



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: FUERO SINDICAL
Radicado: 05266-31-05-001-2023-00115-01 (F2-23-352)
Demandante: GASTRONOMÍA ITALIANA EN COLOMBIA S.A.S.
Demandado: KELLY JOHANA DURÁN MEJÍA
Coadyuvante: SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LAS BEBIDAS, ALIMENTOS, SISTEMA AGROALIMENTARIO, AFINES Y SIMILARES EN COLOMBIA “SINALTRAINBEC”
Procedencia: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO
Providencia: SENTENCIA No 190
Asunto: LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL

En Medellín, a los once (11) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE** y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dentro del proceso especial de fuero sindical instaurado por **GASTRONOMÍA ITALIANA EN COLOMBIA S.A.S.** en contra de **KELLY JOHANA DURÁN MEJÍA**, coadyuvada por “**SINALTRAINBEC**”, radicado bajo el n.º 05266-31-05-001-2023-00115-01 (F2-23-352).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

1. Demanda. GASTRONOMÍA ITALIANA EN COLOMBIA S.A.S., actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda especial de levantamiento de FUERO SINDICAL en contra de KELLY JOHANA DURÁN MEJÍA, tendiente a que se ordene el levantamiento del fuero sindical y se conceda permiso para despedirla por haber incurrido en una justa causa.

Como fundamento fáctico expuso que Kelly Johana Durán Mejía se encuentra vinculada a través de un contrato a término indefinido, desde el 04 de junio de 2022, actualmente ejerciendo el cargo de Gerente en Entrenamiento en la tienda Domino’s Pizza Sabaneta; que

la trabajadora se encuentran afiliada a la organización sindical “Sinaltrainbec”, haciendo parte de la Junta Directiva de la Subdirectiva de Sabaneta; que el 27 de marzo de 2023 la trabajadora preparó comida no autorizada por la Compañía, utilizando productos que no están regulados por la marca internacional Domino’s Pizza, además utilizó materia prima sin ningún tipo de autorización de su jefe inmediato y sin haber sido facturado; que al no pagar la materia prima consumida afectó el costo de la comida, y por ende, el inventario de la tienda; que la trabajadora incurrió en malas prácticas de salubridad; que faltó al deber de diligencia al no exigir al personal a su cargo los elementos de protección personal como tapabocas, gorra, uniforme completo y el cumplimiento de los estándares de buena imagen del personal; que debido a las irregularidades funcionales fue citada a descargos el 10 de abril de 2023, en la que se le informó que podía asistir con dos representantes del sindicato; que no asistió a los descargos, por lo cual, fue citada nuevamente el 14 de abril de 2023; que ante la no asistencia, fue citada el 17 y 19 de abril de 2023; que fue citada para el 21 de abril de 2023, oportunidad en la que asistió a los descargos, sin acompañamiento de los dos representantes sindicales; que en la diligencia de descargos confesó haber cogido comida de la tienda sin autorización, que realizó la preparación de la comida no autorizada, que no se encontraba autorizada para preparar unos alimentos no regulados por la marca, que no pagó la materia prima para preparar los alimentos no autorizados por la marca, que no avisó a su jefe inmediato, que no utilizó los elementos de protección personal como tapabocas, gorra y uniforme completo; que el 26 de abril de 2023 la empresa demandante notificó a la trabajadora la terminación del contrato de trabajo con justa causa debido al incumplimiento de sus obligaciones laborales; que el 28 de abril de 2023 la demandada presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra decisión de finalizar el contrato de trabajo, mismo que fueron resueltos de manera negativa (Fols. 2 a 19 archivo no 01EscritoDemanda).

1.1 Trámite de Primera Instancia y contestaciones. La demanda se admitió mediante auto el 15 de mayo de 2023 (págs.01-02, archivo No 03AdmiteFuero), proveído en el que además se ordenó la notificación del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LAS BEBIDAS, ALIMENTOS, SISTEMA AGROALIMENTARIO, AFINES Y SIMILARES EN COLOMBIA “SINALTRAINBEC”.

La demandada KELLY JOHANA DURÁN MEJÍA, contestó la demanda en la audiencia celebrada el 12 de julio de 2023 (Audiencia archivo No 10), aceptando la vinculación laboral con la demandada y su pertenencia a la organización sindical, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que los hechos carecen de fundamento jurídico y probatorio, y constituyen una violación al debido proceso previsto en el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo, el artículo 66 del Reglamento Interno de Trabajo, y artículo 29 de la

Constitución Política, además que de conformidad con la matriz de sanciones disciplinarias, por la primera vez corresponde a la suspensión de tres días, por segunda vez, suspensión del contrato por cinco días, por tercera vez suspensión del contrato por ocho días, y en la cuarta vez la terminación del contrato de trabajo, siendo que en el caso de la actora aún sin aceptar los cargos se le imputa una falta que no guarda relación con la matriz de sanciones. Propuso como excepciones de mérito las de falta de configuración de la justa causa invocada, inexistencia de los hechos alegados, mala fe de la demandante Gastronomía Italiana S.A.S., y la innominada o genérica.

El SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LAS BEBIDAS, ALIMENTOS, SISTEMA AGROALIMENTARIO, AFINES Y SIMILARES EN COLOMBIA "SINALTRAINBEC", fue notificado en debida forma (pags.4 archivo No 07), quien coadyuvo todos y cada uno de los sustentos de la contestación realizada por KELLY JOHANA DURÁN MEJÍA.

1.2 Decisión de Primera Instancia. La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 15 de septiembre de 2023 (fol.1 a 3 archivo No 16 con Audiencia virtual), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, sentencia en la que se absolvió a Kelly Johana Durán Mejía de las pretensiones formuladas en su contra por la sociedad Gastronomía Italiana en Colombia S.A.S., no procediendo por tanto a la autorización de la terminación del contrato de trabajo ni el levantamiento del fuero sindical, y se condenó en costas a la parte demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado argumentó que, no existía punto de controversia frente a la relación laboral que unió a las partes, así como tampoco la calidad de aforada de la demandada, y que la misma cuenta con fuero sindical, circunscribiéndose la controversia en determinar si se incurrió en la justa causa y si hay lugar al levantamiento del fuero sindical.

De manera liminar señaló que, en materia de terminación del contrato de trabajo no existe obligación del empleador de adelantar un procedimiento disciplinario, además que el despido no tiene el carácter de sanción, para ello trajo a colación las sentencias SL629-2022 y SU449 de 2021, concluyendo en el caso concreto materia de debate que en el reglamento interno de trabajo se estipuló un procedimiento disciplinario para la aplicación de sanciones, en la que se incluye la terminación del contrato de trabajo con justa causa como sanción disciplinaria. Igualmente, la Convención Colectiva de Trabajo en el artículo 17 pregona el procedimiento disciplinario para efecto de aplicar sanciones disciplinarias a sus trabajadores.

Ello así, el a quo procedió en primer término a verificar la justeza de la terminación del contrato, concluyendo que la trabajadora demandada incurrió en la justas causas endilgadas, esto es, que incumplió sus funciones al preparar alimentos para su beneficio, como burritos, con materia prima de la empresa demandante tales como tomate, tocineta, maicitos, sin que además haya existido autorización de parte de su jefe inmediato. Asimismo, que la demandada en calidad de Gerente de Entrenamiento no reportó la mala utilización de los elementos básicos necesarios en la preparación de alimentos por parte de los funcionarios a su cargo.

Adujo que tales faltas se encontraban catalogadas en el reglamento interno de trabajo como faltas graves, por lo que, no le era dable al juzgador calificar las mismas; sin embargo, señaló que la entidad demandante no se ciñó al procedimiento disciplinario dispuesto tanto en la Convención Colectiva de Trabajo como en el Reglamento Interno de Trabajo, lo que llevó también a desconocer lo normado en el artículo 115 del CST. En particular, estimó que el informe de la falta disciplinaria debía ser presentado por el superior directo del trabajador, en este caso el gerente, pero fue presentado por el supervisor, esto es, Daniel Sánchez, tal y como se desprende de la prueba testimonial y documental acopiada al proceso.

Asimismo, que en la diligencia de descargos no fue acompañada por los dos miembros del sindicato, tal como lo prescribe el numeral #3° del artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo, y el artículo 115 del CST, pues se solicitó que sea acompañada por Michael Barrero, pero le fue negado el permiso por parte de la demandante, tal como se encuentra documentado y fue también expuesto por Glory Milena Chitiva en su testimonio. Consideró el a quo, que la empresa demandante no podía determinar quién podía asistir a la demandada, por lo que, ante la negación de la entidad del acompañamiento del representante sindical, conlleva a la vulneración de lo establecido en el artículo 115 del CST, aplicando la consecuencia que allí se pregonaba, esto es, que no produce ningún efecto la decisión disciplinaria.

Lo anterior, condujo al a quo a negar las súplicas de la demanda, esto es, no proceder al levantamiento del fuero sindical, siendo improcedente la autorización de terminar el contrato de trabajo con justa causa.

1.1.6 Recurso de Apelación sentencia. Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante solicita se revoque la decisión de instancia, indicando primeramente que está de acuerdo con los argumentos referidos al incumplimiento grave de las obligaciones en que incurrió la trabajadora demandada; empero, presenta reproche en lo referido al aparente incumplimiento del procedimiento disciplinario, ya que con base en el artículo 17 de la CCT, el informe disciplinario fue reportado por Daniel Sánchez como gerente distrital a cargo no sólo

de la tienda de Sabaneta sino de varias tiendas de la ciudad de Medellín, por lo que, de conformidad con la Convención Colectiva, debe tenerse en cuenta al gerente distrital como superior directo, además de que el señor Jonathan Gallego como gerente de tienda se negó a suscribir el informe por escrito por razones particulares y porque quería evitar represalias; que debe tenerse en cuenta que después de la falta se crea la subdirectiva Sabaneta y justo cuando se da el proceso disciplinario es nombrada la demandada en la subdirectiva, lo que constituye un presunto abuso del derecho frente a su designación; que el informe lo hizo el superior directo quien es el gerente distrital, por lo que no hay vulneración de las garantías convencionales y legales, máxime que, para garantizar el debido proceso fue citada en cuatro ocasiones a la diligencia de descargos y se le manifestó que podía asistir con dos miembros de la organización sindical; que en la cuarta citación el presidente de la Subdirectiva de Medellín solicita permiso para Michael Barrera, quien pertenece a la subdirectiva de Medellín y no la de Sabaneta que es de donde trabaja la demandada, además, la solicitud de permiso se hizo a sabiendas que ya había una programación de turnos y el testigo debía cumplir con sus servicios; que los permisos sindicales no son absolutos y puede ser negados cuando existan motivos suficientes que puedan generar afectación económica; que la subdirectiva tiene más de 60 trabajadores afiliados y podía haber asistido con dos miembros del sindicato; que la trabajadora no insistió en que tenía que ser el señor Michael Barrera, ni tampoco pidió aplazamiento de la audiencia; que, si ella no asistió con miembros de la organización sindical, la demandada no puede acarrear con las consecuencias negativas de esta omisión, lo cual raya con lo establecido en el artículo 66 del RIT; que no hay afectación a las garantías sindicales; que el hecho de que Jhonatan Gallego como gerente de tienda no haya realizado el informe disciplinario, en nada incide en el proceso, máxime que, ante su negativa, no podía la empresa obligarlo; que debe tenerse en cuenta el principio de la prevalencia de lo sustancial frente al procedimiento formal, y por ende, el hecho de que el informe haya sido presentado por Daniel Sánchez en nada afecta el debido proceso o derecho de defensa de la trabajadora.

1.2 Trámite de Segunda Instancia. Conforme a lo previsto en el artículo 117 del CPTSS, la decisión de segunda instancia se resolverá de plano, previa deliberación de la Sala.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Apelación sentencia, y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con los lineamientos establecidos en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S. que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2.2 Problema Jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar los **siguientes problemas jurídicos:**

(i) ¿La negativa en 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 si (ii) ¿La terminación del contrato de trabajo se encuentra estipulada como sanción disciplinaria? En caso positivo (iii) ¿Se ciñó el empleador al procedimiento disciplinario consagrado en la Convención Colectiva de Trabajo y/o Reglamento Interno de Trabajo?

2.3 Fuero Sindical. 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 acatamiento normativo de algunas 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**”*.

2.4 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 lo expuesto hasta aquí, se puede establecer y no es objeto de disenso que la señora KELLY JOHANA DURAN MEJÍA se encuentra vinculada a GASTRONOMÍA ITALIANA EN COLOMBIA S.A.S a través de un contrato a término indefinido desde el 04 de junio de 2022 (Fol. 53 y 66 archivo No 02); que ostenta la calidad de miembro de la Junta Directiva de la Subdirectiva Seccional Sabaneta del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de las Bebidas, Alimentos, Sistema Agroalimentario, afines y similares en Colombia “SINALTRAINBEC” (Fol. 126 y 127 archivo No 02), y que el 26 de abril de 2023, el empleador le comunica la terminación del contrato de trabajo, con sustento jurídico en lo dispuesto en el Reglamento Interno de Trabajo artículo 65, numerales 1), sub numerales, 1) 8), 22), 24) y 51); Numeral 2), sub numerales 21), 27) y 31); Código Sustantivo del Trabajo, artículo 62, literal a), numerales 2), 4), 5), y 6), esto es, por cuanto “*el pasado 27 de marzo de 2023 haya preparado una comida no autorizada por la Compañía, utilizando productos que no están regulados por la marca Domino’s Pizza, incurriendo en una contaminación cruzada los alimentos, equipos y demás herramientas de trabajo que son utilizadas única y exclusivamente para preparar los productos de la marca. Además, utilizó (tomate, maíz, pollo, tocineta y cebolla) materia prima de la Compañía para la preparación de estos alimentos sin que estos hayan sido debidamente facturados, lo cual afecta el costo de comida y, por ende, el inventario de la Tienda Domino’s Pizza Sabaneta. Así mismo, con dichas malas prácticas de salubridad se pudieron ver afectados nuestros clientes por contaminación de equipos, utensilios y alimentos, así como también se evidencia que no se utilizaron los elementos de protección personal como tapabocas, utilización de gorra, uniforme completo y en buena imagen de los colaboradores y diversas actividades omitidas por usted como responsable del turno y del equipo de trabajo por estar realizando actividades no autorizadas por sus superiores*”, decisión que quedó en suspenso de ejecución hasta tanto se adelante el proceso de levantamiento del fuero sindical (Fols. 130 a 135 archivo No 02), aspectos que se tendrán en cuenta al momento de fallar de fondo la presente causa.

2.5 Proceso disciplinario para terminación de contrato de trabajo por justa causa. Sobre el punto, en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha decantado que no se requiere adelantar un procedimiento para la terminación del contrato de trabajo con justa

causa, si el mismo no se encuentra estipulado en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo o convención colectiva de trabajo, además de que no se puede equiparar la terminación del contrato de trabajo por justa causa con una sanción disciplinaria.

Para desatar la controversia, amerita traer a colación lo predicado de vieja data en sentencia del 21 de julio de 1991, radicado No 4392, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, asienta que: *“la existencia de un trámite o procedimiento para despedir, convencional o reglamentario, de obligatorio cumplimiento para el patrono es un hecho que, como tal, deberá acreditarse con los medios idóneos dentro del proceso. La carga de la prueba de ese hecho incumbirá, naturalmente, a la parte que lo afirme con el propósito de obtener su efecto jurídico (art.177 del C. de P.C). Establecido ese trámite o procedimiento, el empleador obligado por él deberá acreditar su observancia so pena que el despido sea calificado como ilegal. (...) de este modo, **si el trabajador** pretende que su despido, además de injusto fue ilegal, **tendrá que indicarlo así en su demanda, y si esa ilegalidad se fundamenta en el incumplimiento de un trámite convencional o reglamentario será suya la carga de la prueba de la existencia de dicho trámite.** Solo entonces el patrono deberá, si pretende quedar liberado de las indemnizaciones correspondientes demostrar que también cumplió a cabalidad dicho procedimiento o trámite”.*

En este punto, viene a propósito traer a la palestra lo pregonado en las sentencias No 30612 y 32422 del año 2008, por la Sala de Casación Laboral de nuestro máximo órgano Jurisdiccional, al señalar: *“Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa”.*

Sobre este aspecto, en el sub lite, se constata que en el reglamento interno de trabajo de la sociedad demandante (Fols. 149 a 195 archivo No 02) existe un *“escala de faltas y procedimientos para su comprobación. Escala de sanciones disciplinarias y su forma de aplicación”*, que va del artículo 63 hasta el 67, procedimiento que fue el aplicado por la empresa a la trabajadora demandada y en la que, en lo que refiere a la clase de sanciones, el artículo 67 del RIT, estipula la suspensión del contrato en tratándose de faltas leves, y la terminación del contrato de trabajo cuando se esté frente a la tercera falta leve o la ocurrencia de un hecho calificado como falta grave, y por ende, lo primero que viene a propósito colegir es que, las partes le dieron la connotación de sanción disciplinaria a la terminación del contrato con justa causa, y en ese

horizonte, lo que sigue es establecer sí el empleador se ciñó a cabalidad con dicho procedimiento o trámite.

Igualmente, establece el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo (Fols. 196 a ... archivo No 02), el procedimiento disciplinario ante la ocurrencia de una falta laboral, expresando en el numeral 11, respecto del alcance de los recursos que “en el evento en que se revoque una medida de despido, el trabajador será reinstalado en su cargo, sin solución de continuidad”, lo que conduce a sostener y reafirmar que en el sub examine la terminación del contrato constituye una sanción disciplinaria, y por ende, el empleador debía acoger el procedimiento disciplinario estipulado en el Reglamento Interno de Trabajo y la Convención Colectiva de Trabajo.

2.6 Proceso disciplinario RIT y CCT. El artículo 63 a 67 del Reglamento Interno de Trabajo establece la escala de faltas y el procedimiento aplicable, en los siguientes términos:

CAPITULO XVII

ESCALA DE FALTAS Y PROCEDIMIENTOS PARA SU COMPROBACIÓN. ESCALA DE SANCIONES DISCIPLINARIAS Y SU FORMA DE APLICACIÓN

Artículo 63.- La empresa no puede imponer a sus trabajadores sanciones no previstas en este reglamento, en pacto, convención colectiva, fallo arbitral o en el contrato de trabajo.

Artículo 64.- Constituyen faltas leves:

1. El incumplimiento de las prohibiciones consagradas en el Artículo 62 numerales 5, 6, 12, 13, 14, 26, 27, 31, 34, 43, 48 y 49.
2. El incumplimiento de las obligaciones especiales del trabajador consagradas en el Artículo 60 numeral 9, 10, 11, 20, 22 y 28.
3. El desconocimiento del Artículo 49.

Artículo 65.- Constituyen faltas graves, además de las establecidas en otros artículos de este reglamento, las siguientes:

1. El incumplimiento de las prohibiciones consagradas en el Artículo 62 numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 50 y 51.
2. El incumplimiento de las obligaciones especiales del trabajador consagradas en el Artículo 60 numeral 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 25, 26, 27, 29, 30, 31 y 33.
3. El desconocimiento del Artículo 48 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7.
4. Incurrir en tres o más faltas leves en un periodo de 36 meses calendario.

Artículo 66.- Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, la empresa seguirá el siguiente procedimiento:

- a) Citará por escrito al TRABAJADOR, indicándole la fecha, hora y lugar en que debe presentarse el TRABAJADOR y se le indicará en forma clara y precisa los hechos constitutivos de la presunta falta disciplinaria,
- b) A la citación para rendir explicaciones se le acompañará las pruebas documentales que sirven de soporte a los hechos constitutivos de la presunta falta; si hay lugar a ello,
- c) Se levantará un acta con las explicaciones que rinda el TRABAJADOR,
- d) Se le comunicará por escrito al TRABAJADOR la decisión disciplinaria que adopte el EMPLEADOR,
- e) Se le informará al TRABAJADOR que podrá recurrir en segunda instancia la decisión adoptada por el EMPLEADOR, presentando su recurso por escrito, expresando en forma clara y precisa sus razones, dentro de los dos (02) días hábiles siguientes a la notificación de esa decisión ante el Gerente de Área,
- f) El EMPLEADOR le informará por escrito al TRABAJADOR la decisión que resuelva la segunda instancia en un término de hasta 10 días hábiles contados a partir de la presentación del recurso.

Parágrafo.- Si el trabajador y/o los dos representantes del sindicato, si lo hay, hacen caso omiso, sin justa causa, de la citación a ellos efectuada y que tiene como finalidad escucharlos en diligencia de descargos antes de la imposición de una sanción disciplinaria o terminación del contrato, en los casos en que es procedente legal y jurisprudencialmente, dará derecho a la empresa de aplicar la sanción o terminación procedente de acuerdo a las pruebas recogidas (CST artículo 115).

Artículo 67.- Se tienen como sanciones disciplinarias las siguientes:

1. Las faltas leves dan lugar:

- a)** Por primera ocasión a suspensión en el trabajo entre uno a ocho días.
- b)** Por segunda ocasión a suspensión en el trabajo hasta por dos meses.

2. Las faltas graves dan lugar:

La ocurrencia de un hecho calificado como falta leve por tercera vez, o la ocurrencia de un hecho calificado como falta grave en este reglamento o en cualquier otro documento suscrito entre empleador y trabajador, podrá dar lugar a que el empleador finalice el contrato de trabajo por justa causa conforme a lo preceptuado por el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, literal a), numeral 6).

Parágrafo.- Tienen facultad de acuerdo al parágrafo del artículo 44 de este Reglamento para imponer sanciones disciplinarias a los trabajadores de la empresa: Director General, Director de Recursos Humanos, Director y/o Gerente de Operaciones, este último siempre y cuando se encuentre respaldado por la firma de Gerente, Subgerente y/o Coordinador de Recursos Humanos, y en ausencia de ellos quien alguno de los mencionados designe.

A su turno, la Convención Colectiva de Trabajo, en el artículo 17 preceptúa el procedimiento disciplinario de la siguiente manera:

ARTÍCULO 17. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.

Conforme a los principios planteados en la presente convención colectiva de trabajo, cuando se verifique la ocurrencia de una falta laboral, la empresa adelantará el siguiente procedimiento disciplinario.

1. **Informe disciplinario:** El superior directo reportará a la Coordinación de Gestión Humana la situación presentada mediante un informe escrito y detallado relatando los hechos, anexando pruebas, soportes, documentos, etc., que permita iniciar el procedimiento disciplinario. En el reporte debe incluir nombre y cargo del trabajador además de precisar lugar, fecha, hora, personas y/o testigos de los presuntos hechos. Este informe se efectuará a más tardar durante los siguientes ocho (8) días hábiles posteriores al conocimiento de la presunta falta por parte del superior que emita el informe disciplinario.
2. **Citación a descargos:** La Coordinación de Gestión Humana, recibido el informe disciplinario remitido por el Jefe Directo, citará por escrito al trabajador indicándole los supuestos de hecho que ameritan dicha citación, indicando las pruebas existentes y advirtiéndole sobre las posibles consecuencias disciplinarias de la conducta que se investiga. Esta citación se efectuará a más tardar durante los siguientes ocho (8) días hábiles posteriores a la emisión del informe disciplinario.
3. **Diligencia de descargos:** Acorde con la citación, la Coordinación de Gestión Humana, realizará las preguntas al trabajador dirigidas a comprobar los motivos por los cuales fue citado, permitiéndole a su vez al trabajador realizar las manifestaciones que considere pertinentes como garantía de su derecho de contradicción y defensa. El trabajador podrá estar acompañado hasta de dos (2) testigos de la organización sindical durante la

diligencia si así lo estima conveniente, quienes presenciarán la diligencia y darán fe del desarrollo de esta. La diligencia de descargos se efectuará a más tardar durante los siguientes ocho (8) días hábiles posteriores a la citación correspondiente.

4. **Acta de descargos:** Del desarrollo de la diligencia de descargos, se dejará constancia expresa en acta firmada por el trabajador, la Coordinación de Gestión Humana y los testigos en caso de estar presentes durante la diligencia o en caso de que el trabajador se niegue a la firma del acta de descargos.
5. **Pruebas posteriores a la diligencia de descargos:** Culminada la diligencia de descargos el trabajador tendrá un término de dos (2) días hábiles con el objeto de recolectar y allegar las pruebas que considere pertinentes en torno a su defensa. Cumplido el término de los dos (2) días hábiles sin que el trabajador allegue las pruebas que estime conducentes, la Empresa podrá tomar la decisión correspondiente valiéndose para el efecto de los medios de prueba de que disponga.
6. **Decisión de la Empresa:** La Empresa, dentro de los OCHO (8) días calendario siguientes a la diligencia de descargos, informará por escrito al trabajador de la determinación adoptada.
7. **Recurso de Reposición.** El trabajador podrá presentar recurso de reposición por escrito ante el funcionario que emitió la sanción dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la comunicación que informe de tal medida.
8. **Decisión del recurso de reposición:** Presentado el recurso de reposición, el funcionario competente dispondrá de TRES (3) días hábiles para resolverlo mediante comunicación escrita.
9. **Recurso de Apelación:** En subsidio del recurso de reposición el trabajador podrá formular recurso de apelación ante el superior del funcionario que formuló la sanción. El recurso apelación deberá presentarse simultáneamente con el recurso de reposición y en subsidio de este, indicando los motivos de su inconformidad.

No procederá recurso de apelación cuando la decisión disciplinaria sea tomada por la Gerencia General en única instancia. En tal evento, el trabajador quedará en libertad de acudir a la Justicia Ordinaria Laboral conforme a la normatividad vigente.

10. Decisión del recurso apelación: Presentado en subsidio el recurso de apelación y a partir del momento en que se resuelva el recurso de reposición, el funcionario competente dispondrá de TRES (3) días hábiles para resolver la apelación mediante comunicación escrita.
11. Alcance de los recursos: Los recursos serán concedidos y definidos con efecto diferido, por ende, las medidas sancionatorias se aplicarán sin perjuicio de la resolución de las objeciones que plantee el trabajador. En el evento en que la decisión de la empresa implique revocar una medida sancionatoria, el trabajador tendrá derecho al pago de los días de suspensión que se hayan generado a título de licencia remunerada. En el evento en que se revoque una medida de despido, el trabajador será reinstalado en su cargo, sin solución de continuidad.

Bajo ese panorama, descendiendo al caso concreto, tenemos que fueron dos los razonamientos por el cual el a quo negó las súplicas de la demanda; el primero, consistente en que el informe disciplinario no fue presentado por el superior directo, es decir, el señor Jonathan Gallego Gómez como Gerente de Tienda, sino por el Supervisor de Zona, señor Daniel Sánchez; y el segundo, referido a que no se garantizó el acompañamiento de los dos representantes de la organización sindical.

Frente al primer tópico, acota la Sala que el numeral 1 del artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo consagra que el informe disciplinario es reportado a la Coordinación de Gestión Humana mediante un informe escrito por parte del superior directo, y tal informe permite iniciar el procedimiento disciplinario. En el caso de auto, ciertamente no es objeto de controversia que el informe fue presentado por Daniel Sánchez como Supervisor de Zona (Fol. 108 archivo No 02), y no por Jonathan Gallego, quien fungía como Gerente de Tienda y que hacía las veces de superior inmediato de la trabajadora demandada; empero, ha de sostener la judicatura que tal circunstancia no es de la suficiente entidad para dar al traste con el proceso disciplinario que se le adelantó a la trabajadora, ya que tal hecho no riñe con los fundamentos o principios del proceso disciplinario previstos en el artículo 16 de la Convención Colectiva, en especial, la garantía del derecho de defensa, y el derecho de contradicción y controversia de las pruebas, pues independientemente de quien haya realizado el informe, aquel fue el sustrato para dar inicio al trámite disciplinario, sin que logre apreciarse en el texto convencional que la consecuencia de presentar el informe por un funcionario diferente al superior directo haga ineficaz o invalide la actuación disciplinaria.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el caso concreto se expresa que la apertura del proceso disciplinario es motivada por el informe rendido por el Supervisor Daniel Sánchez, “ante la negativa del Gerente de Tienda de brindar el informe por escrito ante las represalias que sus subordinadas pudieran acometer en contra de él” (Fol. 83 archivo No 02), postura que se sostuvo también al absolver el testimonio por parte de Daniel Sánchez y Glory Milena Cautiva, quien al unísono manifestaron que el jefe directo es Jonathan Gallego, pero que aquel no rindió el informe por motivo de represalias que pueda tener la demandada. Ahora, al margen de los motivos que no permitieron rendir el informe por parte de Jonathan Gallego, reitera la Sala que

el hecho de que el informe haya sido rendido por el Supervisor de Zona, no genera la invalidez del trámite disciplinario, además, por cuanto aquel (Supervisor de Zona) hace parte del orden jerárquico de la empresa conforme lo establece el artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo, y en ese sentido, si aquel incluso es superior del Gerente de Tienda, con mayor razón ante la negativa del Gerente de Tienda en rendir el informe, le correspondía al Supervisor de Zona reportar o realizar el informe que dé inicio al trámite disciplinario. Incluso, exigir que necesariamente el informe debe ser presentado por el Gerente de Tienda, conllevaría a que, ante su negativa, la entidad no pueda dar trámite al proceso disciplinario, lo cual resulta totalmente desacertado, y por ello, el argumento del a quo en este aspecto no se comparte por la Sala, ya que además, se llegaría al absurdo de que debe la entidad obligar al superior directo a presentar un informe, aun cuando aquel decide no hacerlo, independientemente de que aquello pueda en determinadas circunstancias constituir incumplimiento a sus funciones.

Ahora, en lo tocante a que no se garantizó el acompañamiento de los dos representantes de la organización sindical, se aprecia que tanto el reglamento interno de trabajo y la convención colectiva de trabajo hacen referencia a tal derecho, esto es, a que el trabajador disciplinado pueda contar con la comparecencia de dos representantes de la organización sindical, y aquello esta concatenado con lo dispuesto en el artículo 115 del CST, el cual menciona que: *“Antes de aplicarse una sanción disciplinaria al <sic> {empleador}, debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite”*.

Para zanjar la controversia, sea oportuno traer a colación la sentencia del 22 de julio de 1999, radicación No 11872, en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reliva que:

“Y es pertinente recordar que la Sala, analizando el tema de que se trata bajo el rigor del artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, en fallo del 11 de diciembre de 1998, radicación 11250, dijo:

“En efecto, dado que la ley no consagra ningún procedimiento sucedáneo que permitiera aplicar las sanciones disciplinarias o despedir un trabajador – cuando el despido sea la conclusión de un trámite convencional o reglamentario, por asimilarse la terminación del contrato a una sanción disciplinaria, o haberse así convenido, o previsto en el reglamento interno de trabajo-, si se interpretara el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de no ser renunciable el derecho que tiene el trabajador a que el patrono le dé la oportunidad de oírlo a él y a dos representantes del sindicato al que pertenece, ocurriría que si el trabajador no comparece el día en que se le cita para ser oído en descargos o manifiesta su intención de que no sean escuchados los representantes de la

organización sindical a la que se encuentra afiliado (siendo factible que no pertenezca a un sindicato, pues el derecho de asociación es libre), quedaría imposibilitado el empleador para aplicar la sanción o terminar el contrato.

"No puede pasarse por alto que el trabajador bien puede considerar más aconsejable a sus intereses que se le oiga sin la presencia de representantes sindicales, y que el patrono no podría forzarlo a que otras personas escuchen las explicaciones que él estime oportuno expresar en ese momento; e igualmente puede ocurrir que, por considerar que no puede ser obligado a inculparse, prefiera guardar silencio; o inclusive se niegue a asistir a rendir los descargos.

"Cualquiera de estas conductas puede adoptar el trabajador inculpado; y el patrono no podría vulnerar su derecho ni compelerlo a que comparezca a una diligencia en la que va a formularle cargos, como tampoco podría, motu proprio, designar él a alguien que hiciera las veces del trabajador, o nombrarle unos representantes para oírlos a ellos, no obstante, la expresa manifestación de aquél de no ser su voluntad que comparezcan dichos representantes sindicales. Además, puede suceder que se trate de un trabajador que no haga parte de una asociación de esta especie.

"El patrono cumple con su deber legal al darle la oportunidad de ser oídos tanto el trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato al que éste pueda pertenecer; pero si el trabajador renuncia a este derecho, o los miembros de la organización sindical no comparecen para que se les escuche, no es dable por ello invalidar la sanción disciplinaria o considerar ineficaz o ilegal la decisión unilateral de terminar el contrato de trabajo, el cual podría igualmente finalizar sin que se adujera una justa causa de terminación del contrato o se invocara la comisión de una falta contra la disciplina de la empresa".

En el presente asunto, tenemos que el 19 de abril de 2023 (Fols. 108 a 112 archivo No 02), la entidad demandante efectuó la cuarta solicitud para que la trabajadora demandada se presente a rendir descargos, misiva en la que se le aduce que en virtud de lo establecido en el artículo 115 del CST, podrá atender la diligencia en compañía de (2) representantes de la organización sindical a la cual se encuentra afiliada. Comunicación que fue remitida a través de correo electrónico el 20 de abril de 2023 (Fols. 113 archivo No 02), tanto a la trabajadora demandada, como a la organización sindical Sinaltrainbec Subdirectiva Medellín.

Ello así, la organización sindical solicito (Fol. 54 archivo No 08) ante la empresa demandante permiso para que comparezca el señor Michael Barrera Jaramillo a la diligencia de descargos en el proceso disciplinario adelantado en contra de la trabajadora demandada, a realizarse el 21 de abril de 2023. En respuesta al permiso, la sociedad accionante el 20 de abril de 2023 (Fols. 55 archivo No 08), decide negar el permiso con basamento en lo siguiente:

La Compañía no accede al permiso teniendo en cuenta que los turnos de trabajo ya se programaron en toda la operación y, por ende, en estos momentos no podemos incurrir en movimientos de personal para cubrir su ausencia, más aún cuando usted ocupa un cargo directivo en la Tienda Domino's Pizza Patio Bonito.

Además, como se le informó a Kelly Johana Durán en la citación a descargos, ella puede asistir con hasta dos (2) miembros de SINALTRAINBEC diferentes a usted, toda vez que esta organización sindical es de industria y cuenta con un número de afiliados considerablemente alto a nivel nacional y local, por lo que está en la facultad de asistir con otro de los tantos afiliados.

Igualmente, en la diligencia de descargos realizada el 21 de abril de 2022 (Fols. 114 a 125 archivo No 02), se le preguntó a la trabajadora demandada que si previamente se le informó que podía comparecer con dos testigos de la organización sindical, inquirendosele que afirme quienes la acompañarían, ante lo cual respondió que *“la persona que iba a venir no le dieron permiso”*.

De lo expuesto en precedencia, y con sustento en la jurisprudencia atrás vertida, se aprecia que la comparecencia a la diligencia de descargos con dos representantes de la organización sindical es un derecho que tiene el trabajador, pudiéndose desistir del mismo en el evento en que su deseo sea el que sus descargos no sean escuchados por terceras personas, lo que no ocurre en el presente asunto, dado que aquella trabajadora en la diligencia de descargos dejó constancia que la no comparecencia del representante de la organización sindical fue porque no le “dieron permiso”, de lo que puede inferirse que la trabajadora no renunció a tal derecho, ni en grado sumo, podría sostenerse que renunció a uno de los testigos, pues de dos representantes sólo se designó a uno.

Ahora, ciertamente la jurisprudencia ha decantado que los permisos sindicales no son absolutos (STL10962-2016); empero, en el caso concreto al tratarse de un derecho inalienable al trabajador aforado, quien motu proprio puede decidir quién de la organización sindical la acompañe y escuche su versión, no podía el empleador limitar el ejercicio de tal derecho negando el permiso sindical al trabajador escogido por aquella o por la organización sindical, pues debe tenerse en cuenta que, independientemente de que haya sido la Subdirectiva Medellín y no la Subdirectiva Sabaneta quien solicitó el permiso, ello sólo constituye un aspecto meramente formal, dado que la trabajadora en la diligencia de descargos deja claro que la no comparecencia del testigo obedeció a que le fue negado el permiso por parte del empleador, esto es, no renunció a tal derecho, y además, se trata de un trabajador perteneciente al sindicato y trabajador de la misma empresa demandante, por lo cual, en nada incide el que sea de diferente subdirectiva.

Debe anotarse que en este caso particular de cara a lo establecido en el artículo 115 del CST, el empleador *“no podría vulnerar su derecho”* y *“motu proprio, designar él a alguien que hiciera las veces del trabajador, o nombrarle unos representantes para oírlos a ellos”*, lo que efectivamente aconteció, dado que le niega el permiso a Michael Yesid Barrera Jaramillo, y de manera subsecuente le dice que la trabajadora puede asistir con cualquier otro miembro de la organización sindical, es decir, el empleador le restringe o coarta el derecho que tiene la actora de comparecer con el testigo que presentó la organización sindical y que no fue rechazado por la trabajadora.

Así las cosas, como quiera que la vulneración del artículo 115 del CST, trae como consecuencia que *“No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite”*, es por lo que, ante el proceder de la entidad de haber adelantado la diligencia de descargos sin el acompañamiento del representante o testigo de la organización sindical, no queda disyuntiva diferente que aplicar las consecuencias jurídicas de tal actuación, esto es, invalidar o declarar ineficaz la sanción disciplinaria, y en consecuencia, bien hizo el a quo en negar las pretensiones de la demanda.

Frente al argumento de que debe prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, es decir, que a pesar de que se adelantó la diligencia de descargos sin el testigo de la organización sindical y demás etapas procesales, e incluso el que el a quo haya encontrado acreditada la justa causa, no pueden servir de motivo para soslayar la consecuencia jurídica que presupone el artículo 115 del CST, pues el derecho a ser oído el trabajador con el acompañamiento del testigo de la organización sindical hace parte del derecho fundamental al debido proceso y de los principios, cuya efectividad debía garantizar el empleador al trabajador, de conformidad con el artículo 16 y 17 de la Convención Colectiva de Trabajo.

De otro lado, en lo que respecta con el argumento del abuso del derecho, debe decirse que sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la STL16770-2017 al referirse al abuso de derecho de asociación sindical, manifestó: *“Sobre el particular cabe precisar que no se le puede dar validez a las actuaciones que se encuentran en contra del orden legal o que constituyen abusos del derecho de asociación, so pretexto de proteger el derecho mencionado, porque hacerlo es desnaturalizar el derecho mismo”*. En el caso de autos no se presenta tal situación, dado que el sustento de esa posición sólo está referida a la afiliación de la actora a la Subdirectiva Sabaneta y a la creación de la misma, lo que no deja de ser sólo una manifestación de la parte actora carente de cardumen probatorio, máxime que son temas que escapan de la órbita de esta instancia en este proceso.

Finalmente, frente a la acreditación de la justa causa, debe señalarse que por sustracción de materia resulta inane realizar cualquier disquisición adicional, pues aquello sólo se abriría paso si se hubiera desconocido la consecuencia jurídica prevista en el artículo 115 del CST frente al procedimiento disciplinario adelantado a la trabajadora demandada.

Colofón de lo expuesto, se confirmará la decisión de instancia.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, y en vista de que se resolvió desfavorablemente el recurso de apelación impetrado por la demandante, será condenada a pagar las costas en esta instancia; con arreglo a lo previsto en el Acuerdo PSAA 16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho para la segunda instancia, a favor de la demandada KELLY JOHANA DURAN MEJIA, la suma de \$1.160.000, que corresponden a un (1) SMMLV.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN, Sala Quinta de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

4. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, dentro del presente proceso de fuero sindical, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.


SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante GASTRONOMÍA ITALIANA EN COLOMBIA S.A.S, fijándose como agencias en derecho en favor de KELLY JOHANA DURAN MEJIA, la suma de \$1.160.000, que corresponden a un (1) SMLMV. Las de primera se confirman.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogándose el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la reciente providencia AL 2550 de fecha 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia de lo decidido en la Secretaría de la Sala, previa anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario