El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia 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 Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, Jueves 29 de junio de 2017*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral – Revoca decisión del a quo y accede a las pretensiones*

***Radicación No****:**66170-31-05-001-2016-00023-01*

***Demandante****: Escilenia Gómez Gómez*

***Demandado:*** *Katherin García Jiménez*

***Juzgado de origen****: Laboral del Circuito de Dosquebradas*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Carga Probatoria. Presunción art. 24 CL.*** *En principio, le corresponde a quien pretende ser tenido como trabajador, acreditar la totalidad de los elementos configurativos de una relación de tal naturaleza. Sin embargo, ante la dificultad que esto entrañaría para el trabajador en su condición de inferioridad en el marco de las relaciones laborales, se estableció en el artículo 24 del Estatuto Laboral una presunción en su favor, consistente en que, demostrada la prestación personal del servicio, se presumirá que ésta se ejecutó en el curso de un contrato laboral debiendo la parte demandada demostrar que no existió subordinación tendiente a desvirtuar la naturaleza laboral del servicio personal prestado. Como se evidencia, la aludida regla contenida en el Código Laboral es clara en reducir o aminorar la carga probatoria que incumbe al trabajador, dejando el mayor rigor probatorio al empleador presunto. Sin embargo, el trabajador no puede pasar por el proceso absolutamente inactivo, bastándole solamente con afirmar algo en la demanda para que se entienda agotado probatoriamente el tema, sino que tiene que cumplir con la acreditación de esa prestación personal del servicio y demostrar que la misma se llevó a cabo durante un lapso determinado o determinable, para que se pueda aplicar la aludida presunción. Y para cumplir con tal deber, puede valerse de cualquier medio de prueba autorizado por la ley, siempre que cumpla con las condiciones de oportunidad, legalidad y contradicción. Ello, tal como se extracta de los cánones 51 y 60 del CPLSS.* ***Valoración probatoria. Confesión ficta. Empleados del servicio doméstico. Flexibilización.*** *Vale mencionar además, que la confesión puede ser expresa, que es la que se presenta en una declaración de parte con la aceptación de un hecho determinado que produce unas consecuencias jurídicas determinadas y también puede ser ficta, que ocurre cuando hay renuencia en la respuesta o la misma es evasiva o cuando el absolvente no asiste y no presenta justificación alguna –art. 205 CGP-, caso en el cual se deberá concretar tal sanción probatoria en el acto respectivo, con el fin de que se pueda desvirtuar tal presunción de veracidad. Y dígase que la confesión ficta, tiene la virtualidad de ser plena prueba mientras la parte confesa no la desvirtúe y, por lo tanto, puede ser la base de la decisión judicial que estime o desestime las pretensiones. Tal conclusión, además, se refuerza, si se está frente a un trabajador del servicio doméstico, que por su propia condición de vulnerabilidad -generalmente se trata de personas de comunidades pobres, con limitado acceso a la administración de justicia, y pertenecientes a un sector laboral históricamente discriminado- y que, por las condiciones en que ejecuta su labor, tiene serias dificultades para cumplir –en un proceso- su carga probatoria, lo que impone al Juez el deber de tener especial consideración de estas situaciones y flexibilizar las exigencias en este campo, pues de lo contrario sería prácticamente nula la posibilidad de que éstas puedan obtener la debida protección de sus garantías mínimas.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintinueve (29) días del mes de junio de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 14 de junio de 2016 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro del proceso ordinario laboral de única instancia promovido por ***Escilenia Gómez Gómez*** contra ***Katherin García Jiménez .***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Se persigue en esta demanda que se declare que entre las partes existió una relación laboral a término indefinido que se extendió entre el 30 de marzo de 2014 hasta el 30 de marzo de 2015, la cual terminó por despido injustificado y, en consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización por despido injustificado, la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales y por la no consignación de las cesantías, el auxilio de cesantías, sus intereses, prima de servicios, vacaciones, cotizaciones al sistema de seguridad social integral y las costas del proceso.

Como sustento fáctico de tales pretensiones, se dijo que entre las partes se celebró un contrato de trabajo verbal que inició el 30 de marzo de 2014 y finalizó el 30 de marzo de 2015, que las actividades desarrolladas fueron las de empleada del servicio doméstico y el cuidado de dos menores de edad, que la remuneración pactada era el mínimo legal vigente, que nunca fue vinculada a la seguridad social integral, que el 30 de marzo de 2015 no pudo ir a laborar por presentar dengue, que tal padecimiento de salud duró 15 días y vencidos los mismos la actora se comunicó con la empleadora, quien le manifestó que ya había conseguido otra persona para el trabajo, que no se le pagaron las acreencias laborales, que siempre recibió órdenes expresas de la señora García Jiménez, que recibió auxilio de transporte.

Admitida la demanda y notificada personalmente la demandada, guardó silencio.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

El a quo negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que la parte demandante no acreditó la prestación personal del servicio para, con base en la presunción contenida en el canon 24 del CL y las sanciones procesales aplicadas a la parte demandada, poder establecer la existencia de la relación laboral y fijar sus efectos pecuniarios. Tal deber probatorio le incumbe únicamente a la parte demandante y por lo tanto su falta cumplimiento, implica la negativa de las pretensiones.

***III. CONSULTA***

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la demandante trabajadora y siguiendo los lineamientos de la Sentencia C-424 de 2015, emitida por la H. Corte Constitucional, se dispuso la consulta de la providencia, de conformidad con lo normado en el canon 69 del CPTSS.

***IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Para desatar el asunto litigioso puesto en conocimiento de la Colegiatura, es necesario resolver el siguiente dilema jurídico:

*¿Se acreditó por parte de la actora, la prestación personal del servicio?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para desatar el problema planteado, es menester indicar que el contrato de trabajo está conformado por tres elementos esenciales, tal como lo denota el artículo 23 del Estatuto Laboral, los cuales son: (i) la prestación personal y continua de un servicio a favor de determinada persona, (ii) la continuada dependencia y subordinación de quien presta el servicio frente a su beneficiario y (iii) un salario como remuneración del servicio.

En principio, le corresponde a quien pretende ser tenido como trabajador, acreditar la totalidad de los elementos configurativos de una relación de tal naturaleza. Sin embargo, ante la dificultad que esto entrañaría para el trabajador en su condición de inferioridad en el marco de las relaciones laborales, se estableció en el artículo 24 del Estatuto Laboral una presunción en su favor, consistente en que, demostrada la prestación personal del servicio, se presumirá que ésta se ejecutó en el curso de un contrato laboral debiendo la parte demandada demostrar que no existió subordinación tendiente a desvirtuar la naturaleza laboral del servicio personal prestado. Como se evidencia, la aludida regla contenida en el Código Laboral es clara en reducir o aminorar la carga probatoria que incumbe al trabajador, dejando el mayor rigor probatorio al empleador presunto. Sin embargo, el trabajador no puede pasar por el proceso absolutamente inactivo, bastándole solamente con afirmar algo en la demanda para que se entienda agotado probatoriamente el tema, sino que tiene que cumplir con la acreditación de esa prestación personal del servicio y demostrar que la misma se llevó a cabo durante un lapso determinado o determinable, para que se pueda aplicar la aludida presunción.

Y para cumplir con tal deber, puede valerse de cualquier medio de prueba autorizado por la ley, siempre que cumpla con las condiciones de oportunidad, legalidad y contradicción. Ello, tal como se extracta de los cánones 51 y 60 del CPLSS.

Uno de tales medios probatorios es el de la confesión, el cual consiste en la aceptación de un hecho determinado que produzca efectos adversos a quien lo admite. Los requisitos para que la confesión se estructure como prueba, son los contenidos en el canon 191 del CGP, el cual expresa:

*“La confesión requiere:*

*1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*

*2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*

*3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*

*4. Que sea expresa, consciente y libre.*

*5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*

*6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada”.*

Vale mencionar además, que la confesión puede ser expresa, que es la que se presenta en una declaración de parte con la aceptación de un hecho determinado que produce unas consecuencias jurídicas determinadas y también puede ser ficta, que ocurre cuando hay renuencia en la respuesta o la misma es evasiva o cuando el absolvente no asiste y no presenta justificación alguna –art. 59 del CPLSS-, caso en el cual se deberá concretar tal sanción probatoria en el acto respectivo, con el fin de que se pueda desvirtuar tal presunción de veracidad. Y dígase que la confesión ficta, tiene la virtualidad de ser plena prueba mientras la parte confesa no la desvirtúe y, por lo tanto, puede ser la base de la decisión judicial que estime o desestime las pretensiones.

Tal conclusión, además, se refuerza, si se está frente a una trabajadora del servicio doméstico, que por su propia condición de vulnerabilidad -generalmente se trata de personas de comunidades pobres, con limitado acceso a la administración de justicia, y pertenecientes a un sector laboral históricamente discriminado- y que, por las condiciones en que ejecuta su labor, tiene serias dificultades para cumplir –en un proceso- su carga probatoria, lo que impone al Juez el deber de tener especial consideración de estas situaciones y flexibilizar las exigencias en este campo, pues de lo contrario sería prácticamente nula la posibilidad de que éstas puedan obtener la debida protección de sus garantías mínimas.

Por lo dicho, en este caso puntual, se tiene que la señora Escilenia Gómez Gómez, demandó a la señora García Jiménez, con el fin de que se declarara un contrato de trabajo de trabajo y se le reconocieran sus prestaciones sociales, del tiempo que laboró en el servicio doméstico. El Juez desestimó tales pretensiones, bajo el argumento de que las sanciones procesales por la inasistencia a absolver el interrogatorio de parte, necesariamente debían acompañarse de prueba de la prestación personal del servicio, la que no se aportó.

Contrario a lo dicho por el a-quo, encuentra esta Sala que la prestación personal del servicio sí se acreditó en el infolio, a partir de la confesión ficta que en la misma audiencia concretó el Juez, y que permitió presumir como ciertos los hechos atinentes a las actividades desarrolladas por la demandante y las ordenes que recibía para cumplir las mismas, provenientes de la demandada. A partir de allí, fácil era colegir, con apoyo en la presunción contenida en el canon 24 del CL, que tales servicios se enmarcaron en una relación laboral, en que la demandada García Jiménez ostentaba el rol de empleadora. Con apoyo además, en la misma confesión ficta, se pueden establecer los hitos temporales en los cuales se desarrolló la relación laboral, esto es, del 30 de marzo de 2014 al 30 de marzo de 2015 y el salario que se pactó entre las partes, el cual era el mínimo vigente al momento de ejecución de la labor. Estos elementos, permiten declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el cual se ejecutó entre el 30 de marzo de 2014 y el 30 de marzo de 2015.

Tal confesión ficta también permite colegir que la relación laboral se terminó el 30 de marzo de 2015, calenda para la cual la actora no asistió a trabajar, por encontrarse enferma, situación que según se desprende de la demanda, no informó a su empleadora sino quince días después, cuando pretendió reintegrarse, lo que lleva a esta Sala a decir, que la empleadora en su momento no conoció de la situación médica de su trabajadora, razón por la cual se puede colegir que ante la ausencia de la misma en su sitio de trabajo, entendió que ésta no estaba interesada en regresar, esto es, que renunciaba a su trabajo. Por lo mismo entonces, no se declarara la terminación injusta de la relación laboral.

Teniendo pues clara la existencia de un contrato de trabajo, se dispondrá la Sala a fijar sus efectos prestacionales, diciéndose de una vez que los y las trabajadores (as) del servicio doméstico para el momento en que se ejecutó la labor, no tenían derecho a la prima de servicios, la cual únicamente se dio a partir de la Ley 1788 de 2016 -7 de julio de 2016- y, teniendo en cuenta el efecto general inmediato de las normas sobre derecho al trabajo y la irretroactividad de las mismas –art. 16 CL-, se negará la condena por concepto de prima de servicios. Las restantes pretensiones se concretan así:





 En total por concepto de prestaciones insolutas (auxilio de cesantías e intereses a las cesantías) y otros pagos a cargo de la empleadora (compensación de vacaciones), le corresponde a la demandante la suma de $1.021.949,44.

Frente a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, se tiene que es obligación de todo empleador afiliar al sistema de seguridad social en pensiones a sus trabajadores dependientes –num. 1º art. 15 L. 100 de 1993- y en caso de no hacerlo, deberá trasladar al Fondo de Pensiones un título pensional que corresponda al monto de tales cotizaciones con los respectivos réditos moratorios. En este caso, se tiene que no hubo afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, razón por la cual deberá la demandada, previa elaboración del título pensional por parte de Colpensiones, pagar el valor del mismo con los correspondientes intereses por mora.

En cuanto a la sanción moratoria de que tratan los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, ha de decirse que la misma no opera de manera automática ante el incumplimiento del empleador, pues es necesario que el juzgador verifique si existe algún tipo de justificación que le permita colegir, que éste actuó de manera proba y conforme los postulados de la buena fe. En el caso puntual, dígase que si bien la demandante dejó de asistir intempestivamente a su trabajo, ello no era óbice para que la empleadora cumpliera con su obligación de liquidar y pagar las prestaciones y salarios adeudados al momento de la terminación del vínculo, acudiendo para ello, de ser necesario, al pago por consignación. Además se desconoce absolutamente las razones del incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales por parte de la señora Catherin García Jiménez, pues a pesar de haberse notificado personalmente de la existencia de esta actuación –fl. 40- no se presentó a contestar la demanda ni a participar en el curso de las audiencia evacuadas, razón por la que se desconoce de un todo si su omisión tuvo algún tipo de justificación. Por lo tanto, encuentra esta Sala que deberán imponerse las aludidas sanciones, siendo la del artículo 65 del CST equivalente a un día de salario ($21.478) por cada día de tardanza, a partir del 31 de marzo de 2015 inclusive y hasta que se verifique el pago de lo adeudado por concepto de prestaciones sociales. En cuanto a la sanción fijada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la misma corre a partir del 15 de febrero, si al día 14 del mismo mes no se han consignado las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior. En este caso, la empleadora debió consignar las cesantías del año 2014 de la señora Escilencia en un fondo para el efecto, a más tardar el 14 de febrero de 2015. Por lo tanto, se debe por concepto de sanción de un día de salario por cada día de tardanza entre el 15 de febrero de 2015 y el 30 de marzo del mismo año, calenda para la cual cesó la relación laboral y empezó a correr la sanción moratoria de que trata el canon 65 del CST. Esta suma equivale a $945.046,67.

Evacuados todos los aspectos que esta Sala debía abordar en sede de consulta, se revocará la sentencia emitida por el Juzgado laboral y se harán las declaraciones y condenas correspondientes.

Las costas de única instancia correrán por cuenta de la parte demandada a favor de la actora. Sin costas en esta sede, por conocerse en consulta.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Revocar*** la sentencia del 14 de junio de 2016, dictada por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, en el proceso de la referencia y en su lugar:
2. ***Declarar*** *que entre la señora Escilenia Gómez Gómez y Katherin García Jiménez existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 30 de marzo de 2014 y el 30 de marzo de 2015*.
3. *Como consecuencia de la anterior declaración,* ***Condenar*** *a la señora Katherin García Jiménez a pagar a la señora Escilenia Gómez Gómez las siguientes sumas de dinero:*
* *Un millón veintiún mil novecientos cuarenta y nueve pesos con cuarenta y cuatro centavos ($1.021.949,44), por concepto de auxilio de cesantías, intereses y compensación de vacaciones.*
* *Novecientos cuarenta y cinco mil cuarenta y seis pesos con sesenta y siete centavos ($945.046,67), por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías, en los términos anotados en las consideraciones.*
* *La suma de $21.478 diarios a partir del 31 de marzo de 2015 y hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales adeudadas, por concepto de sanción moratoria de que trata el canon 65 del CST.*
* *El valor del título pensional correspondiente a las cotizaciones en materia pensional correspondientes a los periodos en los cuales se ejecutó la relación laboral y los intereses moratorios respectivos, el cual se deberá pagar a Colpensiones, previa liquidación del mismo por la entidad.*
* *Para el pago de estas condenas, se concede a la demandada un mes una vez ejecutoriada esta decisión.*
1. *Negar las restantes pretensiones de la demanda.*
2. *Condenar en costas de única instancia a la parte demandada a favor de la actora. Sin costas en esta sede.*

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada

 **ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

 Secretario