REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	**PROCESO ESPECIAL - FUERO SINDICAL**
DEMANDANTE	**BANCO FALABELLA S.A.**
DEMANDADO	**JENNIFER PAREDES ASCUNTAR**
PROCEDENCIA	JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**760013105-013-2018-00609-01**
SEGUNDA INSTANCIA	**APELACIÓN DTE**
TEMAS Y SUBTEMAS	**levantamiento de fuero sindical y autorización para despedir**.
DECISIÓN	Confirma

SENTENCIA No. 018

Santiago de Cali, once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO A DECIDIR

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la PARTE DEMANDANTE contra la sentencia Nº 117 del 21 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del **PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL y AUTORIZACIÓN PARA DESPEDIR,** promovido por **BANCO FALABELLA S.A.** contra la señora **JENNIFER PAREDES ASCUNTAR**.

ANTECEDENTES

Pretende el demandante se ordene el levantamiento del fuero sindical y se conceda permiso para dar por terminado el contrato de trabajo a la señora **JENNIFER PAREDES ASCUNTAR.**

Como fundamento de sus pedimentos, afirma que la señora **JENNIFER PAREDES ASCUNTAR** se encuentra vinculada mediante contrato de trabajo con la **BANCO FALABELLA S.A.** desde el 21 de septiembre de 2015, en el cargo de cajero.

Afirma que la demandada es miembro de la UNIÓN SINDICAL BANCARIA "USB" desde marzo de 2016, que fue elegida el 14 de febrero de 2018 como presidente de la Junta Directiva de la Subdirectiva de la "USB" del Valle del cauca y posteriormente para agosto de 2018 fue elegida como *primer suplente-secretaria de relaciones interseccionales y políticas* de la Junta Directiva Seccional Cali de la Organización Sindical.

Indica que el 25 de octubre de 2018 la señora JENNIFER PAREDES ASCUNTAR se presentó en la oficina Cali Sur realizando las siguientes manifestaciones a viva voz en presencia de varios clientes y funcionarios de la Compañía:

" (…) yo tengo comisiones tan bajas, como estamos, ustedes nos ven sentados aquí, muy bien vestidos, mostrándoles un servicio, pero ¿qué está haciendo este banco? Pagando con comisiones de a peso. Entonces la invitación es para que ustedes no se dejen también robar como clientes, porque ¿Qué están haciendo? ¿qué está pasando ahorita con este banco

Falabella? Están clonando las tarjetas, porque el banco no se mete la mano al bolsillo para invertir en seguridad. ¿A cuántos de aquí no le han hecho clonación con una tarjeta con NETFLIX, con RAPPI, con AMAZON, y ¿Qué dicen? Que nos van a devolver, pero es mentira. Yo soy funcionaria, y una vez laborando me llego un mensaje que me hicieron compras con mi tarjeta, cuando no debe pasar eso, porque este banco es negligente ante la seguridad y ustedes como clientes deben exigir seguridad. Así como nos cobran altos intereses, así como nos cobran cuotas de manejo altas, así como nos meten seguros que no debemos, que no queremos, así también debemos exigir y nos podemos quejar en la Superintendencia Financiera, en el consumidor financiero para que estas entidades financieras, esta multinacional chilena abra los ojos e invierta también, porque nosotros como clientes y como trabajadores somos el pilar de este banco.
(…)
Todas esas cosas debemos quejarnos, debemos todo eso quejarnos. A ustedes como clientes los están robando y a nosotros como trabajadores nos están explotando, las jornadas extenuantes de trabajo de nosotros que es de domingo a domingo de 8 de la mañana a 9 de la noche, no tenemos como salir con nuestra familia a disfrutar ¿por qué? Porque es que aquí todos mantenemos 24 horas aquí laborando. Y ¿Qué nos vienen a pagar? Fuera que nos pagaran bien, pero es que nos pagan comisiones pocas, pésimas. Entonces me agrada que hayan prestado atención y la invitación es que para cada uno de ustedes nos quejemos, no nos quedemos callados. Muchas gracias".

Que conforme lo anterior, la demandada incumplió gravemente con la obligación de obediencia y fidelidad para con su empleador, dejando en entredicho ante los clientes del BANCO FALABELLA su reputación, su imagen y el buen nombre. Expuso que la señora PAREDES fue llamada a descargos para el 14 de noviembre de 2018, reprogramada para el 22 de noviembre de 2018, con ocasión de la apertura de proceso disciplinario el 10 de octubre de 2018, y luego que los mismos se llevaron a cabo se concluyó que la conducta de la accionada denota un grave incumplimiento a sus obligaciones laborales y contractuales contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo, contrato de trabajo y políticas del BANCO FALABELLA, poniendo de presente específicamente en la carta de terminación del contrato justas causas de conformidad con los numerales 1 y 5 del artículo 58 del CST, en consonancia de los numerales 2, 4 y 6 del artículo 62 del CST.

Al reformar la demanda (Min. 39:11 a 43:49, *03AudioAudienciaTramiteFolio240*), agregó algunos hechos relativos a la presencia de la demandada los días 17 de julio de 2019 en la oficina Cali Norte y Jardín Plaza, el 23 de julio de 2019 en la oficina Jardín Plaza, el 25 de julio de 2019 oficina Calima Bogotá, 26 de julio de 2019 oficina Centro Internacional, exponiendo la actora ante los usuarios la deficiente inversión en seguridad para la protección de clientes ante fraude, existencia de una multa por la Superfinanciera por una inadecuada administración de datos del clientes, supuesta alta incidencia en clonación de tarjetas del banco Falabella.

Señala que en la diligencia de descargos la accionada manifestó que sus intervenciones las realizó en calidad de directiva sindical y que se trata de mítines informativos en desarrollo del ejercicio de la actividad sindical y que en ningún momento constituye falta o agresión a sus obligaciones contractuales o reglamentarias.

Aporta videos de seguridad de los bancos Falabella en las fechas y oficinas antes enunciadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la señora **JENNIFER PAREDES ASCUNTAR LEÓN,** al contestar la demanda (Min. 09:00 a 35:30 *03AudioAudienciaTramiteFolio240*), se opuso a las pretensiones de esta, y frente a los hechos acepta lo relativo a la existencia del contrato de

trabajo, extremos, cargo, pertenencia a la organización sindical USB y que perteneció a la Junta Directiva.

Señala que el día 25 de octubre de 2018 la demandada se presentó en la sede del BANCO FALABELLA en Home Center, resaltando que la actividad sindical de la misma en ningún momento pretende afectar la imagen de la entidad bancaria, y que el evento se trató de un mitin informativo en un escenario natural para este tipo de actividades donde están los trabajadores afiliados a la organización sindical y los posibles afiliados a la misma. Resalta que no existe otro punto específico para difundir las políticas y trayectorias del sindicato, que los lineamientos de la diligente siempre estuvieron dentro del respeto, el orden y la claridad, tanto para afiliados como para la entidad financiera.

Refiere que el funcionamiento del banco está afectado por su propio actuar, como es de conocimiento público, sin embargo, indica que la rentabilidad del banco se ha incrementado considerablemente en los últimos años.

Expone que la actividad sindical no puede ser vista como afectación al buen nombre del empleador, cuando este vulnera el derecho de asociación sindical, libertad sindical y convenios internacionales, mucho más tratándose de información sindical. Agrega que no se han demostrado los perjuicios causados al banco.

Manifiesta que la trabajadora en la diligencia de descargos no aceptó ninguna conducta, aunque aclara que la misma contestó cada uno de los interrogantes efectuados por el empleador, sin que se hayan configurado ninguno de los hechos expuestos para despedir a la trabajadora. Aduce la existencia de persecución contra la organización sindical.

Refiere que el video que se pretende hacer valer en el presente proceso fue obtenido de manera ilegal motivo este por el que no tiene valor, que incluso se está frente a la violación de intimidad de la trabajadora, pues el dispositivo empleado para la realización del video pertenece a uno de los directivos del banco, y no fue obtenido por cámaras de vigilancia de la entidad bancaria.

Propuso como excepciones la prescripción, falta de motivación de la acción de levantamiento de fuero sindical, inexistencia de causa para dar por terminado el contrato, falta de agotamiento del debido proceso y genérica.

Frente a la reforma de la demanda expuso que la actividad de la trabajadora que goza de fuero sindical se encuentra dirigida a la realización de mítines informativos para los trabajadores y el escenario no puede ser otro que las oficinas del banco en donde por obvias razones están los clientes. Reitera que las manifestaciones de la trabajadora se encaminar a exponer situaciones que suceden al interior del banco que en últimas terminan afectando a los trabajadores vinculados por la entidad financiera, toda vez que las afectaciones que se causan a los clientes no tienen otra persona a quien reclamar sino a quien los atiende directamente, motivo por la que la organización sindical debe poner de presentes estas situaciones. Expone que la sanción impartida por la Superintendencia a Banco Falabella es de público conocimiento y puede consultarse en la página web de dicha entidad (Min. 44:25 a 50:45).

LA SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia Nº 117 del 21 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, se resolvió no levantar el fuero sindical de la señora JENNIFFER PAREDES como directiva del SINDICATO BANCARIO COLOMBIANO - SIMBACOL, solicitado por el BANCO FALABELLA S.A.; condenando en costas a

BANCO FALABELLA en favor de la directiva sindical demandada, fijando agencias en derecho el equivalente a UN SMLMV.

Como fundamento de su decisión, adujo que no existe controversia respecto a la existencia del contrato de trabajo entre las partes, así como sus características principales y la forma de terminación, poniendo de presente que al proceso se aportó el contrato de trabajo.

Sobre la existencia del amparo foral indica que al plenario se allegó comunicaciones remitidas al empleador sobre la membresía y elección en la directiva sindical de la subordinada, de donde se desprende su designación como presidente de la Unión Sindical Bancaria realizada el 14 de febrero de 2018 y posteriormente como primer suplente de la secretaria de relaciones interseccionales según comunicación del 19 de agosto de 2018 remitida al Banco Falabella.

Sostiene que al no haberse allegado comunicación posterior y teniendo en cuenta la extensión legal del amparo foral que rige como mínimo 6 meses conforme lo dispuesto en el artículo 406 CST, se tiene que la demandada contaba con fuero sindical de directiva al menos entre el 29 de agosto de 2018 y el 29 de febrero de 2019, motivo que, para el 29 de noviembre del 2018, fecha del despido, estaba cobijada por el fuero sindical.

Sobre la existencia de la justa causa invocada, señala en primera medida que la carta de terminación del contrato de trabajo cumple con los requisitos formales dispuestos por el parágrafo del artículo 62 CST. Agrega por otra parte que al hablar de incumplimiento de funciones contractuales debe el BANCO FALABELLA acreditar que la demandada se encontraba en desempeño de sus labores, condición que no quedó acreditada, pues no existe evidencia alguna que la señora PAREDES estuviera en su puesto de trabajo, cumplía encargos propios de su empleo por fuera de la empresa, atendía tareas asignadas por su empleador, entre otros, para poder exigirle un comportamiento subordinado, sin que pueda perder de vista que la actividad de directiva sindical, si bien se ejerce en el marco laboral, no lo es en calidad de subordinado o dependiente, pues contrariaría la independencia y autonomía sindical.

Agrega que existen obligaciones del contrato de trabajo que trascienden el ámbito laboral mismo, es decir la actividad y objeto contratado, por lo que respecto a las cláusulas del reglamento de trabajo consignadas en la carta de despido sólo son exigibles a una dirigente sindical en cuanto a observar los preceptos del reglamento, al igual que el de comunicar oportunamente al patrono las observaciones que estime pertinentes para evitarles daños y perjuicios.

Señaló que la redacción del numeral 5 del artículo 58 CST, impone que la valoración de conducencia es el criterio y pensamiento de la subordinada, cuya finalidad, esto es, evitarle daños y perjuicios a la empresa supone también la aceptación del empleador de la existencia de tales circunstancias que le pueda generar los mismos, explica que la omisión de la dependiente en manifestar a su empleador las observaciones que ella crea conducente es frente a hechos que estén ocurriendo, lo que no se sucede en el presente caso, pues la demandante no admite que lo dicho por la pasiva sea cierto, por el contrario al desconocerlo, iza la afectación de su imagen y reputación, por lo que considera pierde soporte jurídico la misiva en estudio, pues mal podría reclamarse entere lo que cree la trabajadora perjudicial al empleador frente a hechos que no lo son.

Indica que igual suerte corren los numerales 2 y 4 del literal a) del art. 62 del CTS en cuanto a actos de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en su labor, por cuanto la demandada no se encontraba en desempeño de sus labores y el empleador no reporta tales actos sobre sus representantes, directivos o familias, además porque no se acredita en la instancia hechos de violencia, injuria o malos

tratamientos; recordando que para los hechos constitutivos de delitos debe mediar sentencia judicial en firme que así lo declare en contra de la dependiente.

Reseña que el punto centro que se acusa a la aforada es de su presencia en las instalaciones del banco y su discurso frente a otros empleados y clientes en cuyo contexto la afectación de la reputación e imagen se encuadraría en una injuria, de cuya denuncia formal ni condena en firme existe prueba, sin que la comunicación de terminación de contrato ni los argumentos esgrimidos en esta instancia se refieran a daño en las instalaciones, afrenta o actos de violencia contra los representantes del empleador o directivos presentes, interrupción abrupta de la atención al público, suspensión de la jornada de trabajo, entre otras circunstancias que pudieran alegarse; lo que aduce demerita también el numeral 4 del literal a) del art. 62 CST, en cuanto al daño material y negligencia, no sólo por no admitir la veracidad de lo que dice fueron los pregones de la dirigente sindical, sino también ante la ausencia de condena de la justicia penal.

Señala que el discurso de una dirigente sindical cuyo contradictor natural es su empleador, precisamente dentro de sus instalaciones, no puede configurar acto de negligencia frente a su dicho, cuya certeza o falsedad generaría una acción penal, en cuanto a la conducta de la persona natural, como también una acción civil, frente a los perjuicios ocasionados por la hipotética negligencia, lo que tampoco fue probado.

Sobre el incumplimiento del reglamente interno de trabajo señaló que, no nos encontramos en el presente asunto ante una reclamación particular de un subordinado, sino frente a la actividad sindical propia de un directivo, que al no contrariar disposiciones constitucionales hace parte precisamente del principio de libertad sindical, por lo tanto no está sujeto a conductos regulares o reglamentos internos que se subordinan a las normas internacionales del trabajo y demás garantías de las que habla el art. 39 de la C.N., debiéndose en consecuencia acreditar la existencia de extralimitación en el ejercicio del derecho de asociación sindical o la afectación a las personas, bienes o derechos del empleador.

Sobre lo dispuesto en el numeral 6 del literal a) del art. 62 del CST referente a la violación grave de las prohibiciones, hace énfasis a lo dispuesto en el artículo 60 del CST no encontrando que los hechos aceptados por la demandada se adecuen a ninguno de los supuestos normativos, ni siquiera a los del numeral 5 del art. 58 ibidem, pues el llamado a descargos no lo fue por promover suspensión intempestiva de trabajo o incitar a ello. Expone que esta disposición sólo obliga a los dependientes en el desarrollo de las tareas a ellos recomendadas por su superior y no a los dirigentes sindicales en el desarrollo de su actividad sindical, ni a los clientes del banco.

Añade que, no puede perderse de vista que le corresponde a la parte actora acreditar la gravedad de los hechos, los efectos de la actuación de la directiva sindical, que califica como irregular, que sería por ejemplo la productividad de la sucursal frente a un periodo determinado, la afectación directa a los negocios del banco o la incidencia en el desarrollo del objeto social, situación que no se cumplió.

Señala que pese a lo genérico de la causal indilgada en la carta de terminación del contrato, tal es, la grave violación de obligaciones frente a los hechos y omisiones que se endilgan a la subordinada debió garantizarse su derecho de audiencia, contradicción y defensa, y por tanto mal podría basarse la carta de desvinculación en cargos que no fueron formulados, como sucede en el presente asunto, pues no puede endilgarse a un subordinado comportamiento irregular frente a hechos hipotéticos en el futuro, que no se prueban en la instancia, como son la afectación del negocio.

Sobre las disposiciones endilgadas del contrato de trabajo y reglamento interno de trabajo expone que las mismas trascienden el actuar de la empleada en el desarrollo del objeto

contratado, por fuera de sus deberes laborales específicos, por lo que serían constitutivos de falta que el afectado identifique que la información privilegiada que tenía la dependiente en su condición de tal, y que ahora esgrime en su calidad de cliente del banco o directiva sindical, pasando por admitir que las denuncias que esta hace, parte de una información real, lo que no confiesa en la demanda, ni mucho menos aporta prueba de la reserva o la violación de su confidencialidad. Resalta que el discurso que acepta la pasiva es genérico en cuanto a la afectación de unas tarjetas, la falta de inversión en seguridad, el padecimiento que tuvo de un intento de fraude como cliente y las condiciones laborales, lo que guarda coherencia con sus descargos en la diligencia respectiva, sin que se desprenda de su dicho la divulgación de información reservada o que haya conocido o que por su condición de subordinada o directiva sindical le permitiera conocer bajo la normas de confidencialidad o que esté ligada a una investigación en la que ella haya participado violando la reserva de confidencialidad. Refiere que no acreditó la demandante la afectación grave en las obligaciones derivadas de un contrato individual de trabajo y su reglamento interno, aun considerando la pasiva como subordinada.

Señala que de los interrogatorios de parte no fluyó confesión alguna ni elementos de juicio adicional que enerven los medios probatorios analizados, sin que la prueba testimonial recibida supere la actividad procesal, lo que indica relieva estudiar la sospecha que radica sobre el representante del empleador interrogado, al igual que la formulada respecto de los testigos, cuyas versiones no aportan nada nuevo.

Añade que el desconocimiento de documentos de la parte actora, y la solicitud de exhibición de documentos en poder de terceros por parte de la pasiva, negados por el despacho, no resultan relevantes para concluir el juicio, los primeros por no haber sido valorados en la sentencia y los segundos por no resultar necesarios para el convencimiento del juzgador.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada la PARTE ACCIONANTE interpuso recurso de apelación contra la sentencia, solicitando se revoque la misma. Aduce que las conductas endilgadas a la demandada se ejecutaron durante el desarrollo de labores por parte de la trabajadora, pues en el contrato que se suscribió con la demandada estaba vigente, en consecuencia, pareciera indicar el despacho que por no cometer estos actos de malos tratamientos en contra del empleador en cumplimiento de sus funciones, es decir, sentada en una silla atendido a clientes en calidad de cajera, pues no constituye por eso la justa causa que se le endilga, resaltando que se debe valorar que la señora PAREDES manifestó encontrarse en esparcimiento con amigos y aprovecha la situación, ingresa a un establecimiento del banco Falabella y empieza manifestando que no se dejen robar por el Banco, que en el Banco clonan las tarjetas, que los obligan a tomar seguros que los clientes no quieren, que les toca a ellos como trabajadores mentirles a los clientes y esto lo hace el 25 de octubre de 2018.

Refiere que, aunque la demandada se encontraba de permiso en la data mencionada, no por ello puede descartarse la calidad de subordinada que tiene como empleada de banco Falabella, pues igual la trabajadora se obliga a todas las condiciones que le imponga el empleador, siempre y cuando no trasgreda sus derechos constitucionales.

Agrega que no se tuvieron en cuenta las pruebas y hechos allegados con la reforma de la demanda, pues el despacho sólo se centró en la data del 25 de octubre, señalando que la señora JENNIFER no se encontraba en cumplimiento de sus funciones entonces no podemos decir que vulneró obligaciones de subordinación, de fidelidad, sin analizar las pruebas que se allegan posteriormente con la reforma de la demanda, que son mas videos grabados de

cámaras de seguridad del banco, en donde la demandada acude a diferentes instalaciones del banco a nivel nacional y manifiesta los mismos malos tratamientos.

Señala que llama la atención en hecho que respecto de la conducta contenida en el numeral 2 y 3 del artículo 62 del CST, referente a violencia y malos tratamientos, el despacho indique que sin una denuncia penal no se puede tener en cuenta esta justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo; expone que si bien la injuria es una conducta delictiva penalizada por la justicia penal, también se habla de malos tratamientos y de grave indisciplina, y jurídicamente hablar de malos tratamientos se trata que a una persona subordinada con un contrato de trabajo se le endilguen conductas delictivas, lo que efectivamente ocurrió pues la demandada manifestó que el banco estaba robando a los clientes, y expresó de manera irresponsable que su empleador está ejerciendo conductas que atentan contra la realidad.

Afirma que, si bien el despacho asume que la justa causa relacionada con revelar información confidencial del banco no tiene cabida, por que el banco no acepta las conductas que le endilga la trabajadora, no es menos cierto que la misma hizo referencia a conductas y acciones de las cuales presuntamente se enteró de manera pública, circunstancia que no es cierta pues no hay prueba que demuestre que en el banco ocurren estas conductas.

Señala que se aportó como prueba sobreviniente una diligencia de descargos, una terminación del contrato que surgió de un segundo proceso disciplinario por hechos similares. Señala que dicha prueba revela al despacho que no fue sólo una vez en que la demandada incurre en las conductas endilgadas, sino en varias oportunidades, sin que se acreditara que fueran mítines informativos.

Hace referencia a la sentencia 299 de 1998 emitida por la Corte Constitucional en cuanto al supuesto de malos tratamientos como justa causa de despido, indicando que conforme la providencia en mención estos hechos incluyen el respeto que le debe el trabajador a su empleador, el cual indica en el presente asunto no está y se rompe a partir de las manifestaciones difamatorias, sin necesidad que exista denuncia penal.

Sostiene que, si bien la señora PAREDES se encuentra aforada por una organización sindical, la libertad de expresión que le garantiza el mismo no es absoluta y se encuentra limitada. Añade que la gravedad de la conducta está dada en el hecho que una persona que se desempeñe en calidad de cajera se dirija a los clientes de su empleador haciendo manifestaciones que deshonran al Banco.

Dijo que conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, "*lo que no es grave no siempre produce perjuicios, lo que es leve e insignificante a veces producirlo, la gravedad cuyo neto sentido etimológico es peso, y que resulta de tal difícil mensura para el juzgador, suele ser el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos, sin que necesariamente envuelva que tales hechos hayan producido perjuicios al patrono*". Explica que, no es necesario ni óbice para endilgarle una justa causa y poder aplicarla para terminar el contrato con un trabajador que el Banco demuestre que sufrió un detrimento material, porque simplemente hacer manifestaciones relacionadas con conductas delictivas y con que el Banco no invierte en seguridad le indica al cliente que no debería estar vinculado con la entidad y además le sugiere que lo denuncie en la Superintendencia.

Advera que en todo caso el perjuicio en el presente caso está demostrado, pues así se acredito con el testigo presentado por el Banco (Alexander), pues indica que es lógico que, si un trabajador del Banco manifiesta que este no cuenta con seguridad, pues el perjuicio reputacional es evidente, perdiendo credibilidad la empresa.

Sostiene que en el presente caso se presenta abuso del derecho de asociación y libertad sindical porque si bien hay un fuero sindical y una directiva sindical, la misma no puede enmascarar las conductas que van en contra de una relación laboral, de una subordinación, de un respeto, de una lealtad, que son obligaciones intrínsecas de un trabajador. Asevera que en este asunto las obligaciones contractuales se incumplieron, y por el hecho de no estar prestando el servicio no se dejan de incumplir, el contrato de trabajo continua vigente, pues la trabajadora sigue subordinada a la empresa.

PROBLEMA A RESOLVER

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si la causal invocada como justa causa para solicitar el levantamiento del fuero sindical, vulnera los derechos fundamentales de asociación, de la garantía foral y de la estabilidad laboral reforzada del demandado, o en su defecto se ajustan a las justas causas para autorizar el despido de un trabajador amparado por fuero instituidas en el artículo 410 CST.

CONSIDERACIONES

Inicialmente hay que destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto: **(i)** que la señora **JENNIFER PAREDES ASCUNTAR** fue vinculada mediante contrato de trabajo a BANCO FALABELLA desde el 21 de septiembre de 2015 (fls. 20 a 24), en el cargo de cajera y, **(ii)** que la demandada se encuentra afiliada a la UNION SINDICAL BANCARIA USB desde el 14 de marzo de 2016 (fl. 49 y 50); **(iii)** Que, en asamblea de afiliaciones de la seccional Cali Valle de la organización sindical en mención, realizada el 20 de mayo de 2017, se designó a la señora JENNIFER PAREDES ASCUNTAR como presidente (fls. 54 a 56) y posteriormente fue elegida en la asamblea de trabajadores afiliados a la seccional Cali del SINDICATO BANCARIO COLOMBIANA SIBANCOL del 15 de agosto de 2018 como *primer suplente-Secretaría de relaciones interseccional cali* (fl. 58 y 59).

Ahora bien, para resolver el problema jurídico planteado es menester indicar que el artículo 38 de la Constitución Nacional de 1991 establece como derecho fundamental, la libertad de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Específicamente, los trabajadores y empleadores tienen, conforme lo expresa el artículo 39 Ibídem, el derecho fundamental *«a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado»*.

El Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia a través de la Ley 26 de 1976, relativo a la «*libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*», también consagra el derecho de asociación sindical cuando en su artículo 2° establece que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Así las cosas, el sindicato aparece entonces, dentro de la lógica intrínseca de la libertad de asociación sindical, como la organización indicada para asumir la defensa de los intereses de los trabajadores asociados frente al abuso del que pueden ser objeto por parte de los empleadores, circunstancia que genera fricción en las relaciones obrero patronales, lo que obligó al legislador a instituir mecanismos de protección para aquellos que encabezan la defensa de los derechos colectivos.

En tal sentido, el artículo 1º del Decreto 204 de 1957, que modificó el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció como mecanismo de protección *«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 lo que respecta al trámite para que el empleador obtenga el permiso para despedir al trabajador amparado por el fuero sindical, se encuentra estatuido en el artículo 113 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, lo que se constituye en garantía para la preservación de la asociación y de las personas encargadas de representarla.

De otro lado, el artículo 408 C.S.T dispone que: "*el juez negará el permiso que hubiere solicitado el patrono para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical, o para desmejorarlo, o para trasladarlo si no comprobare la existencia de una justa causa*"; lo que implica que el empleador tiene la obligación procesal de demostrar cualquiera de las justas causas establecidas en el artículo 410 ibídem, esto es, la liquidación definitiva de la empresa y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días, o cualquiera de las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato; de no ser así, el juez deberá abstenerse de autorizar el levantamiento del fuero sindical.

Con el fin de solicitar el levantamiento del fuero y la autorización para despedir, el empleador cuenta con un término de 2 meses para iniciar la acción, el cual empieza a contabilizarse, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 118A del CPT y SS, para lo que interesa al caso, desde "*la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa*". La Corte Constitucional en sentencia T 606 de 2017, al referirse al término de prescripción de las acciones de reintegro o levantamiento de fuero, ha indicado que respecto de estas se contempla un término especial más corto que el de las demás acciones "*en atención a la protección del derecho de asociación sindical*".

Así las cosas, en el presente asunto el **BANCO FALABELLA** solicita el levantamiento del fuero sindical y autorización para despedir a la señora **JENNIFER PAREDES ASCUNTAR** por unas manifestaciones efectuadas el 25 de octubre de 2018 en las instalaciones de la oficina Banco Falabella HC Cali Sur, en un elevado tono de voz y en presencia de clientes y otros funcionarios, lo que indicaron en carta de terminación del contrato del 29 de noviembre de 2018 (fls. 75 a 78), constituye "*una violación grave de las siguientes normas del reglamento Interno de Trabajo del banco, quien vio expuesta su reputación y buen nombre ante los clientes que en ese momento se encontraban presentes en la oficina:*

Reglamento interno de Trabajo, Artículo 38. Los trabajadores tienen como deberes los siguientes: No. 9 hacer las observaciones, reclamos y solicitudes a que haya lugar por conducto del respectivo superior y de manera fundada, comedida y respetuosa. Artículo 45. Se prohíbe a los trabajadores. No. 16 cometer actos de desordenes o resistencia que pongan en peligro la seguridad de la empresa, de sus trabajadores o sus intereses, o cometer actos de irresponsabilidad que perjudiquen la reputación de la empresa, de sus jefes o del personal en general".

Adicionalmente, en la demanda (fl. 4), solicitó dentro de las pretensiones "*que se declare que la señora JENNIFER PAREDES ASCUNTAR, incurrió en faltas que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, e incumplió gravemente los numerales 1 y 5 del artículo 58 en consonancia con los numerales 2, 4 y 6 del art. 62 del CST".*

Para este ordinal, el hecho configurativo de la causal de despido lo constituyen los hechos acaecidos el 25 de octubre de 2018, de ahí que sea esta calenda la que emerge como determinante de la fecha a partir de la cual se debe ejercer la acción de levantamiento del fuero sindical; habiéndose efectivamente interpuesto la misma dentro de los 2 meses

siguientes que establece la ley, pues la demanda fue radicada el 18 de diciembre de 2018 (fl. 13)

Pues bien, es preciso señalar que sobre la calificación de la gravedad de la falta se ha dicho por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que esta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. De allí que cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; en ese orden de ideas, no podría el juez unipersonal o colegiado, entrar a declarar de nuevo la gravedad o no de la falta, lo que sí debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo relevante es que el trabajador incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin que sea necesario demostrar que produjo daño o beneficio para la entidad patronal (providencia del 19 de septiembre de 2001, radicación 15822)

Como se dijo en líneas precedentes la terminación del contrato de trabajo de la señora JENNIFER PAREDES obedeció, de acuerdo con la carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 75 a 78) y la demanda (fl. 4) a una violación grave del numeral 9 del artículo 38 (deberes del trabajador, fl. 90) y numeral 16 del artículo 45 (prohibiciones de los trabajadores, fl. 101) del reglamento interno de Trabajo y el incumplimiento grave de los numerales 1 y 5 del artículo 58, en consonancia con los numerales 2, 4 y 6 del artículo 62 CST.

Es preciso referir que en el artículo 48 del reglamento interno de trabajo (fl. 107) se dispuso, para lo que interesa al caso:

"*constituyen faltas graves las siguientes:*
(…)
3) La violación leve por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias implica por primera vez, suspensión en el trabajo hasta por ocho (8) días y por segunda vez suspensión en el trabajo hasta por dos (2) meses.

De conformidad con lo anterior, considera la Sala que en el reglamento interno de trabajo no se efectuó cualificación de la gravedad de la falta, pues no está determinando ninguna conducta que estimada por el empleador, de especial relevancia en su quehacer, haya determinado que su trasgresión constituya en esencia una falta grave; quedando de ese modo con un contenido general, que no se puede interpretar en el sentido que cualquier omisión o violación a las obligaciones contractuales representa una falta grave, puesto que tal sindéresis iría en contravía del contenido normativo y sentido de la falta que impuso el legislador.

Según la ley, es solo una violación que tenga el talante de grave, respecto de las obligaciones o prohibiciones que incumben al trabajador, la que le representa una justa causa para el despido por parte de su empleador; y no simplemente cualquier omisión o violación de aquellas.

De allí que se deba acudir al precepto del numeral 6º, artículo 62 CST, a fin de establecer si acorde con el mismo, las conductas endilgadas al accionante representan la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que se disponen en el artículo 58 CST; en particular, acorde con la imputación de cargos, se tendría que analizar la contenida en el numeral 1: "*Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados, observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono o sus representantes, según el orden jerárquico establecido*"; y 5 "*Comunicar oportunamente al patrono las observaciones que estime conducentes a evitar daños y perjuicios"*.

A más de lo anterior, habrá de analizarse si la conducta de la trabajadora constituyó un *acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en sus labores o fuera del servicio* (Numeral 2 y 3 art. 62 CST), y *daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas"* (numeral 4 art. 62 CST).

Al plenario se aportó a folios 62 y 63 comunicación de apertura de proceso disciplinario, de fecha 9 de noviembre de 2018, en la que se citó inicialmente a descargos a la demandada para el 14 de noviembre de 2018 a las 10 a.m., arguyendo:

Presuntos incumplimientos a sus obligaciones laborales; toda vez que usted presuntamente en fecha 25 de octubre de 2018, realizó las siguientes manifestaciones que perjudicaron el buen nombre, la reputación y la imagen del banco frente de clientes de la oficina Banco Falabella Cali Sur:

"(…) Entonces la invitación es para que ustedes no se dejen también robar como clientes, porque ¿Qué están haciendo? ¿qué está pasando ahorita con este banco Falabella? Están clonando las tarjetas, porque el banco no se mete la mano al bolsillo para invertir en seguridad. ¿A cuántos de aquí no le han hecho clonación con una tarjeta con NETFLIX, con RAPPI, con AMAZON, y ¿Qué dicen? Que nos van a devolver, pero es mentira. Yo soy funcionaria, y una vez laborando me llego un mensaje que me hicieron compras con mi tarjeta, cuando no debe pasar eso, porque este banco es negligente ante la seguridad y ustedes como clientes deben exigir seguridad. Así como nos cobran altos intereses, así como nos cobran cuotas de manejo altas, así como nos meten seguros que no debemos, que no queremos, así también debemos exigir y nos podemos quejar en la Superintendencia Financiera, en el consumidor financiero para que estas entidades financieras, esta multinacional chilena abra los ojos e invierta también, porque nosotros como clientes y como trabajadores somos el pilar de este banco. Si no hay clientes, si no hay trabajadores esto no existe, entonces la invitación es para que ustedes también como clientes hagan alto y hablen. ¡no nos quedemos callados¡, porque por esto que estas multinacionales financieras, por eso es que vienen a explotarnos ese era nuestro objetivo (…)"

Igualmente, se allegó acta de descargos llevada a cabo el 22 de noviembre de 2018 (fls. 65 a 72), en la que puso de presente la demandada que no autorizó ser grabada por el señor Aquiles Lobos, Gerente Canales Banco Falabella, ni a otros, y que las afirmaciones que hizo fueron en calidad de cliente, en momento de esparcimiento con amigos y familiares. Asevera que en la fecha en mención se encontró con el señor Carlos Orozco, quien le manifestó que lleva un proceso con el banco desde junio, referente a un fraude que le han hecho en el Banco Falabella y que la respuesta que le da el banco es a su favor, por una clonación, y que no le dan una solución, por lo que la señora PAREDES se acerca al banco como conocido, mas no como cliente, agrega además la demandada que ella misma fue objeto de fraude hecho mediante la entidad Banco Falabella.

Expuso además que:

"*la imagen de la entidad se ve impactada ante los clientes por las deficientes condiciones técnicas o de seguridad con la cual ofrece el producto, las cuales se ven reflejadas como ejemplo en los casos en que se citan de clientes que tuvieron un detrimento patrimonial. Exponerlo de mi parte como cliente, busca exclusivamente una mejora continua y esquemas de seguridad eficientes, para que esa imagen se fortalezca"*.

En el tramite de primera instancia se recibieron las siguientes declaraciones, de las que se resalta:

El señor Alexander Betancourth Hoyos (Min. 45:13 a 01:05:00, *05VideoAudienciaTramiteFolio240.mp3*), gerente regional zona sur – especialista en gerencia, mercadeo y ventas, vinculado desde hace 9 años con banco Falabella de manera directa y 1 año estuvo temporal. Expuso conocer a la demandada porque es trabajadora del banco, que cuando ingresó en el año 2017 ella ya era cajera de la oficina Chipichape. Al requerírsele que informe sobre lo que presenció relacionado con los hechos que denuncia el banco expuso:

"*…yo estaba presente en la oficina, habíamos varias personas del banco, el gerente de canales, el gerente financiero, la arquitecta y yo estamos en la reinauguración y cuando estamos ahí con público, ya teniendo clientes, se presenta JENNIFER PAREDES y empieza a hacer su exposición sobre la situación del banco donde ella manifestaba que el banco robaba, que no trata bien los datos y que nosotros clonábamos como banco, las tarjetas de los clientes, que obligamos a los ejecutivos a que vendieran seguros obligados, lo cual no son obligados, es decir, informaba ella, Nuestro gerente de canal era chileno, él hizo una manifestación porque pues obviamente en su derecho sindical ellos estaban pegando unos carteles pero pues se había siempre dicho que los cárteles eran un número determinado, él le dijo en sus palabras chilenas, dijo no me ensucies la pared y esto hizo que Jennifer se exaltara. Varios clientes estaban allí, muchos clientes varios clientes cómo se puede observar también la están filmando, me acuerdo de que 1 de esos clientes intervino y dijo que, si eso era así, que le pedí a ella que lo asesorara para que pudieran demandar al banco porque no estaba de acuerdo porque lo están robando*"

Posteriormente dijo que no tenía oficina en la sede donde ocurrió el hecho objeto de la litis, sino en la oficina que queda al lado de Falabella, pero que estuvo en la oficina Cali sur desde las 7 de la mañana porque se abría operaciones a las 8 am, se hizo una ceremonia de reinauguración con los colaboradores, el gerente de la tienda y del banco, indicando que estuvo en esa oficina hasta las 12 o 1 pm aproximadamente. Expuso que los hechos sucedidos con la señora PAREDES generan en el banco un riesgo reputacional, que cuando se presentan ese tipo de declaraciones los clientes pasan a juzgarlos a decir que los están robando y empiezan a cancelar los productos, que incluso de lo que presenció un cliente le manifestó que necesitaba asesoría para poder demandar la entidad bancaria porque lo estaban robando, negando que sea cierto que ello este sucediendo. Aseveró que el banco demandante fue sancionado por la Superfinanciera por un tema de cuotas de manejo y otra porque no se había asignado un oficial de cumplimiento.

Puso de presente que la señora PAREDES se presentó al banco en compañía de un compañero de trabajo, quien estaba pegando carteles.

El señor José Luis Sánchez Daza (Min. 01:11:27 a 01:36:34, *05VideoAudienciaTramiteFolio240.mp3*), compañero de trabajo de la demandada, perteneciente a otra organización sindical. Expone que, además de la actora, se encuentra en proceso de levantamiento de fuero sindical los señores RONALD ALVARADO, BRAYAN ANDRADE Y FELIPE GIRALDO.

Frente a los hechos del despido dijo que estuvo presente el 25 de octubre de 2018 en la oficina HOME CENTER SUR del Banco Falabella, expuso que ese día se tenía el objetivo de dar información a los compañeros de trabajo del por qué se toma la iniciativa de hacer intervenciones para que los compañeros tengan conocimiento y apoyen la causa la cual es el mejoramiento laboral o estabilidad de todos los trabajadores.

Reseñó respecto de las actividades realizadas el 25 de octubre de 2018, lo siguiente:

"*nosotros llegamos a mediados de 8:30 - 9am a la ofi HOMCENTER CALI SUR DEL BANCO FALABELLA con la compañera JENIFER a realizar labor sindical, a hacer intervención a los colaboradores para el pro o el desarrollo de beneficios que la compañía nos puede otorgar, también estuvimos pegando papelería porque llegamos a empapelar la ofi, en ese momento no estaba al lado de la compañera pero vi que el señor AQUILES LOBOS se le acercó como a manifestarle algo cuando estábamos pegando la papelería, entonces esa manifestación no la pude oír porque estaba como a 4 mts de distancia aprox pegando la papelería del sindicato, pero después de que salimos de hacer la intervención la compañera, yo le pregunté que cual era la manifestación que le había hecho AQUILES LOBOS y ella me dijo que por favor no le estuviera pegando esos papeles, que le iba a ensuciar las paredes, cosa que me pareció irrelevante porque una de las funciones de nosotros como dirigentes sindicales es pegar la papelería para que tanto como los trabajadores como los que ya están afiliados, conozcan y vean los derechos que tenemos los trabajadores y que podemos exigirlo de alguna manera, después de eso, veo que AQUILES después de que terminamos de pegar la papelería, saca su celular y empieza a grabar a JENNIFER siendo pues que yo tenga presente, siendo el único directivo del banco Falabella que se encontraba presente dentro de las instalaciones, fuera de los demás trabajadores y algunos clientes*"

Al preguntársele cuáles fueron las manifestaciones hechas por la señora JENNIFER dijo:

"*si no mal recuerdo, como ya lo he dicho, está en pro de que los compañeros del banco Falabella que no están y que están sindicalizados conozcan la razón o el objetivo del sindicato, el cual es solicitar a nuestro empleador más beneficios, mejores garantías por decirlo así, como una parte de ascenso, un plan de carrera equitativo, no que sea dedocraticamente como se suele hacer en la empresa sino por méritos, resultados, entonces son esos como el escenario más que todo que se manejó ese día de la compañera JENIFER y también que todos sabemos tanto como el señor ALEXANDER y los dirigentes del banco, que el banco en su momento tenía muchas fallas de seguridad en el área del proceso de manejo de datos y transacciones virtuales con la tarjetas de crédito pero en ningún momento, hago énfasis, de que la compañera habló o quiso desmeritar o dañar la imagen de la empresa*".

Aseveró que la demandada manifestó que a los trabajadores les tocaba mentirles a los clientes porque el sistema era malo, indicando que escuchó eso por el tema de la seguridad que en ese momento el banco tenía falencias. Niega que la trabajadora se refiera al hecho que les estaban robando a los clientes, o que hubiera incitado a los mismos a denuncias.

El señor Brian Andrade Hernández (Min. 01:38:19 a 01:54:11*05VideoAudienciaTramiteFolio240.mp3*), compañero de trabajo de la demandante desde el año 2015, dijo no haber estado presente el 25 de octubre de 2018 en la oficina donde ocurrieron los hechos.

Por otra parte, al rendir interrogatorio de parte la demandante (Min. 15:02 a 34:32 *05VideoAudienciaTramiteFolio240.mp3*), aceptó haberse presentado el 25 de octubre de 2018 en las oficinas del banco Falabella Cali Sur, y que en esa oportunidad actuó como diligente sindical y realizó una intervención; contradiciendo lo que previamente había referido en la diligencia de descargos. Expone que siempre realiza intervenciones sindicales en las oficinas del banco Falabella, frente a los trabajadores y clientes. Aseveró haber manifestado que el banco era negligente ante la seguridad, indicando que son muchos los incidentes que ocurren por falta de seguridad que afecta tanto a clientes como a los trabajadores.

Aseveró que el banco Falabella no maneja de manera adecuada la información del cliente y que por eso fue sancionada, situación que puede conocerse en redes sociales, que es un hecho de público conocimiento. Al preguntársele si conoce que como trabajadora le asiste el deber de obediencia y fidelidad con el banco Falabella, manifestó que sí lo conoce y que nunca se ha salido de los parámetros, que siempre actúa bajo el marco que el Banco estipula.

Es preciso en este punto señalar que el video que fue tomado a la demandante el 25 de octubre de 2018 en las instalaciones del Banco Falabella ubicado en HOME CENTER de Jardín Plaza (*02VideoPruebaFolio73.MOV)*, fue una prueba obtenida sin el consentimiento de la trabajadora, la cual no puede ser tenida en cuenta por el despacho, pues lo cierto es que conforme lo ha expuesto la Corte Constitucional, entre otras en sentencia T-168 de 2008 para determinar la legalidad de grabaciones de un trabajador se debe analizar en cada caso particular situaciones como:

"(*i) el objeto social que desarrolla la empresa, pues es lógico que las medidas se refuercen en bancos o establecimientos públicos tales como organismos de inteligencia, en los que esté en juego la seguridad nacional; (ii) el lugar donde la medida es implementada, pues es razonable que recaiga en lugares donde se desarrolle la actividad laboral que, por ejemplo, se encuentren abiertos al público, pero no lo sería en aquellos donde el trabajador ejerce una esfera privada como lugares de descanso, tales como baños o vestuarios; (iii) la finalidad de la medida, que guarden una relación directa con la seguridad necesaria de las instalaciones de trabajo o el control del cumplimiento de los deberes y funciones de los trabajadores; (iv) que pueda tomarse otras medidas menos invasivas para lograr los propósitos legítimos; (v) que los perjuicios derivados de la medida, en lo posible, sean mínimos; (vi) que la medida sea conocida, pues de manera excepcional puede legitimarse medidas subrepticias; y (vii) que la medida no implique someter a la persona a tratos crueles, inhumanos o degradantes, los cuales se encuentran proscritos de manera absoluta*".

Condiciones que para la Sala no estuvieron precedidas en la grabación de la cual fue objeto la trabajadora el 25 de octubre de 2018, puesto que no correspondió a las cámaras de seguridad de la oficina del Banco, y por demás tampoco habilitaría el empleo de las mismas en este preciso asunto dado que la actuación de la trabajadora no generó afectación a la seguridad del banco, aspecto puntual para el cual se dispone las cámaras de seguridad.

Incluso a folio 39 la señora JENNIFER PAREDES autorizó al banco para *almacenar, consultar, procesar y en general, dar tratamiento a mis datos personales, incluidos los datos biométricos obtenidos en procesos de video vigilancia y registro de huella dactilar*, mas no para ser objeto de cualquier tipo de grabación.

De conformidad con lo anterior, lo primero que habrá de resaltarse es que la misma señora JENNIFER PAREDES ASCUNTAR aceptó que las intervenciones que realizó el 25 de octubre de 2018 en las instalaciones del banco Falabella ubicadas en Home Center de Jardín Plaza lo fueron en su condición de dirigente sindical; asimismo, se desprende de las declaraciones de los señores José Luis Sánchez Daza (Min. 01:11:27 a 01:36:34, *05VideoAudienciaTramiteFolio240.mp3*) y Alexander Betancourth Hoyos (Min. 45:13 a 01:05:00, *05VideoAudienciaTramiteFolio240.mp3*), que efectivamente la accionada hizo referencia a situaciones relacionadas con información sindical, pero además se dirigió a los clientes manifestándoles la existencia de problemas de seguridad en el Banco y además señalando la existencia de sanciones por parte de la Superfinanciera y la posibilidad que tenían los clientes de iniciar acciones ante dicho ente. Específicamente el señor Alexander Betancourth Hoyos (Min. 45:13 a 01:05:00, *05VideoAudienciaTramiteFolio240.mp3*) expuso que la señora JENNIFER PAREDES se refirió a *la situación del banco donde ella manifestaba que el banco robaba, que no trata bien los datos y que nosotros clonábamos como banco, las tarjetas de los clientes, que obligamos a los de ejecutivos a que vendieran seguros obligados*.

En este orden de ideas, es preciso descartar la causal del numeral 4 del art. 62 del CST pues lo cierto es que no se generó *daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas"*.

Ahora bien, al subsumir los supuestos de hecho acaecidos el 25 de octubre de 2008 con las justas causas de despido endilgadas a la trabajadora por parte del empleador, especialmente los actos de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina, y las faltas graves por la manera en que se efectuaron las observaciones y presuntamente cometer actos irresponsables que perjudiquen la reputación de la empresa, de sus jefes o de personal en general; es preciso rememorar la sentencia SL8165 de 2014 en la que se dijo que *el trabajador está habilitado para formular reclamos al empleador por conductas que estime irregulares o ilegales, pero debe hacerlo de forma que no implique "acto de violencia, injuria, malos tratamiento o grave indisciplina*.

Así las cosas, esta causal específica, contrario a lo argüido por el *a quo* no se desestima por el hecho que la demandada no se encontraba ejecutando sus labores, pues lo cierto es que efectivamente lo manifestado por la señora JENNIFER PAREDES se dio en el contexto laboral, pues si bien se ha dicho que la demandada estaba de permiso y que el 25 de octubre de 2018, también es cierto que se encontraba adelantando actividades como dirigente sindical; así entonces, pese a que no estaba como tal en desempeño de las labores para las cuales fue contratada, si implicó una motivación laboral y además se reconoció la existencia del vínculo laboral, pues fue en el contexto de su calidad de trabajadora sindicalizada que profirió las manifestaciones ya referidas.

En este orden de ideas, considera la Sala que las manifestaciones hechas por la demandada evidencian unas inconformidades de la trabajadora respecto a la manera en que se maneja la seguridad del banco, lo que de entrada se advierte, no configura actos de violencia, malos tratamientos o grave indisciplina, mas aun cuando las manifestaciones fueron realizadas en desarrollo de mitin sindical, con el fin de dar información a los trabajadores de la sede del banco; lo anterior dado que al referir la demandada su preocupación por la seguridad, ello lo hizo basado en su experiencia propia y en situaciones de personas cercanas que conoció al respecto, asimismo, no se extralimitó cuando indicó que el conducto para reclamar al Banco por conductas irregulares lo era a través de la Superintendencia Financiera y adicionalmente tampoco erró cuando indicó que el banco demandante había sido sancionado por el ente de control, pues se trata de una evidencia que se halla al alcance de todos los ciudadanos y además fue aceptado por los testigos, que refieren la existencia de multas por el mal manejo de datos personales.

Por su parte, frente a la manifestación relativa a que el banco estaba robando a los clientes, es preciso indicar que si bien el hurto está penalizado como delito, ello *per se* no implica, a consideración de está Sala, la necesidad que el afectado inicie las acciones penales correspondientes con el fin que el tipo penal sea analizado y finalmente se acredite o no la comisión del delito, pues lo cierto es que en materia laboral esta causal está más relacionada con las expresiones del trabajador que suponen ofensas o que difamen o deshonren al empleador, la imputación de hechos falsos, y además que muestren el ánimo difamatorio en los enunciados del trabajador, pues supone un elemento subjetivo, tal es, generar en el receptor desprecio, ofensa o un acto despectivo.

En este orden de ideas, si bien se considera probado el hecho que la señora JENNIFER PAREDES se refiriera a los clientes indicándoles que los estaban robando, no constituye a criterio de esta Sala una acusación injuriosa, pues lo cierto es que en contexto lo que pretendió la dirigente sindical fue llamar la atención de los clientes y trabajadores respecto a las

exigencias que debe hacerse al Banco respecto a la seguridad de los productos financieros, y aunque puede tenerse que las palabras empleadas conllevan, como ya se dijo, a un tipo penal, lo cierto es que esta imputación no se hizo a un caso específico, sino en términos generales relievando la gravedad de los hechos acaecidos y las opciones de mejora que se exigen de la entidad financiera, situación que en repetidas ocasiones puso de presente la trabajadora tanto en la diligencia de descargos (fls. 65 a 72), como al rendir interrogatorio de parte, animo injurioso que a criterio de la Sala es fundamental para poder configurar la justa causa de despido.

Es preciso señalar frente a la fidelidad del trabajador respecto de su empleador a la que se refiere la recurrente activa, que la misma, como lo expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de octubre de 2007, radicación 28169, se refiere a la obligación del trabajador de colaborar con el empleador y contribuir a que se obtengan los fines laborales de la empresa, indicando que el deber de hacer se concreta en comunicar al empleador irregularidades, inminencia de daños, y los deberes de no hacer se refieren a la discreción en cuanto a secretos.

De conformidad con lo anterior, no considera la Sala que el hecho que la trabajadora hiciera referencia a unas falencias presentadas en el banco, las cuales, por lo menos, las relativas a la protección de datos, base de las manifestaciones objeto del despido de la trabajadora, no implican una deslealtad por parte de la trabajadora, pues lo cierto es que lo que se desprende de su comunicado, y el contexto en que se dio, a saber, un mitin sindical, llevan a inferir razonablemente que lo que buscaba la trabajadora en representación de la organización sindical era poner en evidencia unas falencias que se presentaban en la entidad y que afectaban el servicio y como tal a sus trabajadores, generando en el empleador la necesidad de mejorar y fortalecer el servicio brindado por el banco.

Es preciso señalar por otra parte que no se acreditó específicamente que lo dicho por la actora hubiere desmejorado las condiciones o el nombre del banco, lo que a criterio de la Sala estaría directamente relacionado con las ganancias obtenidas en desarrollo de la actividad, las cuales como se evidencia en el plenario han demostrado una tendencia al alza y no a la perdida (Fls. 255 y siguientes); así como también la efectividad en la prestación del servicio, la cual no se acredito se hubiere visto afectada.

Así las cosas, al igual que lo concluyó el juez de primer grado, para la sala de decisión no se acreditó la existencia de la justa causa endilgada a la trabajadora por los argumentos antes esgrimidos. Es menester indicar a la togada que, aunque se hace referencia a un proceso disciplinario adicional que llevó igualmente a concluir por parte del Banco Falabella el retiro de la trabajadora, por manifestaciones realizadas en otra sede del banco y claramente en una calenda distinta a la aquí analizada, ello constituye un hecho nuevo que no fue incluido específicamente en la demanda, pese a que en la reforma de la demanda se hace referencia a diferentes fechas en las cuales la señora JENNIFER PAREDES efectuó mitin sindical, lo cierto es que la base para solicitar el levantamiento del fuero sindical y además fue sustento de la carta de despido de la trabajadora, lo fueron los hechos acaecidos el 25 de octubre de 2018, motivo por el cual sucesos diferentes al de esta calenda no pueden trabarse en esta instancia judicial, pues ello vulneraria el derecho de defensa y contradicción de la demandada.

Corolario, se confirma la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo del BANCO FALABELLA por haberle sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, se incluyen como agencias en derecho el equivalente a UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

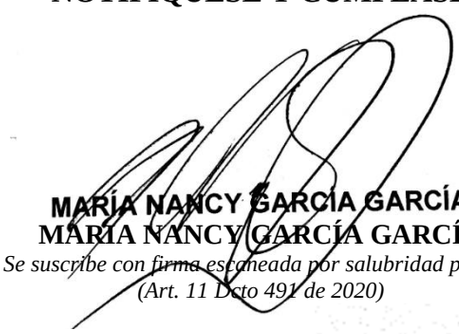
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia Nº 117 del 21 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

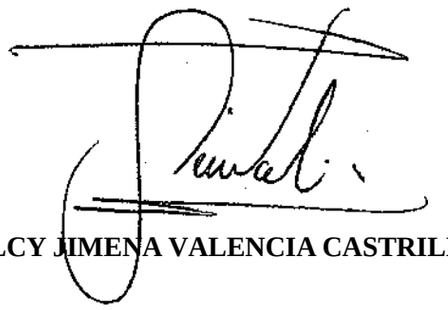
SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo del BANCO FALABELLA, las cuales deben ser liquidadas por el Juzgado de conocimiento, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia, una suma equivalente a UN (1) SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

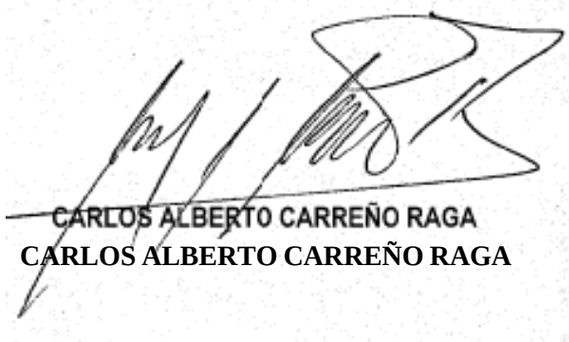
Los Magistrados,



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

03