganaba con la contratación del hombre, es mínimo si se tiene en cuenta que las labores de guadaña es una vez al mes y los pequeños arreglos locativos y eléctricos son esporádicos.

 En conclusión, habiendo quedado demostrado que el despido de la demandante no fue el vencimiento del contrato, como lo sostuvo la jueza de primera instancia, sino el hecho discriminatorio de reemplazarla por un hombre sin justificación alguna, unido al otro hecho que también quedó probado en el proceso de que la relación que unió a las partes no fueron varios contratos a término fijo sino uno solo a término indefinido, el despido de la trabajadora resulta, por donde quiera que se lo vea, INJUSTO, lo que da lugar a la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S. del T., a razón de 30 días de salario por el primer año de servicios y 20 días por cada año de servicios adicionales y proporcionalmente por fracción, monto que asciende a la suma de $ 1`223.833, tal como se evidencia en la siguiente tabla:



* 1. **De la procedencia de la indemnización moratoria:**

 Como quiera que la sanción del artículo 65 del C. S. del T. se impone al empleador que injustificadamente y de mala fe no cancela al trabajador o trabajadora los salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato, atendiendo las particularidades de este caso, en donde se evidenció, por un lado, que el cambio de modalidad de un contrato a término indefinido por varios contratos a término fijo de 345 días, se hizo para abstraerse del pago a que tenía derecho la demandante por haber trabajado en forma continua e ininterrumpida desde el 1º de enero de 2008 hasta el 15 de abril de 2015, y por otro, que se pagó por debajo del salario mínimo legal salvo para el año 2013, la Sala **impondrá condena por concepto de indemnización moratoria**. Lo anterior por cuanto ese proceder de la parte demandada no puede calificarse como actos de buena fe que lo exoneren de esta sanción. En consecuencia, teniendo en cuenta que en el último año de servicios, la trabajadora recibió como salario un valor por encima del salario mínimo legal vigente, el monto de la indemnización corresponde al último salario diario que recibió la demandante por cada día de retardo desde el despido, esto es, el 15 de abril de 2013 hasta por 24 meses, a razón de $ 10.487 diarios, y a partir del mes 25 la empleadora deberá pagar a la trabajadora intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique.

La sala procedió a liquidar los 24 primeros meses arrojando un valor de $ 7.550.400, el cual deberá pagar la demandada a la demandante más los intereses moratorios causados a partir del 16 de abril del 2015 hasta el pago total de la obligación.



**4.7. Condena en costas:**

Teniendo en cuenta que se accedió a la mayoría de las pretensiones de la demanda, se revocará las costas señaladas en primera instancia incluido el valor de las agencias en derecho, para en su lugar condenar a la parte demandada a pagar en un 90% las costas de primera y de segunda instancia, las cuales deben liquidarse por el juzgado de primera instancia conforme las previsiones legales para esta clase de asuntos.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO**.- **REVOCAR** los ordinales TERCERO Y QUINTO y **MODIFICAR** el ordinal SEGUNDOdela parte resolutiva de la sentencia objeto de apelación proferida el 3 de junio de 2014 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DORIS STELLA RUIZ BETANCOURT** contra la **UNIDAD RESIDENCIAL MIRADOR DE LA 100 PH.** por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia

**SEGUNDO**.- **En su lugar**, **DECLARAR** que entre la señora **DORIS STELLA RUIZ BETANCOURT** y la **UNIDAD RESIDENCIAL MIRADOR DE LA 100 PH** existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 1º de enero de 2008 hasta el 15 de abril de 2013, el cual fue terminado sin justa causa por la empleadora. Con ocasión de esta declaratoria, hay lugar a las siguientes condenas a cargo de la **UNIDAD RESIDENCIAL MIRADOR DE LA 100 PH** a favor de **DORIS STELLA RUIZ BETANCOURT,** así:

1. La suma de $ 773.138, a título de reliquidación de la prima de servicios entre el 11 de junio de 2010 y el 15 de abril de 2013.
2. La suma de 44.973, a título de reliquidación de las vacaciones causadas entre el 11 de junio de 2010 y el 15 de abril de 2013.
3. La suma de $ 1.085.500, por concepto de las cesantías causadas entre el 1º de mayo de 2010 y el 15 de abril de 2013.
4. La suma de $110.060 por concepto intereses a las cesantías causadas entre el 11 de junio de 2010 y el 15 de abril de 2013.
5. La suma de $12.849.840, por concepto de sanción por falta de pago de las cesantías a un fondo privado.
6. La suma de $ 1`223.833 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.
7. La indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo monto corresponde al último salario diario que recibió la demandante por cada día de retardo desde el despido, esto es, el 15 de abril de 2013 hasta por 24 meses, a razón de $ 10.487 diarios, y a partir del mes 25 la empleadora deberá pagar a la trabajadora intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique. La liquidación por los 24 primero meses corresponde a la suma de $7.550.640.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a la parte demandada a pagar las costas de primera instancia y de segunda instancia en un 90% a favor de la parte demandante. La liquidación de las costas de primera y segunda instancia corresponde al juzgado de conocimiento.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

 **NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.**

**CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada Ponente,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 **Salva voto**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Secretaria Ad-hoc**

**DORIS STELLA RUIZ BETANCOURT**















### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

##  TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Pereira, julio veintinueve (29) de dos mil quince

"En sí misma, toda idea es neutra o debería serlo; pero el hombre la anima, proyecta en ella sus llamas y sus demencias; impura, transformada en creencia, se inserta en el tiempo, adopta figura de suceso: el paso de la lógica a la epilepsia se ha consumado… Así nacen las ideologías, las doctrinas y las farsas sangrientas.” (Emil Ciorán, en “Breviario de podredumbre)

Con el debido respeto salvo mi voto en el presente asunto por las razones que paso a explicar:

El artículo 13 de la Constitución Nacional dispone:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”

Es claro entonces que ninguna de las condiciones citadas en el artículo deben, ni pueden incidir, para perjudicar o beneficiar a una persona respecto a las demás.

Todos somos iguales: Hombres y mujeres, incluso contra nuestra particular concepción de sentirnos menos o más que los otros.

De allí que el tema de la “Equidad de género” sea en verdad un aspecto de importancia: Pero en su verdadero sentido, con su verdadero alcance. Equidad es igualdad, no privilegios en virtud de una especial condición.

En este proceso, sin que si quiera lo haya propuesto la actora, sin que se haya debatido al interior del proceso, y por lo tanto, sin que la parte demandada haya tenido la posibilidad de controvertirlo, ni mucho menos de allegar pruebas en contrario, la Sala mayoritaria, declaró la existencia de una supuesta discriminación de género y con base en ella, derivó condenas en contra de la Propiedad Horizontal demandada.

El encabezamiento de este salvamento tiene que ver con este aspecto. Los jueces estamos obligados a tener en cuenta la igualdad de los géneros, pero esa directriz no puede confundirse con una especie de ideología o credo que lleve ciegamente a los funcionarios judiciales a utilizar el concepto ciegamente en favor de la mujer.

Es que nótese, que si bien parece que la única condena que tiene que ver con el tema de género fuera el del despido injusto, la verdad es que para poder hablar del supuesto despido injusto, lo primero que hizo la mayoría de la sala fue cambiar la modalidad de duración del contrato de trabajo suscrito por las partes, haciéndolo pasar de fijo a indefinido, a pesar de que previamente se reconoció la libertad de que gozan empleador y trabajador sobre tal punto.

De hecho, resulta incoherente que los demás integrantes de la sala sostengan:

“Ahora, con relación a los contratos a término fijo, debemos partir de la base de que si bien cada contrato de trabajo que se suscriba resulta ser independiente de otro que se suscriba de manera posterior, puede hablarse de una única relación laboral siempre y cuando se trate de contratos sucesivos, debiendo entenderse como aquellos que no presentan interrupciones temporales y que además versan sobre el mismo objeto contractual. Lo anterior de conformidad con el inciso 3º del artículo 78 del C.S.T.”

O sea que ellos consideran que los contratos sucesivos constituyen una relación única, lo cual va en contravía de lo que sobre el tema ha señalado la Sala de Casación Laboral, como se ve en el siguiente aparte:

“La ley permite que una vinculación única y continua, si así lo acuerdan las partes, sea regulada por diferentes modalidades de duración del contrato de trabajo, aún sean celebrados sin interrupción.

La libertad de elección de entre las modalidades de duración del contrato, de cambiar la que venía rigiendo el vínculo laboral, la inicial o las subsiguientes, no puede servir de mecanismo para vulnerar derechos de los trabajadores, - lo que no acontece en el *sub – lite*, - como cuando las contrataciones sucesivas sin interrupción tienen por finalidad no conceder el tiempo de descaso efectivo por vacaciones, o se procura cambiar drásticamente las condiciones de liquidación de la indemnización por despido.

No se requiere solución de continuidad para adoptar diferentes modalidades de contratación, máxime si con ello se asegura la permanencia de ingresos del trabajador.

De hecho la ley prevé que los contratos a término fijo se prorroguen automáticamente, si no se ha hecho oportunamente el respectivo preaviso; y aún en caso de que este se hubiera formulado, nada impide que se prescinda de él, y en lugar de que opere la prórroga se suscriba un nuevo contrato, sin solución de continuidad.

Para la Sala, la ley otorga a las partes la posibilidad de acogerse a diferentes modalidades de contratación, y todas ellas están amparadas por el principio de la estabilidad laboral, aún obre de manera diversa para cada una de ellas.

Por lo demás, se precisa que todos los contratos fueron independientes y que resulta válida la contratación a término fijo que se celebró de manera sucesiva con posterioridad a los primeros contratos. En consecuencia, se les da eficacia a las liquidaciones efectuadas por cada relación de forma individual.” (Sentencia de 1º de diciembre de 2009, Radicado 3590)

Llama la atención que, los 15 días que transcurrían entre cada uno de los contratos a término fijo y que precisamente servían para que la trabajadora tuviera el descanso efectivo que exige la Corte para validar este tipo de contratación, sean precisamente el soporte de la Sala Mayoritaria para establecer la ilegalidad de los referidos contratos sucesivos.

En el presente asunto, con los contratos a término fijo no se pretendía burlar el descanso de la trabajadora, pues se dejaban transcurrir 15 días entre uno y otro, ni tampoco se puede decir que se pretendía cambiar drásticamente las condiciones de la liquidación de la indemnización por despido injusto, porque, dependiendo del momento en que ocurriera el despido, incluso podía ser superior la indemnización por la terminación del contrato a término fijo, que la que pudiera resultar por la del contrato a término indefinido.

Lo dicho permite concluir sin mayor dificultad que, siendo las partes libres del modelo de contratación, no se puede sostener, como se hizo en la sentencia, que el contrato de trabajo fue celebrado a término indefinido.

Ahora bien, en este asunto, para poder proferir condena por despido injusto, la única forma de hacerlo era negando la validez de los contratos de trabajo a término fijo, pues de aceptarse la misma, no cabría duda que el empleador obró legalmente al terminar el contrato de trabajo de la demandante, pues le avisó con más de 30 días de anticipación su intención de no renovarlo. Esto, por cuanto no se puede olvidar que ha sido permanente la posición de la Sala de Casación Laboral en señalar que la sentencia C-016 de 1998 ratificó la exequibilidad de los contratos a término fijo, los que por ende, pueden ser terminados con el correspondiente preaviso. (Sentencia de febrero 7 de 2003, radicación 19343).

En síntesis, el ánimo de aplicar una supuesta protección de género en favor de la actora derivó en la declaración de la existencia, no de los contratos a término fijo que las partes venían acordando, sino de un supuesto único contrato laboral a término indefinido que, como tal, no podía ser terminado con un simple preaviso de 30 días, pues requería para su terminación legal, la existencia de una justa causa.

Tal cambio contractual, claro está, conllevó a que se asegurara que las liquidaciones que se le pagaban a la trabajadora al momento de terminar los contratos, no solo dejaran de tener en cuenta los 15 días que se daban para su descanso -generando con ello un menor valor respecto a las primas y vacaciones-, sino que resultaban infundadas e ilegales, pues al no haberse terminado el contrato no era del caso hacer el pago de las cesantías.

Fue así que por este camino, inexplicablemente se dijo que las sumas entregadas por concepto de cesantía se entendían mal pagadas, debiendo el empleador perderlas. Situación ésta que no puede compartirse, pues, en estricto sentido no se compara con la hipótesis prevista en el artículo 254 del C.S.T., dado que no se hicieron pagos parciales de cesantías, sino los pagos definitivos de estas por la terminación de cada contrato.

Pero si lo anterior es inaceptable, pues propicia un enriquecimiento sin causa, es motivo de asombro el hecho que a renglón seguido, contraviniendo el principio del *non bis in ídem* en la medida en que, habiendo aplicado la sanción del citado artículo 254 consistente en perder las sumas pagadas por cesantía, adicionalmente se disponga, por los magistrados que hacen mayoría, que también se pague sanción moratoria por la no consignación de aquellas en el fondo escogido por la trabajadora.

Pero, es mayor aun el asombro, si se tiene en cuenta que, como es bien sabido, la sanción moratoria no opera de manera automática, pues debe valorarse la buena fe que se perciba en el empleador, misma que en este caso salta a la vista, si se tiene en cuenta que las sumas liquidadas se le pagaron directamente al trabajador, en el peor de los escenarios –sin que sea aquí el caso- por el convencimiento que tenía de que el contrato era a término fijo y terminaba válidamente.

Iguales consideraciones vale hacer respecto a la imposición por sanción moratoria al momento de la terminación del contrato de trabajo.

En conclusión, a pesar que a la trabajadora se le pagaron por la entidad demandada los salarios y prestaciones que le correspondían, a mi juicio, se impuso en este proceso una exagerada condena, que supera los $23.000.000, como consecuencia de cambiar el principio universal de igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso, por la especial mirada, en los debates procesales, de lo que mis compañeros de sala consideran como un “enfoque diferencial de género”.

El principio de igualdad de las partes ha sido enfatizado en el campo internacional en la descripción de los principios de Bangalore sobre la conducta judicial que fueron comentados por el Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta para el fortalecimiento de los principios básicos sobre la conducta judicial, celebrada el 1 y 2 de marzo del 2007 en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

En estos comentarios se hacen, entre otras muchas las siguientes precisiones sobre la conducta y el recto proceder de los jueces:

Como valor 5 se reseña la Equidad que señala que:

“Garantizar la igualdad de tratamiento de todos ante un tribunal es esencial para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales.”

Y refiriéndose a la discriminación de género explica que:

“El juez debe desempeñar un papel activo para garantizar que el tribunal ofrezca igual acceso a hombres y mujeres.”.

De manera tal que:

“Un juez se esforzará para ser consciente de, y para entender la diversidad de la sociedad y las diferencias provenientes de varias fuentes, incluidas sin ánimo de exhaustividad, la raza, el color, el sexo, la religión, el origen nacional, la casta, las minusvalías, la edad, el estado civil, la orientación sexual, el nivel social y económico y otras causas similares (“motivos irrelevantes”).”

De otro lado, la manera de entender las providencias de la Corte Constitucional que hacen los miembros de la Sala, pareciera indicar, y es el mensaje que llega a los usuarios del sistema de justicia, que en esta Corporación las partes no son vistas como iguales, sino que las mujeres tienen ventajas frente a sus contrapartes hombres, pues a ellas, se las mira desde una especial perspectiva, al parecer de debilidad, que les otorga especiales prebendas en el proceso.

A mi juicio tal enfoque resulta equivocado pues si bien la Corte Constitucional ha dicho de manera general que los jueces en cualquier asunto a su cargo deben aplicar el enfoque diferencial de género, obviamente ello está referido a los asuntos en que se observan posibles situaciones de discriminación o violencia contra las mujeres, pues la idea no es crear, al interior de los procesos la desigualdad de sus participantes, ya que, tal como lo tiene dicho la Relatoría sobre los Derechos Humanos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “La cultura patriarcal es parte de la formación de la mentalidad de gran parte de los pueblos, de forma que la violencia contra las mujeres es en realidad el síntoma y no la enfermedad. Las mujeres sólo tendrán igualdad de acceso a la justicia, y la violencia contra la mujer solo será eliminada, cuando se construya una mentalidad que las conciba como iguales y no como inferiores, pues esta es la causa estructural de la violencia contra las mujeres”.

Dejo así salvado mi voto, acotando que la sentencia de primera instancia debió ser confirmada, pues en efecto, a pesar de que la vinculación de la trabajadora era a término fijo de 11 meses y quince días, lo cierto es que, dado que para 15 de febrero de cada año, su contrato se encontraba vigente, era obligación de la demandada consignar las cesantías y, como ello no ocurría sino que se esperaba a la finalización de los contratos para hacer el pago directo de la suma a la demandante, se incurría en una mora en ese periodo.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Magistrado**

1. En este sentido resulta interesante el ejemplo de las pruebas para acceder al cuerpo de bomberos que tienen lugar en los distintos distritos de Estados Unidos. Dichas pruebas han sido cuestionadas por considerarse excluyentes para las mujeres, en cuanto gran parte de su resultado depende de la fuerza física; sin embargo, se ha considerado que este resulta un criterio ocupacional de buena fe "bona fide occupational qualification", por cuanto la prueba de fuerza resulta necesaria en un trabajo donde de forma eventual los bomberos deberán realizar labores que demanden este tipo de habilidad, por ejemplo levantar y trasladar víctimas en las situaciones trágicas o de emergencia. Información en profundidad al respecto puede encontrarse en <http://employment.findlaw.com/employment/employment-employee-discrimination-harassment/employment-employee-discrimination-harassment-overview.html> -04 de septiembre de 2009-. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-026 de 1996. [↑](#footnote-ref-2)