TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA LABORAL

ACTA DE SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. LUIS ALFREDO BARON CORREDOR DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSE DEL CARMEN ZARATE SALINAS CONTRA SLEEP EILL COLOMBIA SAS EXPEDIENTE 2017 00401 01

Al considerar por la mayoría de la Sala que se le resto valor probatorio a renuencia de la parte demandada a asistir al interrogatorio de parte y por ende declarar como cierto el hecho referente al monto de las comisiones tal como lo determino el a quo. Igualmente que no se podía dar por confeso a la parte demandada por estar representada por curador ad liten

Al respecto considero que no se le podía restar valor probatorio porque no existían otros medios de prueba que permitieran precisamente restarle valor probatorio, que contrastara con la confesión ficta

En segundo lugar, no se tuvo en cuenta que la no concurrencia al proceso por la parte demandada se denota una reticencia a colaborar con la justicia y además no se puede dejar de aplicar las presunciones que establece la ley por la no comparecencia a la audiencia de conciliación o a rendir el interrogatorio de parte, por el hecho de que esté representada por curador ad liten.

Lo anterior teniendo en cuenta el nombramiento de curador ad litem tiene que estar comprobado o que es preciso determinar que esten comprobadas las opciones que establece el artículo 29 del CPL, para el nombramiento de curador ad liten como es que se impida su notificación o que no es hallada la parte demandada, o que se ignora su domicilio, y en segundo lugar por lo siguiente:

La jurisprudencia ha señalado respecto de esta institución lo siguiente:

"La institución del curador ad litem tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa. ..."

"La figura del curador ad litem tiene por fin brindar representación al que no concurre al proceso – de manera inadvertida o intencionalmente – con el objeto de garantizarle su derecho a la defensa. De acuerdo con el artículo 46 del C.P.C., el curador "está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio." Ello indica que el curador ad litem está autorizado para realizar todas las actuaciones tendientes a proteger los intereses de su representado, ..." Proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria en favor de su representado no implica que el curador ad litem entregue, enajene, renuncie o limite un derecho de aquél, sino más bien que asume a fondo la defensa de los intereses de la parte que debe proteger. El Tribunal menciona algunas acciones que no puede realizar el curador ad litem – transigir, conciliar, confesar - para de allí deducir que éste no puede proponer la excepción indicada. Empero estos ejemplos no se aplican a este caso, pues todos ellos se refieren a decisiones que limitan el derecho del representado sobre el bien en disputa, situación diferente a la de este proceso, donde lo que el curador ad litem pretende es que se declare que la acción ya prescribió. Afirma el Tribunal que del art. 2153 se infiere que el curador ad litem no puede proponer la excepción de prescripción de la acción. Sin embargo, la prohibición contemplada en el artículo se refiere a que ella sea declarada de oficio, no a que el curador ad litem la proponga. En un caso como el presente, el curador ad litem está llamado a representar los intereses del demandado y dentro de esa tarea cabe presentar las excepciones que favorezcan a la parte que él apodera, de acuerdo con su estrategia de defensa".

Sin embargo, esta institución no puede contrarrestar los efectos de los institutos procesales del CPL, que se establecen a favor de la parte contraria, como son las presunciones por la inasistencia a las diligencias procesales que consagran efectos en contra de la parte que no asiste a las mismas, y mucho menos inaplicar los efectos de las mismas que están establecidas a favor del trabajador,

beneficiándose la parte contraria como por ejemplo que no permite que se efectúe la notificación personal.

Igualmente, no admitir el procedimiento supletorio de la notificación personal que establece tanto el CPC como el CGP, es establecer una diferenciación entre dos estatutos procesales con el CPL, que no regula la forma como se debe practicar la notificación personal, por lo menos respecto de personas del sector privado.

Así, el artículo 29 del CPL, señala la designación del curador ad litem para garantizar el derecho debido proceso y el derecho de defensa aun de las personas que no comparecen al proceso, por tres hipótesis que resultan beneficiando al parte empleadora y en perjuicio de la parte débil de la relación laboral, pues se termina inaplicando las presunciones que establece la ley por la inasistencia al proceso, confundiéndose el carácter que ostenta el curador ad litem con la parte demandada.

Sobre el particular, el problema jurídico que se observa en el presente caso, se finca en estudiar si resulta procedente aplicar la presunción que establece el artículo 77 del CPL., por la inasistencia de la parte demandada a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte.

Para el suscrito por el hecho de que la parte demandada esté representada por curador ad litem, no es óbice para la aplicación de la presunción de declaración de confesión ficta a la que puede hacerse acreedor por su falta de asistencia a la audiencia de conciliación conforme al art. 77 del CPL, pues esta norma no hace excepción alguna

Es decir, de hecho es viable concluir que es procedente la confesión ficta de quien está ausente en el proceso, pues no existe norma legal en que se establece expresamente la prohibición de su inaplicación en los casos en que se ha nombrado curador ad litem.

El nombramiento de curador ad litem se hace para que represente procesalmente a la parte que no se hace presente al proceso, pero no existe fundamento legal que establezca la exoneración como tal, de los efectos que consagra la ley a favor de la otra parte.. Es decir, de la normatividad que establece la institución de la curaduría y de las facultades concedidas a los curadores, no se desprende tal previsión de que por ello resulta inaplicable las mencionadas presunciones.

En efecto, en casos como el presente, cabe hacer una claridad y diferencia conceptual para distinguir que la figura del curador para la Litis, es diferente respecto de la misma parte demandada que ha sido llamada al proceso.

Así: el curador solo ostenta la calidad de representante judicial, mas no ostenta la calidad de la parte misma como tal, ni de representante legal, sino de su apoderado judicial de oficio..

La parte demandada, aun en casos de estar representada, por curador ad litem, debe cumplir las obligaciones procesales tales como comparecer al proceso, a la audiencia de conciliación y a absolver el interrogatorio de parte, y si se configura su inasistencia al proceso, implica las consecuencias procesales que la ley establece para la parte remisa y mal podría pensarse que la sola presencia de un curador en el proceso equivale a la presencia de la parte misma, porque este solo envuelve una representación procesal, para garantizar el derecho de defensa más no es la parte como tal sustancialmente hablando.

En efecto, se reitera, no se puede confundir al curador ad litem con la misma parte demandada, en sí misma considerada, toda vez que esta no se exonera de su obligación legal de concurrir a las diligencias.

Por ello, bien podría sostenerse que el curador es un representante judicial de la parte, solo desde el punto de vista procesal y no sustancial, es decir, no tiene funciones de representante legal de la persona demandada, sino que es un representante judicial, similar al apoderado judicial, sin poder, pero con las facultades de éste, por ministerio de la ley.

Si fuera representante legal de una persona jurídica o de una persona natural ausente, la ley no tendría por qué restringirle las facultades de recibir o disponer del derecho.

De hecho, bien dice la norma que el curador ad litem no tiene facultades para confesar, recibir o disponer del derecho, razón por la cual se deduce, precisamente, que no tiene la representación de la parte misma, en forma sustancial.

Así se desprende de lo dicho por la misma Corte Suprema de justicia:

"... Ahora bien, la curaduría para el pleito o ad litem, a que se refiere el artículo 583 del Código Civil, es especial y dativa acorde con lo dispuesto en los artículos 435 y 443 ibídem, y en asuntos del trabajo tiene como finalidad el dar representación a una persona que no concurre al proceso por cuanto se ignora su domicilio, o no es hallado o se impide la notificación, según lo establece el artículo 17 de la Ley 712 de 2001, que modificó el 29 del C.P.L. y de la S.S., para garantizarle que sus intereses serán defendidos; por lo tanto la persona designada, que según el citado artículo 46 del C.P.C. debe ser un abogado inscrito, está facultado para realizar todos los actos procesales no reservados a la parte misma, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio; lo cual quiere decir que sí puede efectuar todo aquello tendiente a proteger los intereses de su representado..." (Radicación NO. 34454)

Pero lo que no se puede prohijar, es dejar de aplicar las presunciones que establece la ley, por el solo hecho de que una de las partes esté representada por curador ad litem. Cuando se deban aplicar las presunciones mencionadas se aplican no en razón a que el curador ad litem asista o no a las diligencias, sino porque la parte que representa judicialmente, no comparece a dichas diligencias.

Ahora bien, se puede partir del presupuesto de que la parte demandada no compareció a dichas diligencias porque no estuvo enterada del proceso, cuestión que habra que apreciar en cada caso, pues no se compadece que se aplique el mismo rasero, en los casos, en que se impide la notificación o no es hallado, puesto que se supone que en estos casos la demandada tiene o puede tener conocimiento del proceso, al dejársele la citación para que comparezca a notificarse personalmente, pero que no concurre por rebeldía o y se adopta un comportamiento renuente, por ejemplo cuando se impide su notificación, o no es hallado.

Nótese como el actual CGP solo establece el emplazamiento cuando la dirección no existe o la persona no reside o no trabaja en el lugar y adopta una posición diferente cuando en el lugar de destino rehusaren recibir las comunicaciones, para efectos de comunicarle la existencia del proceso, en las cuales si la empresa de servicio postal deja la constancia en esos casos se presume la entrega de dicha comunicación (numeral 4 articulo 291 del CGP)

En el presente caso, la citación para notificación del mismo se llevó a cabo en el domicilio que para efectos de notificaciones judiciales estaba registrado en la Cámara de Comercio, sin que se hubiere registrado una nueva, razón por la cual es viable concluir que actuó, ocultándose y evadiendo así las obligaciones laborales contraídas.

De prohijarse la tesis de que no pueden aplicarse las presunciones que establece la ley por la inasistencia a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte de los demandados, cuando quiera que los demandados se encuentren ausentes y representados procesalmente por curadores ad litem, se tornarían inaplicables las ventajas probatorios que establece, tanto la ley procesal, como sustancial, en materia laboral, configurando un beneficio para los empleadores que asumen conductas evasivas de las obligaciones laborales, pues basta que no comparezcan al proceso para hacer nugatorias dichas presunciones, perjudicando a parte más débil, que por regla general son los trabajadores, por lo tanto, en contravía de los principios y derechos laborales.

De manera pues que resulta un contrasentido que sea más beneficioso para un empleador no asistir al proceso, que hacerlo y lo anterior en perjuicio de la parte más débil que es el trabajador quien no tiene las prueba, pues por regla general, el empleador es el que las puede facilitar.

En efecto al no comparecer a las diligencias mencionadas, habiendo sido citado o notificado en la forma subsidiaria a la notificación personalmente, en este último evento se haría acreedor de la aplicación de las antedichas presunciones, mientras que si simplemente no comparece al proceso, y se le nombra curador ad litem, se exonera de su aplicación en virtud de la tesis acogida en algunas jurisprudencias, que solo serían aplicables a ciertos casos, pero no de manera general para todos los

eventos que establece el artículo 29 del CPL, pero que no comparto, toda vez que ello vulnera los principios de buena fe, lealtad procesal y deber constitucional de colaboración con la administración de justicia, sobretodo, constituyen unas conductas ilegitimas amparadas por la interpretación contraria a los principios constitucionales y legales, en dicho sentido, favoreciendo al empleador y no al trabajador, como lo manda la Constitución Nacional y la ley laboral, que establece una protección especial al trabajador que es la parte débil de la relación laboral

En el presente caso la parte demandada no compareció a la audiencia de conciliación y no justificó su inasistencia, lo que se debe declarar ciertos los hechos de la demanda, tal como lo establece .el numeral 2 del inciso 6 del artículo 39 de la ley 712 de 2001.

Tampoco asistió al interrogatorio de parte lo cual de conformidad con el artículo 210 del CPC y actualmente el artículo 205 del CGP., existe confesión ficta o presunta sobre los hechos también de la demanda.

Si bien existe una sentencia de la Corte Suprema, la del 12 de septiembre de 2001 que fue dictada respecto de hechos sucedidos y valorados antes de la vigencia de la ley 712 de 2001, es decir, , resulta impertinente traerla a este caso, ya que ésta en ningún momento se refiere al artículo 77 del CPL, (modificada por la ley antes mencionada) que estableció la nueva presunción de ser ciertos de los hechos, en este caso serían los hechos de la demanda, por la no comparecencia de la parte demandada a la audiencia obligatoria de conciliación, y que se establece dicha presunción sin ningún condicionamiento.

Por ello aplicando las presunciones de certeza de los hechos de la demanda, con base en las presunciones que resultaban aplicables a este caso, y establecidas en el Código procesal del trabajo y CPC, se tenían elementos probatorios para acceder a las pretensiones de la demanda, y el indicio grave por la inasistencia ala interrogatorio de parte y los demás medios de prueba se tenían elementos probatorios para acceder a las pretensiones de la demanda

En síntesis en este proceso, la parte demandada no contestó la demanda, directamente, lo cual constituye un indicio grave en su contra, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 18 de la ley 712 de 2001, que modificó el artículo 31 del CPL. Igualmente no compareció a la audiencia de conciliación y no justificó su inasistencia, lo que se debe declarar ciertos los hechos de la demanda, tal como lo establece .el numeral 2 del inciso 6 del artículo 39 de la ley 712 de 2001, que modificó el artículo 77 del CPL se presumirán ciertos los hechos de la demanda,

Tampoco asistió al interrogatorio de parte lo cual de conformidad con el el CGP., existe confesión ficta o presunta sobre los hechos también de la demanda.

La parte demandada, aun en casos de estar representada judicialmente, por curador ad litem, debe cumplir las obligaciones procesales tales como comparecer al proceso, a la audiencia de conciliación y a absolver el interrogatorio de parte, y si se configura su inasistencia al proceso, implica las consecuencias procesales que la ley establece para la parte remisa y mal podría pensarse que la sola presencia de un curador en el proceso equivale a la presencia de la parte misma, porque este solo envuelve una representación procesal, más no sustancial.

De hecho, bien dice la norma que el curador ad litem no tiene facultades para confesar, recibir o disponer del derecho, razón por la cual se deduce, precisamente, que no tiene la representación de la parte misma, en forma sustancial.

Pero lo que no se puede prohijar, es dejar de aplicar las presunciones que establece la ley, por el solo hecho de que una de las partes esté representada por curador ad litem. Cuando se deban aplicar las presunciones mencionadas se aplican no en razón a que el curador ad litem asista o no a las diligencias, sino porque la parte que representa judicialmente, no comparece a dichas diligencias.

Ahora bien, se puede partir del presupuesto de que la parte demandada no compareció a dichas diligencias porque no estuvo enterada del proceso, cuestión que habrá que apreciar en cada caso, pues no se compadece que se aplique el mismo rasero, en los casos, en que se impide la notificación o no es hallado, puesto que se supone que en estos casos la demandada tiene o puede tener conocimiento del proceso, al dejársele la citación para que comparezca a notificarse personalmente, pero que no concurre por rebeldía o y se adopta un comportamiento renuente, por ejemplo cuando se impide su notificación, o no es hallado.

Nótese como el actual CGP solo establece el emplazamiento cuando la dirección no existe o la persona no reside o no trabaja en el lugar y adopta una posición diferente cuando en el lugar de destino rehusaren recibir las comunicaciones, para efectos de comunicarle la existencia del proceso, en las cuales si la empresa de servicio postal deja la constancia en esos casos se presume la entrega de dicha comunicación (numeral 4 articulo 291 del CGP)

En el presente caso, la citación para notificación del mismo se llevó a cabo en el domicilio que para efectos de notificaciones judiciales estaba registrado en la Cámara de Comercio, sin que se hubiere registrado una nueva, razón por la cual es viable concluir que actuó, ocultándose y evadiendo así las obligaciones laborales contraídas.

De prohijarse la tesis de que no pueden aplicarse las presunciones que establece la ley por la inasistencia a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte de los demandados, cuando quiera que los demandados se encuentren ausentes y representados procesalmente por curadores ad litem, se tornarían inaplicables las ventajas probatorios que establece, tanto la ley procesal, como sustancial, en materia laboral, configurando un beneficio para los empleadores que asumen conductas evasivas de las obligaciones laborales, pues basta que no comparezcan al proceso para hacer nugatorias dichas presunciones, perjudicando a parte más débil, que por regla general son los trabajadores, por lo tanto, en contravía de los principios y derechos laborales.

De manera pues que resulta un contrasentido que sea más beneficioso para un empleador no asistir al proceso, que hacerlo y lo anterior en perjuicio de la parte más débil que es el trabajador quien no tiene las prueba, pues por regla general, el empleador es el que las puede facilitar.

En efecto al no comparecer a las diligencias mencionadas, habiendo sido citado o notificado en la forma subsidiaria a la notificación personalmente, en este último evento se haría acreedor de la aplicación de las antedichas presunciones, mientras que si simplemente no comparece al proceso, y se le nombra curador ad litem, se exonera de su aplicación en virtud de la tesis acogida en algunas jurisprudencias, que solo serían aplicables a ciertos casos, pero no de manera general para todos los eventos que establece el artículo 29 del CPL, pero que no comparto, toda vez que ello vulnera los principios de buena fe, lealtad procesal y deber constitucional de colaboración con la administración de justicia, sobretodo, constituyen unas conductas ilegitimas amparadas por la interpretación contraria a los principios constitucionales y legales, en dicho sentido, favoreciendo al empleador y no al trabajador, como lo manda la Constitución Nacional y la ley laboral, que establece una protección especial al trabajador que es la parte débil de la relación laboral

En el presente caso la parte demandada no compareció a la audiencia de conciliación y no justificó su inasistencia, lo que se debe declarar ciertos los hechos de la demanda, tal como lo establece .el numeral 2 del inciso 6 del artículo 39 de la ley 712 de 2001.

Tampoco asistió al interrogatorio de parte lo cual de conformidad con el artículo 210 del CPC y actualmente el artículo 205 del CGP., existe confesión ficta o presunta sobre los hechos también de la demanda.

Por ello aplicando las presunciones de certeza de los hechos de la demanda, con base en las presunciones que resultaban aplicables a este caso, y establecidas en el Código procesal del trabajo y CPC, se tenían elementos probatorios para acceder a las pretensiones de la demanda, y el indicio grave por la inasistencia ala interrogatorio de parte y los demás medios de prueba se tenían elementos probatorios para acceder a las pretensiones de la demanda

En síntesis en este proceso, la parte demandada no contestó la demanda, directamente, lo cual constituye un indicio grave en su contra, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 18 de la ley 712 de 2001, que modificó el artículo 31 del CPL. Igualmente no compareció a la audiencia de conciliación y no justificó su inasistencia, lo que se debe declarar ciertos los hechos de la demanda, tal como lo establece .el numeral 2 del inciso 6 del artículo 39 de la ley 712 de 2001, que modificó el artículo 77 del CPL se presumirán ciertos los hechos de la demanda,

Tampoco asistió al interrogatorio de parte lo cual de conformidad con el el CGP., existe confesión ficta o presunta sobre los hechos también de la demanda.

La parte demandada, aun en casos de estar representada judicialmente, por curador ad litem, debe cumplir las obligaciones procesales tales como comparecer al proceso, a la audiencia de conciliación y a absolver el interrogatorio de parte, y si se configura su inasistencia al proceso, implica las consecuencias procesales que la ley establece para la parte remisa y mal podría pensarse que la sola presencia de un curador en el proceso equivale a la presencia de la parte misma, porque este solo envuelve una representación procesal, más no sustancial.

Por ello considero que con los anteriores medios de prueba se debió confirmar la providencia del a quo en su totalidad.

LUIS ALFREDO BARON CORREDOR