

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 24-2021-206-02

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: WILSON ADOLFO GARCÍA ARIZA

**DEMANDADO: BRITISH AMERICAN TOBACCO
COLOMBIA SA**

MAGISTRADA PONENTE

DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022), la Magistrada Ponente, en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión y de conformidad con lo acordado, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **WILSON ADOLFO GARCÍA ARIZA** por medio de apoderado judicial, demandó a **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA SA**, para que, mediante el trámite de un proceso especial de fuero sindical, se le restituya a las condiciones de trabajo de vendedor de tienda a tienda, ejecutadas antes de la modificación ilegal realizada el 4 de enero de 2021, a reconocer y pagar los reajustes salariales y prestacionales compatibles con la restitución, aportes, declarando para todo efecto que no hubo solución de continuidad. (Expediente Digitalizado).

Como fundamento de sus pretensiones y en resumen; señaló que: “ El actor presta sus servicios personales y subordinados para la Sociedad Comercial **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 29 de mayo de 2007, que el demandante es miembro de la



Junta Directiva Nacional del sindicato denominado UNION SINDICAL NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA AGROINDUSTRIA Y LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS “UNISINTRAINAGRO”, ostentando el cargo de Secretario de Promoción y Prensa, que la condición de aforado de mi poderdante, la acredita la “CONSTANCIA DE REGISTRO, MODIFICACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA Y/O COMITÉ EJECUTIVO DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL, expedida por el Ministerio de Trabajo, que BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S, que el 4 de enero de 2021, en reunión con el cuerpo de vendedores de la sucursal de Bogotá, comunicó al demandante cambios en el modelo de ventas, que BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., denominó el cambio de modelo de ventas, definiendo la denominación del cargo de Vendedor tienda a tienda al de “Gestor de modelo de distribución alternativa (Posición provisional)”, que BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. ha mantenido el modelo comercial de preventas, antes y con posterioridad al 4 de enero de 2021, que el cargo desempeñado de Vendedor tienda a tienda, ejercido por el demandante antes del 4 de enero de 2021, aún subsiste en el actual modelo de ventas de la empresa, que BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. en la reunión antes citada, manifestó al actor la decisión de terminar el contrato individual de trabajo a término indefinido, proponiéndole acogerse a un plan “voluntario” de retiro, en esa reunión, la demandada tenía elaborada la liquidación de las prestaciones sociales definitivas del actor, más un bono en dinero, expresando que, de no aceptarlo en el acto, su indemnización se reduciría a lo establecido en la ley laboral, que el demandante rechazó la propuesta económica de la empresa, optando por defender los derechos fundamentales al trabajo y de asociación sindical, ante ello la demandada, inmediatamente le entregó una comunicación, informándole la modificación de sus condiciones laborales, se le indicó además que “De acuerdo a su decisión de no entrar dentro del proceso de negociación propuesta por la compañía, en función del nuevo modelo de ventas y la disminución requerida de personal en función de la sostenibilidad del negocio, le informamos que la compañía procederá a hacer un proceso de reasignación de funciones alternas y transitorias”. “Dado lo anterior queremos señalar que a partir de la entrega de esta comunicación su nueva asignación será: Gestor de modelo de distribución alternativa Posición provisional”. Que el actor desempeñó el cargo de Vendedor tienda a tienda, durante el periodo comprendido del 29 de mayo de 2007 al 4 de



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

24-2021-206-02

enero de 2021, que el demandante entre sus funciones de Vendedor tienda a tienda, desarrollaba entre otras labores: visitar clientes de acuerdo al rutero asignado por la empresa, negociar precios, tomar pedidos, vender, entregar, garantizar disponibilidad y calidad de productos, manejo de rotación de stock, mantener actualizada la base de datos, monitorear el desempeño de las marcas de la Compañía en el mercado, facturar y recibir el valor del producto, que el demandante en sus funciones de Vendedor tienda a tienda, comercializaba productos de marcas estratégicas de cigarrillos: ROTHMANS, LUCKY STRIKE, PALL MALL, STARLITE, cuchillas de afeitar GILLETTE, productos líderes en el mercado, de gran aceptación, consumo y garantizados volúmenes de ventas, hasta del 4 de enero de 2021, se le reconoció y pagó un salario promedio mensual, cumpliendo el esquema de renta variable para el cargo de Vendedor tienda a tienda, cargo desempeñado por el demandante, por espacio de 13 años, 7 meses y 6 días, siendo reemplazado por el trabajador Maicol Ortega, no sindicalizado, que la demandada, el 15 de febrero de 2021, comunicó al demandante el nuevo rol y funciones a desarrollar en la “fase 3” del cargo de “Gestor de modelo de distribución alternativa (Posición provisional)”, disponiendo un Centro de llamadas (Call Center), comunicándole la decisión unilateral de modificar el esquema de renta variable, establecido bajo los siguientes criterios: - Gestión telefónica: # de llamadas 10% máximo 110% - Coeficiente de calidad: 5% - Adherencia: 10% - Gestión Comercial: Volumen total 50% máximo 110% unidad de medida: Ristra - Efectividad: 15% - Cobertura: 10% 25, que la demandada, sorpresivamente trasladó y desmejoró las condiciones de trabajo al demandante, ubicándolo en un el Centro de llamadas (Call Center), ubicado en la carrera 27 No. 72-90, Bogotá D.C. modificándole las condiciones laborales, sin brindar suficiente capacitación, ni elaborar estudios de puesto de trabajo, matrices de riesgo y de seguridad, a desempeñar labores prenombrado cargo de “Gestor de modelo de distribución alternativa (Posición provisional)”, que la empresa demandada sólo le permite al demandante en sus funciones de “Gestor de modelo de distribución alternativa (Posición provisional)”, comercializar productos de segunda categoría, bajo un esquema de televentas, que los productos de segunda categoría, son: CUCHILLAS SAFARI MARCA TOKAY, CEPILLOS DENTALES SEIKU PARA ADULTO Y NIÑO Y DULCERÍA –PASTILLAS CHAO DE CEREZA Y GOMITAS TRULULÚ EN VARIAS PRESENTACIONES, estos productos no tienen liderazgo en el mercado, son de poca aceptación y además distribuidos a mejores precios,



por empresas competidoras; que el traslado y la modificación de las condiciones laborales, imponen al demandante, comercializar telefónicamente productos de 2ª categoría, debiendo, a través de un preelaborado libreto, realizar y acreditar cronométricamente 106 llamadas efectivas diarias y vender 15 “ristras”, lo que está relacionadas con un nuevo esquema de remuneración de renta variable, desfavorable frente al establecido, para las funciones vendedor, la remuneración anterior era, una remuneración promedio mensual, representada en el salario básico mensual más comisiones mientras que ahora una remuneración promedio mensual, representada en el salario básico mensual más comisiones, pero bajo el nuevo esquema se han disminuido sus comisiones e ingreso salarial mensual, respecto a las percibidas en sus labores de Vendedor tienda a tienda, que ese nuevo esquema bajo la imposición de las nuevas condiciones laborales, a través de un tercero, cronometra y controla al demandante, el tiempo entre llamada y llamada telefónica, el ocupado en sus necesidades fisiológicas y en las pausas activas, atentando contra su derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas, que el tercero contratado por BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., para controlarle los tiempos y movimientos al demandante durante su jornada laboral, se denomina INTELSA S.A.S, que la demandada, no solicitó permiso al juez del trabajo, para trasladar al demandante y modificar sus condiciones laborales, que el demandante radicó el 3 de marzo de 2021, reclamación laboral e interrupción de la prescripción de esta acción de fuero sindical....”

La parte demandada en audiencia pública contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y afirmando que, **la decisión de la compañía de realizar un cambio en la forma de prestación de servicios de los trabajadores del área de ventas obedeció a una restructuración de los negocios, en la medida que el esquema que se estaba llevando a cabo (autoventa-venta puerta a puerta) no estaba resultando eficiente ni sostenible económicamente a futuro, por lo que, la compañía en búsqueda de la eficiencia y la productividad en las ventas, modifica su esquema de ventas a un sistema mixto**, pasando una parte de los vendedores a prestar sus servicios bajo la modalidad de preventas, la cual explica y otros bajo el esquema de autoventa, desarrollando adicionalmente un modelo alternativo de venta telefónica al que pertenece el trabajador, en el que a través de los medios tecnológicos se ejecuta la actividad comercial, con la



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

24-2021-206-02

finalidad de consolidar un nuevo foco de clientes y ampliar el portafolio de ventas para llegar aquellos clientes que no tenían interés en adquirir cigarrillos debido a las restricciones y a los impuestos fijados por el gobierno. Afirma que no se vulneró el derecho de asociación y que no ha existido desmejora. En cuanto a los hechos acepta la existencia del contrato y de la garantía, pero niega todos los demás, asegurando que el plan de retiro ofrecido se hizo desde el marco de la legalidad y dada la modificación de negocios, que no fue aceptado por el demandante sin conocer las razones, por lo que en aras de garantizar los derechos de asociación se conserva el vínculo, pero bajo el nuevo esquema. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de desmejora o traslado, ausencia de causa para pedir y carencia de objeto, improcedencia de la reinstalación al cargo de vendedor, buena fe. (Expediente Digitalizado).

La UNIÓN SINDICAL NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA AGROINDUSTRIA Y LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS “UNISINTRAINAGRO”, coadyuvó la acción.

El Juzgado de conocimiento en sentencia del 5 de agosto de 2022 decidió *“ORDENAR a la demandada BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA SAS a restablecer las condiciones laborales del demandante señor WILSON ADOLFO GARCÍA ARIZA que se encontraban vigentes antes de ser ubicado en el cargo de Gestor de Modelo de Distribución Alternativa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones y condenó en costas ...”*

Para llegar a esta conclusión afirmó la Juez en síntesis: *“ hace la Juez relación a las normas sobre la garantía en primer lugar, luego se refiere a las pruebas documentales y en la misma medida se recibieron los testimonios de Néstor Andrés Huérfino, Enrique Santos Montalvo con Jaime Guerrero, Juan Carlos Vera, Carlos Alberto junto con el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la demanda; es así que el señor Enrique Santos Montalvo relató que es empleado de la demandada en gestión de cargo representante de ventas en servicio de aquella conociendo al demandante pues son compañeros de trabajo hace 15 años a la vez ambos son ex directivos sindicales informó que antes del 4 de enero del 2001, el actor era vendedor tienda a tienda en la ruta sur de la ciudad teniendo conocimiento de esa situación porque todos los días reportaban en el mismo en Montevideo; asimismo informó que el canal de ventas tienda a tienda medían el volumen de ventas cobertura - cantidad, cartera aclaró que a partir del 4 enero del 2021 se hicieron unos cambios en la fuerza de venta herramienta de trabajo con la que la mayoría de los sindicalizados se les ofrece un*



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

24-2021-206-02

plan de retiro y a otros una moto en modelo diferente; de esta manera los que no quisieron aceptar la suma económica fueron enviados a un call center y los ubicaron como gestores debiendo contactar clientes por teléfono, vender un portafolio diferente no comercializando cigarrillos sino encendedores y cepillos de marcas no conocidas, comercializando después gomas trululu; a mitad de febrero del 2021 nunca pasaron a ejercer las funciones a call center en el barrio Alcázares desempeñando el cargo de gestor de ventas lo que le consta porque tiene una relación cercana con el actor dada su condición directivo sindical además que dentro de su labor tuvo que dirigirse a visitar el sitio de call center y allí ver compañeros ejerciendo la labor de gestor relata el demandante fue trasladado a partir de ese año a Montevideo donde se reportaba como vendedor tienda a tienda, puso de presente que en el cargo como gestor los indicadores son diferentes no teniendo conocimiento con precisión cuáles son iniciando a manera de ejemplo el número de llamadas, 5 llamadas de forma de abordar los clientes al cargo que desempeñaba el actor antes del 2021 afirmó que dicho cargo continúa en la compañía siendo desempeñado por otros trabajadores suplentes de servicios temporales, siendo enfático en afirmar que es diferente hacer la venta de manera presencial a ofrecer productos por teléfono más esos productos no son conocidos por el mercado que tienen alta rotación. Es por ello que el cambio de funciones afectó al demandante en su actividad sindical pues no tiene espacio para interactuar con otras personas de la compañía desarrollado con el resto en la misma medida, narró que todos los empleados del call center era sindicalizados para un total de 45 personas contratadas contando actualmente con 15 trabajadores; a su vez el señor Néstor manifestó que conocer demandantes pues trabajan en la misma empresa que a la fecha está sin área en el Call Center en el cargo de gestor de modelo antes del 4 de enero del 2021 como era vendedor o representante de ventas visitando a sus clientes en la zona efectuando labores de cobro, facturación, compartió que es parecido a lo que hacía hace dos años que el demandante fue asignado al call center en el barrio Alcázares como gestor de modelo de distribución alternativa manejando productos de segunda categoría distintos a la fuente que siempre han sido los cigarrillos como son los cuchillas Safari y cepillos, continúa afirmando que el modelo consiste en llamar a los clientes telefónicamente seguir un protocolo que les dio la compañía y seguirlo paso a paso, palabra a palabra, al punto que si se omite una palabra determina el sueldo variable, de igual manera en el ejercicio de las llamadas están expuestos a que los clientes se molesten porque no les dejan hablar porque no les quieren comprar estos productos de segunda categoría siendo medidos por el número de llamadas por tiempo, calidad, ventas, resumiéndose la labor consiste también en estar 8 horas sentado sin moverse que ese modelo se mantuvo desde el 4 enero del 2021 estando en Bogotá 42 trabajadores industrializados y con problemas de salud actualmente solo hay 14 personas; frente al modelo anterior de venta tienda tienda se mantiene en la zona de Bogotá donde se le asignó un vehículo que llevaban a inventario visitaban entregaban mercancía, pedido y cobraban, procedimiento diferente al del call Center siendo enfático en señalar que el actor le comentó que se ha visto afectado económica, física y psicológicamente desde el 8 y 9 febrero de 2021 que inició materialmente cumplir las nuevas funciones aspectos que resultaron de manera consistente con lo narrado por los señores Juan Jaiber Guerrero y Juan Carlos ambos trabajadores de la compañía demanda y que narraron con detalle las funciones, los cambios en las funciones, el impacto económico negativo, la venta de productos que nominaron de segunda categoría y las dificultades en mejora económica que comporta el cargo de gestor al que fue asignado el accionante. A su vez el señor John Henry Velandia que está



encargado de liquidar la venta variable de la compañía y las comisiones de la fuerza de ventas teniendo conocimiento que el accionante siempre ha desarrollado el cargo de vendedor antes y después del 4 de enero de 2021 explicó que el cargo de vendedor tienda a tienda, es un vendedor que se dirige al punto de venta atiende y suplende las necesidades, se ofrecen los productos y extender hacia la compra asimismo, se supone no conoce las funciones de cada caso en específico pues reitero que sus funciones son liquidar a los vendedores a nivel nacional, en ese orden la renta variable debe sumar 100% de los cuales el 50% es un volumen de cigarrillos con 35 de sus referencias que 10% con productos sin nicotina mientras en el modelo actual de televentas tiene productos sin nicotina con el 50% con 5 referencias seguidamente efectividad en el modelo anterior era el 10% ahora en televentas del 15% logrando 8 pedidos en cobertura el modelo anterior era el 20% durante el mes debía lograr vender a 400 puntos de venta de acuerdo a las necesidades sugeridas y en el modelo de televentas la cobertura es del 100% con 90 puntos al mes seriamente en el modelo de ventas tienda a tienda era del 10% por cartera, manejo de dinero y en televentas como no hay manejo de dinero se miden los números de llamadas que es igual al 10% en gestor de llamadas 10% y por último que es el 5% como coeficiente de llamadas, tiempo coeficiente de las llamadas con las explicación, presentación del producto concluyendo así que no ha cambiado su sistema de remuneración sino la forma de llegar al cumplimiento del 100%, haciendo un análisis de los últimos meses los ingresos del demandante han mejorado para evidenciar que ha tenido resultados del 100% y 150% dando entonces un balance positivo en los ingresos del demandante. Recordó como justificación del nuevo modelo de negocio la adaptación a las nuevas necesidades médicas para incrementar la sostenibilidad en rentabilidad del negocio después de que los primeros meses fueron de adaptación teniendo procesos de capacitación inmensas con pago garantizado por el profundo cambio de modelo para alcanzar el 100% del cumplimiento de la misma manera muchos presentes en los productos que representan el mayor volumen de ventas son los cigarrillos con aproximadamente un 5% en solo algunas marcas de sus productos reiterando que liquidar toda la fuerza de ventas no teniendo conocimiento del detalle dónde están ubicados los trabajadores implicados solo tiene la lista de las personas teniendo en cuenta la base de datos estando los trabajadores divididos por sus troncales y por sus carros. El señor Carlos Alberto cabezas manifiesta que es gerente de área teniendo conocimiento que el demandante es vendedor en el canal de venta telefónica por lo que debía llegar a la oficina cerca más de un sistema adaptado a un computador haciendo ventas telefónicas en la sede de Montevideo que inicialmente por temas de pandemia mientras se adecuaban las instalaciones, el actor estuvo en las oficinas de Alcázares y luego en septiembre 2021 fueron ubicados en Montevideo cuando las instalaciones fueron adaptadas a continuación expuso que el canal de venta tienda a tienda de la función del demandante pues en este canal hay modalidad presencial y telefónica es así que explicó que un vendedor en la modalidad presencial pasa y le ofrece a los clientes productos de cigarrillo con ronman y lucky así como whisky, tequila mientras que la modalidad telefónica no venden tabaco sino cepillos de dientes, gillete y se llaman a los mismos clientes a ofrecerles el producto frente a la remuneración señaló que todos los trabajadores tienen un básico y una compensación variable hacer una actualidad el demandante maneja vía telefónica desde el 4 de enero del 2021, pero solo hasta el 14 de febrero de ese año fue que inició hacer llamadas telefónicas que en ese cargo de venta telefónica se vincularon alrededor de 63 o 64 trabajadores sin tener conocimiento los criterios para escoger los trabajadores para el modelo telefónico



ni para el modelo presencial resaltando que el promotor está cumpliendo positivamente los indicadores arrojando cumplimiento de 105, 110, 130 lo que implica un ingreso adicional en sus salarios precisamente cada vez que superan el 100% como lo ha venido haciendo, así resalta que cuando se implementó el nuevo esquema de venta telefónica los trabajadores incluyendo al actor tuvieron un periodo de gracia desde el 4 de enero del 2021 donde se les garantizó el salario anterior, para finalmente en el mes de marzo de ese año dar inicio a nuevos clientes en ambos aspectos relevantes en el modelo de venta telefónica, el vendedor tiene interacción con el cliente, solo que para el segundo modelo el vendedor no tiene que visitar gente sino que la venta se realiza en la oficina por teléfono por lo que es factible que haga más ventas porque tiene más tiempo de interactuar con los clientes al que está en forma presencial señalando entonces que esos vendedores también son vendedores cuentan con unas ventajas con las personas que participan en el modelo presencial pues a los primeros les miden solo los días que hacen llamadas y no les miden cuánto están en permiso sindical modelo de ventas telefónico que también lo han implementado otras empresas como lo son coca cola, Bavaria, Alpina y Postobón, aseguró que se hizo un análisis de restricciones médicas en los puestos de trabajo para brindar la mejor opción a los trabajadores para que cumplan sus labores en entre 42 y 43 trabajadores donde algunas se han retirado, quedando solo 10 donde todos son sindicalizados. A su turno la representante legal de la parte demandada afirmó que el actor siempre ha desempeñado el cargo de vendedor tienda a tienda, en la actualidad la venta se hace por teléfono resaltando que si bien es cierto la modalidad presencial todavía existe solo que prácticamente ha desaparecido y solo es eficiente por rutas foráneas, expone que el actor en la modalidad presencial no tenía centro o punto de trabajo en cambio en la modalidad de televentas, además de ser ubicado como vendedor tenía un punto en el barrio Alcázares mientras se daban por finalizadas las operaciones en Montevideo, señalando que el demandante en el centro de llamadas ofrece productos del portafolio a través de las tecnologías de acuerdo con las enseñanzas de la pandemia tomando órdenes, continúa manifestando que en la modalidad presencial se comercializan productos de cigarrillo, encendedores, gomitas trululu que incluso hoy el actor comercializa encendedores cuchillas de afeitar, cepillo de dientes es decir productos que están relacionados con el trabajo pues expandieron el portafolio y luego de estudios concluyeron que cigarrillos tienen muchas restricciones dentro del punto de venta espontáneamente por disposiciones legales por lo que para no perder el cliente ofrecen estos productos por televentas porque bien aclaran inicialmente en el punto Alcázares fueron implementados 43 trabajadores incluyendo en la actualidad y en la sede de Montevideo solo con 10 trabajadores reducción que obedeció a dimisión voluntaria de algunos de estos por mutuo acuerdo con la compañía y no los han reemplazado porque es un tema que se sigue revisando en el área de estrategia comercial, señala que dentro de los 43 trabajadores que inicialmente que prestaban servicios en modelo telefónico algunos contaban con la estabilidad laboral señalando que el cambio de modelo de venta presencial a televentas, no se hizo el estudio de perfil del cargo pues siempre mantuvieron las funciones de vender.

Expuestas así las cosas y del análisis del caudal probatorio, se muestra que la razón está al lado del trabajador demandante en lo que respecta a la variación en las condiciones de trabajo conforme a las conclusiones que se expone; sea lo primero señalar que en efecto y como da cuenta la comunicación del 4 de enero de 2021 suscrita por Harold Beltrán en su



condición de Gerente Regional a servicio de la convocada a juicio, el cambio en las funciones del accionante junto con la implementación del nuevo esquema de renta variable fue consecuencia directa y unívoca de la decisión del accionante de no acogerse o no entrar dentro del proceso de negociación propuesta por la compañía en función del nuevo modelo de ventas y la disminución requerida de personal, como de forma expresa y textual consta en dicha comunicación, no observándose en el plenario indicios que den cuenta de criterios objetivos en ejercicio de la libertad de la que disponen el empleador para establecer por razones económicas pautas o modelos de organización del modelo económico contemporáneo con vista a la obtención de un beneficio o ganancia en la producción e intercambio de bienes y servicios, las anteriores inferencias de igual manera son expuestas por los señores Andrés huérfano, Enrique Santos, Juan Javier Guerrero y Juan Carlos Vera al punto que considero imponer la presente que la gran mayoría de los trabajadores forman parte de las organizaciones sindicales estándares y en contacto con los demás trabajadores de la compañía resaltando el drástico y profundo cambio que se presentó en el modelo ventas lo que ha derivado para poder desarrollar la labor de vendedores en la medida que por vía telefónica perdieron el contacto directo con el cliente a lo que se auna la nueva forma de medir los indicadores que guarda una relación directa y sustancial con la cuantía de su remuneración así como el cambio de portafolio de productos eliminando el trabajo y promocionando algunos que no se encuentran posicionados en el mercado, bajo este sendero palmario se muestra que a pesar de las explicaciones ofrecidas por la demanda de las personas citadas para rendir testimonio y nada de justificar el cambio de funciones y la forma de remuneración particularmente en el modelo de renta variable lo cierto es que en efecto a partir de las modificaciones de funciones y cargo en la propia debía comercializar productos de segunda categoría que entre otros constituyen el 50% de componentes de la renta variable venta que sería realizar vía telefónica además de los componentes que allí fueron establecidos como lo fue realizar 106 llamadas al día a fin de gestionar la venta de sus productos los que naturalmente constituyen una desmejora ante el radical cambio del sistema remuneración siendo entonces más difícil generar una cercanía con los clientes potenciales, como lo expresaron los señores Juan Jaiber Guerrero, Juan Carlos Vera de manera coherente, no demostrando aquellos en su relato un interés individual a las resultas del proceso por lo que es necesario desestimar la tacha de sospecha propuesta y como se anticipó el cambio introducido por la demandada en el cargo funciones esquemas de remuneración en general, la forma de medir el rendimiento del demandante en efecto constituye una clara desmejora en sus condiciones laborales que dada su condición de aforado merecía autorización por parte del juez del trabajo; aclarando que con la presente decisión no se pretende desconocer la libertad organizacional con la que cuenta la empresa comunidad económica efectos de explotar objeto social de forma que produzca mayores rendimientos y garantizando su crecimiento; sin embargo en este caso la convocada a juicio no cumplió con la carga probatoria en aras de ofrecer las justificaciones y razones objetivas que tuvo en cuenta para ubicar al demandante en este nuevo modelo; particularmente la relación o nexo o causalidad entre esta decisión y el hecho de no aceptar aquel ser parte del proceso de negociación tal y como lo expuso al señor Harold Beltrán gerente general de la compañía la comunicación que remitió al demandante llamando poderosamente la atención, en abierto



desconocimiento de los criterios de selección por parte del gerente de esa área precisamente el señor Carlos Alberto Cabeza, de igual manera no se explica al despacho las razones por las cuales la demandada aún no ha reemplazado, vinculado más trabajadores a la fuerza de clientela bajo el supuesto que este modelo la posibilidad apostando a la adaptación a las nuevas necesidades del mercado para incrementar la sostenibilidad y rentabilidad del negocio como lo expuso el señor John Henry Castañeda; por el contrario de manera extraña la reducción del personal ha superado el 50% de ahí que resulte tan sorprendente como equivocado afirmar la existencia de criterios objetivos y de matices estrictamente económicos para garantizar la permanencia en el negocio o en su rentabilidad en los anteriores términos no permitiendo siquiera que los 10 trabajadores que quedan en ese esquema de venta telefónica o fresca y comercialicen productos de trabajo que es precisamente fuerte de la compañía de ahí que conforme a lo antes expuesto y se reitera ante la ausencia del permiso de trabajo para desmejorar las condiciones laborales del trabajador beneficiario de la garantía derivada del fuero sindical, no surge alternativa distinta a este juzgado salvo de ordenar reestablecer al demandante las condiciones laborales que se encontraban vigentes al cargo que venía desempeñando antes de ser designado como gestor en febrero del 2021, no habiendo lugar a ordenar el reconocimiento del pago de reajustes salariales y prestaciones sociales derivados de las diferencias entre salario devengado del esquema entre tienda a tienda al nuevo sistema salarial de ventas telefónicas en la medida que no es posible determinar los ingresos que ha podido construir en el modelo de venta presencial en contraste con lo percibido en el modelo de televentas atendiendo precisamente que se trata un salario variable donde el monto que arrojará el porcentaje del cumplimiento de los efectivos mes a mes se medía de forma abiertamente diferente con la comercialización de productos en ambos modelos no pudiendo efectuar cálculos acomodaticios para determinar la cantidad del valor de los productos que eventualmente hubiese comercializado de manera presencial el aquí demandante para identificar el porcentaje de cumplimiento ya que ambos contaban con el mismo salario básico de acuerdo a los comprobantes de nómina aportados, la anterior conclusión no varía, ni aun bajo el entendido que el demandante continúe realizando labores de vendedor como lo afirmó la representante legal de la pasiva; lo cierto es que como se expuso anteriormente las condiciones, el esquema salarial y en general los aspectos del modo tiempo y lugar en que el actor debía prestar sus servicios constituyen una clara desmejora la que no desaparecen ni aún con el traslado a las oficinas de Montevideo pues allí ejecuta idénticas funciones de vendedor que desempeñó en el barrio Alcázares, resultando evidente que estas modificaciones directamente afectan su función sindical al no poder atender o tener un contacto directo con los trabajadores afiliados sin afiliarse la organización sindical más allá de los permisos que estrictamente le son concedidos ante la clara necesidad de permanecer en una sede efectuando llamadas que a su vez impactan su remuneración como se evidencia en los comprobantes de nómina para el año 2021 donde se evidencia una clara disminución en sus ingresos contrario con lo expuesto por los señores John Henry Velandia Castañeda y Carlos Alberto que afirmaron en incremento de los ingresos del actor por el cumplimiento de los objetivos por encima del 100% pero lo cierto es que en dicha documental se muestra una disminución en los ingresos del actor reiterando que además la desmejora se materializó con el traslado de las instalaciones de call center al cambio del cargo y condiciones de trabajo del demandante en un esquema que presenta más dificultades al no vender los mismos productos de las ventas



presenciales a los clientes que ya tenían afianzados manteniendo con ello así la decisión de acogerse a las pretensiones de la demanda conforme se explicó; dadas las resultas del proceso, el despacho declarará no probadas los hechos sustento de las excepciones propuestas por la demandada particularmente la de prescripción.

En cuanto a la prescripción indica la parte pasiva que la acción que nos ocupa se encuentra prescrita al término de 2 meses como lo contempla el artículo 118 del CPTSS para la presentación de la demanda por parte promotor con fundamento en el hecho que los cambios o modificaciones a las funciones y las condiciones laborales que son calificados como una desmejora en la presente actuación surgieron efecto a partir del 4 de febrero de 2021 asimismo con el presente que el trabajador presentó reclamación el 13 de enero del mismo año, por lo que es a partir de esa fecha que se debe contar el término de dos meses arriba mencionado teniendo en cuenta que el término para presentar la demanda era hasta el 12 de marzo del 2021; siendo claro que superó la preinscripción; encuentra pertinente aclarar que como lo indica la apoderada de la convocada a juicio y **conforme la norma en cita el término allí señalado se cuenta a partir de la fecha en que el trabajador sea desmejorado en sus condiciones laborales; agregando que si este presentó reclamación escrita, el término de 2 meses empezará a contar nuevamente, de esta manera resulta fundamental identificar la fecha en cual se en la cual se provocó la desmejora alegada o lo que es lo mismo la fecha en que surtió efecto bajo el entendido de que dicha desmejora, no se materializa con la comunicación del cambio, sino que es necesario la configuración el comprobado impacto negativo en las condiciones laborales, lo que de suyo comporta la necesidad de comprobar el detrimento patrimonial, de no ser así, la desmejora no saldría del escenario las especulaciones al no contar con fundamento sólido y estable que permita determinar el impacto negativo de la desmejora alegada; por ello, con fundamento en la documental allegada, se tiene que la fecha de desmejora alegada tuvo lugar el 4 de febrero de 2021, data a partir de la cual, material y efectivamente se trasladó a la oficina de Alcázares a efectos de cumplir con funciones del nuevo esquema, igualmente el trabajador presentó reclamación con fecha de recibido el 4 de marzo de 2021, por lo que debía interponer la acción a más tardar el 4 de mayo de 2021 y siendo presentada la demanda el 2 de mayo de 2021, no resultando afectada por el término prescriptivo.**

Inconforme con esta decisión la parte demandada presenta recurso de apelación así: “ ..El despacho el día de hoy llegó a la conclusión que las medidas que fueron tomadas por parte de mi representada en virtud del *I ius variandi* y de la misma facultad que el empleado le otorgó a mi representada dentro del contrato de trabajo corresponden o configuran una desmejora en las condiciones laborales y ese análisis se soportó en las manifestaciones que dio el demandante dentro de su demanda e interrogatorio de parte quien de manera subjetiva indica que en efecto los productos que deben comercializar son productos que no tienen liderazgo en el mercado, **situación que fue acompañada por las declaraciones de sus mismos testigos quienes evidentemente pues la mayoría ha presentado demandas contra mi representada por estas mismas situaciones y por ello fueron objeto de tacha** y en esa medida se dificultaba la venta y que las actividades ejecutadas eran distintas y que generaban una desmejora dado



que sus funciones eran en oficina y no tenían contacto con los clientes y frente a este análisis a que arriba el demandante junto con sus testigos fue respaldada por el despacho **y en esa medida el despacho considera que a pesar de que mi representada tiene libertad de empresarial y tiene la posibilidad de llevar a cabo todas las modificaciones que sean necesarias para la continuidad de su negocio pues ello no es viable cuando quiera que se genere algunos cambios que generen supuestamente unas desmejoras frente al personal aforado y es que la comunicación que se remite el 4 de enero de 2021 se dio por una reestructuración que se llevó a cabo en la compañía y derivada de esa comunicación y de las reestructuraciones internas la compañía reorganizó los esquemas de venta que tenía, lo cual es absolutamente legítimo y dentro de esa reorganización definió porque además era inicios del 2021 estábamos en pandemia; definió que existía una forma en la cual se podía ejecutar las funciones y se podían vender productos de la compañía en donde no se ponía en riesgo el tema de la salud de los trabajadores y entre otras cosas podía prestar los servicios de una manera más eficiente porque no debían transportarse de un lugar a otro, por ello, se optó por crear el esquema de preventa bajo la modalidad de televenta y en esa medida el actor empezó a prestar servicios, esos servicios fueron objeto de diferentes capacitaciones y se dio de manera prolongada en el tiempo, luego no quiere decir que desde el inicio el actor tuviese que ejecutar actividades bajo esta modalidad sino que mi representada y como se puede observar en desprendibles de nómina le realizó el pago, mientras el actor por los primeros meses del año aprendía, se capacitaba y entendía como era la mejor forma de vender los productos a través de las televentas situaciones que a este momento y con todo respeto por el despacho no se evidencia la existencia de una desmejora. **El hecho de que mi representada bajo la legítima facultad empresarial defina modificar su esquema de ventas de manera alguna llevan a una desmejora en las condiciones laborales del actor, máxime cuando las funciones que tenía que ejecutar son las funciones para que fue contratado es decir las funciones de vendedor, en esa medida el actor debía ejecutar actividades de venta pero bajo un canal distinto que era la televenta y no la venta presencial, lo cual inclusive en este momento sigue siendo importante para el país y para el cambio tecnológico que se llevó a cabo en el mundo a raíz de la pandemia y por esa razón mi representada no puede ser cuestionada o no puede ser condenada a una reinstalación por la forma en que se llevó a cabo esa modificación ya que se dio en relación a temas absolutamente objetivos que contrario a lo que señalado por el despacho si fueron acreditados en el curso del proceso.** Se evidencia en las pruebas documentales, pruebas testimoniales y en ese material probatorio evidentemente se estableció que el actor en razón a la reorganización de los esquemas de venta debería prestar las funciones bajo esa modalidad, pero ello no implicaba un cambio en la esencia de las labores del demandante, por el contrario se comprobó que el actor ha tenido un buen desempeño en el campo de televentas, alcanzando resultados importantes, lo que supone que frente a él, no se predicó ningún tipo de desmejora, la desmejora que evidencia el juzgado aparentemente se da por las funciones y en razón al material o mercancía que comercializaba, pero también olvida el despacho que también se acreditó que el actor antes del 4 de enero de 2021 ya vendía productos diferentes al tabaco, esos productos ya hacían parte de su portafolio, luego no es cierto que la empresa de forma discriminatoria haya definido que solamente un grupo poblacional vaya a vender tales productos cuando quiera que eso no es cierto, particularmente el demandante ya había vendido esos productos; luego no se entiende la razón por**



la que el despacho considera que debido a la unificación de productos que debe vender el demandante en la actualidad hay una desmejora, porque es que el demandante ya los había vendido antes del 4 de enero de 2021, ahora es absolutamente viable para mi representada llevar a cabo en los productos y esquemas en que se deben comercializar por sus vendedores, es decir si los productos se vuelven productos difíciles de vender en tanto que tienen restricciones gubernamentales, mi representada se encuentra facultada para cambiar su portafolio de productos, si esos productos ya no son rentables ella puede definir qué productos va a vender, luego no quiere decir que mi representada bajo el esquema de legitimidad cambie sus productos, esa situación sea una desmejora para el trabajador, **luego la hipótesis del despacho de considerar que el cambio de producto generó una desmejora se cae de su peso pues básicamente se da bajo el cambio de portafolio de la compañía.** Por otro lado, y respecto a las funciones pues se reitera que las funciones siguen siendo las mismas, lo contrataron para ser vendedor y siguió siendo vendedor y ese esquema bajo ningún motivo es una desmejora de hecho eso depende como lo quieran ver y es un tema absolutamente subjetivo, pero de hecho si una persona tiene en este momento una oficina absolutamente dotada y que sea en Montevideo que esa situación perse no desdibuja la aparente desmejora, lo cierto es que el hecho de que el actor este en este momento en Montevideo y que de pronto el despacho no comprende el tema y es que en Montevideo es la oficina donde están todos los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, luego si el punto es que le estoy afectando el derecho de asociación porque el trabajador no va a poder relacionarse con trabajadores y no va a poder ejercer su derecho de asociación sindical pues ello no es cierto, si está en Montevideo tiene relación directa, permanente y continua con los funcionarios de la compañía luego evidentemente un sindicato tiene mayor facilidad para ejercer sus actos propios y el demandante lo podría hacer porque se encuentra rodeado de personal sindicalizado, luego no se entiende la razón de que el hecho de que preste funciones en una oficina genere una desmejora o una discriminación desde el punto de vista sindical porque no pueden reunirse o ejercer sus actividades propias porque evidentemente no es así. Por otro lado, y como el despacho lo indicó y lo verificó, el hecho de que el actor haya cumplido con el 100% o más del esquema de venta variable necesariamente es un indicador de que la medida que tomó mi representada no es una desmejora en las condiciones laborales es decir el hecho de que el actor tenga inclusive mejores resultados que cuando estaba en el esquema presencial es un punto que se tiene que validar de forma especial por el tribunal porque si el juzgado aduce que hubo una desmejora por la forma en que presta los servicios y por los productos que debe vender y porque esa situación se derivó de la comunicación del 4 de enero de 2021 se tiene que verificar la fecha en que evidentemente se materializa la supuesta desmejora y en este caso es que no se ha materializado, si el demandante inclusive ha alcanzado mejores resultados en algunos meses bajo ese esquema, luego matemáticamente tampoco se acreditaría la desmejora que aduce el despacho, si el mismo actor respondió a ese esquema y además de eso alcanzó muy buenos resultados, luego con todo respeto le solicito al tribunal se analice la situación fáctica del señor Wilson García de manera completa y no únicamente desde el punto de vista teórico porque entre otras cosas la realidad define y muestra que para este trabajador no se configuró ninguna desmejora; ahora el despacho considera desmejora ir a una oficina y no ir presencial a donde los tenderos, eso es un análisis absolutamente subjetivo del despacho; en la actualidad podríamos decir que todos nosotros estaríamos en una desmejora porque estamos prestando los



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

24-2021-206-02

servicios de manera virtual y no desde el despacho en audiencia, lo cual no es cierto porque se podría afirmar que prestar servicios con herramientas tecnológicas se traduce es una desmejora, **luego es una medida absolutamente legítima, por ello no requería solicitar autorización al no haber desmejora; por otro lado es importante que el tribunal realice un estudio detallado a la excepción de prescripción** y es que el análisis al que arribó el despacho no tomo los argumentos que se expusieron en su momento cuando se presentó la excepción, la que no se presentó por las razones que el despacho está aduciendo el día de hoy en la sentencia, la excepción se presentó y entre otras cosas se dejaron en evidencia las comunicaciones que previo a la comunicación del 2021 ya habían ininterrumpido la prescripción, documentos que no fueron traídos a colación el día de hoy en la audiencia y es que para claridad del tribunal me permito poner de presente los dos documentos que fueron presentados por el actor antes de la reclamación del 4 de marzo, documentos que obran dentro del plenario y que con todo respeto le solicito al despacho sean analizados, obra una comunicación presentada por el demandante del 12 de enero de 2021 la que fue escrita con su puño y letra y se expone que los cambios del 4 de enero de 2021, son una violación a los derechos y a la ley comunicación que es genérica pero que en todo caso se ubica fácticamente en el momento en que ocurrieron los cambios, con posterioridad a esa comunicación existe otra que fue presentada por el demandante, enero 21 de 2021 cuyo tenor es el siguiente; “señor Harold Beltrán gerente regional con relación a los cambios que ha presentado la compañía me permito a usted manifestarle mi rotundo rechazo e inconformidad por la forma en que la empresa ha actuado y los cambios mediante la presión y la intimidación, esa forma de actuar prepotente y desproporcionada afecta la comunicación legítima desconociendo los derechos de los aforados y sus organizaciones sindicales, es importante recordarle que la dirección de actividad laboral si bien es un derecho de la empresa no es absoluta y menos tiene que ser arbitraria porque ustedes están frente a un trabajador que también tiene el derecho a incumplir cuando las ordenes atentan la dignidad”, en esa comunicación el demandante expresamente indica que rechaza la medida y manifiesta su inconformidad con la forma en que ha venido actuando la empresa, evidentemente está reclamando y está señalando que está inconforme con esa decisión, en esta medida la excepción previa que formula mi representada se soporta en que cuando el actor presenta la demanda, el 4 de mayo de 2021 en virtud del artículo 118 del CPTSS el actor una vez presentada la reclamación escrita frente a un hecho al respecto de una inconformidad comenzará a contarse nuevamente el término de dos meses y es que si el actor radicó múltiples comunicaciones intentando interrumpir la prescripción pues lo propio es que ello tenga una consecuencia jurídica y el despacho no lo ve así y con todo respeto le pido al tribunal que lo revise y es que si ya el 22 de enero de 2021 el demandante eleva una reclamación a mi representada donde que es la que para todos los efectos interrumpe la prescripción, luego yo no podría como trabajador de manera temeraria presentar múltiples reclamaciones judiciales y coger la reclamación judicial que más me convenga, la que está más lejos y me genera más tiempo para demandar pues porque eso no dice la ley, si usted presentó una reclamación judicial en aras de interrumpir la prescripción solo se puede interrumpir por una vez y tiene que presentar la demanda en un periodo máximo a 2 meses lo cual si se toma la comunicación del 22 de enero reitero que existe una previa frente a las dos que predico pero si tomo la última, la del 22 de enero de 2021, pues se tiene que para el 22 de marzo a más tardar del año 2021 el actor debía presentar la demanda lo cual únicamente acaeció hasta el 4 de mayo del 2021 porque el demandante



presentó una reclamación el 4 de marzo de 2021 intentando nuevamente interrumpir la prescripción lo cual fue tenido en cuenta por el despacho. Ahora se reitera que las reclamaciones no tienen que ser demandas ósea la corte ha sido enfática que basta con el simple reclamo escrito por el empleado recibido por el empleador frente a los hechos, entonces la comunicación donde el empleado rechaza rotundamente el comunicado es el documento que interrumpe la prescripción, así las cosas el análisis judicial que se tenía que haber efectuado frente a la prescripción no es que la demanda finalmente se presenta el 4 de mayo que así dice en la hoja de reparto, sino que él había interrumpido la prescripción y esta tiene que tener efectos tanto el sistema judicial y la ley no puede amparar un sujeto activo que intenta de manera injustificada radicar distintas interrupciones de prescripción y al final toma la reclamación que más, luego es importante que el tribunal analice juiciosamente la prescripción porque en efecto como ha ocurrido en otros casos similares la interrupción tiene algún efecto y no fue otra que la del 22 de enero de 2021; el despacho indica también que es un hecho continuado y que en todo caso la desmejora no se podía ver el 4 de enero sino después, ese argumento con todo respeto no lo comparto porque precisamente si se sigue el análisis de que la desmejora no se ve el 4 de enero sino que se ve después, pues nunca se podría contar la prescripción porque el día de hoy la honorable juez está condenando a una restitución, bajo ese análisis judicial el actor pudiese reclamar hasta hoy todo el tema del traslado lo cual no tiene justificación, luego yo no puedo decir que hoy sigue habiendo desmejora porque así un fallo judicial lo declaro y que ordenó, luego bajo ese análisis el actor pudiese toda la vida presentar una demanda ordinaria solicitando la reinstalación porque no operaría nunca el fenómeno de la prescripción porque el hecho del traslado se prolongó en el tiempo. Puntualmente frente al tema de la prolongación de las condiciones que generan desmejora o no, el tribunal ya se ha manifestado y en reiteradas ocasiones el tribunal ha señalado en sentencia con radicado 202100106-01 donde precisamente se estudió este tema y se indicó lo siguiente: “el escrito de la demanda narra en sus pretensiones que el traslado y la desmejora respecto del señor Alexander Cotrino data al 4 de enero de 2021 y aunque se evidencia que fueron allegadas múltiples comunicaciones por parte de la sociedad demandada dirigidas al actor relativas a la modificación de su cargo, lo cierto es que tanto las pretensiones de la demanda como los hechos que soportan las mismas son claros en señalar que el aparente traslado o desmejora fue realizado el 4 de enero de 2021 posterior a la reunión llevada a cabo con los vendedores de Bogotá donde se les ofreció acogerse a un plan de retiro o continuar con laborando bajo una modificación de las actividades desempeñadas, en este punto se les recuerda a los apelantes que si bien el proceso es especial esto no es óbice para dejar de lado los términos procesales que la ley ha establecido, no siendo procedente en esta instancia realizar cambios a lo inicialmente solicitado como ese cambio que pretende hacer la parte demandante al señalar que la desmejora fue de tracto sucesivo y no del 4 de enero de 2021, es así que no existe discusión frente a la fecha en que se generó la posible desmejora por lo que habrá de contarse el termino prescriptivo a partir del 4 de enero de 2021”. Ahora bien en lo concerniente con la interrupción del termino prescriptivo de 2 meses y una vez verificadas las pruebas documentales por la misma parte actora se logró evidenciar que en fecha del 19 enero 2021 y en este caso particular el demandante presentó una reclamación por la presunta desmejora realizada el 4 de enero 2021 se tiene que el accionante contaba con 2 meses a partir de tal fecha para interponer la demanda especial del fuero sindical encontrándose así que dicho termino venció el 19 de marzo, más sin embargo la presentación de la demanda es del 4 de mayo



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

24-2021-206-02

del 2021 en tal sentido se aclara que conforme lo señalo el CST la interrupción de la prescripción podrá realizarse por una sola vez sin que allá lugar a pronunciamientos, en ese sentido de manera respetuosa solicito se analice el recurso, la procedencia de la prescripción y se analicen las 2 reclamaciones que obra dentro del plenario del 13 de enero y la del 22 de enero cuya reclamación contiene una manifestación absolutamente radical por parte del demandante en la cual cuestiona abiertamente el esquema comunicado del 4 de enero de 2021 no puede admitirse que porque con posterioridad a ellos le notificaron más cartas que inclusive el despacho tiene que es 4 de febrero del 2021, lo cual no es cierto es 4 de enero 2021 porque escuché en reiterados apartes que hace alusión al comunicado del 4 de febrero y es de 4 de enero de 2021 y no puede ser porque va a tener el actor toda la vida para demandar, por lo cual solicito se revoqué el fallo del numeral primero relacionado con el restablecimiento de las condiciones antes de que fuese ubicado en el modelo de gestión alternativa y se declare probada la excepción de la prescripción y las demás propuestas por mi representada....”

CONSIDERACIONES

Lo primero que destaca la Sala es que de acuerdo con lo establecido en el artículo 117 del C P del T y de la S S, modificado por la Ley 712 de 2001 art 47, la sentencia en el proceso de fuero sindical es apelable en el efecto suspensivo y el Tribunal debe resolverla de plano.

De otra parte y de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S se resolverán los dos puntos de apelación a saber: I) no existió desmejora solo una política de restructuración y por tanto no era necesario acudir al Juez del Trabajo en aras de obtener permiso y ii) la acción esta prescrita, no sin antes realizar algunas precisiones sobre el fuero sindical.

La constitución de 1991, elevó a la categoría de derecho fundamental el derecho de asociación, en concordancia con las normas internacionales que otorgaban al derecho de sindicalización tal jerarquía.

Es así como del estudio de convenios internacionales relacionados con el derecho de coalición y de asociación surge la norma consagrada en el artículo 39 de la Constitución Nacional, en donde se señala el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del estado.



Inspirado en el mismo criterio de la libertad de asociación, el mismo artículo reconoce **a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.**

Así las cosas, es forzoso concluir que el fuero sindical es una garantía constitucional y además necesaria para el cumplimiento de las funciones sindicales, garantía que es reflejada en la ley (CST), en concordancia con la Constitución. El fuero, no es entonces únicamente una protección para algunos trabajadores voceros o representantes de los intereses de una organización sindical, sino que en realidad es un mecanismo de protección para el derecho de asociación, pues permite que mediante el ejercicio eficaz y tranquilo de las funciones de la organización, estas puedan subsistir como instituciones democráticas.

Veamos por ser, pues el fuero, un mecanismo de protección la ley lo define en el artículo 405 del C.S del T, así:

ART 405.- Modificado D. 204/57, art 1 Definición. Se denomina “fuero sindical”, la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados 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 de trabajo”.

De la anterior norma, de la cual deben partir los jueces, en estos procesos especiales, puede inferirse con absoluta claridad; -asistiéndole total razón a la Juez y desde ya lo advierte la Sala -; que **no puede el empleador proceder a hacer variaciones en las condiciones de trabajo que impliquen desmejoras, o traslados o despidos; sin que previamente ello sea calificado por un Juez laboral, razón por la cual existe una acción prevista en el art 113 del C P del T y de la S S.**

El mencionado artículo dispone:



“La solicitud de permiso hecha por el empleador para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical o para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa, o a un municipio distinto, deberá expresar la justa causa invocada y contener una relación pormenorizada de las pruebas que lo demuestren”

Y fue justamente esta norma, la que desconoció la empresa; pues si tal y como se afirmó desde la contestación de la demanda y en el juicio, era necesaria una restructuración o adecuación tecnológica, o modificación de esquemas de ventas para adaptarse a nuevos modelos dada la libertad empresarial e incluso otras como las que sostiene en el recurso: esto es la pandemia y el nuevo modelo que considera mejor, en estas condiciones que equipara a las de todos los trabajadores, pues podría pensarse que las labores en calle son o requieren menos tiempo que las de tele ventas; o miles y diversas razones que se pudieran expresar; lo cierto es que estas debieron discutirse no en este proceso sino en uno anterior en donde el Juez las analice y concluya si son o no acertadas y legales; ello, debe calificarlo el Juez Laboral **previamente**, para conceder el permiso de traslado y cambio de funciones, que dicho sea de paso está plenamente aceptado y acreditado, pues estando frente a esta garantía no le basta a la demandada decir que es legal que es libertad empresarial, que es resultado del ius variandi, toda vez que se itera; ello solo puede calificarlo el Juez previamente a la modificación.

Aceptar que se proceda al cambio sin acudir al Juez; sería avalar el desconocimiento de la garantía Constitucional, en ejercicio de un uso indebido de las propias razones, que no encuentra justificación alguna en nuestro sistema jurídico, siendo esta la principal para confirmar, desde ya lo anuncia la Sala la sentencia de primera instancia, toda vez que la demandada no acudió a la justicia ordinaria solicitando el permiso consagrado en la Ley, siendo este necesario, dada la garantía sindical de la que goza el actor, la cual no fue discutida.

De otra parte conviene destacar que esta Sala en sentencia de **agosto 23 de 2021 Rad 40-2021-53-01, MP LORENZO TORRES RUSSY**, siendo demandante **NELSON HORACIO GARCIA CHAPARRO** y demandada la **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA**, definió un caso en la que se discutieron



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

24-2021-206-02

las misma circunstancias fácticas acá planteadas concluyendo que existió vulneración a la garantía sindical al variar el modelo de ventas presencial al de tele venta, confirmando la reinstalación de primera instancia, providencia acogida, por la ponente en este proceso, aunque aclarando que la razón principal para ello es que no se solicitó el permiso necesario para que el Juez determinará si en verdad era legal el cambio realizado, dado se itera la garantía constitucional no negada.

En cuanto a la prescripción, también le asiste total, razón a la Juez porque en es este proceso, especial, como en los demás, el termino para contabilizar el fenómeno extintivo, empieza a contabilizarse **desde que el derecho se hace exigible y en este caso de desmejora; se hace exigible desde luego solo en el momento en que esta se materializa; o como señaló la Juez desde la fecha en la cual se provocó la desmejora alegada o lo que es lo mismo la fecha en que surtió efecto, lo que no necesariamente coincide con la comunicación del cambio, pues solo cuando se cause el detrimento patrimonial surge la exigibilidad de la acción, lo cual tuvo lugar el 4 de febrero de 2021**, fecha del traslado efectivo y como quiera que la reclamación para interrumpir, se hizo el 4 de marzo de 2021, el plazo vencía el 4 de mayo de ese mismo año siendo presentada dos días antes a su vencimiento.

Por lo expuesto y sin más razones por innecesarias se CONFIRMA la decisión apelada.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en la alzada.



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

24-2021-206-02

Notifíquese por EDICTO, como ordena el art 41 del C P del T y S S

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY