TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ESPECIAL FUERO SINDICAL***
DEMANDANTE: ***CONSORCIO EXPRESS S.A.S.***
DEMANDADO: ***SANDRA PATRICIA AVENDAÑO y OTROS.***
RADICACIÓN: ***1100131050- 33-2017-00380-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADAS***
TEMA: ***PERMISO PARA DESPEDIR.***

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El CONSORCIO EXPRESS S.A.S. instauró demanda especial de fuero sindical contra SANDRA PATRICIA AVENDAÑO con el fin que se declare que la demandada es trabajadora del CONSORCIO EXPRESS S.A.S. desde el 16 de mayo de 2013, en virtud de un contrato de trabajo, desempeñando actualmente el cargo de Auxiliar de Seguridad Operacional; que se declare que la demandada es miembro de la Comisión de Quejas y Reclamos de la Organización Sindical CONSORCIO EXPRESS S.A.S., así como también Presidente de la Organización Sindical Sindicato Nacional de Trabajadores del transporte, almacenamiento complementarios y similares – SINALTRANSCOP, gozando de la garantía de fuero sindical; que se declare que la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO incurrió en faltas graves que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, y en consecuencia, se ordene el levantamiento del fuero sindical y se conceda el permiso para despedir con justa causa a la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO, y finalmente, que se condene a la demandada a las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de mayo de 2013; que la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO se encuentra afiliada a la Organización Sindical denominada Unión General de Trabajadores del Transporte en Colombia "UGETRANS COLOMBIA", y hace parte de la Comisión de Quejas y Reclamos conforme comunicación radicada en las instalaciones de la entidad demandante el día 21 de noviembre de 2016; que igualmente, es presidente de la Organización Sindical Sindicato Nacional de Trabajadores del transporte, almacenamiento complementarios y similares – SINALTRANSCOP; que mediante concepto médico laboral se indica que se debe reubicar a la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO;

que el 21 de noviembre de 2016 la profesional especializada en HSE de CONSORCIO EXPRESS SAS, notifica a la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO las recomendaciones y/o reubicación laboral, el cual se negó a firmar; que mediante comunicación escrita el 22 de noviembre de 2016 la sociedad demandante le informó a la demandada el cambio de cargo al de Auxiliar de Seguridad Ocupacional, igualmente que su horario de trabajo es de lunes a sábado de 8:00 am a 5:00 pm, con una hora de almuerzo de 1:00 pm a 2:00 pm, y también que su lugar de trabajo sería en el patio de operaciones de Bosa; que el 05 de diciembre de 2016 fue llamada a descargos para el día 07 de diciembre de 2016, debido a que no se presentó a desempeñar sus funciones en el patio de Bosa durante el periodo del 22 de noviembre de 2016 hasta el 5 de diciembre de 2016; que el 7 de diciembre de 2016 no se presentó a la diligencia de descargos, ni tampoco allegó justificación, razón por la que, fue citada en una segunda oportunidad para el día 13 de diciembre de 2016, fecha en la que se realizaron los descargos, y posteriormente, el 16 de diciembre de 2016, se le comunicó la decisión de suspender el contrato de trabajo a partir del inicio de la jornada del 17 de diciembre de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017; que el 20 de febrero de 2017, le fue informado a la demandante que a partir de la fecha ocuparía el cargo de Auxiliar de Seguridad Operacional, con el mismo horario y jornada que tenía en el cargo anterior, y en el patio de operaciones de Bosa, igualmente, que el cambio de funciones era temporal dadas las recomendaciones médicas; que el 8 de marzo de 2017 le informó sobre la apertura de un proceso disciplinario y se citó a descargos para el 10 de marzo de 2017, ello debido a que no se presentó a laborar entre el 15 y 16 de febrero de 2017; que la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO no se presentó a la diligencia de descargos, y fue citada en una segunda oportunidad para el 24 de marzo de 2017, misma que se reprogramó para el 27 de marzo de 2017, pero tampoco asistió la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO; que el 6 de abril de 2017 le fue informado la decisión de suspender el contrato de trabajo a partir del 7 de abril hasta el 21 de abril de 2017; que mediante correo electrónico remitidos por Jhon Fernando León González-Coordinador de Seguridad Ocupacional de Consorcio Express SAS, le informa al Asistente Jurídico de Gestión Humana que la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO no se ha presentado a laborar desde el 22 de abril al 06 de junio de 2017 en el patio de Bosa, inasistencia que se corroboró con el reporte biométrico; que el 11 de mayo de 2017, se le comunicó a la trabajadora la apertura de proceso disciplinario y se citó a diligencia de descargos para el 15 de mayo de 2017; en la diligencia de descargos asistió en compañía de Wilson Hoyos y Jesús María Riaño, en calidad de delegados de la Organización Sindical Ugetrans Colombia; que las respuestas a la diligencia de descargos fue con manifestaciones evasivas, eludiendo su responsabilidad y determinan el incumplimiento del reglamento interno de trabajo y del contrato de trabajo; que el 14 de junio de 2017, el CONSORCIO EXPRESS SAS, le informó a SANDRA PATRICIA AVENDAÑO, la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa, decisión que fue recurrida en apelación el 16 de junio de 2017, y resuelta de manera desfavorable el 21 de junio de 2017.

2. Contestaciones

2.1 SANDRA PATRICIA AVENDAÑO.

Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que a la empresa demandante no le asiste derecho para solicitar

autorización para terminar el contrato de trabajo de la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO; aceptó que fue contratada por el CONSORCIO EXPRESS SAS, con ingreso desde el 16 de mayo de 2013, y que hace parte de la Organización Sindical de Primer Grado "UNION GENERAL DE TRABAJADORES EN COLOMBIA- UGETRANS COLOMBIA" desde el 17 de septiembre de 2016, y que funge como miembro de la Comisión de Reclamos; que ha sido víctima de diversos actos de persecución y discriminación laboral, que incluyen infundados procesos y sanciones disciplinarias, relevo abusivo en sus funciones sin el pago del bono pactado como parte de su salario, prohibición de ingreso al patio "20 de julio", divulgación pública de las sanciones disciplinarias, e intento de terminación unilateral del contrato de trabajo con justas causas no probadas; que las anteriores circunstancias le han generado estrés laboral que desencadenó en tratamiento médico psiquiátrico; que interpuso una acción de tutela con el propósito de hacer valer el derecho fundamental del trabajo y mínimo vital, ante la disminución de su salario producto del cambio de funciones, tutela negada en primera instancia, y revocada en segunda instancia, con la orden de manera transitoria de protección de sus derechos fundamentales al trabajo y mínimo vital; que 24 de junio de 2017 le pidió a la empresa CONSORCIO EXPRESS SAS dar cumplimiento a la acción de tutela, la cual fue cumplida de manera parcial, ya que no le restablecieron sus funciones; que le fue suspendido su contrato de trabajo en cuatro oportunidades, sin poder recibir salarios y demás beneficios económicos, prestaciones, así como seguridad social; que la entidad demandante se abstuvo de agotar el debido proceso constitucional, ya que no observó el procedimiento establecido en el reglamento interno de trabajo; que en las diligencias de descargos y las sanciones disciplinarias se presentan irregularidades; que el traslado al patio de Bosa representa un aumento en el tiempo de traslado de su residencia al lugar de trabajo y además no podía ser operadora de vehículo "padrón dual", sino que pasaría a ser Auxiliar de Seguridad Operacional, con la consecuente desmejora de cargo y salario; que las decisiones del empleador han generado graves perjuicios materiales; finalmente, que está tramitando una denuncia penal y una queja de acoso laboral, pero que al momento de la contestación de la demanda no han sido decididos. Enfiló como excepciones de mérito las que denominó falta de causa, cosa juzgada, violación de los derechos fundamentales de la trabajadora y desconocimiento de los postulados constitucionales, y violación del debido proceso constitucional.

2.2 Organización Sindical "UNION GENERAL DE TRABAJADORES EN COLOMBIA- UGETRANS COLOMBIA"

A través de curador ad litem aceptó que la demandada ingresó a laborar desde el 16 de mayo de 2013, pero se opuso a que el cargo es de auxiliar, ya que fue contratada como operadora de bus, y no ha existido cambio de cargo; que la empresa no le permite realizar su trabajo de operador bus dual; que no existe evidencia de la falta grave alegada por el empleador; y que no hay presupuestos ni requisitos para levantar el fuero sindical, ya que debe tenerse en cuenta la sentencia de tutela que ordenó la re-ubicación como operadora de bus en el patio 20 de julio. Propuso como excepciones, la previa de cosa juzgada, y de mérito las de despido ineficaz, negar autorización para levantar el fuero sindical, falta de causa para pedir, prescripción, y la genérica.

2.3 Organización Sindical "SINALTRANSCOP"

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptando solo la relacionada con que la demandada goza de fuero sindical como integrante de la comisión de reclamos del

sindicato "UGETRANS", y presidente de la organización sindical "SINALTRANSCOP", mostrando su inconformidad en el cargo desempeñado, ya que la demandada fue contratada para ejercer como operador de bus zonal; que con el cambio de puesto de trabajo generó un desmejoramiento de su salario y el no pago del bono que se recibe al realizar la actividad para la cual fue contratada; que la entidad empleadora inició procesos disciplinarios por actividades en la cual no fue contratada; que se advierte la violación de derechos de la trabajadora y el ejercicio sindical, ya que la situación de la trabajadora fue resuelto a través de una acción de tutela que ordenó reinstalarla al cargo de conductora de operador de bus patrón dual, y que en el patio de Bosa no existen esa clases de buses. Como excepciones propuso la previa de tránsito a cosa juzgada, y las de fondo de declarar que el despido sufrido por la señora Sandra Patricia Avendaño es ineficaz, negar la autorización para levantar el fuero sindical del trabajador aforado, falta de causa para demandar, prescripción, y la genérica.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró que la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO, incurrió en una justa causa de terminación del contrato de trabajo establecida en el CST, en concordancia con el Reglamento Interno de Trabajo y el contrato de trabajo, en consecuencia, ordenó el levantamiento del fuero sindical, derivado inicialmente de su condición de miembro de la Comisión de Quejas y Reclamos de la organización sindical UGETRANS y actualmente como presidente de la organización sindical SINALTRANSCOP; concedió autorización para despedir a la demandada SANDRA PATRICIA AVENDAÑO; declaró no probada la excepción de prescripción, relevándose del estudio de las demás excepciones, y gravó en costas a la demandada. (fls. 840 a 841 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que la empresa demandante logró acreditar la justa causa, ya que fue la misma trabajadora quien puso en conocimiento de la empresa su estado de salud para el año 2016, y ante ello, el empleador siguiendo el manual de operaciones le notifica que debe prestar sus servicios en el patio de Bosa como Auxiliar de Seguridad, pero la trabajadora se rehusó a cumplir tal orden, y no se presentó en el lugar de trabajo; que la asignación en un nuevo cargo no fue una actuación desmedida por parte del empleador, ya que se efectuó siguiendo las recomendaciones médicas de medicina laboral de la empresa, aunado a que lo fue para preservar su salud, y por cumplimiento del manual de operaciones, en vista de que estaba siendo tratada con medicamentos que podían afectar la labor de conducción de vehículo de servicio público para la cual fue contratada; que los diferentes procesos disciplinarios adelantados en su contra no evidencian la vulneración del debido proceso, ya que tuvo la oportunidad de presentar descargos y ser asistida por miembros del Sindicato; que en la acción de tutela que ordenó amparar los derechos fundamentales al trabajo, no se estudia el ius variandi, y tampoco puede constituir limitación para que el juez de conocimiento del proceso especial del fuero sindical se pronuncie en relación con la justa causa alegada; que para la reasignación de funciones o traslado no se requería modificación del contrato de trabajo, ya que la trabajadora no fue contratada para un cargo en especial, debiendo someterse al ius variandi y al poder subordinante, máxime que el cambio de conductor de bus dual al de auxiliar de seguridad tuvo como soporte la misma comunicación allegada por la actora frente a su estado de salud; que no se requería acudir al Ministerio del Trabajo a obtener autorización para el traslado, ya que el mismo surgió por el reporte del estado de salud de la trabajadora, indicado por ella misma, y no por un actuar caprichoso del empleador; que no se evidencia actos de persecución sindical, pues lo que quedó demostrado fue la negativa de la trabajadora

en presentarse al lugar asignado; que si bien la medicación que estaba recibiendo solo fue por dos meses, la trabajadora solo hasta la fecha en que la entidad decide terminar su relación laboral por no presentarse al lugar de trabajo asignado, es que comunica a la empresa una certificación del médico tratante donde se evidencia tal situación; que debe diferenciarse entre la acción de tutela y el proceso especial de fuero sindical, ya que se estudia dos situaciones diferentes; que no era necesario obtener concepto de la ARL o la EPS para proceder al cambio de cargo, ya que fue la misma trabajadora quien allegó comunicación de su estado de salud; que no existe acto tendiente a desmejorar o atacar el derecho de asociación sindical, al contrario, la trabajadora se rehusó a asistir al patio de Bosa, y seguía asistiendo al patio del 20 de julio, donde ejercía actos de asociación sindical, sin ninguna consecuencia adversa; que no podía la actora apelar a su situación de aforada sindical para rehusarse a cumplir la orden del empleador.

Finalmente, asintió que no se configura la prescripción, ya que se inició el proceso disciplinario el 11 de mayo de 2017, citándola a diligencia de descargos, y la decisión de finalizar el contrato de trabajo aconteció el 14 de junio de 2017, presentándose la acción de levantamiento de fuero sindical el 21 de junio de 2017, es decir, sin que haya transcurrido más de dos meses entre la decisión de terminar el contrato y la interposición de la acción judicial.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por los apoderados judiciales de la parte demandada, la organización sindical "UGETRANS", y la organización sindical "SINALTRANSCOP".

4.1 SANDRA PATRICIA AVENDAÑO: Manifiesta que la demandada fue vinculada bajo un contrato a término indefinido, y en el transcurso de su vinculación fue ascendida, realizándose siempre otro sí al contrato de trabajo, por lo que, para el traslado al patio de Bosa debía hacerse otro sí o modificación al contrato de trabajo; que en el mes de febrero de 2017 se ordena por el empleador el traslado aludiendo razones de medicación, pero ella solo estuvo medicada hasta octubre de 2016; que no se tuvo en cuenta la certificación médica de la Clínica la Paz, en donde informa que la demandada ya podía seguir ejerciendo la labor de conducción de buses; que las sanciones disciplinarias impuestas desde el 2016 hasta el 2017 fueron revisadas por el juez constitucional, quien ordenó que debía ser reubicada, decisión que quedó en firme; que existió un traslado inconsulto; que el empleador debía iniciar un proceso de fuero sindical para el traslado; que la trabajadora siempre se presentó a laborar en el puesto del 20 de julio, ya que en Bosa no hay buses patrón dual; que para imponer el traslado debía consultar con la ARL, EPS o el médico tratante; que desde que se afilió a la organización sindical todas sus conductas son de persecución sindical, y más cuando empezó a ser presidente de la organización sindical; que sí la entidad considerada que la trabajadora estaba incapacitada medicamente para ejercer la labor de conductora, debía ceñirse a los postulados del artículo 26 de la ley 631 de 1997, es decir, solicitar permiso al Ministerio del Trabajo; que se desconoce la naturaleza del ius variandi a la luz de lo pregonado por la Corte Constitucional; que no se tuvo en cuenta la certificación de la doctora Ángela, quien certifica que no consumía medicamentos y se encontraba apta para desempeñar las labores de conductora; que se ignora que la protección foral debe verse como un todo; que se configura la excepción de prescripción, se vulnero el debido proceso y el non bis in ídem, ya que no se cuenta la prescripción desde que se tomó la decisión de finalizar el contrato, sino desde la primera sanción disciplinaria que fue hace casi 8 meses de haberse interpuesto la acción especial de fuero sindical.

4.2 UGETRANS: Afirma que no se respetaron los derechos sindicales, y que el juez fundó su decisión en apreciaciones contenidas en los alegatos, y no en las pruebas y los hechos, que es lo que realmente interesa para la definición del litigio; que se configura la excepción de prescripción contando desde la primera sanción disciplinaria, sin que exista interrupción de la misma por parte de la trabajadora; que la demandada no estaba en tratamiento médico y no se demostró que existiera concepto médico sobre la restricción de conducir; que al enterarse la empresa de que no podía conducir procedió a trasladarla y a quitarle el cargo de conductora, y posteriormente a iniciarle procesos disciplinarios; que para el mes de marzo de 2017 la entidad demandada ya tenía conocimiento del estado de salud de la trabajadora, y por ello, no podía trasladarla sino que debía continuar con su labor de conductora; que para el traslado debía el empleador pedir permiso al Ministerio del Trabajo; que para la fecha en que se interpuso la demanda ya habían pasado más de 2 meses, si se tienen en cuenta la fecha de conocimiento del estado de salud; que para ejercer el ius variandi por parte del empleador deben existir unos parámetros, pero en el presente asunto se vulneró el debido proceso, ya que debía tener autorización del Ministerio del Trabajo; que no se puede confundir el ius variandi con la justa causa, ya que son dos figuras diferentes, requiriéndose para el traslado la autorización de autoridad competente; que no se verificó en debida forma el tema de la tutela que ordenó su re-instalación al cargo de conductora; que se vulneró el debido proceso, ya que no existía concepto médico claro de su estado de salud; que no se le dio a conocer el reglamento de seguridad; que no existe justa causa, ya que era deber del empleador estar pendiente del estado de salud de la trabajadora, y no lo hizo; que en la tutela se ordena la re- ubicación por haber sido trasladada a un cargo inferior; en definitiva, que no están probadas las justas causas alegadas por la entidad demandante.

4.3 SINALTRANSCOP: Señala que la trabajadora presentó una situación médica ante el empleador, pero fue como víctima de acoso laboral, y la toma de medicamentos solo fue por espacio de 2 meses, y posterior a eso no había restricciones laborales; que la empresa demandante no demostró en ningún momento los seguimientos del estado de salud de la trabajadora; que los procesos disciplinarios se iniciaron por motivo de que era afiliada al sindicato; que mostrar la fotografía de la trabajadora con una anotación de la sanción disciplinaria constituye una forma de persecución laboral; que para el mes de marzo de 2017, existe certificación de que los medicamentos ya los había dejado de consumir desde hace 8 meses; que debe operar la prescripción, y además no se tuvo en cuenta la voluntad de la trabajadora para el traslado; que por ser trabajadora afiliada al sindicato, el traslado se constituye como un castigo; que el traslado desmejora su situación laboral, y además genera un impacto negativo ante la organización sindical; que la prescripción debe contarse desde el primer proceso disciplinario; que para revisar su estado de salud, debió hacerse exámenes de laboratorio; que el sindicato si se ve afectado, ya que queda sin la cabeza de la organización sindical; que si la empresa consideraba que la trabajadora era una persona incapacitada por su estado de salud, debía solicitar autorización del Ministerio del Trabajo.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El levantamiento del fuero sindical y la autorización para terminar el contrato de trabajo emitida por el a quo se encuentra o no ajustada a derecho?, para lo cual se abordará sí (ii) ¿La renuencia de la trabajadora en presentarse en el patio Bosa configura la justa causa para la terminación del contrato de trabajo? Y sí (iii) ¿El cambio de cargo se enmarca dentro de la facultad unilateral que tiene el empleador en el ejercicio del ius variandi?

FUERO SINDICAL

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** que entre las partes existe una relación laboral, desde el 16 de mayo de 2013 (Fol. 37 a 41 copia del contrato de trabajo), ostentando el cargo de Operador de Bus Patrón Dual desde el 16 de septiembre de 2014 (Fols. 44 a 45); **ii)** que ostenta la calidad de miembro de la Comisión de Quejas y Reclamos de la Unión General de Trabajadores del Transporte en Colombia "UGENTRANS" (Fol. 126); **iii)** Así mismo, que funge como presidente del Sindicato Nacional de Trabajadores del Sistema Nacional de Almacenamientos y Complementarios y Similares "SINALTRANSCOP" (Fol. 733); iv) que el 27 de octubre de 2016 la trabajadora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO radica ante el CONSORCIO EXPRESS S.A.S. su estado de salud emocional y sus patologías, anexando la historia clínica (Fols. 52 a 56); **v)** que el 05 de diciembre de 2016 el empleador le inició un proceso disciplinario, que concluyó con decisión del 16 de diciembre de 2016, suspendiendo su contrato de trabajo desde el 17 de diciembre de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017 (Fols. 64 a 70); **vi)** que, mediante comunicación del 20 de febrero de 2017, el empleador le informa que según lo dispuesto por el área de seguridad ocupacional no cumplía con los requisitos para continuar ejerciendo el cargo de Operador de Bus, debiendo desempeñar transitoriamente el cargo de Auxiliar de Seguridad Operacional en el patio Bosa; manifestando la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO su inconformidad a través de escrito datado el 22 de febrero de 2017 (Fols. 71 a 74); **(vi)** que el 6 de abril de 2017 le comunican a la trabajadora la suspensión del contrato por el lapso del 07 al 21 de abril de 2017, ello debido a que debía presentar a laborar a partir del 15 de febrero de 2017 en el Patio Bosa, pero sin justificación se ausentó los días 15 y 16 de febrero de 2017, conminándola a que, a partir del 22 de abril de 2017 debe presentarse en el Patio Bosa (Fols. 89 a 90); **(vii)** que el 11 de mayo de 2017 se le apertura proceso disciplinario y se cita a descargos para el día 15 de mayo de la misma anualidad, fecha en la que se rindieron los descargos, y posteriormente el 14 de junio de 2017, se le comunica la terminación del contrato de trabajo con justa causa, previo el levantamiento del fuero sindical, ello con fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones laborales, en especial de presentarse a laborar en el Patio Bosa (Fols. 104 a 105); **(viii)** que la anterior decisión fue apelada por la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO (Fol. 106 a 108), y desatada de manera desfavorable el 21 de junio de 2017 (Fols. 508 a 509); **(ix)** que la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO, adelantó una acción de tutela, que terminó con sentencia absolutoria en primera instancia, y revocada en segunda instancia por el Juzgado Primero Penal Para Adolescentes del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento, quien mediante sentencia del 09 de junio de 2017 amparó los derecho fundamentales al trabajo y al mínimo vital, ordenando que se reintegre a la trabajadora al cargo de Operadora de Bus, decisión impartida de manera transitoria, que llevó a instaurar proceso ordinario laboral, correspondiéndole al Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, donde actualmente se tramita (Fols. 795 a 817); **(x)** que el 13 de julio de 2017 el empleador CONSORCIO EXPRESS S.A.S. da

cumplimiento al fallo de tutela, y procede al pago retroactivo de salarios y prestaciones como Conductora de Operador Bus, inclusive por los lapsos dejados de laborar con ocasión a la suspensión disciplinaria, notificadas el 16 de diciembre de 2016 y el 6 de abril de 2017 (Fols. 717).

Importa memorar que el artículo 39 de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del fuero sindical como una paladina expresión de la libertad de asociación establecida en el artículo 38 superior, de la cual gozan los representantes de los sindicatos para el cumplimiento de su gestión, protección especial que también ha sido reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

De otra parte, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni 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"*.

En ese orden, el derecho al fuero sindical, para quienes se encuentran amparados por esta garantía en términos del artículo 406 del C.S.T., entraña una serie de obligaciones correlativas para el empleador como abstenerse de despedir o desmejorar de cualquier manera la situación del trabajador, salvo que medie una justa causa previamente calificada y autorizada por el juez laboral.

Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades, esta normativa es producto del desarrollo de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, según las cuales los países miembros de esta, se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto dirigido a perjudicar a los representantes sindicales, en razón de su gestión sindical, incluido el despido y el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Lo anterior no significa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, a saber, **en la sentencia T-220 del 20 de marzo de 2012**: *"…que no sea posible despedir al empleado, sino que en el evento en el que el empleador despida al trabajador* ***deberá demostrar la existencia de una justa causa para hacerlo, y el juez deberá constatar la existencia o inexistencia de la misma con el fin de autorizar el despido****"*.

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN DE LEVANTAMIENTO DEL FUERO SINDICAL PARA DESPEDIR

Es menester para la Sala detenerse en las previsiones legales contenidas en el artículo 410 del C.S.T., relativo a las justas causas para el despido de un trabajador amparado por el fuero sindical: 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo.

De todo lo expuesto hasta aquí, se puede establecer de manera cristalina que la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO ostenta la calidad de miembro de la Comisión de Quejas y Reclamos de la Unión General de Trabajadores del Transporte en Colombia "UGENTRANS" (Fol. 126), así mismo, que funge como presidente del Sindicato Nacional de Trabajadores del Sistema Nacional de Almacenamientos y

Complementarios y Similares "SINALTRANSCOP" (Fol. 733), y que el 14 de junio de 2017, se le comunica la terminación del contrato de trabajo con justa causa, previo el levantamiento del fuero sindical, ello con fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones laborales, en especial la de presentarse a laborar en el Patio Bosa (Fols. 104 a 105); que el 25 de abril de 2018 le fue notificado que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa, previo levantamiento de fuero sindical con la condigna autorización por ostentar la condición de directivo sindical (Fol. 54 y 55 archivo digital rotulado como demanda y anexos), aspectos que se tendrán en cuenta al momento de fallar de fondo la presente causa.

PROCESO DISCIPLINARIO PARA TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR JUSTA CAUSA

Sobre el derecho de defensa y el debido proceso que se duele la parte demandada se vulneró por la entidad demandante, debe decirse que, desde la óptica formal, no se aprecia vulneración de esas garantías fundamentales, ya que según el artículo 49 del Reglamento Interno de Trabajo, se precisa un procedimiento para comprobación de faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias, en cuyo apartado establece:

> *"Artículo 49. Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente y si éste es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la organización sindical a que pertenezca.*
>
> *En todo caso se dejará constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva (artículo 115, C.S.T)".*

Como se observa de la foliatura que milita a folio 97 a 108, y 508 a 509, la entidad accionante el 11 de mayo de 2017 le apertura proceso disciplinario a la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO, y se cita para rendir descargos para el día 15 de mayo de la misma anualidad, fecha en la que se llevó a cabo la diligencia, donde estuvo acompañada de Wilson Hoyos y Jesús María Riaño, como representantes de la organización sindical a la que pertenece, y de manera posterior, el 14 de junio de 2017, le comunica la terminación del contrato de trabajo con justa causa, previo el levantamiento del fuero sindical, con fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones laborales, en especial de no presentarse a laborar en el Patio Bosa, máxime que sobre tal determinación tuvo la oportunidad de presentar recurso de apelación, a pesar de no estar consagrado en el Reglamento Interno de Trabajo, lo que denota, que desde el plano formal, el procedimiento adelantado por el empleador se ajusta en un todo a lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, y de tal forma, la alzada tendiente a quebrantar el fallo de primera instancia por vulneración de garantías constitucionales no sale avante, igualmente cumple precisar que se aviene a lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2351-2020, donde reitera el criterio sostenido en sentencia SL15245-2014, en los siguientes términos:

> "*Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido*

proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir".

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas ocasiones que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su existencia u ocurrencia y el cumplimiento de las formalidades pre-establecidas, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

Lo primero que resalta la Sala es que mediante comunicación del 14 de junio de 2017 le fue notificado a la trabajadora que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa, previo levantamiento de fuero sindical y autorización por ostentar la calidad de aforada sindical (Fol. 104 y 105).

En aquella comunicación se le hizo saber del despido a la demandada en los siguientes términos:

"Me permito informarle la decisión de CONSORCIO EXPRESS S.A.S. de terminar su contrato de trabajo de forma unilateral y con justa causa (…)

1. *La Compañía tuvo conocimiento que a pesar que en carta de fecha 6 de abril de 2017, en la que se notificó la suspensión de su contrato de trabajo como consecuencia de sus incumplimientos de obligaciones laborales, la Compañía expresamente le señaló que una vez la misma terminara, Usted debía reintegrarse a sus labores, es decir, que debía presentarse a laborar a partir del día 22 de abril de 2017, en las instalaciones del Patio Bosa, teniendo en cuenta que desde el 20 de febrero de 2017, Usted fue notificada que debía prestar sus servicios en dicho Patio, Usted no se presentó, observándose que Usted sin autorización ni justificación alguna, no se ha presentado a laborar en el Patio Bosa, en el periodo comprendido entre el 22 de abril de 2017 y el 10 de mayo de 2017, lo cual constituye un incumplimiento de sus obligaciones laborales, el cual reviste de mayor gravedad, por cuanto se trata de una conducta reiterada, ya que en atención a inasistencias anteriores, Usted ya ha sido objeto de sanciones disciplinarias.*

2. *(…)*
3. *(…)*
4. *Ahora bien, se tiene que al momento de ponerle de presente que la Compañía tuvo conocimiento que desde el 22 de abril de 2017, Usted sin autorización ni justificación alguna no se ha presentado en el lugar de trabajo que le fue notificado por la Compañía, es decir Patio Bosa, Usted pretendió dar respuestas evasivas, lo cierto es que la Compañía cuenta con pruebas tales como los reiterados informes del Coordinador de Seguridad Operacional, que permiten evidenciar que Usted en reiteradas oportunidades, ha hecho caso omiso de las instrucciones dadas por su Empleador"*
5. *(…)*
6. *Lo anterior, reviste de mayor gravedad, toda vez que tal y como es de su conocimiento, Usted ya ha presentado antecedentes disciplinarios por los mismos hechos, observándose que sus incumplimientos de obligaciones laborales son reiterados, lo cual evidencia de su parte un comportamiento constantemente omisivo e indispliciplinado que resulta inaceptable para la Compañía, generándose que la misma pierda la confianza depositada en Usted.*
   (…)

   Por todo esto y una vez quede ejecutoriado la Sentencia que defina el proceso de levantamiento de fuero sindical iniciado por CONSORCIO EXPRESS S.A.S., la Empresa procederá a terminar su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del CST, en concordancia con los numerales 1° y 5° del artículo 58 del mismo estatuto".

Conforme lo expuesto, en la comunicación de terminación unilateral y por justa causa, la entidad empleadora CONSORCIO EXPRESS S.A.S. sí previno o apercibió a la actora no solo de las disposiciones legales trasgredidas, sino también de la falta o conducta que da lugar al finiquito del vínculo, la cual consistió en que la trabajador no se presentó al Patio Bosa, tal como lo confesó en el interrogatorio de parte, y al momento del careo con el testigo Benjamín Arévalo Murcia, en la que al inquirírsela sobre los motivos de su no comparecencia a laborar en el Patio de Bosa, asentó que "*no me presenté en Bosa porque no tuvieron en cuenta mi situación*", "*no acepte porque desmejorarían mi situación laboral*", y "*allá no hay buses dual*", tesituras que llevan a esta Colegiatura a verificar si en efecto, la actora debía cumplir la orden impartida por la empresa de presentarse a partir del 22 de abril de 2017 en el Patio de Bosa, donde fue asignada mediante comunicación del 20 de febrero de 2017 (Fols. 71 a 72), o, por el contrario, su actitud omisa se encuentra justificada en su situación particular, aspectos que nos llevan al estudio del ius variandi, previo las siguientes precisiones de carácter sustancial en relación con la misiva de terminación del contrato de trabajo.

Lo primero que llama poderosamente la atención de la Sala es que el empleador sustente la carta de terminación con la afirmación de: "*Usted ya ha presentado antecedentes disciplinarios por los mismos hechos, observándose que sus incumplimientos de obligaciones laborales son reiterados",* ello, toda vez que, al haberse impuesto dos sanciones disciplinarias, una el 16 de diciembre de 2016, suspendiendo su contrato de trabajo desde el 17 de diciembre de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017 (Fols. 64 a 70), y otra el 6 de abril de 2017 con la suspensión del contrato por el lapso del 07 al 21 de abril de 2017 (Fols. 89 a 90), impedía al empleador volver a enrostrarle tal falta disciplinaria para configurar el incumplimiento

de las obligaciones laborales y con ello dar paso a la terminación del contrato, ya que se itera, los incumplimientos laborales acaecidos en diciembre de 2016, y febrero de 2017 no constituyen en si hechos que perduren como antecedente disciplinario para sustentar el incumplimiento de las obligaciones laborales que se predican en la decisión de finiquito de la relación laboral, que no es otra que, no haberse presentado en el Patio de Bosa a partir del 22 de abril de 2017, punto en particular en que se centrara o abordara la justa causa esgrimida por el empleador. Lo anterior, tiene sustento en lo adoctrinado por la Corte Constitucional en sentencia C-487 de 2020, el cual precisa que:

> *"La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de non bis in ídem es de aplicación restringida, en el entendido que no prohíbe que una misma conducta sea castigada y valorada desde distintos ámbitos del derecho, esto es, como delito y al mismo tiempo como infracción disciplinaria o administrativa o de cualquier otra naturaleza sancionatoria. Para la Corte, dicho principio adquiere relevancia constitucional y resulta exigible, sólo en los casos en que, bajo un mismo ámbito del derecho, y a través de diversos procedimientos, sanciona repetidamente un mismo comportamiento, ya que en esta hipótesis se produce una reiteración ilegítima del ius puniendi del Estado, como también un claro y flagrante desconocimiento de la justicia material y la presunción de inocencia. A manera de conclusión, esta Corporación ha considerado que es posible juzgar y sancionar un mismo comportamiento en los siguientes casos: (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto y sujetos".*

Conforme lo anterior, se adentrará la Sala a establecer si el incumplimiento de la demandada de presentarse a partir del 22 de abril de 2017 en el Patio de Bosa, a ejercer el cargo de Auxiliar de Seguridad Operacional constituye incumplimiento de las obligaciones laborales establecidas en el CST, el Reglamento Interno de Trabajo y el contrato de trabajo.

IUS VARIANDI

Al respecto, el a quo asintió que siguiendo la pacifica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia, como la de radicado 25103, la orden impartida por el empleador en ejercicio del ius variandi no fue caprichosa, y lo fue por razones objetivas ante la situación médica que la misma trabajadora arrimó a la empresa el 27 de octubre de 2016, en la que informa que "*pongo en conocimiento, mi estado de salud emocional, y las patologías relacionadas en la historia clínica anexas, para su respectivo procedimiento"* (Fol. 52), historia clínica firmada por el médico psiquiatra Carlos Andrés Londoño Mora, aduciendo como análisis que *"paciente con recurrencia de síntomas depresivos y ansiosas de larga data, además presenta estresores laborales y relación bastante distante con su esposo. Historia de buena respuesta a la fluoxetina y a la Trazadona"* (Fol. 53), lo que llevó al CONSORCIO EXPRESS S.A.S. a establecer unas recomendaciones y/o reubicación laboral, con el objeto de: *"reubicación laboral temporal preventiva con el objeto de permitir el proceso de asistencia a tratamiento y recuperación del estado de salud de la trabajadora" "Uso de medicamentos antidepresivos (Fluoxetina y Trazadona) dentro de los cuales sus efectos secundarios se encuentra mareo e insomnio" "vigencia de*

recomendaciones inicio: 21-11-2016; fin: Hasta nueva evolución médica psiquiátrica o médico laboral de EPS" "sitio de reubicación Patio Bosa, área Seguridad Operacional" (fol. 57 a 58)

Aunado a lo anterior, consideró el a quo que la decisión del empleador de reubicar a la trabajadora obedeció a que el Manual de Operaciones de Trasmilenio, exige en el numeral 1.10 que *"el personal que interviene en la operación está en la obligación de presentarse al servicio en las condiciones mentales y físicas requeridas para el correcto desempeño de sus funciones",* esto es, que de ninguna manera la decisión del empleador fue arbitraria, al contrario, adujo que se efectuó para preservar la seguridad de la trabajadora, así como de los usuarios del sistema integrado de transporte público, aspecto que en línea de principio comparte esta Judicatura, de no ser, porque como se dijo, frente al primer incumplimiento fue sancionada con suspensión del contrato hasta el 14 de febrero de 2017, razón por la cual, no podía el empleador mantener de manera indefinida un cambio de funciones, si a la postre solo fue una reubicación temporal, lo que significa que debía valorar la situación particular de la trabajadora con posterioridad a la primera sanción, para establecer si se mantenía la orden de reubicación temporal, o debía restablecerse en su función de conductora de Bus Patrón Dual en los términos del *otro sí* de folio 45 a 46 suscrito por las partes.

Pues bien, lo anterior nos lleva al estudio de sí la decisión de la empresa empleadora se apega a lo decantado sobre la figura del IUS VARIANDI, y para ello, en sentencia SL21655, radicación No 49496 de 2017, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rememora el criterio jurisprudencial que la Alta Corporación ha afincado sobre el ius variandi, y específicamente, sostiene:

> *La Sala sobre el particular, ha aclarado que el ius variandi es la facultad del empleador para realizar los cambios necesarios en cuanto al sitio de trabajo, la cantidad, calidad de la producción y su organización; al tiempo que no es una atribución arbitraria e ilimitada del empleador en relación con el trabajador y está limitada a realizar las modificaciones necesarias para mejorar las condiciones laborales, pero no puede afectar la dignidad ni los derechos del trabajador (CSJ SL16964-2017). Esta potestad, entonces, es legítima en la medida en que resulta necesaria para que el empresario pueda organizar y dirigir el recurso humano en aras de optimizar el resultado de la empresa (CSJ SL4427-2014, SL12593-2017)".*

En cuanto a la negativa del laborante de optar por el traslado del trabajador y el ius variandi, en la misma sentencia la Corte precisa:

> *"no basta con la simple oposición o malquerencia del traslado por parte del trabajador para tornarlo en ilegítimo e inaplicable para el empleador. La ausencia de voluntad del trabajador no supone invalidación de la facultad de ius variandi que le asiste al empleador, siempre y cuando, se reitera, ello no comprometa de forma efectiva o contingente sus derechos constitucionales y legales, lo que por demás, debe estar cabalmente demostrado".*

En el sub examine, debe advertirse que en efecto la actora acepta que nunca se presentó al Patio Bosa, pero tal aceptación por sí sola no puede llevar a configurar la justa causa alegada de incumplimiento de sus obligaciones laborales por no obedecer la orden impartida por el empleador, ya que se deben analizar las circunstancias particulares, para determinar si estuvo bien o mal ejercido el IUS VARIANDI por el empleador, y si se encuentra dentro de los límites que nos ilustra

la jurisprudencia en cita, ello nos llevará a verificar que fue lo que aconteció para el 22 de abril de 2017.

De esta manera, se encuentra que la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO radicó en el mes de marzo de 2017 un derecho de petición en el que dice: *"para poner en conocimiento formula número 763089 de fecha 9 de marzo de 2017, donde se especifica que no cuento con ninguna medicación para desempeñar las actividades para la cual soy contratada",* y en la formula menciona que: *"trastorno depresivo por historia clínica, al momento sin síntomas, estable, sin tratamiento farmacológico al momento (sin medicamentos al momento)",* firmado por Carlos Andrés Londoño, médico psiquiatra (Fol. 627 a 628).

A su vez, la entidad le responde en oficio del mes de abril de 2017 (Fol. 91), que en varias oportunidades le han reiterado que "*los soportes allegados por Usted no permiten tener plena certeza que a la fecha Usted ya no se encuentra tomando medicamentos que generen efectos secundarios, por lo cual la Compañía en atención a los riesgos que trae consigo la conducción de vehículos de servicio público de pasajeros, no puede asignarle actividades de conducción, sin que se tenga plena certeza que Usted efectivamente no cuenta con restricción alguna para conducir*", motivo por el que, le solicitó a la trabajadora que *"en caso de que efectivamente Usted a la fecha ya no cuente con restricción alguna, proceda a allegar a la compañía una certificación vigente de parte de su médico tratante, en el cual el mismo expresamente certifique que Usted a la fecha no consume medicamentos, y que por ende, dicho profesional de la salud considera que Usted es apta para desempeñar actividades de conducción".*

Lo anterior no se compadece con el trámite que debía seguir la entidad en orden a verificar el estado de salud físico o psíquico de la trabajadora, pues nótese que el documento allegado en el mes de abril de 2017, está firmado por el médico psiquiatra Carlos Andrés Londoño Mora, mismo que le expidió parte de la historia clínica con la cual la sociedad demandante, en el mes de octubre de 2016, procedió a realizar las recomendaciones y reubicación del cargo, es decir, llama la atención de la Sala que, para proceder a la asignación de otro cargo diferente al de conductora, sí se tuvo en cuenta el documento firmado por el médico psiquiatra, pero para restablecer su cargo ante la medida de reubicación provisional no es válida la formula firmada por el mismo galeno, donde certifica que para el mes de marzo de 2017, no se encontraba consumiendo fármacos.

Adicionalmente, también resulta procedente hacer referencia al Manual de Operaciones de folios 222 a 475, respecto del cual el a quo solo tuvo en cuenta el numeral 1.10, para determinar que el empleador podía reasignarle otro cargo para preservar la integridad y la salud de la trabajadora y de los usuarios del sistema de transporte público, pero pasó por alto que el Capítulo 4, establece los aspectos de los conductores, en cuyo numeral 4.2 se encuentran los requisitos para obtener la tarjeta de conducción del SITP, entre estos el "*certificado de aprobación de la evaluación de Aptitudes Físicas, Mentales y de Coordinación Motriz, expedido por profesional de cada especialidad médica, EPS o una entidad médica que cuente con licencia o registro ante la respectiva autoridad competente*", *"la fecha de expedición de dicho examen no podrá ser superior a cuatro meses, contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud de vinculación"*, así mismo, que la vigencia de la tarjeta de conducción del SITP es por un año, renovable en periodos iguales previa presentación del certificado de capacitación. Sumado a ello, la Resolución 1565 de 2014 del Ministerio de Transporte, por medio de la cual se expide la guía

metodológica para la elaboración del plan estratégico de seguridad vial, dispone la obligación de realizar pruebas tendientes a conocer la aptitud del conductor para asumir la responsabilidad de la conducción, dentro de las cuales se encuentran los exámenes médicos y exámenes psicosensométricos no solo de ingreso sino periódicos, así como el control de documentación de conductores con respecto a exámenes, pruebas y capacitaciones, obligación concordante con el contenido de la Resolución 2346 de 2007 expedida por el Ministerio de Protección Social, por medio de la cual se regula la práctica de las evaluaciones médico ocupacionales, dentro de las que se encuentran las periódicas, por cambio de ocupación y reubicación así como la práctica de pruebas complementarias de acuerdo a los factores de riesgo como forma de detección temprana de las alteraciones de salud del trabajador a efecto de contribuir al diagnóstico y seguimiento de sus capacidades y condiciones físicas y mentales, exigencias cuyo cumplimiento no se encuentran demostradas por la sociedad demandante, pues de haberse seguido no hubiera sido necesario requerir a la trabajadora para que allegara certificado médico, sino que a través de medicina laboral o seguridad ocupacional hubiera requerido a la trabajadora para evaluar con los expertos en el área médica y psíquica si la trabajadora para el 22 de abril era apta para ejercer el cargo de conductora, y en caso de no serlo, conminarla a cumplir la orden de reubicación, pero se itera, nada de eso se encuentra acreditado en el cartulario.

En este punto es importante resaltar que, si bien obra a folio 79 una comunicación del 8 de marzo de marzo de 2017, en la que le indican a la trabajadora que debe realizarse una evaluación por medicina laboral, con el fin de definir si es apta o no para conducir y además se aduce que la trabajadora se negó a recibir la misiva, lo cierto es que tal documento no aparece con recibido por parte de la trabajadora, razón por la cual, ningún efecto probatorio puede desprenderse de aquella foliatura.

Igualmente, respecto de la acción de tutela que terminó amparando los derechos fundamentales de la trabajadora al mínimo vital y trabajo en condiciones dignas, cumple acotar que la Sala de Casación Laboral ha delineado que tales decisiones transitorias no atan ni obligan al juez ordinario, en este caso el juez del proceso especial de fuero sindical (CSJ, radicación 24310-2005, reiterada en la SL13657-2015), pero si puede servir de apoyatura para la decisión a tomar. En el sub examine, vemos como en la acción constitucional se consideró que se presentó desmejora laboral, sobre todo salarial al haberle cambiado a un cargo de inferior garantía, y muy a pesar de que el representante legal de la entidad demandante, y el señor Luis Antonio Torres Rodríguez (Gerente de Relaciones Laborales) manifiesten que el salario básico era similar, no lo es menos, que al momento de dar cumplimiento al fallo de tutela debieron también incluir la bonificación y pagársela de manera retroactiva, incluso en el lapso en la cual estuvo suspendida, lo que denota el aludido menoscabo.

No sobra advertir a la trabajadora, que la presente decisión no constituye vía libre para apartarse de cumplir las órdenes impartidas por el empleador en el ejercicio del poder subordinante, por el hecho de hacer parte de una organización sindical; por el contrario, la Sala enfatiza en que simplemente no se demuestra por la parte demandante la justa causa que le endilgó por no haber asistido a partir del 22 de abril de 2017 al Patio de Bosa, o dicho de otra manera, no logró acreditar que el traslado o reasignación del cargo estaba sustentado en la situación de salud de la trabajadora, ya que en efecto la actividad de conducción es una actividad peligrosa, como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL14619 de 2014, donde indicó:

"*Cabe precisar aquí, que la conducción de automotores, ha sido calificada como actividad peligrosa, ya que, aun cuando lícita, implica riesgos que hacen inminente la ocurrencia de daños, esto es, tiene la aptitud de provocar una alteración en las fuerzas que ordinariamente despliega una persona frente a otra, y generar peligros que imponen deberes de seguridad; actividad que encuentra su fuente normativa en el artículo 2356 del Código Civil, que impone a quienes las ejercen deberes legales permanentes de seguridad y garantía, con la finalidad de adelantar una conducta «que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a los demás» (sentencia CSJ SC, 2 dic 2011, Referencia: 11001-3103-035-2000-00899-01)".*

Es por ello, que se debe seguir en estricto sentido el manual de operaciones en lo tocante a la seguridad e integridad de quienes hacen uso del servicio de transporte público.

Finalmente, en relación con la testimonial recababa no hay mucho que decir, pues en lo que refiere Benjamín Arévalo Murcia, quien era el jefe de operaciones del Patio Bosa, no tuvo la oportunidad de conocer a la trabajadora, ya que ella nunca se presentó a tal patio, y en cuanto al señor Luis Antonio Torres Rodríguez (Gerente de Relaciones Laborales), solo se contrajo a explicar que la reubicación estaba sustentada en el estado de salud que la misma trabajadora había reportado en octubre de 2016, y dio cuenta de los diferentes procesos disciplinaros llevados a cabo, pero nada de lo dicho resulta relevante en defensa de sus intereses, ya que lo acaecido en el presente proceso es que el empleador excedió la facultad del IUS VARIANDI al desmejorar la situación laboral (salarial) de la actora, y no se ciñó a los parámetros del Manual de Operaciones para acreditar que era viable el traslado ante la situación médica para la calenda del 22 de abril de 2017, o que su tarjeta del SITP no estaba vigente por efecto de su situación psíquica o emocional, lo que lleva a determinar sin más elucubraciones que no están llamada a prosperar las pretensiones de la entidad CONSORCIO EXPRESS S.A.S., y en consecuencia, se niega el levantamiento del fuero sindical, y como consecuencia la autorización para despedir, por no haberse acreditado la justa causa endilgada.

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante CONSORCIO EXPRESS S.A.S., y a favor de cada uno de los demandados, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado, fijándose como agencias en derecho a favor de cada de cada uno, la suma de $ 908.526, equivalente a 1 SMLMV. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la entidad demandante. Tásense.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

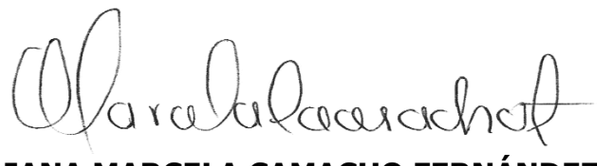
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **NEGAR** el

levantamiento del fuero sindical y, en consecuencia, negar el permiso terminación del contrato de trabajo solicitado por CONSORCIO EXPRESS S.A.S., conforme las consideraciones que motivan este proveído.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de CONSORCIO EXPRESS S.A.S., y a favor de la parte demandada. Fijándose como agencias en derecho a favor de cada uno, la suma de $ 908.526, equivalente a 1 SMLMV. Las costas de primera instancia se revocan y correrán a cargo de la entidad demandante. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*