



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

Santiago de Cali, trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA NÚMERO 342
Acta de Decisión N° 080**

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la apelación de la sentencia No 266 de 11 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso especial de fuero sindical instaurado por ALPINA S.A. en contra del señor ÓSCAR TROCHEZ, bajo la radicación N° 76001-31-05-007-2020-00030-01.

ANTECEDENTES

La empresa ALPINA S.A. por medio de apoderado judicial presentó demanda de levantamiento de fuero sindical en contra del señor ÓSCAR TROCHEZ con fundamento en que, al demandado se le dio instrucciones para cambiar de funciones de manera temporal de funciones de Conductor de Tractomula a Auxiliar de Bodega debido a restricciones médicas ordenadas por la doctora Gigliola Tarazona, específicamente no poder conducir por los medicamentos que estaba consumiendo y hasta que se realizara una junta médica integral; igualmente se ha negado a practicarse los exámenes ocupacionales, especialmente el que se le programó para el 8 de noviembre de 2019; que el demandante tiene fuero sindical como presidente del Sindicato de Empleados y Trabajadores de Alpina SA Colombia "SETAC".; que las anteriores conductas constituyen justa causa; que esa conductas han sido reiteradas por ello se impusieron sanciones disciplinarias respecto a hechos anteriores.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se opone a las pretensiones de la demanda; señala que el cargo de apoyo en Bodega, no resulta inherente al cargo de conductor; que el trabajador fue trasladado de la planta de Zopo a Cali en 2015 sin pago de los gastos de traslado; la estructura del cargo a desempeñar en el contrato de trabajo dice conductor de tractomula; el demandante es un trabajador adherente al sindicato; que con una cláusula adicional la empresa intenta modificar salario; el ius variandi debe hacerse dentro del marco de la labor contratada; existe una extralimitación: ius variandi no es ilimitado; se pueden alterar algunas condiciones, pero no esenciales; se modificó un elemento esencial, la actividad personal; la empresa ejerció un ius variandi abusivo; no hay reforma por escrito; el trabajador no ha recibido el modificatorio del contrato; que nunca le han practicado exámenes para el nuevo cargo; él asiste a la disponibilidad hasta tanto se realice la modificación por escrito; no está obligado para realizar una labor no contratada, no fue capacitado...Se le estableció una jornada superior a la establecida en el reglamento interno de trabajo; la compañía empezó persecución por la no firma del convenio 8020; el demandante sufre depresión por la persecución; la compañía nunca se preocupó por la salud del señor Trochez; no ha operado el sistema de seguridad y salud en el trabajo; con los actos de la empresa se buscaba que renunciara, producto de la presión; no se ha cumplido el sistema de seguridad y salud en el trabajo; el trabajador lleva 22 meses sin recibir salarios; no tenía recursos económicos para trasladarse; se le cambió de ruta inicialmente a una más corta dada la patología que padecía; el trabajador padecía de ansiedad y depresión desde 2017; no se realizó la batería psicosocial de prevención de riesgo, no están probadas las restricciones, no le notificó el cambio del rol frente a la ARL; formuló las excepciones de abuso del ius variandi, unilateral, inconsulta y abusiva, el trabajador ha estado alejado más de 200 días, presionando para que aceptara una disminución salarial y para que renuncie, no se le practicó el examen por cambio de trabajo; vulneración al debido proceso; inexistencia de justa causa, pues, la labor de asistente de bodega no tiene nada que ver con la labor de conductor para la que fue contratado; que no existen restricciones médica para la labor de conductor; hay acoso laboral por ordenar de manera continuada realizar



una labor distinta para la que fue contratada (Ley 1010/06, artículo 7); actuación disciplinaria constituye persecución sindical; utiliza el cambio de actividad para perseguir a los directivos sindicales, existiendo discriminación.

Fue vinculado el Sindicato de Empleados y Trabajadores de Alpina SA Colombia "SETAC".

REFORMA DE LA DEMANDA. Se aportaron documentos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia 266 de 11 de noviembre de 2020, decidió la primera instancia en el siguiente sentido:

PRIMERO: RECHAZA POR EXTERMPORANEA excepción de prescripción planteada por el Ministerio Público.

SEGUNDO: NEGAR LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA, solicitada por la apoderada judicial de la parte demandada.

TERCERO: DECLARAR QUE NO PROSPERA la tacha de no parcialidad respecto de los testigos GIGIOLA TARAZONA y MARYIN FEIJOO.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: ORDENAR el levantamiento del Fuero Sindical que cobija al señor OSCAR MARINOTROCHEZ VALENCIA identificado con la CC. No. 16.930.094, como miembro y Presidente de la Junta Directiva del SINDICATO DE EMPLEADOS Y TRABAJADORES DE ALPINA SA COLOMBIA "SETAC".

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandada

Solicita se revoque la sentencia con fundamento en los siguientes argumentos: en primer lugar, es dable colegir, el juzgado está desconociendo en la forma como está cambiando las funciones el empleador: el contrato de trabajo previó la conducción de tractomula; desde 2016 empezó a ser objeto de persecución sindical al no firmar el convenio 8020 que lo obligaba a renunciar a dominicales. Debido a lo anterior, empezó a padecer depresión y ansiedad; el fallo no advierte la situación entre 2017 a 25 de enero de 2019; que la empresa debe aplicar la resolución 2346 de 2007 en los exámenes ocupacional; el examen periódico tiene



la función de revisar; que no se le controvierten sus manifestaciones; que no existía restricción. El juez basa su fallo en dos testigos en dos medicas laborales, contrario a la testimonial si resultaba de tacha de falsedad en la resolución 2404/14 qué es la batería psicosocial, esa batería tiene lugar a todos los trabajadores y empleadores; la empresa lo mandó de gancho ciego y no le hicieron la evaluación por cambio de ocupación. Es la misma demandante que desde 2017 empezó con los actos de persecución, en el proceso disciplinario no se puede tener en cuenta que el 28 de noviembre de 2019 se solicitaron unas pruebas que no se pronunció ni practicó; en el término de cinco (5) días entre una diligencia y otra y no le dieron respuesta a su petición. El testimonio de Diógenes Orejuela da cuenta de los actos de persecución; todo viene por el convenio 8020; en ninguno de los apartes se debe realizar cargo de auxiliar de bodega, sus funciones eran de transportar vehículos y dentro de ellas no está la de auxiliar de bodega; se ejerció una función abusiva porque se le asignó junas funciones distintas, la dotación es distinta; un fallo de primera instancia que premia la conducta de la empresa Alpina; se le reconoce el derecho de vacaciones, se requiere que haya prestado el servicio personal; que cumplió con el deber legal de prestar el servicio; se pasa por alto un precedente jurisprudencial el ejercicio arbitrario del ius variandi, afectación a la dignidad; existe arbitrariedad por no haber concertado el cambio, se menoscaba la dignidad, según la compañía debía ir a cualquier cargo; que desde el mes de agosto no consume medicina; que se le quitó el medicamento más dañoso; que no cumplió con la seguridad y salud en el trabajo, no se respetó el principio de legalidad; que si es necesario la valoración médica por cambio de actividad; no contaba con recursos; que María José intervino para impedir una valoración; que la batería psicosocial era necesaria.

Ministerio Público

Se aparta de la decisión solicita la revocatoria de la sentencia y negar el levantamiento del fuero sindical, con base en el fenómeno de la prescripción que fue rechazado por el juez de primera instancia; nexa causal entre el despido del trabajador y las acciones derivadas de la formación del sindicato y la controversia del acuerdo 8020. Si solo el trabajador o la conducta de la empresa ha incumplido



con las obligaciones entre ellas las referentes al sistema de seguridad y salud en el trabajo.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. EL FUERO SINDICAL

El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, define el fuero sindical, como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorado en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

Los artículos 1º Y 2º del convenio 98, ratificado por la Ley 27 de 1976, establecen el derecho de los trabajadores a gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación que pueda menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; en consecuencia, deberá proibirse todo acto que tenga por objeto condicionar el empleo o la permanencia en el de los trabajadores a la no afiliación a organizaciones sindicales, o los despidos o perjuicios causados en razón de la afiliación sindical o de la participación en actividades propias de los sindicatos, ya sea durante el servicio o fuera del mismo.

De la definición de fuero sindical, se desprenden diversos tipos de pretensiones a saber: para el trabajador la de reintegro, en caso de ser despedido y la de reinstalación, y para el empleador goza de la posibilidad de pedir autorización para despedir en el caso de existir una justa causa para despedir; y la de trasladar o reinstalar.

En la acción de autorización para despedir, el juez debe verificar si existe una justa causa para despedir y en el evento en que se compruebe la justa causa, únicamente debe autorizar el despido.

De acuerdo con lo normado por el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por la Ley. 50/90, art. 57, modificado por la Ley 584/2000, art. 12, son beneficiarios de la garantía del fuero sindical tanto los trabajadores particulares como los servidores públicos, entre otros en los siguientes casos:



“c) los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.”

“PAR. 2º-Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.

2. REQUISITOS PARA LA PROSPERIDAD DE LA PRETENSIÓN DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL

Para la prosperidad de la acción de levantamiento de fuero para despedir, se debe probar la condición de trabajador, la existencia de la organización sindical, la pertenencia de la demandante al sindicato, así como cualquiera de las circunstancias que dan lugar al fuero (directivo, comisión de reclamo...) y la justa causa comprobada para despedir.

3. LO QUE NO SE DISCUTE EN EL PROCESO

No se discute en este proceso que, el demandado se encuentra vinculada por contrato de trabajo con ALPINA S.A., desde el 2 de mayo de 2013 (folios 32 a 36 PDF); su cargo inicial es de conductor de tractomula

4. EXISTENCIA DEL FUERO SINDICAL

Está Comprobada la existencia de la organización Sindicato de Empleados y Trabajadores de Alpina Colombia S.A. CETAC (folios 316 a 344, estatutos y actas de nombramiento de junta; el demandante es el presidente de la Junta Directiva (folios 346 a 347 PDF).

4. LA JUSTA CAUSA ALEGADA

La parte demandante alega que, el señor OSCAR MARINO TROCHEZ desde el 25 de enero de 2019 se le notificó para presentarse para realizar funciones de



apoyo en la bodega, con el único fin de proteger su salud y velar por su seguridad e integridad, sobre todo que el trabajador ha manifestado sobre el consumo de medicamentos psiquiátricos, cuya contraindicación principal es no realizar labores que requieran actitud vigilante como lo es la conducción. A pesar de esa notificación se ha negado a cumplir sus funciones los días 5,6,7,8,9,11, 12,13,14,15,126, 18, 19 y 20 de noviembre de 2019 sin justificación válida. El 7 de noviembre de 2019 se le notificó sobre la cita que tenía el 8 de noviembre de 2019 a las 7 am para realizarse los exámenes médicos periódicos ocupacionales, sin justificación válida, incumpliendo el deber de observar las instrucciones y órdenes preventivas de riesgos laborales; citó los numerales 1,7 y 8 del artículo 58, numeral 4 del artículo 60 , artículo 62, numeral 6, literal a, del CST, en armonía con los numerales 1 y 3 del artículo 50 , numeral 4 del artículo 52, literal d del artículo 55 del Reglamento Interno de Trabajo, así como los numerales 3 y 48 de la Aclaración al Reglamento Interno de Trabajo. (folios 279 a 284 PDF)

LAS PRUEBAS RECAUDADAS

INTERROGATORIO DE PARTE DEMANDADA: que no autorizó que nadie revisara la historia clínica el 25 de enero de 2019; sólo mostró a la Dra. Tarazona; viene medicado sertralina, trazadona y otras medicinas; el 25 de enero se le informó que haría apoyo en bodega y dijo que no autorizó el cambio de bodega; que no le han dado restricciones; que no tiene restricciones para manejar; la propuesta de la baja de salario fue abrupto y no podía conciliar el sueño; son medicamentos para dormir; que lleva 8 año en la compañía y nunca le practicaron exámenes de batería psicosocial; hubo una citación y fueron los trabajadores que lo solicitaron; María José Forero dijo que no podía grabar, pero el psicólogo dijo que si podía grabar; es cierto que no fue a trabajar los 25 de noviembre de 2019 hasta noviembre no ejecutó labores de asistencia en bodega, ya que no que no fue contratado como bodeguero o asistente de bodega, la doctora Gigiola Tarazona lo revisó físicamente; enero de 2019 a noviembre de 2019 asistió a la empresa, pero no se presentó al jefe de bodega porque su función es de camionero, salvo los días en que estaba suspendido; se le ha requerido para que cumpla sus funciones en bodega; que no le han cambiado el contrato ni le cambiado el tipo de riesgo; el 18 de febrero de 2019 el Ministerio del Trabajo le



pidió que accedieran a las valoraciones médica y no lo hicieron porque había varias IPS y no se habían hecho la batería psicosocial; no permitió la práctica porque no se permitió grabar; no ejecutó ninguna función ni como asistente de bodega ni conductor entre enero de 2019 hasta noviembre de 2019, el camión se dañó y en el cargo de asistente de bodega no le cambiaron el contrato, ni le hicieron capacitación; la disponibilidad era para la labor de conductor de tractomula; que fue contratado como conductor de tractomula; le citaron varias veces por El Estadio y la Bodega por Jumbo; si le practicaron valoración médica, nunca se negó pero no tenía para desplazarse porque tenía 11 meses sin salario; la Personería tuvo que decirle a la empresa que le diera para el transporte; la primera fue y no le practicaron la prueba por síntoma de covid y en la segunda oportunidad si la hicieron porque le dieron transporte; 7 de noviembre de 2019 se le informó que tenía examen el 8 de noviembre , acepta que se le informó pero no le dieron el transporte; se pidió el destinatario del transporte y le compartieron una placa que no existe; otro día le mandaron un Uber y por ser líder sindical no se monta en ese vehículo; que entre enero y diciembre de 2019 el domicilio es la ciudad de Cali.

JUAN SEBASTIAN CARRILLO RIVERA representante de la parte demandante; que es Gerente de Talento humano de la demandante; el demandante fue contratado como conductor de tractomula; se respetó el cargo de conductor para 2016; en 2017 convenio 8020 no se le propuso; se le presentó un cambio salarial de parte variable; se le presentó un modelo, el demandante no aceptó; que no es cierto que la compañía no conoce desde 2017 del tratamiento psiquiátrico; en noviembre de 2018 presentó ante enfermería y dijo que tenía dicho tratamiento; en enero se le requirió y se le trató el 23 de enero de 2019; una vez se conoce el factor de riesgo se le incluye; en 2018 no estaba identificado el factor de riesgo del demandado; no estaba incluido a 25 de enero de 2019 en el riesgo psicosocial; se cambió de puesto de trabajo por concepto de la doctora Gigliola; si se socializó y se le dejó una anotación; 25 de enero de 2019 no se hizo una modificación del contrato, se hizo una asignación de funciones en Bodega de apoyo; él dijo que no estaba de acuerdo porque había una modificación del contrato; el trabajador no solicitó la modificación, dijo que no estaba de acuerdo ; no existió petición; el



presentó en el mes de junio o julio de 2020 un concepto de la EPS, se le contestó que la EPS no tenía todos los elementos y no había mostrado la historia clínica; se le socializó el cambio y dijo que no estaba de acuerdo; no se acordó la modificación; conexión entre conductor y asistente de bodega pertenecen a la misma vicepresidencia, se encarga de realizar inventario, control, revisar cuadros, la conexidad es un servicio de logística; si existe un tema de logística en el cargo de conductor, transportan productos perecederos; si en la diligencia de descargos solicitó unas pruebas no sabe; no se ha remunerado ya que el señor Óscar no ha prestado servicio.

JOSÉ DIOGENES OREJUELA presidente de la Central Unitaria de Trabajadores CUT: ha percibido el conflicto entre la empresa Alpina y el sindicato CETAL, conflicto de cambio de contrato de los conductores de Alpina; la nueva formulación tenía como esencia bajar los salarios de los trabajadores de Alpina; se descargaba en los conductores tenía que correr con los imprevistos; el caso está ante la OIT; la empresa ha generado una persecución contra quienes no suscribieron el cambio, unos trabajos no aceptaron y otros trabajadores si aceptaron; desde Alpina ha habido violación desde ALPINA de la libertad sindical; hay demandas de acoso laboral; se les ha cambiado de oficio; se le ha venido sancionando permanentemente; hay un daño grave contra el demandado que ha estado sin sueldo; el argumento central utilizado por Alpina golpeando al presidente, es darle un golpe a un sindicato que quiere exterminar; no ha estado en la reunión para que el trabajador se haga los tratamientos médicos; la empresa siempre fue radical que el señor Óscar no podía manejar camiones; hay querellas y demandas; no sabe si el cambio de funciones eran permanentes; no hay decisiones.

MARÍA JOSÉ FORERO Jefe de Talento y Cultura; ha sido la persona encargada de los procesos disciplinarios desde febrero de 2019; se llevaron unos descargos y los hechos fue porque varios días de noviembre de 2019 el trabajador Oscar Troches no estaba realizando las funciones asignadas y no había asistido a varias citas de valoración médica ocupacional para saber si tenía recomendaciones; asistió con un miembro de la organización y con una abogada; el manifestó unos trastornos de depresión e ingiriendo medicamentos; el trabajador decía que no



tenía recomendaciones; los medicamentos tienen efectos adversos al momento de conducir de acuerdo con la médica de la empresa; se le cambian las funciones y él insiste en que debe realizar funciones de conducción; no hubo desmejora en su asignación de las nuevas labores; en junio se hacen incrementos salariales; la de conductor y asistente de bodega hace parte del departamento de logística; se pactaron unas reuniones en la convención en 2018 y en noviembre de ese año manifestó que tenían que tomarse unos medicamentos y ellos se dirigieron a la enfermería y la médica laboral informa de la salud del trabajador, está ingiriendo unos medicamentos fuertes; la médica dijo que con ese medicamento no podía estar conduciendo hasta que se hiciera una valoración médica; esas valoraciones no se realizaron por no asistir o no dejarse valorar; el mostraba historias clínicas, algunas incapacidades; a pesar de que no se pudo emitir el concepto completo, pero a partir de los documentos la médica dijo que con esos medicamentos no podía conducir; ese concepto era temporal hasta que se hiciera una valoración completa; el 25 de enero se le dispuso que fuera a laborar a bodega; se le reiteró que su puesto de trabajo era la bodega y se le estaba esperando para entregar elementos etc.; la capacitación comienzan una vez entra al cargo, pues, lo primero que se hace es la capacitación; la dotación se le entrega cuando labora; el trabajador llegaba en un horario distinto al programado, no entraba a las instalaciones, entraba ocasionalmente a la cafetería y en el baño; que la empresa tenía que ponerle transporte para la valoración; Alpina no suministra transporte para la valoración médica, los trabajadores asisten por sus propios medios; después de reunión con Personería y entre julio y agosto de 2020 se realizó la valoración médica; se pudo emitir concepto y se emitió un concepto de recomendación por 6 meses de no poder conducir; en las suspensiones no había prestación del servicio; entre suspensión no prestaba servicio; no hubo reconocimiento salarial por no prestar servicio y se fue de vacaciones porque las tenía acumuladas; no se ha cambiado la remuneración, ni su esquema salarial; en 2017 hubo la creación de un salario variable para los conductores de tractomulas sin que existía consecuencia para quienes no se acogiera ; era más favorable; el demandado fue contratado como conductor de tractomula; el software de la compañía aparece como conductor porque ese fue su contrato inicial; la testigo escuchó al mismo demandado de que debía tomarse un medicamento; el habló



con Lorena Raquel Perdomo médica de la compañía en Zopo; que eso fue en noviembre de 2018; una es la situación de que el trabajador dijo que estaba ingiriendo medicamentos y otra el 25 de enero de 2019 donde se le asignó el cargo de asistente de bodega; el aportó un soporte de la prescripción de los medicamentos; él se negó a realizar valoraciones; se incluyó para una nueva cita y no asistió; el sustento para cambiar fue el dicho del trabajador y soportes médicos de los medicamentos que ingería el señor Oscar; la recomendación fue de la médica laboral Lorena Raquel Perdomo; que se estaba protegiendo su salud; la asignación de funciones son las más cercanas al cargo de conductor; conoció un soporte de su psiquiatra donde decía que no tenía restricciones y se le aclaraba que no provenían de medicina del trabajo; el psiquiatra no conoce el puesto de trabajo; no recuerda si el médico decía si la restricciones eran generales o para el puesto de trabajo; que en la diligencia se solicitaron pruebas; esas pruebas se dijo que los testimonios no eran pertinentes; que no se trajeron esas pruebas ya que se había dado el término para su defensa; se pidió la reprogramación de la diligencia de descargos y tuvo un lapso superior para preparación de la defensa; como no había prestación del servicio no hubo reconocimiento salarial; se esperaba que el trabajador después de la sanción cumpliera con las labores; los días de sanción son hábiles; no sabe a qué periodo corresponde las vacaciones acumuladas; en febrero de 2019 prestó la oficina para que realizara la valoración de riesgo psicosocial y no se habló de algún tema de grabación.

JULY MARITZA CONTRERAS LEMOS, médica laboral; viene laborando con Alpina desde 2019 y ha verificado que el demandado tiene una patología que le restringe para desempeñar la labor de conductor; las iniciales se dan en 2019 por el centro Médico REQPERA y en 2020 agosto hay nuevas recomendaciones por Salud Ocupacional de los Andes; no sabe la medicamento toma el trabajador; hay resolución de Tránsito que dice que si el trabajador conduce y consume medicamentos que afecten el sueño no debe conducir; Resolución 2346 sin el consentimiento informado no se puede dar la valoración; los sistema de vigilancia les indica que se debe realizar, que la condición de salud no afecte en el desempeño del cargo; en el sistema de gestión y salud en el trabajo, vigilancia epidemiológica; el médico laboral es el que debe emitir concepto de aquellas



personas que conozcan los antecedentes como los factores de riesgo; cuando se hacen recomendaciones en el momento en que se hace la reasignación de funciones en ese momento se conoce como socialización de recomendaciones médico-laborales.

GIGLIOLA TARAZONA DIAZ, ES MÉDICA con Maestría y especialista en medicina laboral; en el año 2019 evaluó a través de REQPERA IPS, el 23 de enero de 2019 tuvo la oportunidad de evaluar a Óscar Trochez y se emitió unas recomendaciones para su desempeño laboral; se hizo una valoración médica ocupacional y se necesitaba un consentimiento informado; él no estaba de acuerdo con firmar ese consentimiento pero autorizó ver 8 folios que tenía en su teléfono celular; se hizo la valoración médica y una terapeuta de salud ocupacional hizo una visita donde el señor estaba asignado; el 25 de enero se realizaron recomendaciones; Él era un conductor de tractomula; tenía una prescripción de tomar medicamento los cuales generan efectos secundarios en una persona que conduce; el concepto emitido de manera temporal y hasta que se completara un concepto de salud mental, a efectos de evitar daños al trabajador y tercero; generan somnolencia y problemas gastrointestinales; se emitieron mientras el caso era evaluado por una junta de salud mental para determinar los diagnósticos; en lo observado tenía varios diagnósticos, no había unanimidad de la patología que estaba cursando; quedó supeditada a que se realizara la junta de salud mental; se valoraron varias personas, no solo el señor Trochez; en el registro no tenía recomendaciones definidas; se emite el concepto el 25 de enero porque la sede de la IPS tiene su sede en Bogotá; las recomendaciones se le envían a la médica laboral de la empresa; desconoce si el trabajador asistió a la junta; quien debe dar las recomendaciones es un médico ocupacional; REQPERA ya no tiene relación con Alpina y se realizaron los exámenes ocupacionales durante 2 o 3 años; desconoce quien realiza los exámenes de los que no tienen recomendaciones; desconoce si se hizo algún cambio laboral porque no volvieron a evaluar al paciente; por el cambio de labor no es necesario que se emita un nuevo examen ocupacional desde su punto de vista médico porque ya se le había emitido una valoración; la nueva valoración tenía que hacerla era la junta, hubo una terapeuta ocupacional evaluó las alternativas visitando el ambiente de trabajo



donde podía integrarse; el presentó en el teléfono 8 folios y no se acuerda desde que año fue que presentaba las patologías; él se negó a dar el consentimiento informado para conocer su historia clínica y le consta desde diciembre de 2018 porque esa fue la época en que le hicieron los requerimientos.

FREDDY TROCHEZ Operario de Productos Acabados de Alpina sede Caloto; conoce al demandado desde 2013; ellos llegaban a la planta de Caloto, se le asignaba el viaje para cualquier sitio del país después de 2017 o 2018 cambiaron las directrices solamente Cali Caloto; que los tenían en Caloto porque él no había firmado una modificación del contrato y que no le habían pagado; que el demandado ayudaba con los problemas de la planta en cuanto a descansos, horas extras, en lo referente al acoso laboral, las atenciones prioritarias en salud; no conoce las circunstancias del cambio de contrato de trabajo 8020; que le dijeron los compañeros de transporte, los conductores; que no le habían pagado por no firmar el cambio y porque le han hecho valer los derechos de los trabajadores; lo que sabe es por lo que le han comentado; el testigo era el auxiliar de logística entre 2016 a 2018; la programación la da Alpina; el jefe de transporte del momento enviaba la programación de los conductores; los conductores llegaban de cualquier parte del país y en la planta tienen el cronograma de la semana; los trabajadores Trochez y Feijo debía salir rápido, los demás podían esperar, esa orden fue verbal; el testigo pertenece al sindicato CETAL; se reflejó un cambio a partir de la constitución del sindicato; evidenció que el demandado dejó de ir frecuentemente a Caloto desde 2017 o 2018; la orden Javier Carmona dio la orden verbal de despacharlo rápido y no recuerda cuando se dio la orden; en el sindicato existen otros conductores de tractomula; los que no habían firmado 8020 tenían trato normales, pero ellos no estaban en la organización y a los de la organización le daban viajes normales.

MARTÍN JEIFOO RUIZ, conductor de Alpina; Alpina ha venido ejerciendo acoso laboral y persecución sindical; los motivos se basan en unas restricciones que en realidad no posee; se le han aportado las historias clínicas donde dicen que no tiene restricciones para laboral; no ha asistido a las citas porque no han suministrado los gastos de transportes y gracias a la Personería se le dio el transporte para realizarse los exámenes ocupacionales y el resultado de esa



valoración es que si tiene restricciones; el resultado nunca se lo han dado, simplemente les han comunicado, conoce esto el testigo porque a él le hicieron los exámenes; al demandante y al testigo le dieron unas restricciones que no las vieron transparente porque ellos no tienen restricciones el demandado; tomaba Zetralina y Zepafan, lo sabe porque la médica también a él lo recetaron con las misma, una en la noche para dormir y otra en la mañana para estar activo; el demandado empezó a laborar el 2 de mayo de 2013 y se contrató en Zopo - .Cundinamarca en labores de patio; inició en Bogotá y no recuerda el barrio donde empezó a laborar; Alpina no pagó gastos de traslado del demandado; no le han realizado exámenes ocupacionales y hasta 6 años después fue que iniciaron los exámenes periódicos; en la bodega de Cali se hace cargue y descargue; no se le han practicado ningún cambio oficial; le solicitaron el documento de cambio de funciones y le entregaran la dotación y le contestaron que no tenía ese documento; le entregaron el calzado por debajo del tobillo, le entregaron dotación distinta a la de apoyo de bodega; si asistió en la diligencia de descargo de noviembre de 2019 del señor Trochez; en la diligencia se le entregó las historia donde no había restricciones para laborar; asiste a laborar todos los días, salvo desde que tiene restricciones por el Covid; siempre se ha enviado correo que están presto a cumplir con la labor contratada; antes del aislamiento no recibía salario, después que lo aislaron si recibe salarios; a 25 de enero de 2019 no le practicaron una batería de riesgo psicosocial y ellos lo solicitaron; ingresaron para la valoración y el psicólogo autorizó la valoración y María José Forero no autorizó la grabación por eso no se realizó la batería; le otorgaron vacaciones desde el año pasado y cuando regresaron y luego le entregaron otras vacaciones; le pusieron un proyecto de remuneración y esa es la raíz principal del problema, es más trabajo y menor remuneración, no firmaron el documento, se pierden varios beneficios, le reducen el salario, pero cuando hay una frenada brusca se descuenta y esa es la razón fundamental para despedirlos; el señor Trochez es fundador de SETAL; el demandado tenía una Super brigadier blanca con la que se desempeñaba en el territorio y ese vehículo lo tenía desde 2014 hasta diciembre de 2018 porque el carro tenía problemas; el medicamento se está ingiriendo desde agosto de 2017; Óscar está sin medicamento desde el año pasado agosto de 2019 que la psiquiatra lo dejó sin medicamento; ellos no confían en la EPS sino



por las IPS REQPERA y PREVENIR; que no reciben salario desde hace 22 meses; ningún conductor cumple funciones de bodega, no es cargo afín; en la bodega de Yumbo no hay punto de espera para conductores; que no tenían ingreso a las instalaciones para conductores de tractomula; sabe la medicina que toma porque asiste a la diligencia de descargo y entre testigo y el demandado se comparten información; si le informaron el 25 de enero de 2019 las razones por las cuales se cambiaban las funciones porque tenían restricciones médicas por medicamentos, le asignaron auxiliares de bodega y le iban a entregar la dotación y le dijeron que no tenía el documento del cambio de funciones y una vez tuvieran el documento recibían la dotación y la inducción; que el demandante y el testigo pidieron el documento; les dijeron entonces cumpla horario; no llegaban a bodega sino a conductores; que se ven afectados por la ARL porque no están haciendo una función para la que no fue contratado, que si se accidentaban a no la iban a responder; no se prestó el servicio de auxiliar de bodega y no se recibió el documento y por las restricciones no cumplía las funciones de conductor; fue requerido para valoración y lo que se le solicitó fue el valor de ida y regreso; que fueron citados por el Estadio para los exámenes ; que fueron requeridos para desempeñar el cargo de auxiliar de bodega pero ellos respondían que están disponible para conductor de tractomula, que es la labor contratada; que todo es por el cambio de contrato 8020; que ese tema del cambio de contrato fue desde 2018, era por el cambio de \$2.400.000 más los beneficios de ley, perderían todos los beneficios legales; aclara que eso viene de mayo de 2017 y la reasignación de funciones fue en enero de 2019; que les tocó acudir as psicólogos porque se pierde la tranquilidad por la deuda ya que se empieza a cambiar el sistema salarial.

La prueba documental abundante puede sintetizarse en que al demandado se le dio instrucciones para cambiar de funciones de manera temporal de funciones de Conductor de Tractomula a Auxiliar de Bodega debido a restricciones médicas ordenadas por la doctora Gigliola Tarazona (folio 298 y 299), específicamente no poder conducir por los medicamentos que estaba consumiendo y hasta que se realizara una junta médica integral.



El demandante aporta historias clínicas donde se señala que no tiene restricciones médicas para desempeñar su labor.

Numerosos correos donde el demandante dice que asiste a cumplir su labor, pero de conducto que fue la contratada; que no le han dado por escrito el cambio de funciones (folio 313 PDF entre otros).

Existen en el expediente varios disciplinarios, de los que destacamos una primera sanción de 50 días de suspensión por no cumplir las órdenes de desempeñar las funciones de auxiliar de bodega en enero de 2019; una segunda sanción de suspensión de 60 días por no cumplir la orden de desempeñar las funciones de auxiliar de bodega en fechas diferentes y el tercer disciplinario que corresponde a los días antes mencionados del mes de noviembre de 2019 referente a no acatar las órdenes para desempeñar las labores de auxiliar de bodega.

El demandante se opone a acatar las órdenes para desempeñar funciones de auxiliar de bodega, además señala que no le han hecho la batería psicosocial referente al cambio de funciones; que no ha sido contratado para ser auxiliar de bodega, alega persecución sindical por no firmar el convenio 8020 de cambio de salario y ser presidente del sindicato, precisa que hay acoso laboral.

DEBIDO PROCESO

Antes de entrar a determinar si los hechos probados por la empresa y los hechos probados por el demandado permiten determinar si existe una justa causa para levantar el fuero sindical, debe la sala verificar si en el trámite interno de la empresa se desconoció el debido proceso.

El artículo 56 del RIT de la empresa precisa el trámite a seguir:



"ARTÍCULO 56. Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente y si éste es sindicalizado deberá estar asistido por dos (2) representantes de la organización sindical a la que pertenezca.

Para efectos de lo dispuesto en el presente capítulo, el funcionario responsable de la dependencia encargada de Gestión Humana de la respectiva Sede deberá:

- 1. Recibir por parte del jefe inmediato del trabajador inculpado, el respectivo informe disciplinario (...).*
- 2. Definir la fecha, lugar y hora para efectuar la diligencia de descargos, informándolo previamente mediante comunicación escrita al trabajador inculpado. En el evento de que la citación sea verbal, se dejará constancia escrita de su realización (con testigos).*
- 3. Realizar la diligencia de descargos, como persona designada por ALPINA S.A., elaborar el Acta respectiva, firmarla y entregarle copia al trabajador inculpado.*
- 4. Practicar todas las pruebas que se consideren necesarias, con el fin de comprobar la ocurrencia de la falta y la responsabilidad por parte del trabajador inculpado.*
- 5. Dejar constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva, comunicándole en uno u otro caso al trabajador inculpado. (artículo 115, C.S.T.).*

De la norma citada destacamos el numeral 4, a partir del cual se entiende que el funcionario de Gestión Humana debe practicar todas las pruebas que considere necesarias con el fin de comprobar la ocurrencia de la falta y la responsabilidad de por parte del trabajador, sin que dicho precepto sea una mera facultad de dicho funcionario, sino que en aras de garantizar el derecho de defensa del trabajador se torna en un deber.

Por su lado, el artículo 57 del mismo reglamento precisa que, no producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior artículo (folio 391).

La convención colectiva en el artículo décimo primero, párrafo 2 precisa que, "En cualquier caso Alpina **garantizará el derecho al debido proceso para los trabajadores beneficiarios de esta convención en los términos estipulados por la ley, la Constitución y la jurisprudencia de las altas cortes**" (folio 354 PDF cuaderno principal). (Negrillas y subrayado nuestro).

En ese orden, encuentra la Sala las siguientes falencias en el procedimiento, no se le permitió a la abogada que asistió a la diligencia de descargos preguntarle al trabajador (folio 269 PDF), aspecto que en aplicación del CGP y del derecho de defensa en general es permitido; la apoderada del trabajador en la diligencia cuestiona el debido proceso y a continuación pide pruebas testimoniales de Carlos



Andrés Pérez, Edgard Barreiro y William Reyes y unos documentos que no están en poder del trabajador tales como copia de la carga descriptiva de funciones del trabajador firmada por este y se solicite a “Reqpera” allegue un informe especial, detallado en el que se determine que tratamiento le ha otorgado al trabajador a la luz de lo previsto en el SGSST; que indique que diferencia hay entre reubicación laboral y asignación temporal de funciones...copia de la minuta diaria que desde el 25 de enero viene diligenciando el trabajador, copia del trámite que le dio a los documentos firmado por dos galenos acerca de que no tenía restricciones, certificación de la fecha desde cuando no le cancela salarios al trabajador..etc. a lo que respondió la funcionaria María José que, Todas sus solicitudes son improcedentes, pues esta diligencia es para realizar descargos. Recordemos que el trabajador tuvo oportunidad de pedir pruebas desde el momento que se dio apertura al presente proceso disciplinario y allegar hoy las que considere pertinente aportar, teniendo en cuenta que desde el 20 de noviembre de 2019 se envió la primera citación” señala a continuación la funcionaria que lo que se percibe es una actividad dilatoria de la diligencia de descargos (folio 271 PDF).

Al revisar el trámite convencional (folios 353 y 354 PDF), así como el trámite previsto en el Reglamento Interno (folio 391 PDF), no se observa que se haya señalado oportunidad para pedir pruebas, ni para decretarlas, ni prohibiciones al respecto, ni plazo para impugnar, por lo tanto, no era dable la improcedencia en los términos en que lo hizo la funcionaria de Alpina, lo que constituye una violación al debido proceso y al derecho de defensa.

En el trámite de la sanción de 60 días de suspensión, también se presentó vulneración al debido proceso, por cuanto el trabajador solicitó el interrogatorio de parte unos terceros, a lo cual la empresa entendió como una declaración de tercero, declaraciones que consistieron en que los testigos elaboraran unos documentos privados sin que, el trabajador pudiera interrogar.

En la sentencia C-593/14 la Corte Constitucional precisó:

“Como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, se han señalado, entre otros, “(i) el principio de legalidad de la



falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.”

La jurisprudencia ha señalado que el hecho que el artículo 29 de la Constitución disponga que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas implica que “en todos los campos donde se haga uso de la facultad disciplinaria, entiéndase ésta como la prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos, deben ser observados los requisitos o formalidades mínimas que integran el debido proceso”. En virtud de lo anterior, ha determinado que este mandato “no sólo involucra u obliga a las autoridades públicas, en el sentido amplio de este término, sino a los particulares que se arrogan esta facultad, como una forma de mantener un principio de orden al interior de sus organizaciones (v. gr. establecimientos educativos, empleadores, asociaciones con o sin ánimo de lucro, e.t.c.)”. Agregó la Corporación, en relación con la sujeción al debido proceso en los procedimientos en que los particulares tienen la posibilidad de aplicar sanciones o juzgar la conducta de terceros, lo siguiente “no podría entenderse cómo semejante garantía, reconocida al ser humano frente a quien juzga o evalúa su conducta, pudiera ser exigible únicamente al Estado. También los particulares, cuando se hallen en posibilidad de aplicar sanciones o castigos, están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso, y es un derecho fundamental de la persona procesada la de que, en su integridad, los fundamentos y postulados que a esa garantía corresponden le sean aplicados”. En otras ocasiones, esta Corte ha llegado a la misma conclusión apoyada en el argumento de que “la garantía del debido proceso ha sido establecida en favor de la persona, de toda persona, cuya dignidad exige que, si se deducen en su contra consecuencias negativas derivadas del ordenamiento jurídico, tiene derecho a que su juicio se adelante según reglas predeterminadas, por el tribunal o autoridad competente y con todas las posibilidades de defensa y de contradicción, habiendo sido oído el acusado y examinadas y evaluadas las pruebas que obran en su contra y también las que constan en su favor”.



En aras de garantizar y hacer efectivo las garantías consagradas en la Constitución Política, la jurisprudencia ha sostenido que es “indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente”. De igual forma, se ha especificado que en los reglamentos a los que se alude “es necesario que cada uno de las etapas procesales estén previamente definidas, pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados”. Además, ha agregado que tales procedimientos deben asegurar al menos: La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones.

Lo anterior, debe complementarse con la sentencia de unificación de la misma corporación SU 449 de 2020 donde se impone al empleador el derecho de oír al trabajador antes de ser despedido. En todo caso, aunque el despido no se considere una sanción, sí la empresa utilizó el procedimiento del Reglamento Interno deben darse las garantías que normalmente este tipo de trámite tiene, que se concreta en la posibilidad de ejercer defensa por parte del trabajador. Asimismo, se reitera que la Convención Colectiva impuso a las partes el respeto



del debido proceso en todos los casos para los beneficiarios de la convención y el demandante lo es, no podía pasarse por alto dicho derecho fundamental en el trámite interno de despido.

Existiendo violación al debido proceso en el trámite surtido en los términos explicados y al declarar el mismo reglamento que dicha consecuencia no produce efecto alguno cuando se incumple dicho procedimiento, amén de que la convención precisa que a los beneficiarios de dicha convención se le aplica el debido proceso en los términos de la ley, la Constitución y la jurisprudencia de las altas cortes, no es dable autorizar el despido del trabajador aforado.

En esas condiciones, no resulta pertinente si se configuró o no una justa causa.

Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar, se declarará probada la excepción de violación al debido proceso, lo que implica que no se autorice el levantamiento del fuero sindical del señor ÓSCAR MARINO TROCHEZ.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia No 266 de 11 de noviembre de 2020, emanada del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali y en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de violación al debido proceso.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, no se acceden a las pretensiones de la demanda de autorizar el levantamiento del fuero sindical para despedir al trabajador **ÓSCAR MARINO TROCHEZ**.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandante, **ALPINA S.A.** y en favor del demandado. Agencias en derecho en segunda instancia \$2.000.000. Las de primera instancia serán fijadas por el a quo.



NOTIFÍQUESE POR EDICTO VIRTUAL

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala,

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Art. 11 Dec. 49128-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Fuero de Alpina S.A.
C/ Óscar Trochez
Rad. 007-2020-00030-01

Código de verificación:

**8c6f88c744ad64da0fbec91d1a08875b5f743fda27b1aa939218538d6
4796a6c**

Documento generado en 13/09/2021 12:31:27 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**