

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-.
Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION LABORAL PRESIDIDA POR LA DRA. ANA LUCÍA
CAICEDO CALDERON

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, febrero nueve (9) dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 15 de febrero de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral Presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir sentencia escrita dentro del proceso especial de levantamiento de fuero sindical – Autorización para despedir - instaurado por **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. – BBVA COLOMBIA** - en contra de **LEIDY MANUELA MESA CASTAÑEDA** y como vinculada la **ASOCIACIÓN SINDICAL DE EMPLEADOS BANCARIOS DEL SECTOR FINANCIERO COLOMBIANO - ASEFINCO-**.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas Leidy Manuela Mesa Castañeda y la Asociación Sindical De Empleados Bancarios Del Sector Financiero Colombiano - ASEFINCO-, en contra de la sentencia proferida el 21 de enero de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y contestación

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-.

1.1. Demanda

Pretende el **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.– BBVA COLOMBIA-**, que se autorice el despido de la trabajadora **LADY MANUELA MESA CASTAÑEDA**, por haber incurrido en faltas graves que ameritan la terminación de su contrato de trabajo con justa causa, previo levantamiento del fuero sindical, en atención a que la trabajadora es miembro activo de la Junta Seccional de Pereira **ASEFINCO**.

En suma, indicó que la demandada es trabajadora de BBVA COLOMBIA desde el 10 de noviembre de 2014, desempeñándose en la actualidad como Asesora Integral de Servicios de la Sucursal del Lago Uribe de Pereira; que es conocedora de los documentos esenciales para el desempeño de su labor, además que contaba con un código de usuario personal e intransferible asignado para el ejercicio de sus funciones, entre otros.

Rememora que el cliente bancario Johnny Andrés Sánchez López, el **31 de julio de 2019** reclamó ante BBVA COLOMBIA la realización de unas operaciones bancarias consistentes en dos avances en su tarjeta de crédito, las cuales desconoció, por lo que solicitó el reintegro del dinero y la aclaración de lo sucedido. Dicho asunto, fue trasladado al área de «Investigación de fraude documental» del Banco, instancia que identificó que las operaciones desconocidas por el cuentahabiente estaban relacionadas con la suplantación de identidad y fraude.

Culminada la pesquisa interna, el área de investigación de fraude documental de BBVA, generó informe del **10 de octubre de 2019** en la que dio cuenta de la existencia de irregularidades y omisiones de la trabajadora, las cuales por incumplir con la normativa interna para validación biométrica de la huella y demás medidas de seguridad, conllevó a que se facilitara el fraude y la suplantación del cliente bancario. En síntesis, concluyó:

«ejecutando la labor para la cual fue contratada la señora Leidy Manuela Mesa Castañeda y utilizando el código interno del Banco C801293 que de carácter personal e intransferible le fue asignado por su empleador, generó modificación a los datos básicos como son el número de celular y dirección de residencia del señor Jhonny Andrés Sánchez López, omitiendo dar cumplimiento a lo establecido en la normativa interna del banco, dado que no realizó validación biométrica de la huella del solicitante de la operación y tampoco desarrolló las medidas de seguridad alternas

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

y adicionales establecidas en nuestras políticas internas, para identificar internamente al cliente»

Luego de describir en qué consistieron los procedimientos y validaciones omitidas por la trabajadora, la empresa demandante aseguró que por las faltas que se le imputaron, fue citada a diligencia de descargos mediante comunicación del **25 de noviembre de 2019**; que dicha actuación fue realizada el **4 de diciembre de 2019** y culminada el **19 de diciembre de 2019**, siendo estudiadas las pruebas por el Comité de Disciplina interna y medidas administrativas laborales de BBVA, adoptando la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, lo cual se notificó a la trabajadora el **20 de diciembre de 2019**, indicando en tal comunicación las razones de la decisión de despido.

Culmina resaltando que, por estar la trabajadora afiliada en ASEFINCO y hacer parte de la Junta Directiva, contaba con protección de aforada, razón por la cual en dicha calenda se adoptó la decisión de iniciar el proceso de levantamiento del fuero sindical.

1.2. Contestación de Leidy Manuela Castañeda

La trabajadora demandada al contestar, se opuso a las pretensiones de la demanda de levantamiento de fuero sindical invocando como excepciones de mérito: la inexistencia de faltas constitutivas de justas causas para autorizar el despido de la trabajadora aforada, prescripción de la acción disciplinaria según la convención colectiva de trabajo, prescripción de la acción judicial emanada del fuero sindical, violación del derecho fundamental al debido proceso y derecho de defensa, incumplimiento del empleador para con la trabajadora, imposibilidad de levantamiento del fuero sindical y autorización para despedir por estabilidad laboral reforzada por fuero materno y las innominadas.

La demandada centró su defensa, entre otros, en: *i)* que la entidad bancaria había omitido la aplicación de la Convención Colectiva de la que era beneficiaria; *ii)* que el empleador tuvo conocimiento del hecho el 31 de julio de 2019; *iii)* que el informe de la investigación adelantada además de ser concluyente en señalar las responsabilidades en la trabajadora, había sido presentado dos meses después de conocido el hecho sin dar lugar a controvertir; *iv)* que la citación a la trabajadora se realizó el 25 de noviembre de 2019 y los descargos el 4 de diciembre de 2019; *v)*

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

que se desconocieron los términos de la convención colectiva¹ por lo que la actuación de BBVA fue extemporánea; vi) que la acción prescribió porque el hito de conteo correspondía al 31 de julio de 2019 e incluso, si se tomara la fecha de presentación del informe que data del 10 de octubre de 2019, igualmente estaría prescrita la acción.

1.3. Contestación de Asefinco

La Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de levantamiento de fuero sindical y del despido, frente a lo cual, presentó iguales excepciones de fondo en defensa de la trabajadora sindicalizada.

En suma, la Asociación sindical argumentó que para efectos del proceso disciplinario: i) una vez conocido el hecho, la entidad bancaria debió llamar a descargos a la trabajadora dentro de los 30 días hábiles siguientes, según el procedimiento convencional; ii) que la lectura correcta de la cláusula convencional, establecía dos posibilidades: que el banco tuviera conocimiento de los hechos a través de un informe correspondiente o que el banco tuviera conocimiento a través de cualquier otro medio equivalente, proposiciones que, estaban conectadas por la disyuntiva "o", lo que significaba que el banco debió contar el término desde el momento en que el usuario dio cuenta de los hechos, tal y como se estipula en la convención y, asegura, que se dio una aplicación incorrecta del punto de partida del conteo de los términos de prescripción de la acción judicial.

2. Sentencia de primera instancia

La A-quo, al decidir el asunto declaró que la trabajadora **Leidy Manuela Valencia Castañeda** como asesora integral de servicios en la sucursal lago Uribe de Pereira del **BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA BBVA S.A.**, incurrió en la omisión de las obligaciones detalladas en el reglamento interno de trabajo (arts. 64.5, 64.8 y 65 en sus numerales 1 al 3) y en las contempladas en el contrato de trabajo (cláusula 10.5). En consecuencia, **ORDENÓ** el levantamiento de la garantía foral que ostenta la trabajadora como primer suplente de la junta directiva de la subdirectiva Risaralda de la asociación sindical de empleados bancarios del sector

¹ "1. el trabajador presuntamente inculpa, para que explique su conducta, deberá ser llamado a descargos dentro de los treinta días hábiles siguientes a aquel en el que el Banco tenga conocimiento de los hechos, lo que se dará a través del informe correspondiente o cualquier otro medio equivalente, cuando ello justifique la apertura de un proceso disciplinario..." Ver archivo digital: //20. Prueba_documental_parte_demandada .../convención colectiva, pagina 18.

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

financiero colombiano ASEFINCO y, **AUTORIZÓ la terminación del contrato de trabajo**, sin disponer condena en costas.

Para llegar a tal determinación, la Jueza de primera instancia luego de hacer una disertación respecto de los conceptos de garantía foral, hizo precisiones respecto a la procedencia del despido con justa causa cuando se incurre en las faltas previstas en el reglamento interno, el contrato de trabajo, entre otros, cuya valoración de la calificación de la gravedad, corresponde al Juez Laboral de la causa.

Luego, hizo una descripción del proceso disciplinario en laboral para lo cual trajo a colación la sentencia C-593/2014 e hizo referencia a que la decisión que allí se tomaba admitía recursos solo si se trataba de una sanción disciplinaria, lo cual se hacía ante las instancias del mismo empleador pero, si se trataba de acciones más drásticas ya lo eran por la vía ordinaria, agregando que el despido no era una sanción sino que era la ponderación de la conducta asumida por el trabajador que debía de encuadrar con las justas causas establecidas por el legislador y el propio empleador.

Así mismo, hizo referencia a que el procedimiento disciplinario se encontraba condensado en la convención colectiva y para ello, la jurisprudencia (SL4485/2018) daba pautas para dar una intelección correcta de las disposiciones convencionales indicando que su interpretación debía atender al principio de indubio pro-operario y al espíritu de las disposiciones.

En torno al fuero de maternidad (alegado durante el transcurso del proceso) que emana de la jurisprudencia, del derecho internacional y de la constitución, indicó que la Corte Constitucional (SU-75/2018) ha impartido límites, características, requisitos y condiciones para su protección, la cual procedía cuando se demostraba la existencia de una relación laboral y el estado del embarazo y, además, el conocimiento por parte del empleador de la condición de embarazo. De otra parte, refirió que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL1319/2018) indicaba que no tenían efecto los despidos en estado de gestación y tres meses más porque se entendería que ello responde a un acto discriminatorio por causa o razón del embarazo cuando no se contaba con la autorización del inspector del trabajo.

Al arribar al caso concreto, determinó que no había dubitativa sobre la garantía foral que ostentaba la trabajadora, quien estaba vinculada a ASEFINCO como primera suplente de la subdirectiva seccional Pereira, contando además con los comunicados al ministerio del trabajo y a su empleador.

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

Así mismo, concluyó que del contenido de los manuales de funciones, procedimientos, instructivos, herramientas y capacitaciones con que disponía y eran del pleno conocimiento de la trabajadora para la ejecución de sus labores, emergía que aquella los había omitido y por ello, se había permitido la suplantación de un cliente bancario, aspecto que en el interrogatorio lo había reconocido la misma demandada y corroborado con las declaraciones recaudadas, sin encontrar justificación válida alguna en el proceder de la trabajadora porque a pesar de que hubiere señalado que una de sus compañeras también omitía la verificación biométrica, que la subgerente había autorizado la atención con la contraseña de la cedula del suplantador, que la labor era dispendiosa o demorada y que situaciones de suplantación como la ocurrida no eran extrañas, lo cierto era que la actividad y la responsabilidad era individual y de importancia por lo que se concluía, que la trabajadora no fue cautelosa y actuó con negligencia en el ejercicio de sus funciones. Agrega que no se entiende como es que en la diligencia de descargos la actora no aprovechó la oportunidad que tuvo frente a los interrogantes que se le plantearon porque la respuesta que dio a las 20 preguntas se limitó a decir que la diligencia era nula y estaba prescrita, con lo cual no pudo explicar lo sucedido, ni justificar las omisiones.

Frente a las justas causas, concluyó que éstas estaban enlistadas en la comunicación para la diligencia de descargos y, además, estaban calificadas como graves por lo que eran claras para terminar el contrato de trabajo por justa causa, según los arts. 58 y 60 CST y los Arts. 64.5, 64.8, 65.1, 65.2 y 65.3, el reglamento interno del trabajo y la cláusula 10 del contrato de trabajo.

Al analizar el procedimiento surtido y los términos aplicados, coligió que la expresión de la convención que indicaba que el conocimiento del banco respecto de la conducta endilgada se daba "*a través de informe correspondiente o cualquier otro medio equivalente*", significaba que ello no estaba condicionado a la reclamación del cliente sino "*al informe o a un medio equivalente*" el cual se derivaba de las actuaciones posteriores a la queja y que estaban encaminadas a esclarecer los hechos e identificar quien era el trabajador(es) a ser escuchados en descargos y, con ello, entrar a resolver la situación en el marco de un debido proceso.

De esa manera, reflexionó que el proceso disciplinario se encontraba ajustado a la convención colectiva, sin que se hubieran violado los términos del procedimiento para imponer sanciones, encontrándolo ajustado a la norma. Agrega, que la acción se había realizado dentro de los términos toda vez que el Banco había recibido la

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

queja del cliente el **31-07-2019** sin que se hubieran presentado señalamientos frente a una persona determinada de la entidad bancaria, por lo que a partir de allí, la investigación interna se llevó a cabo por el departamento de investigación de fraude documental, sin que pudiera decirse que la demandante estuvo presuntamente implicada a partir de la citada queja y, para el caso, se establecía que la investigación que generó el informe fue entonces el origen del proceso disciplinario el cual conducía indefectiblemente a la diligencia de descargos (4-12-2019), por lo que el término entre la entrega del informe (10-10-2019) y la citación a descargos (25-11-2019), no habían superado los 30 días dispuestos por la convención.

Finalmente, respecto al fuero de maternidad, concluyó que en este caso no había tal protección porque la comunicación sobre el estado de gestación (04-08-2020) había ocurrido con posterioridad a los hechos que dieron origen a la decisión de despido (20-12-2019), lo que implicaba que no se daba la presunción de que el despido fue por dicho estado y al no haber tal discriminación, el fuero materno se había desvanecido.

Concluye, que era viable levantar la garantía foral de la demandada para que se hiciera efectiva la terminación del contrato de trabajo por las causas justas invocadas el 20-12-2019, sin que tal decisión se viera restringida por el fuero materno invocado.

3. Recursos de apelación

La demandada **Lady Manuela Mesa Castañeda** y la **Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-**, presentaron recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia.

3.1. La **demandada** recriminó la decisión de primer grado en los siguientes aspectos:

Contabilización de los términos de prescripción. El recurrente al referirse al agotamiento del proceso disciplinario, manifestó su desacuerdo con la intelección que se le dio al punto primero de la Convención Colectiva de trabajo en el cual se habla de que este *"iniciará con el informe correspondiente o el medio equivalente"*, porque en este punto se debieron evaluar otros elementos importantes que se presentaron y que determinan de que, a parte del informe y con la debida anticipación, existió un medio equivalente con el cual el Banco tuvo conocimiento de

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

que la Sra. Leidy Manuela Mesa estaba involucrada en los hechos relacionados con el fraude o la suplantación. Agrega que, si bien, como lo indicaba la Jueza, el **31-07-2019** fue presentada la respectiva queja por parte del cliente, también lo era que obra en el expediente un documento suscrito por la demandante que data del **02-10-2019** en donde de forma muy sucinta dio una versión libre con relación a los hechos que se le estaban endilgando y que fueron la razón del proceso disciplinario; por lo tanto, considera que era ese documento el elemento más importante, inclusive más que el que presenta el Banco, porque era el punto de partida para contabilizar los términos para agotar el proceso disciplinario y también de la acción.

De otro lado, itera que la trabajadora, asesorada por la misma organización sindical, fue quien durante sus descargos, sin tener ánimo de omitir u esconder o no dar explicaciones sobre las conductas reprochadas, acudió a los elementos que tenía a su alcance para indicar durante la diligencia de descargos que el término de la prescripción ya había tenido sus efectos pero que el Despacho, tomó que el proceso disciplinario era el mecanismo conducente y pertinente que debía agotar la entidad financiera frente a sus empleados.

Frente al debido proceso disciplinario. Indica la recurrente que el despacho, si bien hizo referencia al debido proceso haciendo una ilustración muy amplia en cuanto a la sentencia C-593/2014, consideraba que tales aspectos no fueron cumplidos dentro del disciplinario adelantado en contra de la trabajadora porque no se le había permitido el acceso a todos los elementos probatorios que respaldaban el informe de investigación donde la estaban inculcando y, solamente, durante el trámite del proceso ordinario pudo obtener los soportes de ese informe y, en ese orden, la trabajadora no tuvo posibilidad de ejercer su derecho de defensa en condiciones de dignidad laboral; además porque el informe realizado por el Banco se hizo de acuerdo a la conveniencia de ellos para dar a entender que era lo oportuno y por ello, a su criterio, el proceso disciplinario adolecía de los términos efectivos, de un debido proceso y de transparencia.

Frente a la justa causa invocada. Indicó que la jueza realizó un pronunciamiento muy detallado de las circunstancias del hecho, sin embargo, en algunos puntos discrepa porque no estaba suficientemente demostrada la justa causa de terminación del contrato de trabajo porque, si bien la trabajadora pudo haber omitido alguna de sus actividades, lo cierto era que otras personas se vieron involucradas y a ellas no se les midió bajo las mismas reglas, ni se aplicaron medidas disciplinarias para sostener el despido.

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

Frente a la estabilidad laboral reforzada por fuero materno. Discrepa del fallo en cuanto a la conclusión de la Jueza, quien consideró que la trabajadora no contaba con fuero de maternidad porque el estado de embarazo se dio con posterioridad a los hechos ventilados en el proceso. Frente a ello, indicó que era claro que en la actualidad la trabajadora continuaba vinculada al Banco hasta tanto se defina el presente proceso y, por ende, tienen que aplicarse las garantías y protección de la estabilidad laboral reforzada por maternidad y, aunque es cierto que son dos hechos y épocas diferentes, también lo era que la Corte Constitucional ha sido muy clara en los alcances y coberturas de las madres que tienen a su hijo por nacer donde no se ha culminado el vínculo laboral y en ese sentido, el análisis se debía hacer de manera diferente.

3.2. La **organización sindical**, en su alzada manifestó desacuerdo con lo decidido en los siguientes puntos:

Respecto a los términos de la actuación disciplinaria. La Asociación Sindical manifestó su inconformidad con la sentencia en el sentido de que la A-quo debió tener en cuenta que en la convención colectiva se indicaba que el proceso disciplinario se podía iniciar por cualquier medio equivalente o por medio del informe y, en este caso, quince (15) días después de que el cliente presentó la queja (31-07-2019) ya había ocurrido el trámite donde el Banco al momento de dar una respuesta, tenía claro que se había producido un fraude y tenía indicios de las responsabilidades y de quienes habían hecho parte del trámite, es decir, podía haber generado una apertura del proceso disciplinario sin que tuviera que esperar un informe que es elaborado por el mismo Banco, de quien, recriminó el no haberle otorgado a la trabajadora oportunidad para controvertir las pruebas.

Agrega que, al ser llamada la trabajadora a descargos, el hecho de no haber informado sobre lo que había sucedido, ello no significaba que hubiere sido renuente, sino que lo hizo porque tenía claridad de que había prescrito la acción.

Frente a la justa causa invocada, indicó que era normal que se generaran dudas frente al procedimiento, según la situación, como la cantidad de clientes, en este caso había sido la razón por la cual la trabajadora acudió ante la subgerente para que fuera ella quien le aclarara como hacer las cosas en debida forma, recriminando que ese aspecto no fue tenido en cuenta por la Jueza. Agregó que la parte demandada había incurrido en una clara discriminación al no involucrar a otras personas porque la trabajadora no había sido quien realizó la apertura de la cuenta

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-.

y, a sabiendas de que en su momento consultó con su superior, no se tuvo en cuenta que ello también era un trámite expuesto dentro de las fechas como un requerimiento en caso de presentar dificultades o dudas, lo cual cumplió la trabajadora pero que infortunadamente no se tuvo en cuenta.

4. Problemas jurídicos por resolver

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia y los fundamentos de la apelación, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Se configuró una justa causa para dar por terminado el vínculo laboral?
2. ¿Con el procedimiento adoptado por la entidad bancaria, a la trabajadora le fue respetado el debido proceso y el derecho a la igualdad?
3. ¿Operó la prescripción de la acción de levantamiento de fuero sindical?
4. ¿Cuenta la trabajadora con estabilidad laboral reforzada por fuero materno como hecho sobreviniente a la solicitud de levantamiento de fuero sindical?

5. Consideraciones

No se encuentra en discusión los siguientes hechos: *i)* la existencia del contrato de trabajo entre Leidy Manuela Mesa Castañeda y el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. – BBVA Colombia a partir del 10 de noviembre de 2014, en el cargo de Asesora Integral de Servicios de la Sucursal del Lago Uribe de Pereira; *ii)* la decisión de terminación del contrato de trabajo invocando justas causas por parte del empleador; *iii)* la existencia de la Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO- al interior de la entidad promotora de acción; *iii)* la calidad de aforada que ostenta Leidy Manuela Mesa Castañeda al ocupar el cargo de primer suplente de la junta seccional de Pereira de ASEFINCO.

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

5.1. Del despido de la trabajadora.

En torno al primer problema jurídico planteado, no hay discrepancia en la doctrina y la jurisprudencia respecto a que le corresponde al empleador acreditar la existencia de la justa causa para terminar la relación laboral y, para ello deben concurrir, entre otras, *i) la comunicación a la trabajadora indicando los motivos y razones concretas para finalizar el vínculo laboral, sin que más adelante pueda alegar otras circunstancias; ii) que los hechos se enmarquen en alguna de las causales previstas en el código sustantivo del trabajo; iii) la existencia de un procedimiento previo al despido, en caso de que así lo hayan pactado las partes y; iv) la oportunidad de escuchar al trabajador en versión libre o por descargos (SL2351 de 08-07-2020).*

Ahora, frente a las justas causas, el artículo 62 CST literal A) señala que el contrato laboral puede terminarse por justa causa por parte del empleador, entre otras:

"6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."

En este punto, el 04-11-2020 esta Corporación con ponencia de la Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda, dentro del proceso radicado No. 2018-00643 en un caso en el que se estudiaba la justeza de un despido, se dijo:

"... no es obligatorio que el empleador invoque una determinada norma, pues le corresponde al juez establecer si los hechos invocados por él, en efecto corresponden a una justa causa legal para quebrar el contrato de trabajo. En esa medida, el artículo 62 del CST contempla las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, tanto por el trabajador como por el empleador. En este último caso, prevé como causales las contenidas en los numerales 1 a 15, de las que se destaca, la 6° (...); causal que a voces de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia contiene dos supuestos que deben analizarse. Así, cuando se trata de una violación grave de las obligaciones contenidas en los artículos 58 y 60 ibidem, le corresponde al juez calificar la gravedad de la falta cometida; pero, cuando se trata de cualquier falta grave calificada por las partes en reglamentos, convenios, contratos, entre otros, ha dicho la Corte que el fallador no puede nuevamente graduar la conducta, por lo que cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, constituye justa causa para fenecer el contrato, pues la función judicial está limitada a "(...) establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

no la configuraban” (Sentencia SL2309 de 2020, SL670 de 2018, SL5388 de 2018 y SL499 de 2013).

De lo anterior, concluye la Sala que a la trabajadora los motivos y razones comunicados además de ser concretos², se enmarcaron en las justas causas invocadas por la entidad bancaria. Ello se afirma, porque durante el trámite financiero en el que resultó suplantado un cliente Bancario, se observa que tal cosa su génesis en la omisión que la trabajadora hizo de los procesos, procedimientos, funciones y controles internos implementados por BBVA no solo para dispensar el trámite solicitado por los clientes frente a los diferentes servicios sino también a los procedimientos de control fijados por la entidad bancaria para evitar o contrarrestar el riesgo por fraude bancario, como aquí sucedió.

En efecto, en primer lugar, el haber utilizado la aforada su código personal interno asignado (C801293) para entrar a modificar los datos básicos del cliente suplantado (número de celular, dirección, email), lo cual ejecutó sin aplicar los controles y validaciones establecidas por la empresa, sin duda, permitieron la sustracción de dineros del verdadero cliente al ser quebrantados los lineamientos de seguridad, pues no solo quedaron en un simple cambio de datos personales del cliente, sino que era esa alteración la que generaba la oportunidad al suplantador de disponer directamente de los productos del verdadero cliente y trasladarlos, sin restricción, a la cuenta que fraudulentamente aperturó.

En segundo lugar, los procedimientos y controles internos que se desconocieron por la trabajadora, en suma, no se reducen al hecho de haber atendido al cliente con un documento diferente a la cédula como lo es la contraseña, sino el no haber actuado con suma negligencia y con el mínimo de cuidado para por lo menos intentar confrontar la identidad del cliente a través del sistema biométrico y los otros mecanismos alternos de identificación y, de ser el caso, haber remitido al cliente a la sede bancaria donde se aperturaron inicialmente los productos para asegurar la verdadera convalidación como lo ordenan los parámetros de seguridad del banco, enmarcados ellos en las fichas de procedimientos de actualización de información de clientes persona natural³ y el de recepción y validación de documentos persona natural⁴, imperativos que la demandada reconocía, ejecutaba en otras ocasiones y que los aceptó no solo en el interrogatorio que absolvió sino también en el documento que firmó como carta de compromiso de cumplir los reglamentos, capacitarse, actualizarse, entre otros⁵.

² \\ 02. Anexos (Folio 267).zip\ 202002041245.pdf

³ \\ 01. BBVA.pdf, página electrónica 183-184

⁴ \\ 01. BBVA.pdf, página electrónica 185-187

⁵ \\ 01. BBVA.pdf, página electrónica 192

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

De hecho, al escuchar en interrogatorio a la trabajadora⁶ (32:50 minutos), confesó lo siguiente: que conocía la herramienta denominada FARO en el cual se encuentran los procesos y procedimientos que se deben llevar a cabo para la atención y resolución de las solicitudes de los clientes; que durante su tiempo de servicio le han sido entregados los manuales de funciones para el desempeño del cargo; que en el ejercicio de sus funciones era la encargada de la atención del servicio al cliente, manejo de efectivo, venta de seguros, créditos y solicitudes y reclamaciones de los clientes; que conoce la ficha del procedimiento interno denominado actualización información de clientes persona natural; que dentro de sus funciones de atención al público se encuentra la de hacer la autenticación biométrica de los clientes que se presentan a hacer algún tipo de solicitud; que en caso de que no dé la biometría por cualquier razón – por dermatitis o que no lea la huella -, lo que se hace es validar la información que se encuentra en NACAR y verificar el aplicativo SIGDOC donde se puede revisar firmas, huellas, identificación del cliente; que para el momento de los hechos contaba con el equipo de biometría pero que presentaba muchas fallas para ese tiempo tales como intentos fallidos, invalidación de enrolación, no autentica y lo que se hacía era desconectarlo y volverlo a conectar; explicó que el procedimiento de biometría consistía primero en solicitar el documento de identificación (cédula o contraseña), luego se valida contra NACAR la información de la cédula y la que el cliente aporta para validar que conoce los datos que existen en el sistema y que el proceso de biometría consiste en que el cliente registra la huella para que quede habilitado para futuras transacciones.

Como puede notarse, la confesión realizada por la trabajadora en sí constituye prueba del incumplimiento a las directrices impartidas por el empleador Bancario, quien resultó defraudado por las omisiones en los protocolos de seguridad que debía realizar la trabajadora, sin excepción, durante el ejercicio de su actividad y que, teniendo conocimiento preciso de las implicaciones y riesgos que generaban su actuar, abiertamente los desconoció sin ninguna razón atendible.

En contraste, su contraparte (01h:00m) a través del Representante de la entidad bancaria Misael Triana Cardona, al referirse frente a la aplicabilidad del sistema biométrico, indicó: que el procedimiento biométrico es normal en todas las transacciones; que las máquinas de biometría pueden fallar o estar no funcionando por caídas de datos con registraduría, por desconexión o por ilegibilidad de la huella y, en caso de no funcionar, aclaró que hay un procedimiento alternativo como comparar con SIGDOC o NACAR (comparación de huella y firma con la registrada inicialmente)

⁶ \\Audio 39. 66001310500320200004802 (1).mp4

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

y se hace una comparación que no requiere conocimientos especiales de grafología, pero, que el personal que lo utiliza cuenta con capacitación para ello. Agrega que, frente a los resultados de la aplicación biométrica, en casos normales, arrojaba un resultado de "autenticado o no autenticado" y, de emitir el segundo, ello constituía una alerta que conllevaba a que no se le podía dispensar el servicio al cliente.

Tales omisiones y circunstancias, quedaron reveladas en el testimonio de Omar Cruz Mancipe⁷, trabajador de BBVA en el departamento de investigación del fraude, quien al referirse a las pesquisas adelantadas internamente, rememoró que se recibió el requerimiento del cliente por un sistema llamado CRONOS; que la investigación la inició aplicando un plan metodológico donde recaudó el material probatorio para establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar; que analizó el LOG de transacciones realizadas, registros fílmicos, declaración del cliente y lo sometió al proceso de análisis para establecer si hubo acción u omisión del empleado. Agregó que cada empleado tiene un código único que muestra todas las operaciones que hacen, que en el caso, evidenció que la trabajadora cambió los datos del celular, dirección de correspondencia, email del cliente; que evaluó la responsabilidad directa de la funcionaria y la omisión de los procedimientos, encontrando que en este caso, se omitieron las normativas y parámetros como validación de identidad; que con la modificación de los datos lo que hizo fue dar acceso a la Banca móvil; que la trabajadora no realizó ninguna validación; que el suplantador según lo observado en el registro, primero estuvo donde la trabajadora demandada, allí modificó los datos personales del cliente suplantado, luego pasó donde la otra trabajadora (Yesica Cardona Giraldo) quien hizo la apertura de la cuenta que el suplantador solicitó. Resalta que, en el desarrollo de la investigación, se solicitaron las versiones de los funcionarios que intervinieron, entre ellas la demandada, lo cual se hizo a través de la Gerencia del Banco (sucursal) y, terminado el informe, lo remitió al jurídico de negocio bancario para que diera respuesta al usuario reclamante y, frente a la actuación de la funcionaria, trasladó el informe al área humana para las actuaciones del caso. Así mismo, menciona que el suceso primero lo conoció el área de operaciones no reconocidas y cuando advirtieron que se trataba de una suplantación, fue que lo remitieron al Departamento de investigación del fraude y, finaliza, indicando que la versión que se realizó durante la investigación a la trabajadora fue antes de emitir el informe y hace parte de él; que lo hicieron llegar de la Sucursal Pereira; que dichas versiones se transcriben y hacen parte del expediente.

⁷ \\Audio 39. 66001310500320200004802 (2) suspende.mp4

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

Así, comparte la Sala la conclusión a la que llega la A-quo en el sentido de indicar que la trabajadora contaba con unas funciones, directrices, procedimientos y controles claramente establecidos en el manual de funciones⁸, en las fichas de procedimientos y demás instrumentos proveídos por el Banco, las cuales eran de pleno conocimiento de la aforada pero que, de manera autónoma desconoció, lo que de paso contravino las obligaciones y responsabilidades contenidas dentro del reglamento interno de trabajo⁹ y en el contrato de trabajo, desconocimiento que de paso se compagina con la clasificación de causa grave de la cláusula 10 del contrato de trabajo¹⁰ y, de otro lado, se enmarca en las causales legales de terminación por justa causa de que habla el artículo 62 numeral 6to, del CST.

Finalmente, hay que decir que lo anterior no se atenúa o desvirtúa con la suerte que pudieron tener las otras personas que intervinieron directa o indirectamente en el trámite, en primer lugar, porque el desconocimiento de todos los protocolos de seguridad y de todo el procedimiento, según se acreditó, correspondió a una decisión autónoma de la trabajadora y, en segundo lugar, la funcionaria que aperturó la cuenta bancaria -, según el informe técnico que amerita credibilidad, denotan que dicha actividad era consecuencia de la realizada por la aquí demandada, sin que se pueda afirmar que se ejerció un trato diferenciado porque por lo menos, ningún elemento de juicio se arrimó para sostener tal afirmación.

Así las cosas, al estar demostrada la justa causa, se despacharán negativamente los recursos de apelación en este aspecto en particular.

5.2. Del proceso disciplinario y la prescripción.

En torno al **proceso disciplinario**, la Sala en sentencia del 7-11-2019 (Rad. 66-001-31-05-002-2017-00454-01) con ponencia del Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares, indicó:

"De vieja data, de forma excepcional, la jurisprudencia laboral le reconoce el carácter sancionatorio al despido cuando así se ha establecido en cualquiera de los instrumentos normativos que pueden regular las relaciones laborales, entre ellos el reglamento interno de trabajo, verbigracia en la sentencia CSJ SL del 15 de febrero de 2011, No. 39394, a saber:

⁸ \\01.BBVA.pdf\ Manual de funciones, página electrónica 116-128

⁹ \\01.BBVA.pdf\ Contrato de trabajo, página electrónica 131-173

¹⁰ \\01.BBVA.pdf\ Contrato de trabajo, página electrónica 110-114

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

"En asuntos de similares características a los que son objeto de controversia, la Corte ha precisado con insistencia que el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y, en consecuencia, aquél no tiene que estar sujeto a un trámite previo, salvo que tal exigencia se hubiera pactado en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral, situación que no es la acontecida en el sub iudice" (Sentencia SL3655-2016, SL20778-2017, entre otras)

Lo anterior, hace evidente que la sanción disciplinaria que puede imponer el empleador, tiene una naturaleza diferente a la facultad de la que es titular éste, para finalizar justificadamente un contrato laboral, por lo que esta última no está ligada a un procedimiento previo, salvo que así se pacte en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo, en la convención o el pacto colectivo o, en cualquier otro documento destinado por las partes a regular la relación".

Dicha línea jurisprudencial, la ha ratificado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2351-2020 al plantear que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador, con base en una justa causa, no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general, salvo que en el orden interno de la empresa se le haya dado expresamente ese carácter. Precisa la Corte:

"Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

(...) "d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso;

... e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido (...)

... En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van a ser invocados por el empleador como justa causa.

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

... La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin de propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo¹¹, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica. (...) (Subraya fuera de texto).

De otro lado, también ha indicado el alto tribunal que “si bien, debe existir inmediatez entre la comisión de la falta y el despido, esta regla no es óbice para que el empleador pueda tomarse el tiempo que considere, para constatar el nivel de gravedad o la responsabilidad del trabajador en el hecho a constituir una justa causa de despido”, temática que se desarrolló en la sentencia de fecha 30 de julio de 1993, radicada bajo el número 5889, reiterada en proveído 28682 del 4 de julio de 2007

Pues bien, en el presente asunto, como la entidad empleadora optó por agotar el procedimiento disciplinario para entrar a decidir la situación particular de la trabajadora, dicho procedimiento se encuentra establecido en la Convención Colectiva¹² así:

"PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. *En los casos en que proceda tramitar proceso disciplinario, para la imposición de sanciones, se dará aplicación a la garantía constitucional del debido proceso y prevalencia, al derecho de defensa y contradicción, así como a las leyes que regulan la materia. Para el efecto, se establece el siguiente procedimiento:*

1. El trabajador presuntamente inculpado, para que explique su conducta, deberá ser llamado a descargos dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a aquel en el que el Banco tenga conocimiento de los hechos, lo que se dará a través de informe correspondiente o cualquier otro medio equivalente, cuando ello justifique la apertura de un proceso disciplinario.

2. El Banco citará al trabajador a sesión de descargos, ante el superior inmediato, o ante el funcionario y/o apoderado que disponga la entidad. Para la preparación y realización de los descargos el trabajador contará con tres (3) días hábiles, contados estos desde el día en que sea notificado el trabajador.

En la citación se describirán las presuntas faltas imputadas y se determinará la fecha, hora y sitio de los descargos. además de correr traslado de las pruebas que existan para que ejerza su derecho de defensa.

¹¹ Ver el Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, párrafos 148 y 149, 1995, en [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1995-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1995-4B).pdf), recuperado el 26 de marzo de 2020.

¹² Archivo 202002041247.pdf

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

3. El trabajador podrá controvertir los cargos con los argumentos y medios de prueba que soporten su defensa.

4. A la diligencia de descargos podrán asistir, si lo tienen a bien, dos representantes del sindicato al que pertenezca el trabajador, para presentar las observaciones que consideren, siempre que sean conducentes y guarden relación con los hechos objeto de la citación. De las Intervenciones se dejará constancia en el acta.

5. Cuando el trabajador se excusare por escrito dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la diligencia, se fijará por una sola vez, nueva fecha para los descargos. Solo se aceptarán excusas por motivos de fuerza mayor, grave calamidad doméstica o incapacidad del trabajador que estén debidamente soportadas. En los casos en que el trabajador no presente excusa, o esta no sea aceptada, o no asista a la diligencia de descargos, el Banco tomará la decisión disciplinaria correspondiente.

6. Finalizados los descargos, el Banco tendrá veinte (20) días hábiles para adoptar a través del Comité de Disciplina Interna o el organismo que haga sus veces, la decisión respectiva que se notificará al trabajador por escrito; si es sancionatoria deberá estar motivada con razones de hecho y de derecho.

7. Una vez tomada y notificada la decisión disciplinaria, el trabajador inculpado podrá impugnar dicha determinación ante el área de Asesoría Jurídica Laboral dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.

8. El Banco, a través de la segunda instancia del Comité de Disciplina Interna, se pronunciará sobre la apelación dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo anterior.

9. No producirá ningún efecto legal la sanción disciplinaria que el Banco imponga a sus trabajadores pretermiéndolo el anterior procedimiento.

10. Este procedimiento se establece sin perjuicio de la facultad del Banco para terminar un contrato de trabajo con estricta sujeción a las disposiciones legales aplicables.

Teniendo en cuenta que la entidad bancaria optó por acudir al proceso disciplinario para establecer la presunta responsabilidad de la demandada en las faltas y omisiones que dieron lugar a la citada suplantación, en este caso, hay que concluir que el conocimiento de los hechos que involucraron a la trabajadora se generó con la entrega del informe, sin que se hubiere presentado "otro medio equivalente".

A tal conclusión se llega porque no es dable, en primer lugar, señalar que ello se produjo al momento de la queja planteada por el suplantado que data del 31-07-2019¹³, porque allí, el cliente únicamente pone de manifiesto lo sucedido con sus dineros y solicita aclaraciones¹⁴.

¹³ "Anexos Johnny Sánchez Anexo 1. Reclamo Johnny Sánchez"

¹⁴ Ver "anexos Johnny Sánchez anexo 1: reclamo Johnny Sánchez.pdf."

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

En segundo lugar, con relación al argumento de la aforada de que el hito de contabilización corresponde al **03-10-2019**, data en la cual, la trabajadora dio una versión de los hechos durante el trámite adelantado por el área de investigación¹⁵, tal intelección tampoco resulta acertada porque a ese momento la trabajadora dio una explicación del hecho como tal, más no respondió a un señalamiento directo, como si sucede cuando se cita a descargos. Ello es así, porque obsérvese que también se hizo lo propio con la trabajadora *Jessica Alejandra Cardona Giraldo* y la subgerenta *Sandra Janeth Torres García*, momento en el cual, el área de investigación fraude documental se limitó a solicitar información respecto de lo sucedido, más no correspondió a una sesión de descargos, como lo pretenden hacer ver las extremas pasivas en su alzada.

En torno a la discusión encaminada al hito a partir del cual se inicia el conteo de los términos para agotar el **procedimiento disciplinario** (que no la prescripción de la acción de levantamiento del fuero sindical), para la Sala resulta claro que la situación parte del momento en el cual se rinde el informe por parte del área de seguridad del banco y no desde otro.

En ese orden de ideas, basta con atender el material probatorio para concluir que se desmerita como punto de partida la fecha en que la entidad bancaria refiere haber agotado el proceso disciplinario (19-12-2019) porque es claro que el procedimiento convencional estaba planteado para la imposición de sanciones y no para este tipo de medidas administrativas, como se explicó.

De lo anterior se concluye que el **proceso disciplinario** parte de la fecha de liberación del informe de investigación, **10 de octubre de 2019**, por constituir el momento en que la entidad bancaria recibe los resultados contundentes que daban cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los hechos y, más importante aún, fue en ese momento en que de manera directa se identifican y se dan a conocer las graves omisiones en que incurrió la trabajadora frente a los procedimientos y controles agraviados, indicando, entre otros, que la trabajadora había omitido *"dar cumplimiento a lo establecido en la normativa interna del banco, dado que no realizó validación biométrica de la huella del solicitante de la operación y tampoco desarrolló las medidas de seguridad alternas y adicionales establecidas en nuestras políticas internas, para identificar internamente al cliente"*.

¹⁵ archivo "Anexos Johnny Sánchez Anexo 3. Versión Lady Mesa"

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-.

Ahora, en el interrogatorio al representante del demandante, Dr. Misael Triana Cardona, mencionó que el banco solo pudo determinar la existencia del fraude con el informe del 10-10-2019; que con la sola queja del cliente del 31-7-2019 no se sabía qué trabajadores fueron partícipes en las operaciones realizadas y, lo que el banco hace, es investigar quienes fueron los trabajadores involucrados y de allí es que se produce el informe que permite identificarlos además de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos.

Implica lo anterior que la entidad bancaria, preferentemente optó por disponer la acción disciplinaria, actuar no reprochable porque con ello se atendió las garantías del debido proceso y derecho de defensa de la investigada, pues de haberse tenido el mero indicio para dar apertura al proceso disciplinario o para acudir a la facultad de terminar el vínculo laboral como lo sugiere la vocera de la asociación sindical, ello de ninguna manera hubiera sido un proceder en beneficio de la trabajadora.

Lo dicho, resulta más evidente con el testimonio de **Inés Marcela González Ruiz** (encargada de los procesos disciplinarios), en cuyo relato dijo:

"(...) El cliente reportó las operaciones que no reconoce el 31-07-2019; ello activa el área de seguridad del banco que revisa reportes y demás, con ello, emite un informe de los pormenores de cómo ocurrieron los hechos y sobre las presuntas omisiones de la trabajadora el cual fue el 10-10-2019.

... con el informe, el área de relaciones industriales tiene 30 días hábiles para citar a descargos, en ese tiempo se analiza la información, se somete a un precomité disciplinario que establece si lo que dice el informe tiene suficiente relevancia para citar o no a descargos, y conforme a ello, se cita a descargos y, de allí se entrega lo recaudado al comité de disciplina para que decida si finalmente se va imponer una sanción o una medida administrativa de terminación del contrato con justa causa o levantamiento de fuero correspondiente.

... el banco hizo el proceso disciplinario preferentemente al despido porque el primero es una garantía al trabajador para que dé su versión de los hechos de manera formal, para que presente pruebas y permitirle decir qué ocurrió.

... La emisión del informe es el que dice que hay presunta falta o no y la que determina si se adelanta o no proceso disciplinario.

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

... Frente a la versión de la demandada realizada ante el área de seguridad, corresponde a una verificación realizada por ésta última, allí rinde una versión y se incluye en el informe de seguridad.

... frente a los recursos dentro del proceso disciplinario, la convención tiene establecida y lo tiene muy claro el banco que la medida administrativa de levantamiento de fuero sindical o terminación del contrato con justa causa no es una sanción disciplinaria y en tal sentido, no aplica la segunda instancia toda vez que no se está hablando de una sanción disciplinaria que es donde cabe la doble instancia".
(Subrayas nuestras)

De lo anterior, no encuentra la Sala ninguna transgresión al derecho de defensa de la trabajadora y por el contrario, se observa el lleno de las garantías durante el procedimiento seguido por el empleador, obrando además la exposición de las razones por la que se le llamó a la trabajadora a descargos, las omisiones en que incurrió, los reglamentos y disposiciones transgredidas bajo las circunstancias en que se presentaron los hechos, aspectos frente a los cuales, también prefirió la trabajadora optar por guardar silencio convencida de que la acción disciplinaria había prescrito, sin conocer que, una vez culminado el procedimiento, dada la gravedad de la conducta, la decisión no era la aplicación de una sanción sino la decisión facultativa del empleador de culminar la relación laboral. Incluso, de haberse optado por aplicar una sanción, en ese evento, tampoco encuentra la Sala que se hubiere pretermitido algún paso del procedimiento como para considerarlo ineficaz y menos aún, que se hubiese exorbitado en los términos dispuestos para su trámite porque los 30 días hábiles para citar a la trabajadora a descargos finiquitaban el mismo 25-11-2019, habiendo sido requerida para dichos efectos el 4-12-2019 – *previo otorgamiento del término para la preparación de los mismos* - se emitió la decisión de terminación del contrato de trabajo, siendo notificada el 20-12-2019 por el comité de disciplina, es decir, dentro de los 20 días hábiles.

Ahora, **otra cosa es el término de prescripción para la presentación de la acción de fuero sindical**, cuyo hito de contabilización del plazo lo define el artículo 118A del CST que establece:

"Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. (...) Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional reglamentario correspondiente, según el caso"

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

Aplicando ello, se tiene que, agotado el procedimiento disciplinario de origen convencional el 20-12-2019, momento en que la Rama Judicial se encontraba en vacancia judicial -, cuyos términos se iniciaron a contabilizar desde el 12 de enero de 2020, inclusive, se tiene que el término para la presentación de la acción vencía el 12-03-2020 y, habiéndose radicado ante la oficina de reparto la demanda especial de fuero sindical el **6-02-2020**¹⁶, a dicho momento la acción **no había prescrito**, tal y como lo concluyó la A-quo.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado en este punto.

5.3. Del fuero de maternidad como hecho sobreviniente.

El inciso cuarto del artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable por analogía en materia laboral, establece la figura del **hecho sobreviniente** en los siguientes términos:

“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Por otra parte, el **fuero de maternidad** corresponde a la protección especial de las **mujeres gestantes y lactantes en materia laboral**, la cual se fundamenta en unos mandatos constitucionales reiterados por la Corte Constitucional, así como las normas internacionales, como lo son: *(i) el derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad; (ii) la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo; (iii) la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida; y (iv) la relevancia de la familia en el orden constitucional.*

Al respecto, en la Sentencia SU-070 de 2013, la Corte Constitucional sistematizó unas pautas normativas y, como reglas principales fijó: **(i)** La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional: *(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.* **(ii)** No obstante, el alcance de la protección se determina a partir de

¹⁶ fl. 268, 03.BBVA.pdf

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-.

dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

Luego, la sentencia SU-075/2018 fijó el alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada dependiendo del conocimiento del estado de embarazo por el empleador y de la modalidad del contrato. De las reglas allí fijadas, se ha dicho que independientemente del tipo de contrato que rija la relación, si la trabajadora no avisa a su empleador de su estado de embarazo durante su vigencia, no se configuraría el fuero de estabilidad laboral reforzada, independiente de si se ha aducido o no una justa causa para dar por terminado el contrato.

Y se resaltó en dicha sentencia que cuando el empleador conoce del estado de embarazo de la mujer gestante y se encuentra vigente la relación laboral, está restringida la desvinculación de la trabajadora sin la respectiva autorización, aun cuando medie una justa causa.

En este caso, **el estado de embarazo de la demandada sobrevino durante el transcurso del proceso**, aproximadamente en el mes de junio de 2020 según se infiere de las ecografías adosadas al expediente digital, (carpeta denominada *11. soportes embarazo manuela mesa*, y carpeta denominada *20. prueba_documental_parte_demandada*, documento *9. prueba de embarazo y aviso banco lady manuela*), de cuya condición **se dio a conocer al empleador**, esto es al Banco, el **5 de agosto de 2020** y las pruebas se allegaron al proceso mucho antes de proferirse la sentencia objeto de apelación.

En consecuencia, en el subjuicio se cumplen los requisitos para tener el estado de embarazo de la trabajadora como un **hecho sobreviniente** por cuanto ocurrió después de haberse propuesto la demanda, se probó dentro del proceso y fue alegado por la parte interesada meses antes de proferirse la sentencia (recuérdese que en este tipo de procesos no hay alegatos de conclusión).

Por otra parte, el embarazo se presentó durante la vigencia de la relación laboral, toda vez que, durante el transcurso de este proceso, la demandada ostenta la condición de trabajadora del Banco, y no existe discusión sobre *el conocimiento del estado de gestación por parte del empleador*, por cuando aquél se enteró de ello el **5 de agosto de 2020**, esto es, estando vigente la relación de trabajo.

Así las cosas, dada la trascendencia del estado de embarazo y su protección reforzada en nuestra Constitución **no sólo a favor de la madre sino del que está**

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

por nacer, dicho hecho sobreviniente no puede ser ignorado por los operadores jurídicos toda vez que impacta el derecho sustancial discutido en este litigio, por cuanto la trabajadora durante el proceso adquirió el **fuero de maternidad**.

En consecuencia, si bien hay razones para autorizar el levantamiento del fuero sindical, **no las hay para desconocer el fuero de maternidad** en virtud de la protección constitucional de la mujer gestante y del hijo que estar por nacer, dado el estado de debilidad actual de los dos (madre e hijo). Y si bien el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo le permite al empleador solicitar al Ministerio de Trabajo autorización para despedir a una mujer embarazada cuando haya una justa causa, a consideración de esta Sala dicha cartera ministerial no es la única autoridad instituida para garantizar el fuero de maternidad sino que también lo somos los jueces de la república, y con más veras, quienes legítimamente podemos so pesar las circunstancias particulares de la mujer embarazada para establecer si se permite o no su despido, aún incluso frente a una justa causa. Lo anterior por cuanto **el fuero de maternidad no es exclusivo de la mujer sino también del nascituros y/o lactante**, al punto que dentro de las razones que la Corte Constitucional esgrimió para su protección están i) la de garantizar el derecho fundamental al mínimo vital y a la vida, no sólo de la madre sino del nascituros y/o lactante; y ii) la relevancia de la familia en el orden constitucional.

En este caso, bien se ve que la trabajadora no cometió la falta con la intención de dañar los intereses del Banco, sino que su conducta se debió a una lamentable negligencia que, por supuesto, trajo como consecuencia la pérdida del fuero sindical, pero que no puede hacerse extensiva a que también pierda el fuero de maternidad.

En ese orden de ideas, **en aras de garantizar al empleador el levantamiento del fuero sindical y al mismo tiempo garantizar a la trabajadora el fuero de maternidad, la Sala condicionará la viabilidad del permiso para despedir, una vez se extinga el fuero materno**, lo que conlleva la modificación de la orden emitida en primera instancia.

Sin condena en costas en esta instancia, por salir parcialmente avante el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral presidida por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Radicación No.: 66-001-31-05-003-2020-00048-03
Proceso: Fuero Sindical
Demandante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
Demandado: Lady Manuela Mesa Castañeda
Vinculado: Asociación sindical de empleados bancarios del sector financiero colombiano -ASEFINCO-

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso especial de levantamiento de fuero sindical – permiso para despedir –, en el sentido de que el permiso para despedir sólo podrá hacerse efectivo una vez se extinga el fuero de maternidad a que tiene derecho la trabajadora **Lady Manuela Mesa Castañeda**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDA: Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,



ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Sin necesidad de firma (Decreto 806 de 2020)
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
SALVA VOTO PARCIALMENTE



GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO