



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ESPECIAL FUERO SINDICAL PROMOVIDO POR CARLOS ALFREDO PRIETO LARA, RODRIGO PACHECO MENDOZA, GIOVANNI ANDRES GÓMEZ y LUZ ADRIANA GOMEZ contra FEDERACIÓN NACIONAL DE COMERCIANTES FENALCO SECCIONAL BOGOTÁ vinculado SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y NO GUBERNAMENTALES “SINTRAONGS”

RADICADO: 11001 3105 032 2020 003303 01

Bogotá D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por el apoderado de los demandantes y por el apoderado de la organización sindical SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y NO GUBERNAMENTALES “SINTRAONGS” contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes pretendieron que se declarara la existencia de contratos de trabajo entre ellos y La FEDERACIÓN NACIONAL DE COMERCIANTES FENALCO SECCIONAL BOGOTÁ, así como que los mismos estaban aforados por ser miembros de la Junta directiva o de la comisión de reclamos del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y NO GUBERNAMENTALES “SINTRAONGS”, así mismo, solicitaron se declarara que el 1° de agosto de 2020 se suspendieron sus contratos de trabajo y con ello se desmejoraron sus condiciones laborales al no percibir salarios ni prestaciones, sin haberse solicitado previamente autorización al Juez del Trabajo y, en consecuencia, se ordenara su reincorporación a los cargos que tenían antes de ser suspendidos o a unos de igual o mejor categoría y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de recibir.

Como sustento de sus pretensiones indicaron que presentaban las siguientes situaciones y condiciones: **a) Carlos Alfredo Prieto Lara:** Contrato a término indefinido desde el 1° de agosto de 2016; cargo: Asesor servicio al cliente, Salario: \$1.105.000 y miembro de la Junta Directiva Seccional Bogotá de la organización sindical SINTRAONGS en el cargo de secretario de prensa y propaganda; **b) Rodrigo Pacheco Mendoza:** Contrato a término indefinido desde el 8 de julio de 2008, cargo: Gerente sectorial, salario: \$1.800.000 y miembro de la Junta Directiva Seccional Bogotá de la organización sindical SINTRAONGS en el cargo de secretario de presidente seccional; **c) Giovanni Andrés Gómez:** Contrato a término indefinido desde el 5 de mayo de 2009, cargo: auxiliar Fenalcobra, salario: \$1.050.000 y miembro de la Junta Directiva Seccional Bogotá de la organización sindical SINTRAONGS en el cargo de secretario de mujer y género y **d) Luz Adriana Gómez:** Contrato a término indefinido desde el 1° de junio de 2008; cargo: Asistente gremial; salario: \$1.443.014 y miembro de la comisión de reclamos de la organización sindical SINTRAONGS.

De igual forma, se indicó que el 1° de agosto de 2020, FENALCO suspendió los contratos de 19 trabajadores entre los que se encuentran los demandantes; que mediante circular 021 de 2020 el Ministerio del Trabajo dispuso medidas para la protección del empleo con ocasión de la fase de contención del covid-19 y la emergencia sanitaria; que la configuración o no de una fuerza mayor correspondía de manera funcional al juez de la República y que el 22 de julio de 2020 la demandada propuso en reunión virtual, un plan de retiro voluntario consistente en una indemnización del 130%.

Como fundamento normativo, citó los artículos 39, 53, 55, 86 y 93 de la Constitución Nacional, los artículos 406, 407 y 408 del Código Sustantivo del Trabajo, así como, los Convenios 87 y 98 de la OIT.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La FEDERACIÓN NACIONAL DE COMERCIANTES FENALCO SECCIONAL BOGOTÁ, dio contestación a la demanda en audiencia realizada el 14 de abril de 2021, en la cual manifestó su oposición a las pretensiones relacionadas con la desmejora de condiciones laborales, la no solicitud de autorización al juez del trabajo para realizar desmejoras, reincorporación de los trabajadores y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir, refiriendo que no se desmejoraron las condiciones laborales de los demandantes con la suspensión de los contratos de trabajo, pues la desmejora o no de las condiciones laborales de trabajadores sindicalizados cuando se les suspendía el contrato de trabajo, no era una cuestión subjetiva, ya que el legislador se había encargado de dirimir cualquier controversia al excluir la suspensión de los contratos de trabajo conforme lo estipulaba el artículo el artículo 412 del CST., precisando que el asunto no versaba sobre un despido sino de una suspensión del contrato conforme el artículo 51 numeral 1 del CST por la imposibilidad temporal ocasionada por fuerza mayor, sin rompimiento ni modificación alguna en el vínculo laboral y que la no

prestación del servicio por parte del trabajador y la correlativa no retribución del mismo era lo contemplado en la ley, manteniéndose los pagos de seguridad social a cargo del empleador tal como se venía realizando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del C.S.T., de manera que no se había introducido modificación alguna a las condiciones laborales derivadas de suspensión de contrato y no podía ser entendida como una violación a la ley. Respecto a la autorización judicial manifestó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 412 del CST para las suspensiones de los contratos de trabajo no era necesaria la intervención judicial y frente a la reincorporación y pago de salarios y prestaciones indicó que, al no existir desmejora de las condiciones laborales, y no ser requisito la autorización judicial para la suspensión de los contratos, no era procedente lo pretendido.

A su turno FENALCO llamo en garantía a ALLIANZ SEGUROS, indicando que encontrándose en vigencia la póliza suscrita con el llamado en garantía, y toda vez que los hechos se ajustaban al siniestro asegurado, era la empresa de seguros quien se vería afectada con una eventual sentencia condenatoria dentro del proceso, dicho llamamiento fue admitido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito en audiencia realizada el 14 de abril de 2021.

A continuación, en la misma audiencia realizada el 14 de abril de 2021, el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y NO GUBERNAMENTALES "SINTRAONGS", procedió a pronunciarse sobre la demanda, indicando que coadyuvaba todas y cada unas de las pretensiones de la demanda en la medida en que la demandada de manera unilateral y sin autorización del Juez del Trabajo, desmejoró las condiciones laborales de los trabajadores demandantes y en tal sentido solicitó acoger las pretensiones declarativas y condenatorias de la demanda, teniendo en cuenta que ello además de afectar individualmente, a cada uno de los trabajadores en sus medios de subsistencia y mínimo vital y móvil

conllevara una transgresión directa de las garantías establecidas en el artículo 39 de la Constitución Política y del artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo.

ALLIANZ SEGUROS, procedió a contestar la demanda en audiencia adelantada el 27 de abril de 2021, en donde indicó que no se oponía a las pretensiones respecto de las cuales el llamante en garantía no se opuso, respecto a las pretensiones 9, 10, 11 y 12 indicó que no se habían desmejorado las condiciones laborales de los demandantes, pues FENALCO había propendido por mantener la relación laboral a través de las medidas que fueron implementadas por parte del gobierno nacional en las circulares expedidas, existiendo una situación de fuerza mayor que impedía a la parte demandada seguir con la ejecución de sus obligaciones en condición de empleador y por tanto optó por suspender el contrato laboral de los demandantes en el marco del numeral 1 del artículo 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, evitando dar por terminado los mismos y, en todo caso, dando cabal cumplimiento a los requisitos que la ley imponía para el efecto, esto es, dar aviso al Ministerio del Trabajo y a los mismos trabajadores. De igual manera señaló que el artículo 412 del Código Sustantivo del Trabajo establecía que para llevar a cabo suspensión de contrato no se requería intervención judicial, lo cual fue corroborado por el Consejo de Estado en la Sección Segunda, en sentencia del 21 de octubre de 2019, M.P. Cesar Palomino Cortés, en donde se mencionó que el empleador no requería de autorización para suspender el contrato laboral de trabajadores con fuero sindical. Propuso las excepciones de mérito denominadas existencia de fuerza mayor con ocasión a la pandemia producida por el covid-19, imposibilidad de FENALCO de seguir ejecutando las obligaciones a su cargo, la suspensión de contratos laborales no requiere intervención judicial, compensación y la que denominó genérica o innominada.

Frente al llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones señalando que no había lugar a la afectación del contrato de seguro

emitido en la medida que no había realización del riesgo asegurado por cuanto debía presentarse la realización de un acto incorrecto el cual no ocurrió, ya que FENALCO procuró mantener la relación laboral. Propuso las excepciones denominadas no realización del riesgo asegurado, carácter indemnizatorio del contrato de seguro, límites máximos de responsabilidad según el valor asegurado, y que en todo caso se debía tener en cuenta el deducible pactado en la póliza a cargo del asegurado, existencia de coaseguro entre Allianz Seguros S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.

Por su parte ALLIANZ SEGUROS, llamó en garantía A ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., a efectos que si Allianz Seguros resultaba condenada al pago de los emolumentos consagrados en la demanda, la llamada en garantía respondiera directamente por la condena en el porcentaje que le correspondiera de la póliza para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores o subsidiariamente se impusiera la obligación de reembolsar la cantidad que debiera pagar en esa misma proporción, llamamiento que fue admitido por el por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito en audiencia del 27 de abril de 2021.

ZURICH COLOMBIA SEGUROS, procedió a contestar la demanda en audiencia realizada el 14 de mayo de 2021, en donde manifestó que no se oponía a las pretensiones respecto de las cuales FENALCO no se opuso y teniendo en cuenta que se trataba de una circunstancia ajena a la actividad de su representada, respecto a las pretensiones 9, 10, 11 y 12 indicó que no se podía desprender obligación alguna para su representada, tomando en consideración que la medida adoptada por FENALCO, al suspender los contratos de los demandantes no configuraba una desmejora de la situación laboral de quienes estaban vinculados a la compañía en cuanto a que las condiciones de su contrato permanecían incólumes, por lo que fue completamente legítima y ajustada a derecho; de igual forma, se indicó que no se requería autorización por parte del juez laboral para la medida adoptada por FENALCO y se resaltó que no

podía existir una medida de “reincorporación” toda vez que el vínculo laboral en ningún momento se había extinguido, sino que se encontraba suspendido por una causal de fuerza mayor que impedía la ejecución normal de labores. Propuso las excepciones de mérito que denominó lo acontecido con la aparición del virus covid-19 es un evento de fuerza mayor y por consiguiente configura el primer evento contemplado en el artículo 51 del código sustantivo del trabajo que habilita la suspensión de contratos de trabajo, no es necesaria autorización judicial por parte de Fenalco para suspender contratos de trabajo de funcionarios con fuero sindical, la suspensión del contrato de trabajo no implica la desmejora de las condiciones pactadas en el mismo y genérica.

Frente al llamamiento en garantía indicó que coadyuvaba las pretensiones del llamante en garantía y coaseguradora líder de la Póliza para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022723312/0, más sin embargo, se oponía a las pretensiones que se pretendieran alcanzar por el llamante FENALCO, pues el caso no tenía la virtualidad de afectar de manera alguna la Póliza No. 022723312/0 en atención a los supuestos fácticos que lo componen, así como a las condiciones en las que se contrató la Póliza. Propuso las excepciones de mérito que denominó ausencia total de cobertura por parte de la póliza de miembros de junta directiva y demás administradores no. 022723312/0 siendo que no se comprueba un acto incorrecto cometido por una persona asegurada de conformidad con las condiciones pactadas al interior del contrato de seguro, inexistencia de siniestro conforme a las condiciones generales de la póliza de miembros de junta directiva y demás administradores no. 022723312/0, ausencia total de cobertura por configurarse la exclusión de beneficios dispuesta en las condiciones particulares aplicables al amparo de cobertura a la entidad al interior de la de la póliza responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores no. 022723312/0, aplicación del límite asegurado pactado para el amparo de cobertura a la entidad de la póliza responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás

administradores no. 022723312/0, aplicación del deducible pactado para el amparo de cobertura a la entidad de la póliza responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores no. 022723312/0, la póliza de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores no. 022723312/0 tiene previsto un coaseguro con Allianz Seguros S.A. (60%) – Zúrich Seguros De Colombia asumió el 40% del riesgo y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de mayo de 2021, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. ABSOLVER a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE COMERCIANTES FENALCO – SECCIONAL BOGOTÁ y a las llamadas en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A. y ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a los demandantes y a favor de la demandada FENALCO – SECCIONAL BOGOTÁ, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de cien mil pesos (\$100.000.00) por cada uno de los demandantes. Sin costas respecto de las llamadas en garantía.

TERCERO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a los demandantes, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de su decisión argumentó, que en principio la controversia giraba acerca de si la suspensión del contrato de trabajo, en efecto había desmejorado las condiciones del contrato de trabajo, sin embargo, señaló que la ley no tenía establecidas unas justas causas para desmejorar las condiciones laborales, que si bien se permitía revisar los contratos cuando se presentaban situaciones especiales dicha revisión se realizaba a partir del acuerdo de voluntades o eventualmente correspondería a la justicia decir sobre ellas, no obstante, mientras el contrato siguiera vigente se entendería como mejora de las condiciones del contrato modificaciones en el salario, horario, lugar de trabajo,

funciones que implicarán para el trabajador un menor ingreso o un exceso de trabajo sin la correspondiente contraprestación salarial o la ejecución de las labores en términos diferentes a los inicialmente pactados.

Así mismo, indicó que la suspensión del contrato de trabajo no tenía el alcance de una desmejora de las condiciones laborales, pues el efecto de la suspensión era la interrupción para el trabajador de la obligación de prestar el servicio y para el empleador de cancelar el salario y en esa medida, no podría hablarse de una desmejora por disminución del salario cuando no había obligación de cancelarlo. Respecto a la discusión sobre la aplicación de las circulares del Ministerio del Trabajo, se indicó que de acuerdo con lo contenido en las mismas constituían una alternativa y no una obligación por lo que se podría optar por estas recomendaciones o por alguna otra solución.

Respecto a la falta de calificación del juez del trabajo, se indicó que para la suspensión del contrato de trabajo por motivos de fuerza mayor o caso fortuito no se requería propiamente la calificación del juez del trabajo, ya que lo que eventualmente debía entrar a calificar el juez del trabajo en los casos en que existiera controversia, es si efectivamente se presentaba una situación de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual en el caso bajo análisis era de público conocimiento por los diferentes decretos expedidos por el Gobierno Nacional, en los que se declaró la emergencia sanitaria, siendo evidente que sobre la marcha el Gobierno nacional había tenido que ir adoptando otras medidas conforme se va presentando el día a día y que para el caso de FENALCO era una situación notoria lo que venía presentándose con los comerciantes y el cierre de muchos establecimientos de comercio, constituyendo una situación imprevisible que en efecto generaba la fuerza mayor.

También se indicó que en el interrogatorio de parte los demandantes no aceptaron modificar las condiciones de sus contratos

situación que obedecía a la autonomía de la voluntad, de lo que se advertía que la demandada había respetado el vínculo laboral y había tenido la intención de que este permaneciera pero que sin embargo por la coyuntura, fue necesaria la suspensión.

Adicionalmente se indicó, que para el caso de la suspensión de los contratos de trabajo únicamente se requería comunicar al Ministerio del Trabajo sobre la decisión tomada, comunicación que obraba en el plenario además que tal y como se había citado en una sentencia del Consejo de Estado, en donde si bien la suspensión del contrato analizada era diferente a la del caso bajo análisis, se indicó de manera clara que cuando se producía la suspensión de los contratos de trabajo no se requería la autorización del Ministerio del Trabajo, inclusive en el caso de los trabajadores con fuero sindical.

Por lo anterior, concluyó que no existía una desmejora de las condiciones de trabajo de los demandantes y que, por ende, no se requería la calificación previa al juez del trabajo y en esa medida al no ser procedente las pretensiones contra FENALCO se absolvía a las llamadas en garantía.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de los demandantes, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, con la finalidad que se revocara en su integridad y en su lugar, se condenara a la demanda a la reinstalación de los derechos de los demandantes, junto con el pago de aquellos emolumentos laborales tales como salarios y prestaciones dejados de cancelar durante el tiempo que había durado la suspensión del contrato de trabajo, fundamentado en que el juez en la sentencia insistió en que no se debía pedir autorización al Ministerio del Trabajo, no obstante, lo pretendido en la demanda, era que se debía solicitar

autorización al juez del trabajo del trabajo en los términos del artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que la suspensión de los contratos implicó una desmejora de las condiciones del contrato de trabajo de los demandantes situación que afectó los ingresos básicos mensuales, quedando establecido que con la suspensión de los contratos la demandada reconoció un auxilio monetario de \$500.000 mensuales. De igual forma, mencionó que si bien, el estado de emergencia social y económica afectó seriamente la empleabilidad en Colombia no podía pasarse por alto que los demandantes tenían una condición particular y es que se encontraban aforados por ser miembros de la Junta Directiva y que para el momento de presentar la demanda, ya habían hecho uso de la tutela pero que fueron declaradas improcedentes ya que al juez laboral era a quien le correspondía determinar si operaba o no la suspensión del contrato.

Adicionalmente, refirió que el fuero que tenían los demandantes no era un fuero que se hubiesen inventado los demandantes, ya que estaba reconocido en el art. 39 de la Constitución Política y también estaba inmerso en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en el sentido que ese fuero era la garantía de no ser despedidos, traslados, desmejorados sin la autorización del Juez del Trabajo, que esta no era una norma que el empleador se permitiera violar, o se permitiera definir o interpretar a su arbitrio a sabiendas que correspondía a una garantía del orden constitucional y lo que era más importante que era un derecho fundamental que emanaba del ejercicio del derecho de asociación

Así mismo, señaló que se encontraba demostrado en el proceso que la demandada había hecho la notificación debida al Ministerio del Trabajo informando que se iban a suspender 19 contratos, de los cuales 13 eran afiliados a la organización sindical y de esos 13 quedaban 8 miembros con suspensión del contrato, el resto por la situación económica decidieron aceptar el plan de retiro voluntario ofrecido por la empresa, sin

que se tuviera certeza de cuando se fuera a terminar la suspensión de los contratos dado que el representante legal al rendir interrogatorio de parte así lo había señalado, de manera que lo que estaban esperando era que la gente siguiera aceptando el plan de retiro voluntario, situación que dejaba pensando cuál era la crisis económica y situación económica que llevó a pedir la suspensión, dado que el representante legal en el interrogatorio de parte indicó que tenían a la fecha más de 1000 afiliados por lo que se preguntaba si de esos mil afiliados no se estaban generando los aportes a la entidad cuando la misma entidad había manifestado que a la fecha no sabía cuántos empleados tenía, refiriendo que cerca de treinta o cuarenta, entonces de esos cuantos estaban prestando servicio, máxime cuando FENALCO nunca había dejado de cumplir sus funciones.

También, hizo énfasis en que el Juzgado en su absolución señaló que el hecho de suspender el contrato de trabajo no implicaba una desmejora, por cuanto en materia contractual se daba en cuanto al salario, lugar de prestación del servicio, jornada, de manera que al haber una suspensión y no tener que existir la obligación de prestar el servicio, no había ninguna desmejora cuestionando que si eso no era una desmejora entonces que lo era ya que los trabajadores quedaban amarrados con un contrato de trabajo con unas cláusulas de exclusividad, resaltando que no sería una desmejora siempre y cuando la empresa siguiera reconociendo el salario en su integridad, pero en este caso la empresa determinó reconocer a cada uno de los trabajadores de \$500.000 cuando los salarios oscilaban entre \$1.000.000 y \$1.900.000, igualmente, refirió que la sentencia traída a colación que señalaba que no se requería autorización del juez para proceder a la suspensión del contrato de trabajo de trabajadores aforados no era un pronunciamiento directo del del Consejo de Estado ya que lo que hacía era reproducir el contenido de dos renglones de una resolución del Ministerio del Trabajo.

A su vez el apoderado del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS ORGANIZACIONES

SOCIALES Y NO GUBERNAMENTALES “SINTRAONGS”, sustentó el recurso de apelación en que el juzgado no había tenido en cuenta la calidad de los aforados en este proceso, mencionando que, si bien el Código Sustantivo de Trabajo autorizaba la suspensión del contrato, se debía tener en cuenta que la regla para los aforados y los miembros de Junta Directiva del sindicato era diferente, sin que pudiera tratarse como un trabajador ordinario al tener un fuero especial; que en la sentencia no se dio ninguna prevalencia o importancia, solicitando a la sala tener en cuenta que dadas las acciones desplegadas por FENALCO y la sentencia expedida se podía configurar un precedente negativo para todas las organizaciones sindicales, que valiéndose de la figura de suspensión de contrato pudieran de manera unilateral y sin autorización previa de un juez de la República, suspender los contratos de trabajo y así perjudicar notablemente a los trabajadores en los ingresos y en su salario.

Adicionalmente, refirió que estaba demostrado que si había unas desmejoras y además un mal procedimiento, porque se pretendía con la sentencia que cada vez que un sindicato le fuera fastidioso a una empresa, ésta pudiera alegar problemas financieros, deterioro en las instalaciones y simplemente suspender los contratos y dejar indefinidamente a los trabajadores en su casa, puntualizando que el fuero sindical era un fuero reconocido y tenía sus reglas y en el caso particular no aplicaba simplemente la suspensión ya que esta debería ser autorizada por un juez de la República, así como se hacía un levantamiento de fuero o se intentaba hacer el retiro de una persona de una empresa cuando gozaba de fuero sindical, acto seguido, se indicó que la sentencia no tuvo en cuenta que si había una desmejora de los salarios independientemente de la suspensión y que no existiera obligación de prestar el servicio era evidente que el vínculo estaba, pero que por alguna razón la empresa seguía pagando los aportes a Seguridad Social, lo cual no lo hacía gratuitamente, ya que si lo suspendía debería suspender todo, ni auxilio, ni bonos, ni el pago de las prestaciones sociales, pero la empresa sabía

que estaba en la línea de estar cometiendo una irregularidad y una violación de derechos frente a las personas que contaban con fuero.

Finalmente, precisa que si se dejaba este precedente se estaría matando a los sindicatos en Colombia ya que cualquier persona podría alegar cualquier calamidad y sin la autorización y en el análisis de un juez, determinar que podría suspender los contratos y a través de esa figura, dejarlos de por vida en su casa, pagándoles el auxilio que considerara y así sacarlo del sistema de participación, del sistema de trabajo y acabar con las organizaciones sindicales. Adicionalmente indicó que en ningún momento el Juzgado evaluó la situación financiera de FENALCO, sin que hubiesen podido probar o determinar a través de sus finanzas, si se tenía la capacidad o no de pagar los salarios, o cuál era la necesidad de tener suspendidos los contratos.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la suspensión de los contratos de trabajo de los demandantes por no haberse solicitado previamente autorización judicial para ello y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de reincorporación al trabajo y al pago de salarios y prestaciones dejadas de recibir con ocasión de la suspensión de los contratos de trabajo de los demandantes.

En primer lugar, resulta pertinente acudir a la norma que consagra el fuero sindical, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que este concede, para lo cual acudimos al **artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo** (modificado por el artículo 1o. del Decreto Legislativo 204 de 1957), que dispone:

*“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 del trabajo.**” (Subrayas y negritas fuera de texto).*

De conformidad con la norma citada se tiene que el fuero sindical comprende entre otros aspectos, la garantía para algunos trabajadores de no ser desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo.

Precisado lo anterior, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia en que los demandantes presentan las siguientes situaciones o condiciones: i) Son trabajadores de FENALCO y cuentan con contratos de trabajo vigentes; ii) ostentan fuero sindical en condición de miembros de la Junta Directiva de la Subdirectiva de Bogotá y como miembro de la comisión de reclamos en el caso de la señora GÓMEZ; y iii) sus contratos fueron suspendidos por la demandada FENALCO a partir del 4 de agosto de 2020, toda vez que de ello dan cuenta las documentales obrantes en el expediente (fl. 32-33, 55-57, 73-80 del archivo 4 del expediente digital y archivo 32 del expediente digital), además que tales condiciones y situaciones fueron expresamente reconocidas por FENALCO al contestar la demanda.

Hechas las anteriores precisiones se procede al análisis que permita verificar si existen las desmejoras que aducen los demandantes con ocasión de la conducta desplegada por FENALCO frente a estos, a efectos de advertir si se requería autorización previa del Juez Laboral, advirtiéndose que en la subsanación de la demanda tanto en el hecho 17 como en la pretensión 8° se indica que las condiciones de los trabajadores fueron desmejoradas con ocasión de *la suspensión de los contratos* de las que fueron objeto, aspecto que se reitera en el pronunciamiento realizado por la organización sindical SINTRAONGS.

Al respecto, es menester recordar lo establecido en la legislación respecto a la figura de la suspensión del contrato de trabajo, la cual se encuentra regulada en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

“El contrato de trabajo se suspende:

- 1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.*
- 2. Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.*
- 3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.*
- 4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.*
- 5. Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.*
- 6. Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.*
- 7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.”*

Como se advierte, la norma contempla unas causales para la suspensión del contrato de trabajo y una consecuencia establecida por el legislador en los eventos antes señalados, y que con la excepción de la consagrada en el numeral 3°, operan por ministerio de la ley sin intervención de autoridad alguna. La principal consecuencia es que el trabajador no está obligado a prestar los servicios durante el tiempo de la suspensión y el empleador no está obligado a pagar la remuneración o salario durante dicho lapso, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 53 del mencionado estatuto, en el que además se señala que, no obstante, estarán a cargo del empleador las prestaciones surgidas con anterioridad a la suspensión, así como, las prestaciones por muerte y

enfermedad y en todo caso se podrá descontar el tiempo para el reconocimiento de las vacaciones, cesantías y jubilaciones.

De acuerdo con lo anterior, mal haría en considerarse como una desmejora de las condiciones laborales o de trabajo el hecho de haberse producido una causal para que opere la suspensión de los contratos de trabajo, pues se reitera se trata de una situación expresamente establecida por el legislador, siendo importante precisar en todo caso que el hecho que se reconociera un auxilio no constitutivo de salario por valor de \$500.000 a los trabajadores cuyos contratos estuvieran suspendidos no desvirtúa la suspensión, ya que no hay prohibición legal para realizar actos de esta naturaleza, siendo oportuno señalar que es equivocada la percepción del apoderado de SINTRAONGS, en el alcance de la figura y su regulación legal, que expresamente establece en el 53 del C.S.T. las obligaciones que queda a cargo del empleador, entre ellas la del pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

Así mismo, debe tenerse presente que el artículo **412 del Código Sustantivo del Trabajo** (modificado por el artículo 10 del Decreto Legislativo 204 de 1957), establece que las suspensiones del contrato no requieren autorización judicial previa, pues concretamente señala:

“Las simples suspensiones del contrato de trabajo no requieren intervención judicial.”

Como se observa, la norma elimina cualquier duda o inquietud relativa a que la suspensión de los contratos, no debe ser entendida como una desmejora de las condiciones laborales, pues al verificar el contenido de la preceptiva antes transcrita, se tiene que para la suspensión de los contratos no se requiere autorización judicial, la cual si se necesita en los eventos de desmejora de las condiciones de trabajo¹, norma que por su ubicación en el Código Sustantivo del Trabajo es de aplicación directa

¹ como se establece en el artículo 405 del C.S.T.

para dirimir el presente asunto, pues se encuentra en el *CAPÍTULO VIII “FUERO SINDICAL”* dentro del *TÍTULO I “SINDICATOS”*.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el fuero sindical no se encuentra establecido para la protección de derechos individuales de un trabajador, sino que busca amparar la protección del derecho de asociación sindical, tal y como se ha determinado por la Corte Constitucional en Sentencia C-240 del 15 de marzo de 2015, en donde se señaló:

“3.5. De lo expuesto, surge una conclusión ineluctable: el fuero sindical no surgió históricamente, ni se encuentra establecido por la ley para la protección individual y aislada de un trabajador, sino que se trata de un mecanismo, ahora con rango constitucional para amparar el derecho de asociación, que no es, así entendido, de interés particular sino colectivo. Por ello, se expresó por la Corte en Sentencia C-381 de 2000 que “el fuero sindical en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente a favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos”, es decir, que tal como se dijo por la Corte en Sentencia C-710 de 1996, citada en la anteriormente mencionada, “para los trabajadores que gozan de fuero sindical, la protección se otorga en razón de su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicalización.”

Así las cosas y contrario a lo que se afirma por los recurrentes, se tiene que por el hecho que los demandantes tuvieran la condición de aforados, no impide la aplicación de las normas sustantivas que regulan los contratos de trabajo, ya que lo que el fuero ampara es el derecho de asociación, es decir, un interés colectivo, a favor del sindicato y solo secundariamente se establecerá para proteger la estabilidad laboral de los representantes y dirigentes sindicales bajo el entendido que con ello se protege la libertad de acción de las organizaciones a las que pertenecen. En consecuencia y dado que en el presente asunto la estabilidad laboral de los demandantes no se discute, pues los mismos siguen con su vinculación laboral vigente, pero con sus contratos individuales suspendidos, como consecuencia de la aplicación del artículo 412 del CST, que como se enunció, no requiere autorización judicial previa; por

lo que no se advierte que se hayan desconocido la protección y garantías que el fuero sindical otorga a los demandantes por su fuero, lo que conduce a la ausencia de causa para activar la protección pretendida a través de la acción de fuero sindical propuesta.

Teniendo en cuenta lo señalado en precedencia, las manifestaciones hechas por los recurrentes y relacionadas con la desmejora en sus condiciones, resulta carente de sustento factico y jurídico, ya que como ha quedado expuesto la suspensión es una situación prevista por el legislador y que opera por ministerio de la ley, cuando se presentan los supuestos facticos previstos en el artículo 53 del C.S.T.; sin que su aplicación conlleve desconocimiento del fuero sindical e impide estimar tal pretensión.

Si lo pretendido por los actores es solicitar el restablecimiento de sus salarios sin solución de continuidad, derivados de su inconformidad con la suspensión del contrato de trabajo, porque consideran que no se encuentra presente la causa legal de suspensión invocada por el empleador, o porque requería autorización judicial previa; la acción indicada es el proceso ordinario, como lo tiene decantado la jurisprudencia de manera pacífica y reiterada entre otras en las siguientes sentencias: sentencia del 07 de junio de 1963; sentencia 5122 del 18 de febrero de 1976; sentencia 1613 del 02 de diciembre de 1987; sentencia 4200 del 21 de mayo de 1991; sentencia 3965 del 13 de junio de 1991; sentencia 16595 del 28 de noviembre de 2001; sentencia 39668 del 30 de octubre de 2012; sentencia SL3478-2017 del 01 de marzo del 2017; sentencia SL4849-2018 del 17 de octubre de 2018.

Para el efecto, debe tenerse en cuenta y se tiene por sentado con la comunicación allegada tanto por los demandantes (fl. 2 del archivo 4 del expediente digital) como por FENALCO (archivo 13 del expediente digital), que la demandada dio el aviso de qué trata el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 (modificado por el artículo 67 de la Ley 50 de 1990) dirigida al

Ministerio del Trabajo; norma que lo consagra en los siguientes términos“(…)En los casos de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, el empleador debe dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar o en su defecto a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia.”; comunicación o aviso en el que se informó sobre la suspensión del contrato de trabajo de los demandantes y de otros 15 trabajadores, bajo la causal 1° del artículo 51 del C.S.T., esto es, por fuerza mayor o caso fortuito, hecho que incluso se reconoció por la apoderada de los demandantes al presentar el recurso de apelación; con lo que se tiene que FENALCO cumplió con los requisitos que le exigía la ley para proceder con la suspensión de los contratos, por lo que no existe objeción en este punto que diera lugar a mas consideraciones dentro de esta acción de fuero sindical, sin perjuicio de las que se pudieran hacer dentro de un proceso ordinario, como ya se enuncio.

Bajo las anteriores premisas y como quiera que la suspensión del contrato, no configura presupuesto factico para conceder el amparo foral, se negará y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ESPECIAL FUERO SINDICAL PROMOVIDO por NELSON HORACIO GARCIA CHAPARRO contra BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA vinculado UNIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA AGROINDUSTRIA Y LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS “UNISINTRAINAGRO”.

RADICADO: 11001 3105 040 2021 00053 01

Bogotá D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiunos (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por el apoderado de la demandada BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se le restituyera a las condiciones de trabajo de vendedor ejecutadas antes del 4 de enero de 2021 o un cargo de igual o superior categoría, asimismo que se le reconociera y pagarán los reajustes salariales y prestacionales resultante de las diferencias establecidas entre el salario promedio devengado hasta el 4 de enero de 2021 en el cargo de vendedor y el percibido en el cargo de gestor de modelo de distribución alternativa, de igual forma, el reajuste de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones y que se tengan sin solución de continuidad para todos los efectos, las condiciones laborales de vendedor antes del 4 de enero de 2021.

Fundamento sus pretensiones en que la demanda el 4 de enero de 2021, en reunión con el cuerpo de vendedores de la sucursal de Bogotá D.C., comunicó al demandante cambios en el modelo de ventas, pasando del cargo de vendedor al de gestor de modelo de distribución alternativa (Posición provisional), precisando que el cargo de vendedor lo había desempeñado desde el 20 de diciembre de 2012 al 4 de enero de 2021; así como que en dicha reunión se manifestó la decisión de terminar el contrato individual de trabajo a término indefinido, proponiéndole acogerse a un plan voluntario de retiro, que al no ser aceptado origino la entrega de una comunicación, informándole la modificación de las condiciones laborales; manifestó que el 15 de febrero de 2021 la demanda le comunicó el nuevo rol y funciones a desarrollar, con lo que sorpresivamente trasladó y desmejoró sus condiciones de trabajo, ubicándolo en el Centro de llamadas (Call Center), ubicado en la carrera 27 No. 72-90, Bogotá D.C., lo cual le imponía comercializar telefónicamente productos de 2ª categoría, debiendo a través de un guion preelaborado, realizar y acreditar cronométricamente 106 llamadas efectivas diarias y vender 15 ristras, lo cual acarreo la disminución de sus comisiones e ingreso salarial mensual, respecto a las percibidas en sus labores de Vendedor.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 4, 6, 13, 25, 39, 53

de la Constitución Nacional, los artículos 405, 406, 407 y 408 del Código Sustantivo del Trabajo, así como, los Convenios 87 y 98 de la OIT.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA, dio contestación a la demanda en audiencia realizada el 31 de mayo de 2021, en la cual manifestó su oposición a las pretensiones por considerarlas infundadas en tanto que el demandante venía ejecutando el cargo de vendedor y no había existido un cambio sustancial, solamente se cambió la forma en que se prestaban las funciones, de manera que la modificación no era ilegal ni se violaban disposiciones legales por tanto no había una violación al fuero sindical, resaltando que la decisión de cambiar la forma de prestar el servicio obedeció a una reestructuración eficiente de los negocios en la medida en que el esquema que se llevaba a cabo puerta a puerta no resultaba eficiente ni sostenible económicamente y en esa medida la empresa modificó la forma en que una parte de los vendedores iba a continuar ejecutando el cargo para el que habían sido contratados, con el fin de consolidar otro grupo de clientes que no tenían interés en la compra de cigarrillos debido a las restricciones y a los impuestos fijados por el gobierno y los trabajadores tendrían más oportunidades de tener venta efectiva, actividad que se desarrollaría a través de la modalidad de televenta. Asimismo indicó, que la empresa por la situación actual se vio en la necesidad de modificar su esquema de negocios siendo ello admisible por la normativa nacional, lo cual no impedía la modificación tratándose de trabajadores con fuero sindical ya que la garantía foral lo que protegía era el derecho de asociación y que lo que prohibía eran actos de discriminación y vulneración frente a los líderes sindicales, lo cual no aplicaba en el caso de la referencia ya que la modificación en la forma en que se iban a prestar los servicios no implica una discriminación ni una vulneración de los derechos sindicales, también precisó que la compañía

había suministrado al demandante las herramientas de trabajo que requería para la prestación de sus servicios en este esquema y que la

modificación que se hizo el 4 de enero 2021 no implicaba una desmejora de las condiciones de trabajo ni un cambio en el puesto de trabajo que requiriera autorización del juez del trabajo, por lo que no resultaba aplicable el artículo 405. También señaló que como el demandante continuaba siendo vendedor, la renta variable era prácticamente la misma, que las modificaciones se hicieron fue frente a los objetivos que se iban a tener que medir, señalando que en el mes de enero al demandante se le garantizaron las comisiones con el promedio salarial de los tres últimos meses, mientras estuvo capacitándose y adaptándose y que el comparativo de renta variable demostraba que solamente había un cambio en los indicadores atendiendo la forma en que se iban a medir en la modalidad de televentas, ya que eran diferentes a la presencialidad, de lo cual darían cuenta los testigos; además concluye que los indicadores del esquema RBT sales no comprendían una desmejora de las condiciones laborales ya que siempre se les había garantizado a los trabajadores que podían obtener el 150%; que el demandante al ser sindicalizado no se encontraba sustraído de las obligaciones laborales propias de su cargo y que la empresa estaba facultada para modificar esquemas de medición atendiendo entre otras cosas al ius variandi, por lo que establecer la forma en que el trabajador prestaría el servicio era completamente aceptable y que el hecho de que el trabajador estuviera sindicalizado no impedía al empleador determinar la forma en que estructuraba sus negocios. Propuso la excepción previa de prescripción y las excepciones de fondo de inexistencia de desmejora o traslado, inexistencia de causa para pedir y carencia de objeto, improcedencia de reinstalación al cargo de vendedor, prescripción y buena fe.

La Unión Nacional de Trabajadores de la Agroindustria y la Comercialización de Productos Agroalimentarios “Unisintrainagro”, en su intervención indicó que coadyuvaba las pretensiones, hechos y

fundamentos en los que se sustentó la demanda presentada contra British American Tobacco Colombia, en tanto que la decisión del

empleador de modificar el modelo vigente de venta estaba aparejada con terminar el contrato de trabajo del demandante, vía plan voluntario de retiro con el objetivo de obtener la entrega de los derechos fundamentales al trabajo, asociación sindical y contratación colectiva, propuesta que fue rechazada por el demandante acudiendo ante ello el patrono, al ilegal traslado y desmejora de las condiciones laborales del demandante a partir del 5 de enero de 2021.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de julio de 2021, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor Nelson Horacio García Chaparro tiene derecho a la reinstalación en el cargo de vendedor, en las mismas condiciones en las que el desarrollaba su actividad con anterioridad al 4 de enero de 2021, es decir bajo un modelo de trabajo presencial: auto venta o preventiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la sociedad demanda que proceda a reestablecer al aquí demandante Nelson Horacio García Chaparro al cargo de vendedor, bajo un modelo de trabajo presencial: auto venta o preventiva.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada British American Tobacco Colombia SAS de las demás pretensiones de esta demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada en favor del acto, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Como fundamento de su decisión, argumentó que en efecto el demandante gozaba de la garantía de fuero sindical por su calidad de directivo de UNISINTRAINAGRO y que a partir del 4 de enero de 2021, por una decisión unilateral de la empleadora se desmejoraron las condiciones laborales sin haber contado con autorización previa de la autoridad judicial, pero que como no se había acreditado desmejora en la remuneración no habría lugar a disponer a título de restablecimiento pago alguno a cargo de empleador.

Respecto al fuero sindical Indicó que el demandante aparecía inscrito dentro de los cinco miembros principales de la junta directiva nacional del sindicato como fiscal, tal y como podía advertirse en el folio 37 del archivo 009 del expediente digital y se corroboraba con la certificación expedida por el Ministerio de trabajo obrante en el archivo 22 del expediente digital.

Frente a la desmejora de las condiciones laborales señaló que del material probatorio recaudado no había duda respecto a que el actor fue vinculado como vendedor y que hasta el 4 de enero de 2021, había ejercido sus actividades bajo un modelo de venta presencial denominado preventa autoventa y que después del 4 de enero de 2021, luego de su decisión de no entrar dentro del proceso de negociación propuesto por la compañía había pasado a un modelo de gestión telefónica y comercial, mencionando que el cambio de modelo de autoventa a un modelo de preventa fue para maximizar la venta de producto o establecer nuevos clientes e introducir nuevos productos al modelo, todo ello bajo la modalidad presencial y que también quedó claro que se había dado una discriminación laboral en la medida en que el número de trabajadores que fue enviado al call center fue un número mínimo de menos de 50 trabajadores, que este cambio de auto venta a preventa se hizo porque se requería reducir el número de vendedores dado que gran parte de las actividades que éstos estaban haciendo era entregar productos cambios y cobros de cartera, lo cual había sido tercerizado y por eso llamaron a negociar a quienes la empresa consideraba no encajaban en el nuevo modelo de la compañía ya que debían reducir sus vendedores al haber tercerizado las actividades que estos realizaban, siendo extraño que quienes no encajaban dentro del nuevo modelo de la compañía eran los directivos sindicales y algunos trabajadores con estabilidad por condiciones de salud; que se había reducido el número de los trabajadores que fueron enviados al call center casi a la mitad porque habían llegado una negociación con la empresa, señalándose que lo más preocupante es

que esas vacantes no eran reemplazadas lo cual también fue referenciado por los testigos, concluyendo que pareciera que ese modelo de televenta fue hecho para quienes a juicio de la compañía no encajaban dentro del nuevo modelo de cambio de la auto venta preventa y ello era porque tenían una protección laboral especial.

Respecto a las condiciones de trabajo se indicó que el mismo trabajador refirió en su interrogatorio a que su lugar de trabajo era la calle, de manera que para quien había realizado sus actividades al aire libre durante 10 años hacer actividades en un único espacio físico y cerrado constituía una de desmejora de sus condiciones laborales; también se mencionó que la forma de realizar las actividades del actor y el control que se ejercía sobre éste tuvo un cambio ya que de acuerdo con la documental en la que se describía el cargo se desprendía que no sólo se vendía una proporción mínima, sino que hubo un cambio en la venta de los productos ya que algunos de ellos apenas se estaban introduciendo; igualmente, se señaló que se había incluido un rol de contacto telefónico en donde el trabajador debía dar a conocer campañas actividades y productos, actividad de promotor de televenta, que debía ajustarse a un libreto, lo cual constituía una desmejora en la medida en que un vendedor experto se sentía orgulloso de su capacidad de abordar al cliente, de mostrar su producto, labor que exigía una alta competitividad, aptitud sacrificada con la limitación a un formato preestablecido, cumplir con las llamadas efectivas y lograr la adherencia a nuevos productos; generando una desmejora, acentuada por la dificultad de convencer a un cliente acerca de un producto frente al cual ellos no tenían conocimiento por ser nuevos; evidenciándose además por los testigos que ello generaba una preocupación e incertidumbre respecto de sus ingresos futuros pues aunque la gestión se realizaba de la mejor manera no daba los resultados esperados. Así mismo, se refirió a que había mayor control en la realización de actividades ya que los vendedores de preventa y autoventa aunque tenían una ruta diaria tenían autonomía para tomar descansos y pausas activas, así como para tomar

los alimentos y realizar sus necesidades fisiológicas, aspecto que frente al cargo asignado constituía una desmejora ya que a través de un sistema

se generaba en el trabajador una sensación de control excesivo además de la preocupación permanente por qué cada minuto de tardanza y desconexión de su actividad repercutiría en el conteo para el pago de su renta variable.

La Juez además indicó que tanto en el interrogatorio de parte del demandante como los testigos habían sido claros en decir que en el modelo de televenta solamente se están vendiendo productos de segunda categoría, señalando que el producto líder era el cigarrillo el cual había sido excluido de ese modelo y que de los productos de segunda categoría de los que vendían en el modelo de venta presencial, el único que se mantenía eran las golosinas, señalando que de los testimonios también se desprendía que el portafolio de preventa y autoventa se constituía de más o menos a 30 productos, es decir que se habían incrementado los productos, mientras el modelo de televenta sólo contaba con un número reducido de productos.

Bajo las anteriores consideraciones concluyó la juez de primera instancia, que la actividad como vendedor del demandante bajo el modelo de televenta resultaba ser absolutamente diferente a la realizada inicialmente y, que la creación de ese modelo no tuvo nada que ver con la reestructuración de negocios de la empresa sino con un acto que se podría catalogar como discriminatorio, contra los aforados que no aceptaron negociar con la empresa su desvinculación laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, con la finalidad que se revocara lo

atinente a la reinstalación realizada en la medida que el demandante había sido contratado como vendedor y este lo seguía siendo; precisó que el esquema de televenta fue un esquema alternativo que sí obedeció a una reestructuración, la cual si bien como había indicado el despacho paso de autoventa a preventa, la televenta había sido un esquema alternativo a la reestructuración tal y como lo señaló el mismo demandante y los testigos, la cual hizo parte del cambio de negocio de la compañía contrario a lo sostenido por el Juzgado en la sentencia y que ese cambio no comportaba una desmejora de las condiciones laborales del demandante.

Frente a la desmejora del sitio de la prestación del servicio señaló que el hecho que se dejaran de prestar los servicios de forma presencial al aire libre y ahora se diera en un call center, no representaba una desmejora de sus condiciones laborales siendo un análisis subjetivo del despacho, cuando contrariamente al estar en la calle podrían ser sujetos de algún accidente de trabajo, accidente de tránsito, ser objeto de robo de activos, lo que representaría una inseguridad para los trabajadores

De igual forma refirió que no se puede naturalizar la existencia de un contrato de trabajo en donde había subordinación y que así fuera líder sindical y tuviera protección sindical ellos no quería decir que la empresa no tuviera subordinación y en virtud de ella pudiera señalar las condiciones de tiempo modo y lugar en que se prestaría el servicio y que esa potestad le permitía determinar el sitio en el que se prestaría el servicio por el trabajador lo cual no afectaba la garantía sindical pues no hubo un traslado.

Asimismo, se señaló que el hecho que el demandante tuviera que cumplir con un rol, un libreto y el ofrecimiento de productos tampoco comportaba desmejora de las condiciones laborales ya que la compañía había definido un método alternativo de comercialización que era a través de la televenta el cual llevaba consigo el cambio en la estructura y forma en que se prestaban los servicios lo cual acarreaba la necesidad de tener que medir resultados de otra manera.

También Indicó que no constituía una desmejora decirle a un líder sindical que tendría que vender productos de categoría 2 los cuales se requería incrementar a categoría 3, ya que la compañía no se iba a quedar toda su vida vendiendo cigarrillos, situación que se reforzaba por los testigos quienes indicaron que había estadísticas en donde se señalaba que la comercialización de los cigarrillos se iba a reducir en forma sustancial y que si bien era un producto líder y la empresa se llama a British American Tobacco, lo cierto era que en ese momento la compañía ya no era el productor además que la venta y comercialización de este producto se iba a reducir ya que la misma comercialización de cigarrillos implicaba trabas para vender este producto además que la empresa era absolutamente libre en enfocar sus negocios y vender los productos que la compañía considerara para mantener su rentabilidad y eficiencia financiera.

Igualmente mencionó, que la compañía tenía la facultad de direccionar los negocios como a bien lo tuviera, que tenía una libertad de empresa que se debía respetar, de manera que si el cigarrillo ya no es el líder y no es la fuente principal de sus ventas y requiere direccionar a otros focos de clientes pues libremente lo podía hacer, de manera que tenía la facultad de determinar qué tipo de productos iban a comercializar los trabajadores y frente a ello no se encuentran la obligación de solicitar el permiso o autorización judicial, por lo que el criterio de calidad de producto no era suficientemente fuerte para indicar que había una desmejora porque se vendían los productos que este señaló y que el problema principal en este asunto era que al demandante no le parecía y no quería vender productos bajo la modalidad de televenta porque bajo esa modalidad el empleador podría controlar la labor efectiva realizada, lo cual era más difícil de controlar bajo el esquema anterior, resaltando que el hecho que ahora al empleado se le regulara la actividad diaria, no quería decir que fuera una medida ilegal ya que tenía la facultad y verificar la forma en que los trabajadores prestaban sus servicios porque ello desarrollaba la subordinación en un contrato.

Refirió que se apartaba de la decisión adoptada por el despacho en la medida en que la decisión tomada por la empresa no reñía con la libertad sindical de los trabajadores, cuya finalidad era la protección de la organización sindical, de tal suerte que esa medida o cambio del esquema del negocio de la organización no reñía con la protección de los trabajadores sindicalizados, sobre todo si se observaba que en el interrogatorio y en las pruebas testimoniales ninguno afirmó una desmejora o afectación a la organización sindical de manera que no estaba aprobada la afectación a dicha organización, ya que el sindicato continuaba y ellos se seguían reuniendo y realizando toda su actividad sindical, seguían pidiendo los permisos sindicales correspondientes y ejecutando sus roles, de manera que la forma de prestar el servicio, en nada había afectado ese derecho, resaltando que como todos estaban en la misma sede y se podían ver presencialmente para llevar a cabo todas las labores necesarias y que con anterioridad al 4 de enero de 2001 los trabajadores estaban totalmente dispersos por toda la ciudad, de manera que no se podía ejecutar su actividad sindical de forma eficiente como lo hacían ahora.

Finalmente, puntualizó que no podía haber una desmejora porque las funciones cambiaron y con ello los cambios en los indicadores en que se medía la renta variable, ya que precisamente si había un cambio en la forma en que se prestaban los servicios, pues había un cambio en la fórmula en que se medirían los indicadores ya que si el trabajador no va a tener que hacer venta presencial puerta a puerta y lo que va a tener que hacer es venta a través de llamadas telefónicas, esta modalidad se tenía que medir de otra forma, pues comportaba determinar la calidad de las mismas y el porcentaje de adherencia, indicando que no se había tenido en cuenta que por el hecho que el trabajador se sentara a realizar 106 llamadas en una jornada, ya tenía ganado un 25% lo cual no se tenía con el régimen anterior y que no había una consecuencia económica como lo había indicado el despacho.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la reinstalación del demandante al cargo de vendedor en las condiciones en que se desempeñaba con anterioridad al 4 de enero de 2021.

En el presente asunto, no existe controversia sobre los siguientes puntos: i) el demandante Señor NELSON HORACIO GARCÍA CHAPARRO es trabajador de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA SAS; ii) que dicho trabajador se encuentra amparado por fuero sindical en su condición de miembro de la Junta Directiva de UNISINTRAINAGRO en el cargo de fiscal y iv) que a partir del 4 de enero de 2021, se generó un cambio en la actividad del demandante en virtud del cual se pasó de venta presencial a un esquema de televenta.

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que consagra el fuero sindical a efectos de establecer como se contempla el mismo y las prerrogativas que este concede, encontrando que el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 1o. del Decreto Legislativo 204 de 1957), dispone:

*“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 del trabajo.**” (Subrayas y negritas fuera de texto).*

De conformidad con la norma citada se tiene que el fuero sindical comprende entre otros la garantía para algunos trabajadores de no ser desmejorados en sus condiciones de trabajo sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo, debiéndose tener en cuenta en todo caso

que esta garantía no ha sido concebida para la protección de derechos individuales, sino que busca el amparo del derecho de asociación sindical, tal y como se ha determinado por la Corte Constitucional en Sentencia C-240 del 15 de marzo de 2015 y en esa medida, de manera secundaria se generan protecciones individuales en el caso de los representantes sindicales bajo el entendido que con ello se protege la libertad de acción de los sindicatos.

Descendiendo en el análisis y como quiera que se indicó por la recurrente que el cambio en la forma de prestación del servicio y/o funciones no generaban una desmejora de las condiciones del contrato del demandante las cuales en virtud de la subordinación podía desplegar, debe tenerse presente que sobre las condiciones del contrato y la facultad del empleador para modificar las mismas conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia No. SL1967-2020 radicación No. 60032 del doce (12) de mayo de dos mil veinte (2020), en donde se indicó:

“Sobre el *ius variandi* se ha ocupado esta Sala en múltiples oportunidades, así en la sentencia CSJ SL, rad. 1258, 20 ag. 1987, dijo la Corte:

El artículo 58 del Código Sustantivo del trabajo establece las obligaciones especiales del trabajador, entre las que está en primer lugar la siguiente:

“1°. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono y sus representantes. Según el orden jerárquico establecido”.

*De esa disposición legal, que armoniza con el ordinal b) del artículo 23 ibidem se origina el ius variandi que en Derecho Laboral **se refiere a la facultad de dirección del patrono, quien en virtud de ella puede, por ejemplo, cambiar las funciones por necesidades del servicio** o por falta de trabajo en la ocupación específica, ordenar ascensos, cambios en el horario habitual de trabajo, así como también puede ordenar cambios de lugar en sus dependencias empresariales, en las que se incluyen como es lógico, los de población. El trabajador puede oponerse al ius variandi del patrono cuando éste hace uso de ese derecho, con el propósito de perjudicar u ofender al trabajador, de ejercer represalia o persecución contra él, o, en suma, con móviles de mala fe. (Resalta la Sala).*

En la CSJ SL2643, 8 feb. 1989, se expuso lo que sigue:

*El denominado ius variandi debe entenderse como una facultad patronal emanada de la potestad subordinante del empleador que **se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulación expresa.** Se trata de que **el patrono puede modificar por su cuenta alguna de las***

condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo, siempre y cuando lo haga dentro de ciertos límites relativos a que con la variación no es dable afectar los intereses del trabajador, entendidos desde un enfoque muy genérico que comprende tanto el aspecto jurídico atinente a los derechos laborales mínimos, legales o convencionales, cuanto a las conveniencias de índole personal, social o familiar que **han de ser precisadas en cada caso concreto**. (Negrillas de la Sala).”

Los criterios anteriores se conjugan en la CSJ SL, rad. 31701, 2 sep. 2008, donde se expuso lo que se transcribe:

Es claro entonces que siendo el ius variandi un derecho del empleador, en aquellos eventos en donde estime pertinente hacerlo efectivo, en principio no requiere de la anuencia o el consentimiento previo del trabajador, pues se itera, son facultades que el empleador puede ejercitar de manera unilateral, siempre y cuando, desde luego, no afecte el respeto del honor, de la dignidad, de la seguridad y de los derechos mínimos del trabajador y al dimanar de la potestad subordinante del empleador se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulaciones expresas. Se trata de que el empleador puede modificar por su cuenta algunas de las condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo.

*Así las cosas lo establecido en la cláusula séptima no es una limitación al ius variandi por parte del demandado, como lo afirma el recurrente, sino que, por el contrario, lo que ratifica es que siendo el contrato de trabajo consensual y bilateral, **la variación de algunos elementos cardinales del mismo requieren del consentimiento de las partes**, por ejemplo la mutación esencial del objeto del vínculo jurídico o el salario, pero ello **no se refiere a todo cambio** que en virtud del ius variandi emane del empleador, más aún cuando en el mismo contrato las partes aceptaron que el Consorcio Fopep, se “reserva el derecho a “asignarle al empleado otros cargos u oficios distintos que esté en capacidad de desempeñar”. (Resalta la Sala).”*

De acuerdo con el precedente transcrito se tiene que el IUS VARIANDI es una facultad con la que cuenta el empleador que le permite modificar algunas condiciones de trabajo sin que se requiera consentimiento previo del trabajador, ello siempre y cuando con dicha variación no se afecten los intereses mínimos del trabajador, tales como derechos laborales o conveniencias de índole personal, social o familiar, el honor, la dignidad y seguridad del trabajador.

Teniendo claros los eventos en que el empleador puede modificar las condiciones del contrato, procede la Sala a apreciar los medios de prueba allegados y practicados durante el trámite de instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a efectos de establecer si en el presunto asunto existió

o no una desmejora de las condiciones del contrato con el cambio en el modelo de venta que fue introducido por la demandada bajo el rol de gestor de modelo de distribución alternativa.

Con la demanda se allegaron los siguientes documentos que se consideran relevantes:

- Comunicado a todo el personal en donde se indica *“BAT redefine su modelo comercial en Colombia con el propósito de optimizar su operación y el avance sostenible de sus actividades de negocio para el futuro. Esta redefinición implica que a partir del 4 de enero habrá una transformación del modelo comercial de ventas en Bogotá, Cali, Medellín, Cartagena, Barranquilla y Bucaramanga. En Bogotá y Bucaramanga tendremos un cambio de modelo de autoventa a uno de preventa (...)”* (fl. 6 del archivo 4 del expediente digital).
- Comunicación de fecha 4 de enero de 2021, enviada al demandante por BAT LANCAR, en la que se informa sobre la reasignación de funciones, siendo importantes los siguientes apartes (fl. 9 del archivo 4 del expediente digital):

“(...)”

De acuerdo con su decisión de no entrar en el proceso de negociación propuesto 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).

El rol del GMDA tendrá 3 fases:

Validación de contractibilidad (Fase 1) (...) Gestión telefónica de confirmación de bases (Fase 2) (...) Gestión telefónica por compañía (Fase 3) (...)”

- Formato Intelsa - Guion de servicio de fecha 27 de enero de 2021 (fl. 7 y 8 del archivo 4 del expediente digital).

A su turno, con la contestación de la demanda se allegaron los siguientes documentos:

- Procedimiento para Autoventa de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA, del que resultan relevantes los siguientes apartes (obran en el archivo 25 del expediente digital):

“6.15 El Representante de ventas es responsable de visitar a todos los clientes asignados en el rutero, así como, la creación de clientes nuevos que vaya encontrando en el recorrido asignado (...)”.

- Descripción de cargo vendedor TAT preventa y autoventa, de fecha agosto de 2014, suscrito por el demandante, del cual son relevantes los siguientes apartes (obrante en la hoja de vida¹ del archivo 25 del expediente digital):

(...)

MISIÓN DEL CARGO:

Implementar y ejecutar todas las actividades de venta, distribución y Trade Marketing, bajo las definiciones de calidad y excelencia, para nuestras marcas en todos los puntos de venta asignados ubicados en el territorio bajo su responsabilidad, a fin de lograr el cumplimiento de los objetivos definidos por la compañía, alienado con las políticas y procesos de comercialización vigentes.

DIMENSIONES:

La dimensión principal de la posición esta definida por su cuota de ventas y sus niveles de cartera. La posición no tiene personas a cargo ni directamente que le reporten.

(...)

PRINCIPALES RESPONSABILIDADES

- *Negociar, acordar y vender en sus puntos de venta el portafolio definido para su territorio, de acuerdo al plan de visitas y frecuencia establecidos,, asegurando que los objetivos de Trade Marketing y Distribución para su territorio se cumplan con los estandares de servicio y excelencia exigidos por la compañía.*
- *Alcanzar los objetivos de distribución y Trade Marketing, volumen, disponibilidad, cobertura, frescura del producto, visibilidad, mensaje al punto de venta, rotación de stock y manejo de cartera para asegurar que la compañía tenga los mas altos estandares de calidad, satisfacción del cliente y consumidores.*

(...)

INFORMACIÓN ADICIONAL:

i. Contexto/Ambiente:

El cargo se desarrolla en un mercado altamente competitivo, controversial y regulado por las características del producto. Enfrentará alta responsabilidad, compromiso y presión por el cumplimiento de los objetivos de Distribución y Trade Marketing. Su trabajo en el mercado, en rutas definidas de acuerdo a la realidad del mercado.

¹ fl. 85 y ss.

El cargo requiere conducir un vehículo asignado por la compañía, de categoría 4°, respetando todas las políticas de manejo correcto, EH&S, seguridad y tránsito nacional.

(...)”

- Rol y funciones del cargo vendedor Gestor del Modelo de Distribución Alternativa, de fecha febrero de 2021, del cual se extractan los siguientes apartes (obrante en el archivo 25 del expediente digital):

“(..)

Misión del cargo:

Contactar, ofertar y vender a través de llamadas telefónicas las referencias del portafolio indicadas por BAT

Comunicar a los clientes contactados las campañas, tácticas y actividades indicadas por BAT

Asesorar, orientar ayudar, guiar, brindar soluciones a cada uno de los clientes.

Dimensiones:

La dimensión principal de la posición esta definida por gestión telefónica y cuota de ventas. La posición no tiene personas a cargo ni que directamente le reporten.

(...)

Principales responsabilidades del cargo:

- *Llegar a la posición de trabajo asignada por BAT en el horario indicado, guardar sus posesiones en el lugar dispuesto para tal fin, ubicarse en el puesto de trabajo para iniciar la rutina diaria. Por confidencialidad de la información con el objetivo de mantener la concentración y evitar distracciones no se puede llevar al puesto de trabajo celular personal, agenda, libretas, lapiceros, lápices, botellas con líquidos, pasabocas, llaves, billeteras, dinero ni cualquier otro elemento.*
- *Atender telefónicamente, negociar, ofrecer y vender a los clientes de la base indicada, en llamadas periódicas y programadas, asegurando que las metas de cobertura y frecuencia de llamada se cumplan de acuerdo con los niveles de servicio asignados por BAT.*

(...)

INFORMACIÓN ADICIONAL:

i. Contexto/Entorno:

El cargo se desarrolla en un mercado altamente competitivo, controversial y regulado por las características del producto. Enfrentará alta responsabilidad, compromiso y presión por el cumplimiento de los objetivos. Su labor se desempeñará la mayor parte del tiempo en la posición de trabajo asignada por BAT vendiendo vía telefónica a los clientes de BAT el portafolio indicado.

(...)”

- Comunicación de fecha 8 de marzo de 2021, enviada al demandante por BAT Colombia, en la que se informa que las actividades a desarrollar como vendedor gestor del modelo de distribución alternativa eran las siguientes (obrante en el archivo 25 del expediente digital):

Hora Inicio	Hora Final	Actividad
	7:00 a. m.	Ingreso
7:00 a. m.	7:15 a. m.	Instalación en el puesto de trabajo
7:15 a. m.	7:30 a. m.	Instrucciones del día
7:30 a. m.	8:30 a. m.	Gestión telefónica 1
8:30 a. m.	8:40 a. m.	Pausa Activa 1
8:40 a. m.	9:30 a. m.	Gestión telefónica 2
9:30 a. m.	9:45 a. m.	Refrigerio 1
9:45 a. m.	11:00 a. m.	Gestión telefónica 3
11:00 a. m.	11:10 a. m.	Pausa Activa 2
11:10 a. m.	12:30 p. m.	Gestión telefónica 4
12:30 p. m.	1:30 p. m.	Almuerzo
1:30 p. m.	2:30 p. m.	Gestión telefónica 5
2:30 p. m.	2:40 p. m.	Pausa Activa 3
2:40 p. m.	3:30 p. m.	Gestión telefónica 6
3:30 p. m.	3:45 p. m.	Refrigerio 2
3:45 p. m.	4:30 p. m.	Gestión telefónica 7
4:30 p. m.	4:40 p. m.	Pausa Activa 4
4:40 p. m.	5:15 p. m.	Gestión telefónica 8
5:15 p. m.	5:30 p. m.	Fin de jornada
5:30 p. m.		Salida

Dentro del acervo probatorio recaudado en el proceso rindieron interrogatorio de parte el demandante y el Representante legal de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA, reconociéndose por el demandante que si bien vendía productos de la categoría 2 que vendía cuando estaba en el modelo de autoventa, los que ahora vendía en televenta no eran de marcas conocidas como los de antes, así mismo, aceptó que en el modelo actual tenía solo 6 indicadores y admitió que antes del 04 de enero de 2021 vendía aproximadamente entre 12 y 15 referencias después de dicha fecha eran entre 7 y 9, que debía hacer 106 llamadas efectivas y 8 ventas al día y, que en este esquema, por cumplir con la labor administrativa se le reconocía el 25 % de la renta variable, sin embargo, refirió que en esta modalidad de televenta era muy difícil vender ya que no se comparaba con la venta presencial en la medida en que no se podía solicitar reconsideraciones, que a veces los clientes ya conocían el teléfono y no contestaban o a veces eran groseros y tiraban el teléfono. Por su parte, la representante legal de la demanda, aceptó que el cargo de vendedor de autoventa subsistía en la empresa ya que en la compañía había un sistema mixto compuesto por vendedor de calle y call

center, que el demandante no tenía un lugar de trabajo asignado, que cuando se realizaba la autoventa en la mañana se entregaba al demandante un rutero que podía variar en cualquier momento por ser éste supernumerario, luego se entregaba el producto y se recibía el dinero, que los cigarrillos eran producto líder y pertenecían a la categoría 1 y las cuchillas, encendedores, gomitas pertenecían a la categoría 2, pero que ahora el demandante solo vendía productos de la categoría 2, que el criterio de adherencia de tiempo era el tiempo que el vendedor debía estar realizando las llamadas y que este correspondía a 7,5 horas de la jornada, que la empresa intelsa era la que proveía la infraestructura del call center, que ninguno de los productos de autoventa cuenta con restricciones del gobierno y que el vehículo, rutero y mercancía se recogían en la mañana en la sede de Montevideo y al finalizar entregaba el vehículo, dinero y mercancía sobrante en la misma sede.

También se recibieron los testimonios de los señores Enrique Santos Montalvo (Representante ventas BAT y afiliado a la organización sindical sin modificación de modelo de venta) Néstor Andrés Huérfano Peña (vendedor supernumerario BAT y compañero de trabajo del demandante con restricciones médicas actualmente tiene el cargo de vendedor Gestor del Modelo de Distribución Alternativa) y Juan Carlos Vera Merchán (vendedor BAT y compañero del demandante actualmente tiene el cargo de vendedor Gestor del Modelo de Distribución Alternativa), los cuales no fueron tachados de sospechosos por la demandada y dieron cuenta que a el 4 de enero de 2021 reunieron a algunos trabajadores y les hicieron un ofrecimiento económico para retirarse de la empresa, lo cual aceptaron algunos, y que los directivos sindicales y personas con condiciones de salud que no aceptaron dicho ofrecimiento les cambiaron el cargo como gestores de distribución alternativa, luego realizaron unas validaciones para un mes después ser ubicados en un call center para hacer ventas por esta vía de productos de segunda categoría de marcas desconocidas en el mercado, lo que generó un cambio en la remuneración porque no se median las mismas variables, pues en este caso se tenían

en cuenta una serie de llamadas y un término que se llamaba adherencia, correspondiente al tiempo que debía dedicarse a las llamadas y si se excedía de este tiempo, ese tiempo adicional generaba un resultado negativo en la parte salarial porque además se valoraba la atención dada en la llamada, resaltándose por el Señor Santos Monsalvo que el cambio de modelo de negocio que se dio a partir del 4 de enero de 2021, se concretó en que los vendedores cambiaron de la autoventa a la preventa ya que realizaban el negocio pero no entregaban mercancía pues esto luego se hacía por otro compañero, pero que la fecha ello se había tercerizado y fue concreto en mencionar que todas las rutas funcionaban con un vendedor que visitaba presencialmente el negocio.

Igualmente, se recibieron los testimonios de los señores Giovanni José Tijerino Sonarriba (Planing Inside BAT), Diego Alejandro Cortés Santamaria (Área Manager BAT) y Harold Beltrán (Gerente Regional Centro BAT). El Señor Giovanni Tijerino en su declaración manifestó que al interior de la compañía para enero de 2021 hubo una reestructuración en búsqueda de una mayor eficiencia, lo que generó un cambio en las rutas y por tanto un cambio en el modelo de autoventa a preventa la cual tenía como finalidad capturar y visitar más clientes en un día, bajo este esquema los vendedores ya no entregaban productos ni hacían cobro de cartera, pues esto lo haría un tercero; al consultársele en porcentajes como podría representarse esta modificación se indicó antes de la modificación, autoventa representaba el 80% y preventa 20% y que luego de esta la autoventa representaba 10% y la preventa un 90%, a tal punto que en Bogotá ya este modelo casi todo era preventa y que la autoventa solo se dejó para foráneos (pueblos, provincias), que durante este periodo de transición las personas que no pudieron estar en éste modelo fueron incorporadas a un nuevo modelo el de la televenta diseñado para la venta de productos de segunda categoría y vapeo, el cual nació a raíz de la situación económica e impactos del covid-19, en donde habían ido adquiriendo mayor relevancia estos productos y considerando el decaimiento en la venta de cigarrillos por temas de impuestos y cierre de

establecimientos; también menciona que respecto a la actividad de televenta se requerían realizar 106 llamadas efectivas al día, es decir, que hubiese una interacción con el cliente y seguir un dialogo respecto del cual luego se verificaría su calidad, así como, cumplir con el tiempo de gestión preestablecido y que el solo cumplir con ello generaba la causación del 25% de la renta variable, sin embargo, también, refiere que si no se adelantaba toda la gestión establecida ello impactaba la renta variable aunque se podían registrar eventos para que ello no impactara; de igual forma, indicó que para el inicio del modelo de televenta habían aproximadamente entre 50 y 60 trabajadores y que esta cifra había disminuido ya que quedaban 44, aunque desconocía la razón de tal disminución, indicando al consultársele por el porcentaje que representaban los trabajadores en este esquema que ascendían al 10% de la totalidad de trabajadores. Por su parte en la declaración del señor Diego Cortes, resulta relevante lo relativo a que en el cambio de modelo de autoventa a preventa se había realizado una reconfiguración del mismo, buscando optimizar procesos y recursos, situación que no generó vacantes u obligaciones que tuvieran cabida en el nuevo modelo y por tanto la empresa decide crear un nuevo canal de atención “televenta” para aquellos funcionarios que desde el mes de enero por temas de fuero sindical o fuero médico no pudieron hacerse parte del nuevo modelo planteado por la empresa, en tanto que al disminuirse las casillas en la nueva estructura se disminuyeron la cantidad de rutas y habían quedado personas que no podían ser parte de esta reingeniería pero debían continuar en la empresa, asignándoles un nuevo rol como vendedores en televentas y, al ser cuestionado por este asunto refirió que obedeció a un tema de discrecionalidad del empleador y que en todo caso habían trabajadores de estas condiciones en preventa. De igual forma, al preguntársele por qué razón los cargos de gestores provisionales fueron diseñados como provisionales, indicó que para evaluar la viabilidad del proyecto, empero, al preguntársele si de ello dependía la permanencia del demandante en ese modelo indicó que no; también manifestó que al inicio

del esquema había entre 40 y 50 trabajadores y que de estos quedaban aproximadamente 35, que los que se habían ido se fueron por negociación con la compañía mediante el pago de un bono y estos no habían sido reemplazados. Finalmente, en la declaración de Harold Beltrán, se reiteró lo indicado por los otros directivos, en la medida que se había decidido cambiar el modelo de venta en la compañía para mejorar la eficiencia en el proceso de ventas y que debido a este cambio las personas que no estuvieron contempladas en este nuevo modelo de negocio, se les delegó la función de televentas para que siguieran siendo productivos en la compañía, esquema que estaba apoyado en tecnología y era medido por software; dio cuenta de la capacitación suministrada al respecto a los trabajadores que era apoyada por un tercero y señaló que si bien dicho modelo se había iniciado con 40-50 trabajadores, dicho número había disminuido, y la empresa no estaba abierta a aumentar los trabajadores para ese esquema alternativo ya que la estructura base no requería de estos trabajadores, porque no necesitaban la cantidad de personas que tenían antes.

Valoradas la pruebas del proceso, la primera conclusión a la que se llega es que la reestructuración que refirió la demandada obedeció fue a un cambio del modelo de autoventa a preventa tal y como se colige de las declaraciones rendidas por los testigos, especialmente por los señores Enrique Santos Montalvo y Giovanni Tijerino, lo cual se acompasa con el comunicado que se envió a todo el personal de la compañía, modelo cuyo cambio consistió en que en la autoventa el vendedor asistía presencialmente al lugar de ubicación de sus clientes, realizaba el negocio, entregaba mercancía y cobraba, pasando a la preventa en la que solo se hacían las dos primeras operaciones, pues la entrega de mercancía y cobro de cartera se hacía por un tercero.

En todo caso, el cambio de modelo antes señalado, no fue la modificación de la que fue objeto el demandante pues a este el esquema

de venta que se le asignó fue el de televenta, siendo coincidentes los testigos Enrique Santos Montalvo, Néstor Andrés Huérfano Peña y Juan Carlos Vera Merchán en que esta asignación ocurrió en el momento en que el demandante no aceptó el ofrecimiento económico para retirarse de la empresa, aspecto que además se corrobora con la comunicación enviada por la misma demandada BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA el 4 de enero de 2021, sin que pueda pasarse por alto que los mismos testigos mencionados refirieron que este cambio a televenta les fue notificado a los directivos sindicales y ciertas personas con condiciones de salud, lo cual se acompasa con lo señalado en el testimonio rendido por Diego Cortes, directivo de la demandada y quien lideró el proyecto de televenta de cuyo relato se desprende que este modelo fue diseñado para algunos trabajadores que por temas médicos y fuero sindical no tenían cabida en el modelo de venta presencial que se contempla en la autoventa y en la preventa; que de acuerdo con lo señalado por Harold Beltrán esta medida de desarrollo alternativo fue para los trabajadores que ya no se requerían por la empresa, resultando claro entonces que este modelo alternativo se usó para los trabajadores que no se podían despedir y con los que no se pudo negociar su desvinculación en atención las condiciones especiales que tenían y no propiamente a la necesidad de abrir nuevas líneas de negocio, pues aunque así lo refirió el testigo Tijerino, el testigo Harold Beltrán indicó que dicho esquema no estaba abierto a aumentar, ya que se había creado para aquellos trabajadores que no se requerían en la estructura de base.

Nótese además que tanto el testigo Diego Cortes como el testigo Harold Beltrán fueron coincidentes en señalar que el porcentaje de trabajadores en este esquema de televenta representaba un porcentaje mínimo en la compañía y que aunque se había reducido el número no había interés en vincular más personal, y que se señaló por el Señor Cortes que los trabajadores que se habían ido se fueron por negociación con bono aspecto que en ese orden tiene la virtualidad de impactar en el derecho

de asociación sindical protegido constitucionalmente en tanto que los trabajadores en este esquema eran sindicalizados o con fuero de salud.

Adicionalmente, es clara la modificación de las condiciones de trabajo que acarreó el modelo de televenta, pues si bien, el cargo del trabajador sigue siendo el de vendedor si cambió sustancialmente la forma en que se prestaba el servicio, pasando de un esquema de venta presencial con libertades a un esquema de venta telefónica completamente controlado, aspecto del que dieron cuenta todos los testigos y además puede colegirse de la Descripción de cargo vendedor TAT preventa y autoventa y del Rol y funciones del cargo vendedor Gestor del Modelo de Distribución Alternativa que fueron aportadas por la demandada, reconociéndose incluso por el demandante que laboraba en la calle y por la representante legal de la demandada que el trabajador no tenía un sitio de trabajo asignado aunque tenía una sede en donde recogía el vehículo, ruta, mercancía, y llevaba el dinero.

Se confirma entonces la sustentación fáctica y probatoria desplegada por la juez de primera instancia, para llegar a las conclusiones expuestas, en cuanto determino que si bien no había una desmejora en el ingreso del actor, si resultaba evidente un trato discriminatorio, consistente en la reubicación en un frente de actividad laboral, predestinado a trabajadores que no se acogieron al plan de retiro voluntario propuesto por la empresa y que ostentaban una protección foral derivada de su actividad sindical o de su estado de salud.

Bajo las anteriores premisas, quedaron incólumes los fundamentos de la decisión impugnada, especialmente la del trato discriminatorio sufrido por el actor, por su renuencia a acogerse al plan de retiro voluntario y por su condición de aforado, razones suficientes por las que se confirmara la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO