



SECRETARÍA SALA LABORAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

EDICTO

La Secretaria de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en acatamiento a lo consagrado en el ordinal 3 del artículo 20, Ley 712 de 2001, notifica a las partes la sentencia de fecha treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Proceso: FUERO SINDICAL

Radicado: 05266-31-05-001-2019-00268-01

Demandante: **COLOMBIANA DE COMERCIO S.A. – CORBETA S.A. y/o ALKOSTO S.A.**

Demandado: JONATHAN ANDRÉS HOLGUÍN

Proceso: *Especial de Fuero Sindical – Levantamiento fuero sindical – permiso para despedir.*

Decisión: **CONFIRMA** la sentencia Absolutoria

Magistrado (a) Ponente: FRANCISCO ARANGO TORRES

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 1 de julio de 2021
a las 8.a.m.

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Desfijado hoy 6 de julio de 2021
a las 5 p.m.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, el treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Proceso: Especial. Levantamiento de fuero sindical
Demandante: COLOMBIANA DE COMERCIO S.A. CORBETA S.A. y/o
ALKOSTO S.A.
Demandado: JONATAHN ANDRÉS HOLGUÍN
Radicado: 05266 05 001 2019 00268 - 01

AUDIENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 117 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2001, procede el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, a decidir **de plano** el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Envigado – Antioquia – el diez (10) de diciembre de 2020 en el proceso especial de levantamiento de fuero sindical – permiso para despedir - instaurado por la sociedad COLOMBIANA DE COMERCIO S.A. CORBETA S.A. y/o ALKOSTO S.A. contra su trabajador JONATAHN ANDRÉS HOLGUÍN.

En el proceso, intervienen además las organizaciones sindicales, Sindicato Nacional de trabajadores de la fabricación de motocicletas, vehículos, afines y derivados del sector automotriz (en adelante SINTRAMOTORES) - y el Sindicato Nacional de trabajadores de Colombiana de Comercio Corbeta s.a. y/o Alkosto S.A. – (en adelante SINTRACORBETA – ALKOSTO).

El Magistrado del conocimiento, doctor FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos.

1. ANTECEDENTES

La parte demandante pretende con la demanda, se le conceda permiso para despedir al demandado por la causal de terminación del contrato de trabajo consagrada en el artículo 62 del CS. T. modificado por el artículo 7 del DL. 2351/65 literal a) numeral 9, en concordancia con el artículo 58 numeral 1 del C.S.T.

Como fundamentos fácticos de la anterior pretensión, expone la parte demandante lo siguiente:

1. Que el demandado ingresó a laborar en la empresa AKT MOTOS propiedad de la sociedad Colombiana de Comercio S.A., Corbeta S.A. y/o Alkosto S.A. el 1 de octubre de 2014 por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de Operario Logístico, y con lugar de prestación del servicio el Municipio de Envigado.
2. Que en Colombiana de Comercio S.A. treinta y un (31) trabajadores son afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Fabricación de Motocicletas, Vehículos, Afines y Derivados al Sector Automotriz "Sintramotores", entre ellos el señor JONATHAN ANDRÉS HOLGUÍN.
3. Que el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Fabricación de Motocicletas, Vehículos, Afines y Derivados del Sector Automotriz (Sintramotores) es un sindicato de primer grado de Industria, tal y como consta en copia del Acta de Fundación de fecha del 8 de septiembre de 2016 y tiene domicilio en el municipio de Bello (Antioquia).
4. Que en Colombiana de Comercio S.A. también existen treinta y un (31) trabajadores afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de Colombiana de Comercio Corbeta S.A. y/o Alkosto S.A. (Sintracorbeta-Alkosto), entre ellos el señor JONATHAN ANDRÉS HOLGUÍN.
5. Que el Sindicato Nacional de Trabajadores de Colombiana de Comercio Corbeta S.A. y/o Alkosto S.A. (Sintracorbeta-Alkosto) es un sindicato de primer grado de Empresa, tal y como consta en la copia del Acta de Fundación de fecha del 28 de agosto de 2016 y tiene domicilio principal el municipio de Caldas (Antioquia).
6. Que mediante comunicaciones de los días 9 de septiembre de 2016, 12 de octubre de 2016, 14 de agosto de 2017, 10 de noviembre de 2018 y 22 de febrero de 2019, el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Fabricación (Je Motocicletas, Vehículos, Afines y Derivados al Sector Automotriz "Sintrarnotoror," informa a la empresa la elección y ajuste de la junta directiva

con la que el señor JONATHAN ANDRÉS HOLGUÍN ocupa el cargo de fiscal en dicha organización sindical.

7. Que el 12 de septiembre de 2018, el señor JONATHAN ANDRÉS HOLGUÍN recibió la primera comunicación de la administración y el departamento de gestión humana de la empresa sobre el bajo rendimiento que venía presentado desde el mes de junio de 2018 y la no atención de las observaciones dadas por sus superiores para mejorar su rendimiento.
8. Que el 28 de septiembre de 2018 la empresa respondió un derecho de petición presentado por el señor JONATHAN ANDRÉS HOLGUÍN el 14 de septiembre del mismo año en el que se le precisó que nunca se le ha desconocido su estado de salud y que se ha cumplido a cabalidad con las recomendaciones médicas, lo cual se verifica en los informes de análisis del puesto de trabajo realizados por la fisioterapeuta la Doctora ANA MARÍA ARAQUE FERRARO los días 15 de septiembre de 2017 y 21 de febrero de 2019.
9. Que el 25 de octubre del 2018 recibió el segundo aviso por deficiente rendimiento en el puesto de trabajo, comunicación de la administración y el departamento de gestión de la empresa y suscrito por la señora Lina Maritza Martínez Grajales, sobre el bajo rendimiento que viene presentando desde el segundo semestre del 2018, al igual que continúa sin atender las observaciones de sus superiores para mejorar su rendimiento durante la jornada laboral y la recarga de trabajo que generaba en sus compañeros de trabajo.
10. Que el 14 de noviembre de 2018 la empresa respondió el derecho de petición presentado por el trabajador el 27 de octubre del mismo año al conocer el segundo aviso por bajo rendimiento; en dicha respuesta se le indicó al señor JONATHAN ANDRÉS HOLGUÍN que se le ha impartido todas las capacitaciones y entrenamientos para la ejecución de sus labores, reiterándole el cumplimiento estricto de las recomendaciones de salud como se advierte en la prueba documental anexada.
11. Que el 26 de febrero del 2019 recibió el tercer aviso por bajo rendimiento en el puesto de trabajo, que viene presentando constantemente desde el segundo semestre de 2018 y los primeros meses de 2019, el cual subsiste, en el que se incluyó también un cuadro comparativo de rendimiento.
12. Que después de recibir descargos por escrito presentados el día 8 de marzo de 2019, la empresa respondió a los mismos mediante comunicación del 20 de marzo del mismo año en la que se le reiteró que no había ninguna justificación

objetiva para el rendimiento deficiente e incumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas por sus superiores.

13. Que en la misma comunicación se citó al señor JONATHAN ANDRÉS HOLGUÍN para que el 22 de marzo de 2019 ampliara los descargos, diligencia que finalmente se llevó a cabo el 1º de abril de 2019.

14. Que cumplido el procedimiento de bajo rendimiento, se le notificó al demandado la terminación del contrato de trabajo por justa causa mediante comunicación del 22 de abril de 2019, en la cual se indica de manera detallada las causales o motivos de la decisión, con fundamento en las obligaciones legales y reglamentarias, en el Reglamento Interno de Trabajo y en el Código de Ética.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

El demandado dio respuesta a la demanda en la audiencia celebrada el 22 de noviembre de 2019 (Acta de fol. 496-497 y CD de folio 499) conforme al escrito de folios 224 a 252, indicando en términos generales que se opone a la pretensión de conceder el permiso o autorización para despedirlo por justa causa, por cuanto no ha realizado ninguna conducta negativa, ni mucho menos tiene comportamientos anormales para que la justicia autorice su despido.

Que la empresa omite una realidad que raya a la vista como es que el trabajador demandado es una PERSONA EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA COMO CONSECUENCIA DE SUS AFECCIONES DE SALUD, pues padece una disminución o limitación en sus capacidades que le dificulta o impide el cumplimiento y desempeño cabal de sus funciones, por padecer una serie de enfermedades osteomusculares que las contrajo como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que se ha visto obligado a trabajar, lo que le ha generado restricciones y recomendaciones laborales.

Que el demandado sufre de los siguientes padecimientos de salud: SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO, BURSITIS DE HOMBRO, SINOVITIS Y TENOSINOVITIS, TENDINITIS DE BÍCEPS, TRASTORNO DE TEJIDOS BLANDOS, HIPERTROFIA SINOVIAL Y TENDINOSA, SÍNDROME DE ABDUCCIÓN DOLOROSA DEL HOMBRO y DOLOR DE ARTICULACIÓN.

Igualmente se aduce que todo se debe a persecución sindical.

Igualmente, las organizaciones sindicales SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA – ALKOSTO, dieron respuesta a la demanda en la audiencia celebrada el 22 de

noviembre de 2020 (Acta de fol. 496-497 y CD de folio 499) conforme a los escritos de folios 419 a 429 y 458 a 468, coadyuvando la posición del demandado y oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de la primera instancia, despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, argumentando resumidamente que para establecer el bajo rendimiento del demandado en el trabajo no se podía soslayar su estado de salud, que le ha generado conforme la historia clínica que obra en el expediente, frecuentes atenciones médicas y recurrentes incapacidades (fol. 375), observándose además en el documento que milita a folio 398 que el actor presentaba recomendaciones por ocho semanas.

Que la empresa demandante el 17 de abril de 2019, medicina del dolor hace recomendaciones que se extienden hasta el 17 de julio de 2019 situaciones estas de salud que no presentan los trabajadores con los que fue cotejado el rendimiento del trabajo del demandado, pues si bien otros trabajadores presentan restricciones en el trabajo no poseen las mismas patologías del demandado.

Igualmente expone el *a quo*, que si bien el juzgado cuestiona el comportamiento del demandado en reiteradamente insistir que no hubo inducción, capacitación, sin embargo ello no es suficiente para desconocer sus problemas de salud.

También argumentó el *a quo*, que se ha hablado que el demandado por tener una situación privilegia se dedicaba en parte de la jornada laboral a hacer llamadas por celular, chatear, repartir tinto, gaseosas y demás y para no prestar el servicio con la eficiencia y rendimiento exigido deambulaba por el patio donde estaba la producción de motos ensambladas, pero el juzgado se pregunta ¿dónde quedaba el poder disciplinario del empleador?

Que ante la polarización que ofrece la prueba testimonial e interrogatorios de parte, el despacho recurre a documentos de la historia clínica del demandado sobre su estado de salud como por ejemplo la situación que aparece a folio 306, 308, 309, 312, 314 sobre situaciones de dolor del demandado y restricciones de no levantar objetos pesados y restricciones y recomendaciones.

Que el demandante siempre fue enfático en alegar que no se le compara con trabajadores que no tengan las mismas patologías, pidiendo la comparación con

trabajadores que tuviera los mismos quebrantos de salud y el despacho advierte que la empresa al resolver los derechos de petición no se daban las respuestas.

Que si bien en la prueba documental no se observa intervención quirúrgica al demandado de ella hablaron los testigos JUAN CARLOS GARCÍA HOYOS, DANIEL LEÓN PÉREZ ROLDÁN, JOSÉ ALBEIRO ARBELÁEZ MEJÍA y también se mencionó la misma por dos de los apoderados.

Que igualmente no es factible comparar historias clínicas, pues las mismas tienen reserva que pertenecen al titular, al trabajador enfermo, y por ello es muy difícil que el despacho acepte que las patologías, los quebrantos de salud de MIGUEL CUELLO, DANIEL BAENA y JHON MARIO MEJÍA eran las mismas del demandado y por el contrario hubo un testimonio del señor MEJÍA, que varias de las patologías que sufre el demandado él no las tenía.

Así mismo argumentó el *a quo*, que en el folio 254 se habla de recomendaciones laborales, las que se repiten a folio 268 por lo que se advierte que a pesar que al demandante se le hizo comparación con trabajadores que realizan actividades análogas nunca se le dio una respuesta clara precisa y de fondo a sus peticiones encaminadas a que fuera comparado con personas de iguales condiciones a la suya, ya que es comparado con personas sanas que su índice de rendimiento siempre iba a ser mayor, por lo que se le vulneró el derecho a la igualdad y el debido proceso, para lo que el despacho insiste en la declaración de JOHN MARIO MEJÍA sobre este tópico e incluso hay pronunciamientos de la fisioterapeuta.

Que el bajo rendimiento del demandado se debe a sus constantes problemas de salud y no a una decisión caprichosa, arbitraria, prepotente del trabajador y no es posible considerar que el demandado no ejecutara su labor para recargar el trabajo en los demás trabajadores, pues el elemento subordinación no lo permite y el fuero de salud que cobija el demandado que debe prevalecer sobre cualquier otro derecho

Finalmente el apoderado de las organizaciones sindicales SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA – ALKOSTO, solicitó adición de la sentencia en el sentido de que se decidiera sobre la condena en costas a su favor y a cargo de la sociedad demandante por haber sido vendida en el proceso, lo que fue resuelto por el juez negativamente argumentando resumidamente que las citadas organizaciones sindicales, no son parte en el proceso sino un simples invitadas o convidadas al proceso para que si a bien lo tienen coadyuve los intereses del trabajador demandando.

4. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la sociedad demandante y por las organizaciones sindicales SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA – ALKOSTO

APELACIÓN DE LA EMPRESA DEMANDANTE.

El apoderado de la parte demandante argumenta al sustentar el recurso, que el Decreto 1373 de 1966 que establece el procedimiento en caso de deficiente rendimiento del trabajador dispone en su numeral primero que requerirá al trabajador dos veces cuando menos por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho días.

Que en la parte considerativa de la sentencia el despacho expresa que la empresa en estos dos requerimientos omitió indicarle al trabajador con cuáles trabajadores lo estaba comparando, pero la norma no dice que al trabajador haya que decirle con qué trabajador se le está comparando.

Que el numeral segundo de dicha norma dice que si hechos los anteriores requerimientos el empleador considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador presentara a este un cuadro comparativo de rendimiento promedio de actividades análogas a efecto que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho días siguientes

Que la empresa en el tercer requerimiento le presenta al demandado el cuadro comparativo indicándole un bajo rendimiento frente a los trabajadores MIGUEL ANTONIO CUELLO, JHON MARIO MEJÍA y DANIEL BAENA, por lo que la empresa se ciñó a los términos establecidos en el Decreto 1373 de 1966 por lo que no se incurrió en ninguna falla en la aplicación de la norma.

Que el demandado no fue comparado con trabajadores que tuvieran aliviados o sin recomendaciones médicas, pues lo fue con trabajadores con recomendaciones o con restricciones médicas por lo que no hay una comparación entre desiguales.

Que la comparación no se hace por enfermedades, sino por las recomendaciones o restricciones médicas que se derivan de las enfermedades que fue lo que hizo AKT MOTOS con trabajadores con iguales o similares recomendaciones y restricciones

médicas y que es lo que sucede con los trabajadores con los que se le comparó al demandado quienes tienen enfermedades parecidas de las extremidades superiores y con recomendaciones parecidas a las del demandado

Que si la comparación tuviera que hacerse por enfermedades la norma se haría inaplicable, pues los trabajadores no presentan las mismas enfermedades.

Que es muy importante el testimonio del señor JHON MARIO MEJÍA, compañero de trabajo del demandado quien no es superior jerárquico, el que en su declaración dijo algo muy simple pero muy contundente que no puede ser que todos los que tienen restricciones y recomendaciones médicas estén trabajando en sus puestos juiciosos haciendo lo que tienen que hacer y el demandado está sentado conversando, hablando por celular y no haciendo nada, que es muy desagradable y muy incómodo que ellos trabajando para la misma empresa en el mismo cargo y con igual salario deben cumplir con sus tareas en tanto el demandado amparado en un estado de salud simplemente se sienta a hacer lo que quiera.

Que se sabe que hay un fuero de salud y una protección desde la constitucional nacional que está desarrollado jurisprudencialmente, pero lo que no puede es que un trabajador prevalido de su estado de salud simplemente rete o desafíe a un empleador en decir no cumplo con mi actividad subordinada y punto y hago lo que me dé la gana de hacer

Que la facultad subordinante o disciplinaria de un empleador no se pierde frente a los trabajadores con restricciones o recomendaciones médicas, como el demandado y con los que se le compara

Que el juzgado hizo el análisis del cuadro comparativo y dijo que el rendimiento del demandado es de una tercera o cuarta parte de lo que hacen los trabajadores con los cuales se les compara, por lo que no se puede aceptar que un trabajador rinda tres o cuatro veces menos de lo que realizan otros trabajadores en iguales o similares condiciones de salud, lo que no tiene ninguna lógica ni ninguna explicación

Que la empresa hizo un cuadro comparativo juicioso tomando los indicadores de la medición de las motos, en un periodo de tiempo determinado, cuadro elaborado por varias personas y presentado al trabajador demandado.

Que el juez dijo en la parte motiva de la sentencia que, por qué la empresa no había requerido la demandante por bajo rendimiento en los años 2014, 2015 y 2016, pero sencillamente para esa época el trabajador no era directivo sindical y no ostenta fuero, y qué casualidad que cuando se vuelve directivo sindical amparado en esa figura y en su estado de salud baja el rendimiento a unos niveles desafiantes y escalofrantes como aparece indicado en el cuadro comparativo.

Que el trabajador no es invalido para trabajar, no tiene una pérdida de capacidad laboral determinada, ni tiene orden de reubicación laboral y solo tiene unas recomendaciones médicas al igual que otros trabajadores lo que no lo puede llevar a que asuma la conducta de hacer lo que quiere hacer y el contrato de trabajo pierda su esencia y el empleador su poder subordinante.

Que el testimonio del señor DANIEL LEÓN PÉREZ fue tachado el que como bien dijo en su declaración se desvinculó de la empresa AKT MOSTOS en el mes de agosto de 2018, por lo que pueda decir o dijo desde agosto de 2018, sobre el día a día del demandando son suposiciones, comentarios o una declaración de oídas y además frente a él se instauró un proceso de levantamiento de fuero sindical y lo que pretendía era favorecer a su compañero de empresa y del sindicato el demandado.

Que frente al último testimonio presentado por la parte demandada en el decurso de su declaración es evidente, palmario y claro que pretendía a toda costa favorecer al demandado diciendo cosas que no tienen ningún sustento como por ejemplo decir que el señor JHON MARIO MEJÍA, únicamente le hacía lectura a las motos de una sola referencia y que en cambio el demandado tenía que despachar camiones con motos de diferentes referencias, lo que no es cierto y tan falso es, que el propio demandado en todas las oportunidades que se dirigió a la empresa en los derechos de petición no manifestó esa situación, ni en la audiencia de descargos, ni en la de ampliación de descargos que hubiera una discriminación en la lectura de motos.

Que en conclusión la comparación que se hizo del rendimiento no fue de forma indiscriminada con todos los trabajadores que cumplen la misma actividad que el demandando, sino con trabajadores que tienen recomendaciones médicas al igual que el demandado quine tienen problemas en las extremidades superiores y que las recomendaciones son parecidas similares.

Que conforme a lo anterior solicita se revoque la sentencia analizando la prueba documental y testimonial con las tachas y se acceda a las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN DE SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA – ALKOSTO.

El apoderado de SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA – ALKOSTO, argumenta al sustentar el recurso, que se opone a la no imposición de costas a su favor toda vez que la Corte Constitucional en la Sentencia C- 240 de 2005 no es un mero invitado, sino que es parte en el proceso de fuero sindical bien sea por acción de levantamiento o reintegro

Que además, tuvo una actuación desde el inicio del proceso y de conformidad con el precedente vertical. el Tribunal Superior de Medellín en la sentencia que adicionó en el proceso con radicado 0526631050012019331 de ALIMENTOS CÁRNICOS contra ARMANDO LEÓN GIRALDO resolvió en la sentencia de segunda instancia que efectivamente la condena en costa y la inclusión por agencias en derecho era a favor de cada uno de los demandados incluyendo al sindicato.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta corporación judicial para conocer de la apelación de la sentencia conforme a lo dispuesto en el art: 117 del CPTSS, se pasa a resolver previas las siguientes.

5. CONSIDERACIONES:

El marco normativo que bordea la situación jurídica planteada en el presente caso, es el siguiente:

1. El artículo 113 del CPTSS, que regula el procedimiento especial de fuero sindical, dispone que la demanda del empleador tendiente a despedir a un trabajador amparado por dicho fuero, “... *deberá expresa la justa causa invocada*”.
2. El artículo 410 del CST, señala que son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador aforado, además de la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión de actividades por parte del empleador durante más de 120 días, las causales enumeradas en los artículos 62¹ y 63 del CST para dar por terminado el contrato de trabajo.
3. La causal invocada en el hecho decimocuarto de la presente demanda para solicitar el levantamiento del fuero sindical del Sr. JONATAHN ANDRÉS

¹ Subrogado por el artículo 7º del D.L. 2351 de 1965.

HOLGUÍN, es el numeral 9º del artículo 7º del D.L. 2351 de 1965, conforme al cual, constituye justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte de empleador, *“El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del patrono”*

4. La anterior disposición fue reglamentada por el Decreto 1373 de 1966, compilado luego por el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, vigente al momento en que la empresa, en este caso, cumplió el trámite ordenado, y que es del siguiente tenor:

*“Art. 2.2.1.1.3.- **Procedimiento terminación unilateral por rendimiento deficiente.**- Para dar aplicación al numeral 9) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el empleador deberá ceñirse al siguiente procedimiento:*

1. *Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días.*
2. *Si hechos los anteriores requerimientos el empleador considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y*
3. *Si el empleador no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.”*

Al confrontar el anterior piso jurídico, con el caso a resolver, se observa que:

1. En el hecho 14º de la demanda, como ya se indicó, la empresa invoca claramente la justa causa del despido, para efectos de obtener el levantamiento del fuero sindical del demandado, aforamiento que en sí mismo, no se discute en el proceso.
2. La causal invocada - numeral 9º del artículo 7º del D.L. 2351 de 1965 - es constitutiva de justa causa conforme a la enunciación legal pertinente.
3. La empresa cumplió el procedimiento reglado en el D.U.R. 1072 de 2015, mediante los requerimientos remitidos al trabajador los días: 12 de septiembre de 2018 (f. 39, primer aviso); 25 de octubre de 2018 (f. 43, segundo aviso), y 25 de febrero de 2019 (f. 45, tercer aviso). Y,

4. Consta igualmente con la documental aportada, reforzada con el interrogatorio de parte al demandante, que con el tercer requerimiento la empresa le presentó a este un cuadro comparativo de rendimiento promedio en labores análogas, al paso que lo invitó a presentar sus descargos **por escrito** - como corresponde al texto de la norma en cita - dentro de los ocho (8) días siguientes. (fs. 45/47)

Ahora, el demandado respecto de cada uno de los avisos, respondió por escrito a través de derechos de petición que militan a folios 39 vto a 41, respecto del primer aviso, a folios 43 vto a 44, respecto del segundo aviso y a folios 48 a 49 escrito de descargos respecto del tercer aviso.

En la respuesta al primer y segundo aviso, el demandante aduce resumidamente que su actual condición de salud no le permite ser comparado con el resto de trabajadores aliviados, ni realizar su trabajo como lo hacía antes que estaba con optima salud, la que se ha desmejorado por lo que no puede dar el 100% de sus capacidades, que tiene restricciones de su médico tratante; y que no ha recibido ninguna capacitación en su puesto de trabajo y nunca se ha negado a sus funciones respetando igualmente su estado de salud como la empresa le ha señalado con especial énfasis en el autocuidado.

En los descargos del tercer aviso el demandado manifiesta resumidamente lo siguiente:

Que su condición física ha sido plenamente manifestada, con cada una de sus ayudas diagnósticas, exámenes físicos, restricciones médicas y apreciaciones de los médicos de la EPS.

Que como se manifiesta en el comunicado de febrero de 2019. su rendimiento no es el mismo, lo que obedece a su estado de salud, el cual debido a sus patologías síndrome de manguito rotador bilateral, afectan considerablemente su desempeño en las funciones de su puesto de trabajo y a diferencia de otros operarios, no puede trabajar Igual que ellos por razones obvias.

Que en la función de lectura de motocicletas, debe realizar movimientos de extensión de los miembros superiores por encima de la horizontal en cada motocicleta, para ubicar una bandera, y por su estatura, y el tamaño de las motocicletas montadas en el gato central, le exigen realizar posiciones forzadas, todas por encima de la horizontal, por lo que luego de un cierto número de motocicletas leídas me genera un dolor en los hombros, momento en el cual debe realizar una pausa para menguar el dolor y

continuar con sus funciones de lectura, sin embargo no todos los días el dolor es el mismo, toda vez que después del segundo día de trabajo de la semana, me siento cada vez peor, igualmente dependiendo de la cantidad de motos leídas, al sexto día de cada semana está más adolorido en relación con los anteriores días.

Que frente a las acusaciones de supuestamente haber retrasado por dos horas el cargue y despacho del vehículo que se dirigía a Ibagué el día 23 de agosto, de 2018, no es verdad, toda vez que ese día realizó sus funciones normalmente y las motocicletas leídas ese mismo día de 79 motos, cantidad que según mi patología pudo leer y además, dentro de sus funciones no le corresponde cargar, ni despachar los camiones.

Que frente a las acusaciones de supuestamente el día 25 de agosto de 2018, que presuntamente retrasó por una hora el cargue y despacho del vehículo que se dirigía al eje cafetero, no es verdad, porque ese día realizó lectura de motocicletas, las cuales según sus patologías y limitaciones físicas pudo leer pero, que dentro de sus funciones no le corresponde cargue y despacho de viajes, por las recomendaciones médicas emitidas por su médico de familia.

Que frente al día 30 de agosto de 2018, presuntamente dejé empezado un viaje de 36 motos y no lo terminé de cargar para despachar, no es cierto, porque, como bien se muestra en el cuadro comparativo, ese día realizó lectura de 103 motocicletas, que fue las que pudo leer y realicé un trabajo constante y con las interrupciones normales de descanso y pausas activas, además, dentro de sus funciones no está cargar camiones, por el tema de mis recomendaciones médicas, las cuales no puedo hacer ese tipo de funciones.

Que frente al día 25 de septiembre de 2018, donde supuestamente tenía más viajes para cargar y despachar, y supuestamente no los leyó, y se retiré con otro compañero, no es verdad, toda vez que depende de las ordenes que me imparta su jefe directo Dany Guzmán y el día en mención nunca me dieron la orden que usted manifiesta que no quise realizar, porque nunca me he negado a ninguna orden, muestra de ello es que no he sido enviado a descargos por la presunta insubordinación, y de haber sido así, la administración de la empresa no hubiese dudado en realizarme un proceso disciplinario.

Que en relación con el día 30 de agosto de 2018, donde presuntamente dejó empezado más viajes para cargar y despachar y supuestamente no los leyó y se retiró

con otro compañero, no es verdad, toda vez que realizó un total de 103 motocicletas leídas y dentro de mis funciones no está cargar y despachar camiones con viajes, únicamente lectura de motocicletas.

Que frente del 25 de septiembre de 2018 que supuestamente tenía más viajes para cargar y despachar y presuntamente no leyó y se retiró con otro compañero, no es cierto, toda vez que realizó lectura de 85 motocicletas,

Que frente al día 1 de octubre de 2018, donde supuestamente no quiso seguir leyendo viajes después del mediodía, no es verdad, porque ese día realizó su turno normalmente, según lo ordenado por el señor Dany Guzmán quien es su jefe directo, pero, si existe alguna prueba de que no quise continuar leyendo motocicletas, solicita las pruebas de tal afirmación.

Que frente al 8 de octubre de 2018, que se manifiesta que no quiso leer viajes durante el turno laboral, pero, no es cierto, toda vez que su jefe directo Dany Guzmán nunca me dio la orden de realizar lectura de motocicletas, por lo que su argumento temerario debería estar sustentado o soportado con una prueba, que solicita le sea enseñada de acuerdo al principio de Publicidad.

Que frente al 12 de octubre de 2018, que se manifiesta que no quiso seguir leyendo viajes después de las 9:00 a. m, no es verdad, toda vez que ese día su jefe directo Dany Guzmán nunca me dio instrucción de realizar lectura de motocicletas, por lo que su argumento no es válido.

Que frente al 22 de enero de 2019, donde se manifiesta que no terminó de realizar la función de lectura de motocicletas y supuestamente retrasó el despacho cara Bucaramanga y según el informe el supervisor y supernumerario tuvieron que buscar 6 motocicletas que faltaban, no es verdad, toda vez que el supervisor Dany Guzmán nunca le manifiesta si un viaje es urgente o no, solamente le indica que hay motocicletas para leer, pero no hay un estándar de motos leídas en un tiempo específico, por la razón que, todo depende de la cantidad de despachos por cada día, además, nunca se ha negado a realizar las funciones de su puesto de trabajo, como se evidencia en el cuadro comparativo, ni ha retrasado ningún viaje de forma deliberada.

Que frente al día 23 de enero de 2019, donde se menciona que se le solicitó leer el segundo viaje de motocicletas, y supuestamente no efectuó la lectura completa y ocasionó según el informe un retraso en el despacho, no es cierto, toda vez que el

señor Dany Guzmán supervisor de despachos en ningún momento le manifiesta si es el primer o segundo viaje a despachar, tampoco le indica la prisa de un viaje específico, únicamente que realicé la función de lectura.

Que como es del conocimiento de la empresa, tiene un proceso de salud que me impide realizar las funciones de forma normal, y su desplazamiento es de forma pausada, toda vez que debe realizar pausas activas y es durante todo el turno laboral, por lo que es evidente que sus funciones de lectura no son equiparables a los del resto del personal, que no tiene las mismas patologías y está siendo comparado con otras personas en pleno uso de su capacidad física, y su desempeño por cuestiones médicas y de debilidad manifiesta es inferior al ciento por ciento.

Que finalmente, solicita que se aplique los principios de legalidad, In Dubio pro Operario y se dirima de manera justa, pues las razones y pruebas presentadas por la empresa en el oficio del 25 de febrero de 2019, no tiene presupuestos fácticos, ni válidos.

Para probar los hechos esgrimidos por las partes en conflicto, se trajo al proceso prueba documental, testimonial, así como interrogatorios de parte.

Respecto de la prueba testimonial, se escuchó la declaración de los señores JOHN MARIO MEJÍA, JUAN CARLOS GARCÍA HOYOS, DANIEL LEÓN PÉREZ, y JOSÉ ALBEIRO ARBELÁEZ MEJÍA, sin embargo la decisión del juez no se fundó preponderantemente en la prueba testimonial, salvo en aspectos insulares, sino en la prueba documental, habiendo aducido el juez, que ante la polarización que ofrece la prueba testimonial e interrogatorios de parte, el despacho recurre a documentos de la historia clínica del demandado sobre el estado de salud de este.

No obstante lo anterior se auscultará en el testimonio de JOSÉ ALBEIRO ARBELÁEZ MEJÍA y DANIEL LEÓN PÉREZ, por cuanto fueron cuestionados en la apelación por el apoderado de la sociedad demandante. También se hará mención al testimonio de JOHN MARIO MEJÍA por haber sido también mencionado en la apelación de la empresa demandante.

Es así que el testigo JOHN MARIO MEJÍA convocado por la parte demandante cuya declaración se encuentra grabada en el CD de folio 512, Min. 6:47 y siguientes, manifestó lo siguiente:

Que trabaja en AKT desde el 2016, su cargo en el momento es despachador de motos, y lector por restricciones que tiene.

Que el demandante desempeñaba el mismo cargo que él (el testigo), pero como el demandado tiene restricciones ya no desempeña el cargo de lector.

Que él (el testigo) en este momento está de lector porque tuvo un accidente allá y tiene restricciones y que como lector le toca coger una hoja con los números de chasis de las motos que se van a despachar, con una bandera, el hecho es andar por todo el patio colocando las banderas con un lapicero o un resaltador buscando el número de chasis y colocarles una banderita para identificarlas para donde se van a despachar. Que además tiene otras actividades como buscar motos que de pronto no se encuentran, estar pendientes de facturación, de empacar unas facturas para despachar las motos, ese es su desempeño por las restricciones que tiene de ambas manos que ya tiene problemas de hace dos años una y ya el problema de la otra empezó varios meses.

Que el demandado cumple las mismas actividades que él.

Que respecto del bajo rendimiento del demandado sabe que bajó el rendimiento porque tiene restricciones y que le duele mucho un hombro o la mano algo así, pero que si los dos hacían lo mismo y tienen restricciones él (el testigo) lo está haciendo y no baja el rendimiento pese a que le duelen mucho ambas manos, y no se sienta a esperar que los demás trabajen eso para ellos se vuelve muy aburridos ver a la demás gente trabajar y uno solo viendo sabiendo que tienen las mismas restricciones.

Que en la mano izquierda tiene tendinitis de quervain, un tendón dañado y en la derecha le está empezando el túnel en el carpiano doliendo y que por esos padecimientos ha estado incapacitado por la EPS y la ARL, que por ese problema ha estado en más de 130 terapias, y en infiltraciones.

Que no sabe cuál es el problema médico que tiene el demandado, que lo único que le ha escuchado es un problema en el hombro.

Que en la empresa realizan las mismas funciones el demandado, MIGUEL CUELLO, DANIEL BAENA y él.

Que el señor Baena, también cree que está de un hombro jodido, con recomendaciones médicas.

Que Miguel Antonio Cuello, tuvo un problema del mango rotador, que fue operado y está mejor, pero también cuando él tuvo restricciones casi que por el mismo tiempo que él (el testigo) todos laboraban por igual y no dejaban de hacer las funciones que tenían con las restricciones y el rendimiento siempre ha sido el mismo y nunca lo han bajado.

Que para hacer la lectura de las motos el único esfuerzo físico que se necesita hacer es estirar la mano, para poner la bandera donde va los espejos de las motos y de resto no tiene que mover moto, no tiene que hacer ningún esfuerzo para nada, que cargan un bolso con 20, 30 o 40 banderas que no es todo el día porque no siempre salen 50 motos pues a veces son 10, 15, 20, 4 motos y el único esfuerzo físico es caminar y todo es plano.

Que el demandado en el momento no coloca las banderas porque está solo con una PDA leyendo unos códigos de barra, que ya no coloca las banderas porque el decía que le pesaba mucho y que le daba dolor.

Que las 50 banderas no llegan a pesar dos kilos.

Que hasta el año pasado el demandado puso banderitas.

Que el demandado se echaba una, dos o dos horas y media para leer lo MIGUEL CUELLO, DANIEL BAENA él, leían en cuarenta y cinco minutos.

Que el demandado a veces se distrae con otros compañeros, converse y converse mientras los demás están trabajando.

Que por el bajo rendimiento del demandado al señor Baena y a él les toca trabajar el doble.

Que a él (el testigo sobre el tema de la lectura de las motos con el PDA, lo instruyó o le indicó el señor Miguel Cuello, y otro compañero Santiago Jiménez.

Que el demandado recibió instrucción o capacitación de cómo se realizaba la lectura de las motos que a todos los indicaron y les enseñaron cómo se hacía eso.

Que el PDA pesa 10 a 20 gramos.

Que el demandado ha manifestado tener dificultades con la PDA y se le ha dado la instrucción sobre su manejo.

Que las restricciones para realizar su labor se las dieron desde octubre o noviembre de 2018 que tuvo un accidente que le generó el problema de la mano izquierda.

Que las restricciones que le dieron a él (el testigo) fueron levantamiento de más de tres kilos, con la mano izquierda y más de seis kilos con las dos manos, de mover motos, arrastrarlas, levantarlas para un lado o para el otro, y parquearlas y no más restricción.

Que por el problema de la mano izquierda ha tenido bloqueos por dolor, ha tenido infiltraciones, electromiografía, dos infiltraciones, y está esperando la resonancia para definir la operación.

Que esos procedimientos fueron desde mitad del 2019.

Que para octubre y noviembre de 2018 solo le realizaron terapias de la mano que le mitigaban el dolor pero seguía el dolor, pero no le impide realizar su labor.

Que para el año 2018 y enero y febrero de 2019 el demandado no manejaba PDA, porque estaban a punta de hojas.

Que el demandado no manejaba PDA a partir del año pasado que empezaron a manejar la PDA para hacer un inventario de motos.

Que el manejo de la PDA el demandado, fue por las restricciones médicas y que fue a partir del año pasado desde marzo para los dos.

Que en el año 2018 y 2019 les informaron a todos que iba a hacer mediciones, se los dijo el Supervisor.

Que antes del 2018 la empresa hacia mediciones de rendimientos en las que les fue muy bien a él, a MIGUEL CUELLO, a BAENA y al demandado.

Que para el 2017 el demandado no estaba enfermo de los hombros.

Que el reparto de los viajes o las lecturas los hace el Supervisor y los compañeros Supernumerarios, lo empiezan a hacer desde las seis de la mañana.

Que la entrega es variable, pero es igual dependiendo del número de motos a despachar en cada viaje.

Que tiene entendido que Miguel Cuello fue operado por manguito rotador el año pasado, no se acuerda bien si fue en septiembre u octubre.

Que Miguel Cuello, en el año 2018 y enero y febrero de 2019, tenía problemas del manguito rotador en un hombro, en el derecho.

Que el demandado tuvo incapacidades en 2018 y 2019.

Que cuando él (el testigo) entró a laborar a la empresa ya el demandado sabía manejar la PDA e incluso le pidió explicación y se las dio, pero después hubo cambio de la PDA y les explicaron a todo el manejo de ella.

Por su parte el testigo JOSÉ ALBEIRO ARBELÁEZ MEJÍA convocado por la parte demandada cuya declaración se encuentra grabada en el CD de folio 512, a 1 hora y 4 minutos y siguientes, manifestó lo siguiente:

Que ingresó el 3 de julio de 2012, su cargo es operario y trabaja en la misma área de despacho del demandado.

Que él (el testigo) efectúa lectura con PDA, que el demandado realizaba lectura de viajes ya con las banderas.

Que en la lectura de banderas el demandado no utilizaba PDA, que la PDA se la pusieron hace poco porque siempre tuvo lecturas con bandera no con PDA.

Que las banderas eran de metal demasiado pesadas y él cargaba una tula donde llevaba las banderas y eran demasiadas banderas porque leían viajes de una mula, dos mulas.

Que para el año 2018 y principio de 2019, el demandado hacia las lecturas a que se ha venido refiriendo, que hace poco fue que se hizo el cambio a unas banderas como de pasta, que el cambio se hizo más o menos hace un año.

Que las banderas pesan por ahí 35 a 37 kilos.

Que al anterior testigo JOHN MARIO MEJÍA no le tocó trabajar con banderas metálicas.

Que para el año 2018 y principio de 2019 JOHN MARIO MEJÍA solo hacía lecturas que ponía el señor Juan Carlos García, de solo directos, con una referencia de motos no más y tampoco marcaba el viaje porque decía que tenía problemas de las manos y otro compañero le tenía que marcar el viaje porque decía que no podía escribir.

Que los visajes directos son más rápidos porque solo trabajan con una referencia de motos.

Que al demandado además de viajes directos, le tocaba viajes de mulas, urbanos y sencillos, que en el día le tocaba ocho, nueve viajes que leía el compañero (refiriéndose al demandado) viajes más extenuantes porque son de mulas de muchas más motos y el trabajo con las banderas metálicas era muy arduo y muy pesado.

Que el viaje de mulas es más complicado porque es de varias referencias de motos y se tiene que ir buscando por todo el patio de por todas las carpas para en contra las motos de las distintas referencias.

Que cuando el demandado hacia lectura de 2, 3, 4, 5 y 6 viajes que casi todos eran mulas tenía que hacer demasiada extensión del hombro para llegar a colocar las banderas de las motos porque es de baja estatura, aproximadamente de 1 metro con 68 centímetros.

Que al demandado además de los 8 o 9 viajes que se le ponían de las mulas, terminaba esos viajes y el señor Juan Carlos García le asignaba otras funciones que no tenían que ver nada con la operación, pues lo ponía a buscar hasta 100 o 150 motos y ponerle también banderas y al otro día que llegaba el supervisor quitabas las banderas y guarda la tula y por esos se le incrementó el dolor al demandado el que se quejaba de dolor intenso en los dos hombros.

Que Juan Carlos García, tenía un trato discriminatorio favorable a JOHN MARIO MEJÍA.

Que en cambio a JOHN MARIO MEJÍA, fuera de que lo ponía a hacer directos, más fácil y más sencillo, le decía que se relajara que se fuera para el búnquer o se quedara en el patio y JOHN MARIO MEJÍA se dedicaba a jugar y a llevar tinto, y gaseosa y mecato a los transportadores de la empresa.

Que lo que acaba de narrar, ocurrió para el año 2018 y principio de 2019.

Que actualmente el demandado se queja de esa situación.

Que el demandado le decía al Coordinador Juan Carlos García de dolor en sus hombros y no le creía porque se las daba de médico y lo ponía trabajar.

Que al demandado hoy en la mañana (en fecha del testimonio) lo operaron de problema de los hombros.

Que el Coordinador Juan Carlos Mejía Hoyos, lleva por ahí de tres años de Coordinador y anteriormente tuvieron otros cinco Coordinadores del área, como Andrés, Catalina, Sebastián, Juan Esteban y Oscar con los que no tuvieron ningún tipo de problemas y respetaban los problemas que tuvieran como trabajador y a la llegada de Juan Carlos García, comenzó en ambiente laboral pesadísimo con persecución y asedio con él (el testigo) y con el demandado.

Que Miguel Cuello, tenía cierto problema como del hombro y a este si se le hizo seguimiento en cuanto al tema de salud y si se le paró más bolas y tuvo recomendaciones y ciertas tareas que no podía hacer y en cambio al demandado no se dio cumplimiento con su tema de salud.

Que las mediciones del tiempo de trabajo solo se las hacían al demandado.

Que la contabilización del tiempo no la hacía un trabajador de la empresa, sino una practicante.

Que para el año 2018 y principio de 2019 a él (el testigo) no le hicieron mediciones porque tenía otro tipo de funciones porque tenía problemas de columna y entonces

sus funciones eran con una PDA hacer otro tipo de cosas diferentes y el demandado era el que hacía la lectura de los viajes.

Que la contabilización del tiempo del viaje la hacían en una hoja de papel y eso lo podía manipular cualquiera y ponerle la hora que se le antojara de hora de inicio y hora final.

Que para el año 2018 y principio de 2019 no había ninguna persona de área verificando los despachos que hacía y los tiempos que se demoraba en hacerlos, porque eso lo ponían en una mesa las hojas y cada lector llegaba a coger su viaje, sus banderas, arrancaba a hacer las lecturas y cuando terminaba llegaba a la mesa a colocar su tiempo de hora de inicio de hora final del viaje y cualquiera podía manipular la hora, no estaba el supervisor ni el coordinador del área realizando esa labor.

Que al demandado las recomendaciones que le dieron que le mostró fue no realizar ningún tipo de actividades que le generaran dolor y la actividad de colocar las banderas, con su baja estatura y las motos tan altas lo estaba afectando demasiado.

Que al demandado siempre solicitó que lo reubicaran en otro puesto de trabajo cuando comenzó con ese problema de salud que lo estaba afectando tanto, pero nunca se le dio solución a esa reubicación ni de mejoramiento ni de readaptación al puesto de trabajo, ni le realizaba reinducción cuando se reincorporaba al trabajo después de las incapacidades.

Que para el año 2018 y principio de 2019 durante la jornada laboral, la empresa no le dio indicaciones al demandado de realizar pausas activas a raíz de sus problemas de salud, nunca se le colaboró con pausas activas ni nada de esto y las recomendaciones que él le mostro decía de las pausas activas.

Que el demandado no fue capacitado para manejar la PDA ni él (el testigo) tampoco que el entregaron eso y no le dieron ningún tipo de capacitación, le dijeron arranque.

Que al demandado hace poco, no va ni el año, que le hicieron el cambio a trabajar con la PDA.

Que la asignación de un viaje directo u otro tipo, a ves se ponían los viajes en la mesa y no había quien asignara los viajes y llegaban os compañeros a coger sus viajes de lectura a lo que quisiera coger y John Mario Mejía siempre cogía los directos, lo más

sencillo y más fácil y dejaba al demandado los viajes más pesados los que son mulas y ya hubo en otras oportunidades que si el señor Juan Carlos García asignaba los viajes y le asignaba al compañero las mulas y urbanos donde tiene que ir por todo el patio para encontrar las motos y a John Mario le asignaba los directos no más los más fácil los sencillos.

Que a principio eran los mismos turnos para la lectura de las motos y después si hubo dos turnos diferentes primero un turno y después el segundo turno, que ese cambio de dos turnos fue por ahí hace más de tres años.

Que el turno de la mañana es más complicado porque es donde se mueve más motos y salen más viajes porque comienzan a llegar las transportadoras y empiezan Salir los viajes ese muy temprano y el primer viaje de primer turno es donde se realiza mucho más trabajo y más lectura y ya en la tarde quedan pocos viajes dos o tres y la entrada de las motos de las carpas y a demandado siempre lo asignaban en el turno de la mañana temprano donde era más arduo el trabajo.

Que a John Mario se le asignaban los viajes directos que eran más fácil y al demandado las mulas más difíciles porque tocaba buscar las motos en todo el patio y que llevaban un viaje de hasta 63 motos y le asignaban al demandado dos, tres, cuatro viajes de mulas con esas banderas pesadas de varilla de 37 kilos más o menos.

Que al demandado le hicieron llamados de atención por el bajo rendimiento en la lectura de las motos, pero de forma injusta y amañada porque a su tema de salud nunca se le dio importancia y las garantías.

Que los viajes directos casi siempre son de motos del mismo modelo, y son de muchas más motos que los que salen a distribuidores o para sacar una mula, no es la misma cantidad la mula lleva muchas más motos.

Anotado lo anterior, la Sala se pronuncia sobre el aspecto de la apelación de la parte demandante que tiene que ver con los reproches efectuada a los testigos DANIEL LEÓN PÉREZ y JOSÉ ALBEIRO ARBELÁEZ MEJÍA de los que aduce respecto del primero que no puede saber sobre el asunto que aquí se debate, pues dejó de trabajar en la empresa desde el agosto de 2018 y respecto del segundo que su testimonio es amañado y manifiesta falsedades, tendientes a favorecer al demandando.

Respecto de anterior aspecto, considera la Sala que le asiste razón al apoderado de la sociedad demandante, pues claramente el testigo DANIEL LEÓN PÉREZ, manifestó que dejó de trabajar en la empresa demandada el 12 de julio de 2018 , y el bajo rendimiento en el trabajo que se le imputa al demandado es a partir del 13 de agosto de 2018, conforme se observa en el cuadro comparativo con otros trabajadores en el tercer aviso (fol. 45 a 47), por lo que este testigo poco o nada puede saber que hay percibido directamente sobre el bajo rendimiento en el trabajo del demandado en el tiempo que la empresa demandante imputa el referido bajo rendimiento.

Ahora respecto del testigo **JOSÉ ALBEIRO ARBELÁEZ MEJÍA**, escuchado el mismo, se encuentran manifestaciones que no pueden ser veraces por ser totalmente absurdas, como que para el año 2018 y principio de 2019 al demandado se le hacía a leer hasta 8 y 9 viajes de mulas y que además de estos 8 o 9 viajes, cuando terminaba el señor Juan Carlos García le asignaba otras funciones que no tenían que ver nada con la operación, pues lo ponía a buscar hasta 100 o 150 motos y ponerle también banderas y al otro día que llegaba el supervisor quitabas las banderas y guarda la tula, lo que no puede ser veraz, pues si al demandado se le está enrostrando un bajo rendimiento en el trabajo conforme a cuadro comparativo que se le indica en el tercer aviso de folios 45 a 47, en el que en efecto se observa un rendimiento de casi un la tercera parte de los trabajadores con los que se le compara, no puede ser cierto que el demandado que en el cuadro casi siempre se le anota lecturas diarias de menos de 50 motocicletas, leyera hasta 8 y 9 viajes de mulas, que conforme lo dicho de los testigos y el mismo demandado puede ser de hasta 100 motos y que adicional leyera y le colocara banderas a 100 o 150 más.

De otra parte, el testigo aduce que el señor Juan Carlos García le ponía a leer al demandado, los despachos de motos que no eran “directos” que son los más fáciles, lo que no puede ser cierto pues el testigo después aduce que lo referente a los despachos de motocicletas a realizar, se colocaban en una mesa y que cada trabajador iba cogiendo su trabajo de ahí lo que contradice que al demandado se le pusiera a realizar el trabajo más difícil, asunto que tampoco alegó este en los descargos, ni en su interrogatorio de parte, lo que seguramente hubiera aducido para justificar su bajo rendimiento en el trabajo comparado con el de JOHN MARIO MEJÍA.

Además dijo este testigo que las banderas que tenía que colocar el demandado en las motocicletas que llevaba en una tula, pesaban por ahí 35 a 37 kilos, lo que francamente es un despropósito, pues, en el estudio de puesto de trabajo del demandado que milita a folios 116 a 123, se hace mención a la referida tula, en la que se anota, se cargan

veinte banderillas, por lo que cada una tendría que pesar más de kilo y medio, cosa que es totalmente inverosímil.

También manifestó el testigo que Juan Carlos García, tenía un trato discriminatorio favorable a JOHN MARIO MEJÍA (testigo convocado por la sociedad demandante) al que le ponía el trabajo más fácil de los viajes directos en el que la lectura de las motocicletas rinde más por ser de una sola referencia, e incluso le decía que no trabajara que “se relajara” y que este se dedicaba entonces a jugar y a llevar tinto, y gaseosa y mecato a los transportadores de la empresa, lo que no puede ser cierto pues el demandado en las respuestas a los dos primeros avisos en los que se le notificaba el bajo rendimiento y en los descargos al tercer aviso y en el interrogatorio de parte, nada dijo de esto, lo que seguramente hubiera aducido de ser cierto, pues de esta manera justificaría su bajo rendimiento comparado con el trabajo de JOHN MARIO MEJÍA.

Igualmente es relevante que este testigo afirmó que el demandado después de leer hasta nueve viajes de mulas (lo que como ya se analizó no puede ser cierto), terminaba esos viajes y el señor Juan Carlos García le asignaba otras funciones que no tenían que ver nada con la operación, pues lo ponía a buscar hasta 100 o 150 motos y ponerle también banderas y al otro día que llegaba el supervisor quitabas las banderas y guarda la tula y por esos se le incrementó el dolor al demandado en los dos hombros, asunto que sería de extrema gravedad, pues implicaría que al trabajador se le asignaba trabajo innecesario para después desecharlo, con el solo propósito de humillarlo y afectar su dignidad humana, lo que de haber sido cierto seguramente hubiera conducido a que este hubiera presentado queja a la empresa por estos hechos, pues se observa en el proceso que el mismo testigo y el trabajador DANY LEÓN PÉREZ ROLDÁN, 430 a 457, presentaron quejas que motivaron la realización de comités de convivencia por asuntos menos graves que los que aduce el testigo, sin que respecto del demandado obre en el proceso ninguna acta de convocaría a comités de convivencia laboral, por lo que el relato del testigo que al demandado se le colocaba a realizar trabajo inoficioso para después desecharlo, no merece ninguna credibilidad.

También se observa en el video de la declaración de este testigo, que no fijaba a mirada en la cámara, como incluso se le tuvo que pedir el juez, sino que se observa miraba a un lado con ángulo hacia abajo como leyendo algo y además ante pregunta que le formulara el apoderado de la sociedad demandante, de si él había conocido la demanda y la respuesta a la misma antes de rendir su testimonio, evadió al menos tres

veces la pregunta, para finalmente ante el requerimiento del juez de contestar la pregunta, termina manifestando que sí.

Lo anterior conduce a que la Sala no le de ninguna credibilidad al testimonio de JOSÉ ALBEIRO ARBELÁEZ MEJÍA, pues es evidente que su participación en el proceso como testigo no era para ayudar a hallar a verdad del caso, sino para favorecer al demandado con falacias.

En este punto de la sentencia, la Sala advierte, que no ordena compulsas de copias a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue al referido testigo por falso testimonio, en razón a que las falsedades a que se hace mención, la Sala las encuentra por su razonamiento e inferencias lógicas, pero la verdad real (no que la procesal) solo la conoce la empresa demandante, por lo que es esta la que puede saber con toda certeza si el testigo ha faltado a la verdad en su testimonio y ejercer las acciones penales que considere.

No obstante lo anterior, como ya se adujo, el juez fundó su decisión más en la prueba documental que en la testimonial, pues respecto de esta última solo adujo que los testigos hicieron referencia a una cirugía que se le practicó al demandado, pero ello a juicio de la Sala si bien denotaría que el problema de salud del accionado era de tal magnitud que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente, esto no es determinante para negar las pretensiones de la demanda, pues lo verdaderamente relevante es si su problema de salud lo ponía en situación que le impidiera realizar su trabajo en las mismas condiciones que otros trabajadores que también presentaban problemas de salud, asunto sobre el que se pronunciará la Sala más adelante.

Siguiendo con los otros aspectos de la apelación de la empresa demandante, en ella indica que al demandado se le respetó el debido proceso en el trámite que establece el Decreto 1373 de 1966 para el caso de bajo rendimiento del trabajador, aspecto que en realidad no es motivo de controversia en el proceso, pues el demandado no efectúa tacha al debido proceso, sino que su exculpación a su bajo rendimiento en el trabajo, el que no desconoce, es que su estado de salud no le permite realizar su trabajo en la cantidad que lo realizan los trabajadores con los que se le compara, pues su actividad le genera dolor en los hombros.

Ahora en lo que sí le asiste razón al apoderado de la sociedad demandante, es que no es de recibo que el juez aduzca que a pesar que al demandante se le hizo comparación con trabajadores que realizan actividades análogas se le violó el debido proceso por cuanto nunca se le dio una respuesta clara precisa y de fondo a sus peticiones

encaminadas a que fuera comparado con personas de iguales condiciones a la suya, y que se le debe comparar con personas que tenga las mismas enfermedades que el demandado, pues de ser así, como bien lo aduce el apoderado de la empresa demandante la norma legal que establece como causal de despido el bajo rendimiento en el trabajo, en el caso de trabajadores que presenten problemas de salud se haría imposible de aplicar, pues es poco probable en las empresas trabajen personas que tengan idénticas enfermedades.

No obstante, lo anterior, y que conforme a los testimonios y como lo aduce la empresa demandante, los trabajadores MIGUEL CUELLO, JHON MEJÍA y DANIEL BAENA con los que se le compara al demandado también presentan problemas de salud, a los testigos nada se les preguntó sobre la gravedad de sus problemas de salud, pues solo el testigos JUAN CARLOS GARCÍA HOYOS hizo referencia pero superficial sobre el estado de salud de los trabajadores con los que se le compara al demandado, manifestando que MIGUEL CUELLO tiene recomendaciones médicas por mango rotatorio en el hombro, ya pasó por cirugía. Que JOHN MARIO MEJÍA tiene recomendación por afectación en el antebrazo y que DANIEL BAENA cree que también tiene recomendación por hombros.

En cambio, sobre el estado de salud del demandado, obra en el proceso su historia clínica a folios 253 a 374. Igualmente, a folios 389 a 397 obran actas de seguimiento efectuado por la empresa por el área de salud ocupacional.

En el tiempo más próximo al 13 de agosto de 2018 fecha en la que se empieza a hacer el comparativo del rendimiento laboral al demandado, se observa en el seguimiento de salud ocupacional de la empresa demandante que el 9 de julio de este mismo año se anota a folio 147 que consulta con fisiatra el que remitió a medicina del dolor con pendiente de agendamiento y con recomendación vigentes por ortopedista de la ESP SURA. El 7 de septiembre de 2018 se anota que aún sin fecha para cita medicina el dolor y que se radica recomendaciones del médico de familia en consulta del 30 de agosto de 2018. El 30 de octubre de 2018 se anota que el demandado refiere que asiste a medicina el dolor en octubre y que tiene orden para sesiones de bloqueo pendientes de agendamiento posiblemente para noviembre, igualmente se anota que existen recomendaciones médicas. El 17 de abril de 2019 se anota recomendaciones médicas el 15 de enero y 15 de febrero vigentes hasta valoración con medicina del dolor.

Como se puede apreciar el demandado en los meses anteriores a la decisión sobre el despido ha tenido problemas de salud que le causaban dolor, sin que se sepa con los detalles que se conoce del demandado qué problemas de salud presentaban MIGUEL CUELLO y JHON MEJÍA con quienes se le compara.

De otra parte, a la Sala no le queda claro que el bajo rendimiento en el trabajo del demandado, frente al de los trabajadores MIGUEL CUELLO, JHON MEJÍA y DANIEL BAENA con quienes se le compara, sea objetivo, pues no se probó en el proceso que se les asigne la misma cantidad de trabajo a realizar en las mismas condiciones, pues con los testimonios no se logra acreditar, cuál era la dinámica de asignación de la área de lectura de motocicletas, es decir si a los trabajadores con los que se le compara se les asigna la misma cantidad de motocicletas a leer o es que a unos se les puede asignar menos y a otros más, lo que podría generar las diferencias.

Se observa que el demandado en sus descargos aduce frente a la acusación que no leía todas las motocicletas asignadas, que su jefe Danni Martínez, no lo ponía a leer más motocicletas, por lo que la parte demandante debía probar que sí se le asignaba al demandado la lectura de motocicletas y que este omitía a realizar su labor, lo que conducía a su bajo rendimiento confrontado con los trabajadores a quienes se les compara lo que no se probó en el proceso.

Nótese como a pesar de los cuestionamientos que se le puedan realizar a los testigos de sus declaraciones sí se puede extraer como cierto que existían distintos cargamentos de motocicletas a despachar, en cuanto a cantidades y dificultad de ubicar las motocicletas para realizarlas la lectura del código que las identificaba, por lo que si a un trabajador se le asignaba uno u otro tipo de viajes el número de motocicletas leídas podía ser superior o inferior, por lo que para determinar el bajo rendimiento del demandado, se debía probar que se le asigna trabajo en las mismas condiciones que a los trabajadores con los cuales se les compara aspecto sobre el que no existe claridad, pues se dice por algunos testigos que ellos eran los que escogían qué trabajo realizar y otros afirman que era un superior que lo asignaba pero sin aclarar si les asignaban la cantidad de motocicletas a leer o el tipo de viajes en y condiciones iguales.

De otra parte, la Sala echa de menos la prueba de cuál era la cantidad de trabajo que el demandado realizaba antes que se le comenzara a imputar el bajo rendimiento, para establecer si en las mismas condiciones de salud y con la misma carga laboral

anteriormente realizaba su trabajo en mayor cantidad a la que efectuaba desde que se le imputa el bajo rendimiento en el trabajo.

Ahora, en la apelación afirmó el apoderado de la empresa demandada que se sabe que hay un fuero de salud y una protección desde la constitucional nacional que está desarrollado jurisprudencialmente, pero lo que no puede es que un trabajador prevalido de su estado de salud simplemente rete o desafíe a un empleador en decir no cumplo con mi actividad subordinada y punto y hago lo que me dé la gana de hacer.

Respecto del anterior argumento, a la Sala le llama poderosamente la atención que en el cuadro comparativo que se le presenta al demandado en el tercer aviso, como ya se dijo en algunos días (13) se registra que el demandado “NO LEYÓ” motocicletas, lo que ameritaba saber qué paso con esos días, pues si bien ante las limitaciones de salud el demandado podría no realizar su trabajo en la misma cantidad que los trabajadores con los que se le compara, tampoco se podría llegar al extremo de no realizar la labor de lecturas de motocicletas, así fuera en la cantidad que su estado de salud se lo permitiera, sin embargo ni el juez, ni el apoderado de la sociedad demandante efectuó ninguna pregunta al demandado ni a los testigos para esclarecer este asunto, y por ello como la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que al trabajador le compete probar el despido y al empleador acreditar la existencia de la justa causa para producirlo, le correspondía a la empresa demandante probar que el demandado en los días que no se le registra lectura de motocicletas que era la labor asignada, no realizó la actividad por desidia o por sustraerse deliberadamente de prestar el servicio, sin que ninguna prueba obre en el expediente al respecto.

Y es que la Sala no puede perder de vista que en el tercer aviso al demandado sobre su bajo rendimiento además de anotársele genéricamente el bajo rendimiento se le hacen imputaciones puntuales en días determinados así:

1. El 23 de agosto de 2018, usted retrasó por dos (2) horas el cargue y despacho del vehículo que se dirigía a Ibagué.
2. El 25 de agosto de 2018, usted retrasó por una (091) hora el cargue y despacho del vehículo que se dirigía a al Eje Cafetero.
3. El 30 de agosto de 2018, usted dejó empezado un viaje de 36 motos y no lo terminó de cargar para despachar.
4. El 25 de septiembre de 2018, usted tenía más, viajes para cargar y despachar pero no los leyó, se retiró junto con otro compañero.

5. El 01 de octubre de 2018, usted no quiso seguir leyendo viajes después del mediodía.
6. El 08 de octubre de 2018, usted no quiso leer viajes durante su turno laboral.
7. El 12 de octubre de 2018, usted no quiso seguir leyendo viajes después de las 9 a.m.
8. El 22 de enero de 2019, usted no terminó de efectuar la lectura de las motocicletas y retrasó el despacho para Bucaramanga, por lo cual el supernumerario y supervisor tuvieron que buscar las seis (6) motocicletas, que faltaban para no retrasar más el despacho.
9. El 23 de enero de 2019, Se le solicitó leer el segundo viaje de motocicletas, sin embargo, no efectuó la lectura completa de las motocicletas, por la cual, ocasiono el retrasó del despacho.
10. El 24 de enero de 2019, se le solicitó efectuar la lectura de un viaje de motocicletas, no obstante, se negó y no realizó lo ordenado por sus superiores.

Como pude observarse en los numerales 4, 5, 6, 7 y 10 al demandado se le acusa de no haber cumplido la orden de realizar su trabajo, sin embargo en el escrito de descargos, de folio 48 a 49 el demandado asevera que su jefe el señor Dany Guzmán, no le dio orden de “leer motos”, por lo que se hacía necesario que se probara en este proceso si el demandado todos los días tenía trabajo de lectura de motocicletas para realizar, o solo debía ejecutar esta actividad cuando recibía orden expresa de realizarla por parte de sus superiores. Además se hacía imperioso que se probara en este proceso que en determinado días o momento, al demandado se le dio la orden de ejecutar su labor y se negó realizarla, sin embargo sobre este asunto nada se le preguntó a los testigos, por lo que el proceso se queda huérfano de la prueba necesaria para que la Sala, establezca si el bajo número de motocicletas leídas por el accionado, se debe a que no se le ordenaba realizar la labor en las mismas condiciones que a quienes se le compara o era que deliberadamente no la ejecutaba, a pesar de recibir la orden de realizar su trabajo.

En conclusión, al no haberse probado los presupuestos, de hecho que otorgan el derecho deprecado por la sociedad demandante se CONFIRMARÁ la decisión de primer grado en el sentido de negar la autorización para el despido que establece el artículo 408 del CST, pero por las razones expuestas en esta instancia.

Antes de terminar se pone de presente que si bien en otro caso que conoció la Sala entre las parte de presente proceso, el del demandado DANY LEÓN PÉREZ ROLDÁN, se consideró que se probó un injustificado bajo rendimiento el trabajo que condujo a

conceder el permiso para despedir al trabajador, este caso presentaba connotaciones distintas a las de ahora demandado, pues en el anterior caso la Sala consideró que las restricciones médicas que tenía el demandado, no tenían incidencia en la labor realizada, pues se trataba de recomendaciones por problemas de rodilla, consistentes básicamente en que no debe adoptar posiciones en cuclillas, abstenerse de hacer marchas superiores a 30 minutos por terreno irregular y pendiente, no subir y bajar escaleras respectivamente, ni levantar pesos superiores a 12 kg.

Igualmente en el caso del señor DANY LEÓN PÉREZ ROLDÁN, presentaba testimonios distintos y además este desperdicio la oportunidad de ejercer su defensa a través de un abogado de confianza designado por él, pues se negó a comparecer al proceso por lo que hubo que asignarle curador ad litem, los que generalmente al no conocer los pormenores del caso no pueden ejercer la defensa en la manera como la ejerce un defensor de confianza.

DE LA APELACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES:

Las organizaciones sindicales SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA – ALKOSTO en la apelación, se duelen que no se le haya condenado a la empresa demandante a pagarles costas del proceso, para lo cual afirman basadamente que conforme la Sentencia C- 240 de 2005, tienen la calidad de partes en el proceso con todas las facultades que ello implica y por ello no son simples invitadas al proceso como lo afirmó el juez para negar la condena en costas.

Revisa la sentencia antes mencionada se encuentra que en afecto en ella claramente se establece que las organizaciones sindicales son verdaderas parte en los procesos de fuero sindical. Esto indico la citada Corte en la sentencia en comentario:

*“Por lo dicho queda claro que en estos procesos de fuero sindical la citación al sindicato del cual forma parte el aforado será forzosa, es decir, existe para el juez el deber de notificar a la organización sindical el auto admisorio de la demanda y de correrle traslado de la misma, para que el sindicato, **como parte en ese proceso** decida, en ejercicio de sus funciones y con plena autonomía si participa en el proceso, caso este en el cual podrá efectuar todos los actos procesales que la ley autoriza para quienes actúan como parte y no como terceros en el proceso respectivo.”* (negrilla agregada)

En razón a lo anterior, a juico de la Sala cuando las organizaciones sindicales en calidad de parte en los procesos de fuero sindical, decidan comparecer al mismo deben

ser sujetas tanto activas como, pasiva de las costas según resulten vencedoras o vencidas en el proceso, en los términos del 365 y 366 del CGP, aplicable por vía remisoria a los procesos laborales por mandato del Art. 145 del CPT y la SS.

En razón a lo anterior se revocará la sentencia de primera instancia en cuanto se abstuvo de imponer costas a la sociedad demandante a favor de las organizaciones sindicales SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA – ALKOSTO para en su lugar ordenar al *a quo*, que las imponga señalando su monto.

Costas en esta instancia a cargo de la sociedad demandante por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en el monto de \$908.526, suma que será repartida en partes iguales entre el demandado y las organizaciones sindicales SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA – ALKOSTO.

6 DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Envigado – Antioquia – el pasado diez (10) de diciembre de 2020 en el proceso especial de levantamiento de fuero sindical – permiso para despedir - instaurado por la sociedad **COLOMBIANA DE COMERCIO S.A. CORBETA S.A. y/o ALKOSTO S.A.** contra su trabajador **JONATAHN ANDRÉS HOLGUÍN**, en cuanto negó el permiso para terminarle el contrato de trabajo al demandado.

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia de primera instancia en cuanto se abstuvo de imponer costas a la sociedad demandante a favor de las organizaciones sindicales SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA – ALKOSTO para en su lugar **ORDENAR** al *a quo*, que las imponga señalando su monto.

TERCERO. Costas en esta instancia a cargo de la sociedad demandante.

Las agencias en derecho las estima el ponente en la suma de \$908.526, repartida en partes iguales entre el demandado y las organizaciones sindicales SINTRAMOTORES y SINTRACORBETA.

Notifíquese la presente sentencia por **EDICTO**, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 41 del CPTSS, literal D, numeral 3º.

En constancia se firma por quienes en ella intervienen:

Los Magistrados,

FRANCISCO ARANGO TORRES

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

Firmado Por:

**FRANCISCO ARANGO TORRES
MAGISTRADO**

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

**JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ
MAGISTRADO**

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

**JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ
MAGISTRADO**

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

Código de verificación: **b3936d5ef688ae4274f248748f89a5049b57752c434ea688219126d68222e0a1**

Documento generado en 30/06/2021 10:35:49 AM