TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO DE FUERO SINDICAL (SOLICITUD DE REINSTALACIÓN) PROMOVIDO POR NELSON ALEJANDRO ACHURY CONTRA BAVARIA S.A. Radicado No. 25899-31-05-001-**2022-00353**-02.

Bogotá D. C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Se emite la presente providencia conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante instauró demanda especial de fuero sindical contra Bavaria S.A. tendiente a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente *"desde junio de 2016"*; que al momento del traslado y cambio de condiciones gozaba de fuero sindical; y que se declare que disfrutaba del mismo "(…) *en calidad de presidente de la subdirectiva seccional de SINALTRACEBA, al momento del cambio de cargo como ayudante de oficina"*; en consecuencia, solicita se ordene a Bavaria S.A. reinstalarlo *"al sitio de trabajo que tenía antes del traslado, o se le nombre al mismo cargo u a otro semejante o de superior categoría"* y se condene al pago de salarios dejados de percibir, con base en el salario que tiene establecido Bavaria en el pacto colectivo vigente para el cargo de operario de autoelevador, auxilio de transporte, y los beneficios extralegales señalados en la convención colectiva, desde el momento del traslado hasta que se haga efectiva la reinstalación, a título de indemnización, se condene a lo ultra y extra petita y a las costas procesales (PDF 01).

2. Como fundamento de las pretensiones, manifiesta el demandante que es trabajador de Bavaria desde el 8 de agosto de 2002 "*bajo el cargo de operario autoelevador*", como bien lo declaró este Tribunal; indica que en la empresa demandada existe la organización sindical Sinaltraceba, a la cual está afiliado desde el 30 de agosto de 2016, lo que fue comunicado a la entidad; que se adhirió a la convención colectiva suscrita entre ese sindicato y la demandada; que en ese instrumento "*existe el cargo de auto-elevador y su respectivo salario*", en la suma mensual de $3.179.000; agrega que la labor de montacargas y/o autoelevador es permanente y existe en Bavaria; de otro lado, informa que el 27 de julio de 2017 esta Corporación ordenó a Bavaria reinstalarlo "*al cargo de operario de auto elevador, que desempeñaba Bavaria Tocancipá o a otro de igual o superior categoría*", siendo reintegrado por Bavaria en el cargo de ayudante de oficina logística, en labores de archivo; que Bavaria, el 28 de septiembre de 2022, lo *"designó como ayudante de oficina (sic), sin tener en cuenta la desmejora evidente en el campo de aplicación y negando los cargos asignados en la convención colectiva que se ejercen en las instalaciones de BAVARIA*", y que en ese momento gozaba de fuero sindical por ser directivo suplente de Sinaltraceba; explica que la desmejora de las condiciones laborales se da porque hubo "*un traslado a una de las bodegas de las instalaciones, donde la instrumentación no es la misma a la que se venía desempeñando, ejerciendo una labor con herramientas afiladas y con empaque, de los cuales no se tiene capacitación de su manejo, además de la mala condición del espacio de trabajo, con bajas temperatura (sic) y humedad*"; señala que la empresa no pidió permiso al juez laboral para efectuar ese traslado, ni le ha pagado el salario y demás acreencias laborales con base en el salario que tiene establecido en la convención colectiva para cargo de autoelevador.

3. La demanda fue presentada ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, el 24 de noviembre de 2022 (PDF 02), siendo inadmitida con auto del 1º de diciembre de 2022 (PDF 04); subsanada en tiempo, con proveído del 19 de enero de 2023, se admitió y se dispuso la vinculación del sindicato Sinaltraceba (PDF 07).

4. Las notificaciones se surtieron mediante correo electrónico, a Bavaria el 21 de marzo de 2023 (PDF 08), y al sindicato el 28 de marzo del mismo año (PDF 11).

5. Mediante auto del 13 de abril de 2023, la juez señaló el 25 de ese mes y año para audiencia de que trata el artículo 114 del CPTSS (PDF 13), la que fue

reprogramada para el 16 de mayo siguiente (PDF 17), cuando se realizó, y en la misma, Bavaria dio contestación a la demanda.

6. En su escrito, Bavaria se opuso a todas las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos relacionados con la existencia del sindicato Sinaltraceba y la declaración del contrato de trabajo declarado en proceso anterior; frente a los demás hechos manifestó que el actor tramitó proceso especial de fuero sindical en el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, radicado 2015-272, en el que se emitió sentencia el 24 de mayo de 2017, declarándose que entre él y Bavaria S.A. "*en virtud de la primacía de la realidad existe contrato laboral con fecha de inicio del día 27 de noviembre del año 2001 y que se encuentra vigente en la actualidad*", y se ordenó a la entidad a reinstalarlo "*en la "Planta de Tocancipá" al mismo cargo que venía ostentando el actor, esto es, el de autoelevador montacarguista con la misma asignación salarial cancelada por la sociedad intermediaria Suppla S.A.*", sin embargo, este Tribunal modificó dicha decisión con fallo del 25 de julio de 2017, "*en el sentido de declarar que el contrato de trabajo en virtud al principio de la primacía de la realidad existente entre el demandante y la empresa BAVARIA S.A. comenzó el 18 de agosto de 2002*"; agrega que, en cumplimiento de esa decisión, vinculó al demandante y lo incluyó en nómina a partir del 18 de diciembre de 2017, para lo cual se suscribió "*acta de cumplimiento de sentencia judicial*", en la que se acordó que se incorporaría al cargo de ayudante de oficina logística, toda vez que en la estructura organizacional de Bavaria no existe el cargo de operario de montacargas que el actor desempeñaba al interior de la contratista Suppla S.A., ni un cargo similar o equivalente, pues tales actividades no son desarrolladas por Bavaria, como quiera que "*el proceso de distribución se entregó a una sociedad contratista experta y reconocida en el mercado en la prestación de servicios de operación lógica*"; que la empresa reconoció al actor las acreencias laborales causadas desde el 19 de octubre de 2017, fecha de ejecutoria del fallo judicial, hasta la fecha de su ingreso efectivo a nómina; que en el cargo al que se reincorporó el actor tiene como función principal la de brindarle apoyo y soporte al área de logística según las necesidades de esa área, y que el 27 de septiembre de 2022 se reiteraron sus funciones "*de manera formal*", por lo que no se requería pedir permiso al juez para ello; de otro lado, menciona que en la empresa no reposa la comunicación por la cual se pretendió comunicar la afiliación del demandante al sindicato; que el cargo de "*operario autoelevador*" que se menciona en la convención colectiva no existe en la estructura de personal directo de Bavaria desde hace más de 15 años, y si bien se ha intentado modificar la cláusula de la convención y

eliminar dicho cargo, "*no ha podido llegarse a un acuerdo con las organizaciones sindicales*". Propuso en su defensa las excepciones previas denominadas: ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, habérsele dado a la demanda un trámite de un proceso distinto al que corresponde y cosa juzgada; y las de mérito de inexistencia de la causa y de la obligación, ausencia de mala fe, prescripción, buena fe, compensación, mala fe del demandante y cosa juzgada (PDF 18).

7. En la misma audiencia, la apoderada del demandante reformó la demanda en el sentido de excluir del debate probatorio la pretensión declarativa relacionada con la existencia del contrato de trabajo, *"toda vez que la misma fue debatida y confirmada por la sentencia del tribunal superior de cundinamarca en sentencia 25 de julio de 2017 bajo el radicado 2015-00272-02"*; de otro lado, solicita se condene a Bavaria al pago de las diferencias salariales correspondientes al cargo de operario autoelevador consignado en la convención colectiva, causados desde el traslado del actor, a título de indemnización; igualmente *"a título de indemnización por concepto de lucro cesante y daño emergente, los perjuicios sufridos por el aquí Demandante desde el día 28 de septiembre hasta la fecha que se hagan (sic) efectivo (sic) la reinstalación al cargo correspondiente"*; y de manera subsidiaria, se condene a la demandada al pago de *"un salario mensual a título de indemnización por concepto de lucro cesante y daño emergente, los perjuicios sufridos por el aquí Demandante desde el día 28 de septiembre hasta la fecha que se hagan efectivo la reinstalación al cargo correspondientes*"; para tal efecto, narra que la empresa lo reintegró al cargo de ayudante de oficina el 18 de diciembre de 2017 y que "*dentro de las nuevas funciones ejercidas desde el 28 de septiembre de 2022, están funciones de carga, sin herramientas adecuadas e instalaciones deficientes*", por tanto, en tales instalaciones se ha "*desmejorado la calidad del trabajador tales como, la estructura donde se labora, las sillas y acceso al baño*", y agregó que el actor notificó a Bavaria su asignación a la junta directiva de Sinaltraceba el 16 de octubre de 2018 (PDF 19).

8. La demandada contestó la reforma a la demanda, con oposición a las nuevas pretensiones; señaló que el cargo de "*Ayudante de Oficina Logística*" corresponde a uno de "*superior categoría y asignación salarial a aquel que éste (sic) ostentaba con anterioridad*"; que dentro del proceso 2015-00272 no se declaró que el actor desempeñara el cargo de "*Operario Autoelevador*"; que el cargo de "*Ayudante de Oficina Logística" "tiene como función principal la de brindarle apoyo y soporte al área de logística (…), en concordancia con lo dispuesto en el contrato de trabajo, los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo de Trabajo, y en el Reglamento Interno de Trabajo, en sus (sic)*

CAPITULO XI Prescripciones de orden Art. 53, CAPITULO XIV Obligaciones especiales para la empresa y los Trabajadores Art. 57 CAPITULO XV Prohibiciones especiales para la empresa y los Trabajadores art. 59", y que "*con miras a darle a las funciones del demandante un mayor valor agregado, para que pudiera crecer y desarrollarse profesionalmente de manera positiva dentro de la Compañía, el 27 de septiembre de 2022 se le reiteró de manera formal al señor Achury García algunas de las funciones que debía desempeñar dentro de su cargo en las instalaciones de la Cervecería de Tocancipá*" (PDF 20).

9. A su turno, la juez de conocimiento tuvo por contestada la demanda y admitió la reforma presentada por el actor; Bavaria contestó la reforma de la demanda y la a quo la dio por contestada (PDF 24); seguidamente, la juez al resolver las excepciones previas propuesta por Bavaria S.A., declaró probadas las de ineptitud de la demanda y habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde, por lo que excluyó las pretensiones económicas; decisión contra la cual, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación; y este Tribunal con providencia del 23 de mayo de 2023, revocó el auto de la a quo y en su lugar, declaró no probados los hechos de dichas excepciones.

10. Recibido el expediente en el juzgado de origen, con auto de 1º de junio de este año, obedeció y cumplió lo resuelto, y señaló el 20 de este mes y año para continuar con la audiencia del artículo 114 del CPTSS (PDF 29).

11. La Juez Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá, en sentencia proferida el 20 de junio 2023, dispuso absolver a la demandada de todas las pretensiones de la demanda y condenar en costas al demandante, tasándose las agencias de derecho en la suma de $300.000 (PDF 35).

12. Contra la anterior decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que manifestó *"sea lo primero establecer que el vínculo laboral que se estableció con el aquí demandante y la empresa demandada a través de sentencia judicial, como muy bien lo expusieron las partes, como lo expuso también este despacho; lo primero que hay que decir acerca de esa misma sentencia es que se corroboró la existencia de un cargo como operario autoelevador dentro de la empresa, dicho cargo operario autoelevador establecido dentro de la Convención Colectiva de la cual hace parte el demandante, y dicho salario que nunca fue reconocido por parte del despacho ni siquiera de la empresa, atendiendo primero esa situación y en vista de que no estamos en las instancias para poder resolver acerca de lo que se hablan de estos hechos del contrato realidad, sí podemos denotar lo siguiente, y es que una vez reintegrado el aquí demandante fue asignado como*

ayudante de oficina, esa asignación que hizo la parte demandada tiene que ver con lo que respecta a todo lo que se venía ejerciendo dentro de la oficina, dentro de los servicios que aquí se expusieron y que a pesar de que se probaron otros términos en los cuales la señora juez fue muy enfática, también se probaron y corroboraron que había funciones delimitadas dentro del cargo en el que fue reintegrado el aquí demandante, tales como cuáles, realmente las que se expusieron dentro de este proceso, el manejo del archivo constante donde se hacían, en qué instalaciones, dentro de una oficina, con las herramientas adecuadas para ejercer esta función, y las cuales vino elaborando hasta el momento de que fue notificado del cumplimiento de nuevas funciones, este cumplimiento de nuevas funciones sí determinó un desmejoramiento laboral, y ¿por qué se determina el desmejoramiento laboral? porque téngase en cuenta que el concepto de desmejoramiento laboral se basa en lo siguiente, y es que el contrato de trabajo se firma con unas condiciones como salario, horario de trabajo, lugar de trabajo, funciones del trabajador y condiciones que se deben mantener en el tiempo, si se hace un cambio al contrato de trabajo que implica para el trabajador un menor ingreso o un exceso de trabajo sin la correspondiente contraprestación salarial, se considera un desmejoramiento de condiciones laborales, la jueza es enfática al decir que no hay una disminución del salario, sino que por el contrario ha recibido un salario mayor al que tenía establecido con la empresa intermediaria, que además de eso no hubo una disminución de jornada y que a pesar de eso, cambiar las funciones al trabajador que implica una menor remuneración, trasladar al trabajador a un lugar que implique para él mayor gasto de transportes o de vivienda, eso no podría entonces ser causales, según lo establecido y según lo probado dentro de aquí, para probar esa desmejora laboral, tengamos en cuenta que para eso, cito la sentencia T-208 de 1998, donde habla precisamente de cuál es el problema o cuál es la figura del desmejoramiento laboral, y esta fue tratada ampliamente en la sentencia 715 de 1996, en los siguientes términos, en algunas sentencias la corte ha sostenido que la expresión de desmejoramiento de las condiciones laborales tiene un significado amplio y no puede entenderse como referida únicamente al puesto de trabajo en forma aislada del contexto en el que se presenta, y es así que la sentencia C 315 de 1994, del magistrado ponente Fabio Morón Díaz, se manifiesta que al estudiar la prohibición de desfavorecer las condiciones de trabajo a través de un traslado, se ha de tener presente que estas pueden ser tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, estas últimas relacionadas con obligaciones familiares o especiales circunstancias personales o sociales, y aquellas que involucran el salario, la categoría de los empleos o las condiciones materiales del empleo, adicionalmente el movimiento del personal comentado no proviene de un poder discrecional o arbitrario de la administración, puesto que una parte se debe consultar necesidad del servicio y otra no puede implicar condiciones menos favorables para el empleado; atendiendo la situación particular, qué se puede denotar acá, que a pesar de que se dice que no hay un traslado evidente por parte del demandante, sí hay un cambio de puesto, sí hay un cambio de herramientas, sí hay un cambio de funciones notables desde la fecha de la notificación que se hizo el 22 (sic) de septiembre de 2022, cosas que fueron relevantes para traer este caso y que deben ser estudiadas a fondo y no como erróneamente lo hace este despacho que simplemente dice que el salario no

fue desmejorado, si realmente fue un traslado y si se puede hablar de un desmejoramiento de condiciones cuando aquí sí se habló de un desmejoramiento de condiciones, que realmente demostró aquí el demandante en su declaración y demostró también su propio testigo al momento de testificar y de resolver las preguntas que se les estaban dando; adicionalmente, lo que se podría decir es que el artículo que 405 del CST, donde habla de la garantía de fuero sindical, comprende los siguientes derechos, y es, a no ser despedido ni desmejorado en sus condiciones laborales, ni trasladado a otro sitio o lugar de trabajo, salvo que exista una justa causa probada y la justa causa debe ser previamente calificada por la autoridad competente; aquí dándole aplicación a la norma y dándole un significado y un trasfondo, no se puede hablar solamente de traslado de sitio de trabajo al sacarlo de las instalaciones de Bavaria Tocancipá, se habla de las instalaciones en las que está laborando, precisamente, el aquí demandante, se habla realmente de las herramientas que en este momento está utilizando el demandante para realmente ejercer esas funciones, no se está negando realmente el trabajador a ejercerlas, lo único que se está diciendo es que sí, hay un desmejoramiento notable en cómo se está haciendo el trabajo en estos momentos; igualmente, la sentencia T-483 de 1993 del magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, se expresa de la siguiente manera: "ha advertido esta Corte que el llamado ius variandi entendido como facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones del trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo, en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores, está determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, habrá que preservarse el honor, la dignidad, los intereses y los derechos mínimos y la seguridad del trabajador. Atendiendo esta situación, también se puso de presente cómo se ha hecho el aislamiento de estas personas sindicalizadas y que además de esto, a pesar de que el discurso que se quiere mostrar dentro de este despacho judicial, es que si hace tiempo se tiene la posibilidad de ejercer su asociación sindical, puso también de presente cómo se ha venido desmejorando esta situación, cómo ha sido varias veces la reiteración de permisos sindicales negada por parte de la empresa y la compañía, y que aparte de eso también se ha delimitado esa posibilidad dentro de las mismas instalaciones, muy a pesar de que se justifique a través de estados en los que realmente hay la posibilidad de hablar con otros compañeros y ejercer este mismo derecho. De las sentencias citadas se deduce que la administración goza de discrecionalidad para modificar la ubicación territorial de sus funcionarios, pero que dicha facultad no puede ser utilizada de forma arbitraria en el ejercicio del poder al traslado, en ocasiones especiales atender al conjunto de condiciones que afectan el desarrollo mismo de la actividad laboral del funcionario, y ha enfatizado la Corte, en especial en estos casos "desde el punto de vista del juez constitucional, solamente circunstancias extraordinarias justifican la limitación del uso de la facultad administrativa del traslado de los funcionarios en áreas de los intereses de servicio, esto significa que las posibilidades de obtener a través de la tutela o de la revocación de un traslado son necesariamente reducidas, el debate ante el juez constitucional se realiza desde la prisma de la Constitución, la cual, en vista de su textura abierta da pie para ser desarrollada en formas diferentes, y en ocasiones hasta contradicción, eso significa que tanto el

legislativo como el ejecutivo gozan de un espacio amplio de configuración normativa y administrativa que debe ser respetado por el juez constitucional, por el contrario, al nivel de la jurisdicción contencioso administrativa y el enfrentamiento procesal, gira alrededor de normas mucho más concretas y específicas, generadas precisamente a partir del ejercicio del comentado espacio de configuración normativa y administrativa, hecho este que permite un análisis más minucioso de las circunstancias del caso bajo examen. Atendiendo la situación, no se le da razón al despacho al entender de que realmente no hay desmejoramiento de las condiciones laborales y que las mismas no fueron probadas dentro de esta instancia judicial, pues primero se probó que las condiciones no solamente se da a través de un traslado, sino a un cambio u otro sitio de lugar de trabajo que impidan realmente o que expongan al aquí demandante como quedó probado a través de las herramientas de trabajo que también fueron probadas y a través de las funciones que fueron nuevas y que no fueron reiteradas al momento del reintegro sino que se dieron a partir del 22 (sic) de septiembre de 2022, en donde sí hay un cambio de funciones, sí hay un cambio de condiciones laborales a los cuales eventualmente, como patrones y como ellos empleados, tendrían que cumplir desde ese día, por lo cual sí cabe el perjuicio y sí cabe la indemnización tal y como fueron incoadas a través de la demanda y solicito entonces en esa medida y con los hechos aquí expuestos y los argumentos aquí endilgados, de que se revoque de manera total la sentencia proferida por este despacho y se accedan a las pretensiones aquí incoadas".

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la abogada recurrente en el momento de sustentar su recurso de apelación ante el juez, como quiera que la decisión que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de los propuestos.

En este punto, conviene aclarar que si bien la apoderada en su escrito de demanda da a entender que la desmejora la solicita por no haberse ubicado al trabajador en el cargo de autoelevador, como lo ordenó el juez en instancia anterior, y por el contrario lo reintegró en el cargo de auxiliar de oficina, como también parece solicitarse en la parte inicial de su recurso de apelación, lo cierto es que más adelante aclara que la desmejora laboral la circunscribe a la nueva asignación de funciones que hizo la demandada el "22" (sic) de septiembre de 2022, razón por la cual, esta Sala emprenderá el estudio del problema jurídico planteado con base en el traslado que presuntamente hizo Bavaria en esta fecha, máxime si se tiene en cuenta que cualquier desmejora

ocurrida en el año 2017, cuando la demandada lo reintegró al cargo de auxiliar de oficina (18 de diciembre de 2017), estaría prescrita de conformidad con lo establecido en el artículo 118 del CPTSS.

Así las cosas, el problema jurídico que debe resolverse es determinar si Bavaria vulneró los derechos de fuero sindical del que goza el demandante, al desmejorar sus condiciones laborales el 27 de septiembre de 2022; para tal efecto, deberá analizarse previamente si el demandante goza de la garantía foral, pues, en este punto, Bavaria ha negado haber recibido la comunicación mediante la cual fue designado como directivo sindical, y señala no constarle tal circunstancia.

La a quo al proferir su decisión consideró que si bien en la sentencia que le antecedió a este juicio se ordenó el reintegro del demandante al cargo de autoelevador, lo cierto es que fue reintegrado en el de ayudante de oficina, cuyo salario, según se acreditó, es mayor al que venía devengando con el intermediario, con lo que se descarta cualquier tipo de desmejora salarial; señala que las actuaciones relacionadas con el reintegro se encontrarían prescritas porque esta demanda se presentó en noviembre de 2022, a lo que se suma que no se evidencia alguna desmejora, como tampoco se podía imponer condiciones a Bavaria que implicara una restructuración al interior de la compañía, por lo que era entendible reintegrar al actor en el cargo de ayudante de oficina; respecto a las nuevas funciones asignadas en septiembre de 2022, la juez señaló que ello no constituye un traslado y por esa razón Bavaria no tenía que acudir al juez de trabajo para pedir autorización alguna, pues a su juicio, el demandante continuó ejecutando sus labores en el mismo lugar y cargo, a lo que se suma que la asignación de funciones no genera un cambio de condiciones laborales, más aún cuando devenga un salario mayor al que recibía cuando estaba contratado mediante intermediario, no ejerce funciones de montacarguista desde ese momento, trabaja las mismas 8 horas diarias, goza de las mismas instalaciones y desarrolla las labores dentro de la planta de Tocancipá; a lo que se suma que no se probó que esas nuevas funciones le generaran un perjuicio; y, además, la garantía foral no anula la facultad subordinante del empleador para asignar nuevas funciones, las que dicho sea de paso, están dentro del rol propio del cargo de auxiliar de oficina de la compañía y a la ejecución segura de sus labores, y son ejercidas por otros trabajadores; de otro lado, agregó que el actor demostró que goza de la garantía de fuero sindical.

Sea preciso advertir que no es objeto de discusión en este asunto, que entre las partes existe del contrato de trabajo, tal como lo declaró el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá dentro del proceso radicado 258999-31-05-001-2015-00272-00, mediante sentencia del 24 de mayo de 2017, decisión que fue modificada por esta Sala en fallo de fecha 25 de julio de 2017, en cuanto al extremo inicial de la relación laboral para determinarlo desde el 18 de agosto de 2022 (pág. 39-69 PDF 18); situación que es aceptada por la demandada al dar contestación y al absolver interrogatorio de parte, e igualmente así lo manifestó la juez al momento de fijar el litigio del proceso. Además, las partes no discuten que Bavaria en acatamiento a una orden judicial reintegró al demandante el 13 de diciembre de 2017, lo que hizo en el cargo de ayudante de oficina (pág. 26-36 PDF 18); sin embargo, según comunicación de la misma fecha, Bavaria dio aplicación a lo establecido en el artículo 140 del CST, por lo que no hubo inicialmente prestación personal de los servicios (pág. 37 PDF 18), y mediante carta del 14 de agosto de 2018, se informó al actor que empezaría a prestar sus servicios a partir del 16 de ese mes y año, en funciones de "*AYUDANTE DE OFICINA DE LOGÍSTICA*" (pág. 38 PDF 18).

Igualmente, se encuentra probado que el demandante es afiliado al sindicato Sinaltraceba (pág. 20 PDF 01), y que Bavaria S.A. tiene suscrita una convención colectiva de trabajo con esta organización sindical; circunstancias estas que son aceptadas por la demandada en su escrito de contestación y no fueron objeto de inconformidad por dicha entidad.

Frente al fuero sindical aducido por el demandante conviene recordar que el artículo 405 del CST lo define como aquella garantía de la 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 (subraya la Sala).

A su turno, el artículo 406 del CST enlista las personas que están amparados de tal beneficio, y en sus literales a) y c), incluye a *"a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;"* y "*Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis*

(6) meses más." Además, en el parágrafo 2º del artículo referido establece que "*Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador*".

Por su parte, el numeral 2º del artículo 407 ibídem preceptúa que la designación de toda junta directiva o cualquier cambio que ocurra en su composición debe notificarse al empleador en la forma prevista en los artículos 363 y 371 ibídem, esto es, comunicarse por escrito tanto al empleador como al inspector del trabajo, con la declaración de los nombres e identificación de cada uno de los miembros, y aunque la norma indica que mientras no se llene este requisito el cambio no surte ningún efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-465 de 2008 declaró condicionalmente exequible esa norma en el entendido de que la comunicación al Ministerio acerca de los cambios en la junta directiva de un sindicato cumple exclusivamente funciones de publicidad, por tanto, el fuero sindical opera inmediatamente después de la primera comunicación, "*por cuanto en el caso de que el primer notificado hubiere sido el empleador éste adquiere desde el mismo momento de la comunicación la obligación de respetar el fuero sindical de los nuevos dirigentes. Y porque, en el caso de que el primer notificado hubiera sido el Ministerio, éste adquiere la obligación de comunicar inmediatamente al empleador sobre la designación realizada".*

De las pruebas obrantes en el plenario se puede colegir que efectivamente el demandante es miembro de la junta directiva de la organización sindical Sinaltraceba, como suplente, y así se desprende de la constancia de registro de modificación de junta directiva expedida por el Ministerio del Trabajo, de fecha 19 de octubre de 2018 (pág. 5 PDF 19); de otro lado, reposa comunicación radicada el 16 de octubre de 2018 por el referido sindicato en las instalaciones de Bavaria S.A., en la que le notifica la "*modificación Parcial Junta Sub Directiva Seccional Tocancipá*", y en la relación de miembros de la nueva junta, se menciona al demandante en el cargo de suplente (pág. 7 PDF 19), por lo que resulta claro que para la fecha de la presunta desmejora, 27 de septiembre de 2022, se encontraba amparado por el fuero sindical de directivo, de acuerdo con lo previsto en la norma antes referida.

Ahora bien, en aras de resolver el problema jurídico planteado, debe empezarse por aclarar que el demandante en este asunto no discute en realidad un traslado sino la desmejora de sus condiciones laborales generada,

según lo explica, con el cambio de cargo y funciones que le fueron notificadas el 27 de septiembre de 2022.

Analizadas las pruebas obrantes dentro del expediente, de manera integral como lo ordena el artículo 61 del CPTSS, lo primero que puede concluirse es que en este asunto sí existió un cambio de cargo y de funciones a partir de la citada fecha, pues así se concluye no solo de la comunicación que se notificó en dicha calenda al demandante, sino que en esos términos también lo manifestaron los testigos que declararon en juicio.

De un lado, en la citada comunicación se observa que la demandada notificó al demandante sobre las "*Funciones del cargo*", en atención a "*las necesidades de la prestación del servicio y buscando mejorar nuestros procesos productivos*", las cuales continuaría desarrollando en el cargo de "*AYUDANTE DE OFICINA LOGÍSTICA"*, como lo son: *"Cumplimiento reportes en out safety diario", "Ejecución pausas activas", "Estampillas diarias pegadas por persona", "Avería estampillas", "Avería de producto", "Cumplimiento norma estampillado (trocado)*", y "*Cumplimiento de cajas armadas y fechadas según el plan diario de producción (maquila)*", con lo que se busca contribuir "*de forma voluntaria a aportar de manera importante y decidida en los resultados que hemos fijado para nuestra Compañía*" (pág. 115 PDF 01), momento en el cual el actor, impuso a manuscrito, que no estaba de acuerdo con esa "*desmejora de condiciones laborales*" por gozar de fuero sindical.

Por su parte, el testigo **William Gustavo Garavito Torres,** quien dijo ser trabajador de la demandada y compañero de trabajo del actor, aunque no refirió en qué cargo, relató los pormenores del vínculo laboral del demandante con Bavaria, señalando que este es ayudante de oficina logística, y que lo "*tenían haciendo solo papelería, recibir todo lo que era T1, T2, todo lo que era despachos, todo lo que llega que es factura de los productos que despacha Bavaria, tenía que organizarlo, tenía que archivarlos, manejaba carpetas en una oficina, la oficina de logística" "rotular, hacer las facturas una a una, las rotulaba y las empacaban en unas cajas y las llevaban a un sitio que tiene Bavaria estipulado para almacenamiento de esas cajas, como un archivo*", y desde septiembre de 2022 "*la labor que está haciendo es manipulando etiquetado, está colocando etiquetas a unas botellas o a unas latas, ahorita creo que están con botellas de vidrio, con Stella Artois, es una bebida que llega de Europa, ese es un producto que llega internacional y aquí lo legaliza Bavaria con una etiqueta que le coloca*", funciones que ahora desarrolla en una bodega y no en la oficina en la que antes estaba. Por su parte, la señora **María Cristina Henao Sánchez**, trabajadora de la demandada, menciona que, en efecto, el demandante en el cargo de ayudante de oficina logística antes realizaba

funciones en el área de materias primas, donde ayudaba con el tema documental, y desde septiembre de 2022 realiza labores de "*operador que trabaja poniendo las estampillas de un producto de importación para la compañía*".

Así las cosas, no queda duda que en el presente caso se dio objetivamente el cambio de las condiciones laborales que alega el demandante; sin embargo, ello por sí solo no le genera perjuicio, por cuanto en este aspecto, debe recordarse que el empleador goza del derecho del *ius variandi*, traducido como la facultad que tiene para modificar unilateralmente las condiciones iniciales del contrato de trabajo (modo, lugar o tiempo de ejecución), la cual emerge de la potestad jurídica de subordinación jurídica del artículo 23 del CST, sin que dicha facultad quede anulada del todo por el hecho de gozar el trabajador de fuero sindical, como ocurre en este caso; no obstante, esa potestad no es absoluta, porque, además de no afectar sustancialmente las condiciones esenciales del vínculo laboral, debe obedecer a razones válidas y objetivas, por lo que el empleador en tales casos debe justificar la necesidad y pertinencia de esos cambios, y de este modo, descartar que ellos obedecen a actuaciones arbitrarias o caprichosas; e, igualmente las modificaciones no deben afectar el respeto del honor, de la dignidad, de la seguridad y de los derechos mínimos del trabajador.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL14991-2016, en la que rememoró la sentencia SL, 2 sep. 2008, rad. 31701, indicó que, "*[…] siendo el ius variandi un derecho del empleador, en aquellos eventos en donde estime pertinente hacerlo efectivo, en principio no requiere de la anuencia o el consentimiento previo del trabajador, pues se itera, son facultades que el empleador puede ejercitar de manera unilateral, siempre y cuando, desde luego, no afecte el respeto del honor, de la dignidad, de la seguridad y de los derechos mínimos del trabajador y al dimanar de la potestad subordinante del empleador se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulaciones expresas. Se trata de que el empleador puede modificar por su cuenta algunas de las condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo […]*

Además, en sentencia SL, 30 jun. 2005, rad. 25103, reiterada en la SL2463 de 2018 y SL3901 de 2021, la Corte explicó que *"[…] es pertinente recordar que mientras exista nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que tiene el empleador para ejercer el ius variandi, sin que*

ello implique de ninguna manera una modificación del contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario".

En este orden de ideas, lo que corresponde en el presente caso es verificar si ese cambio de condiciones laborales le produjo una desmejora al trabajador con la entidad suficiente para, en este caso, considerar que se vulneró su derecho al fuero sindical al no estar precedido de la autorización del juez de trabajo, ya que, como lo señala el citado artículo 405 del CST, dicha garantía se activa cuando los trabajadores amparados con fuero sindical son despedidos, trasladados o *"desmejorados en sus condiciones de trabajo"*.

Dicha desmejora la hace consistir la parte demandante en que en las bodegas donde ahora presta sus servicios existe "*mala condición del espacio de trabajo, con bajas temperatura (sic) y humedad*", "*la instrumentación no es la misma a la que se venía desempeñando, ejerciendo una labor con herramientas afiladas y con empaque"* (hechos de la demanda); que "*dentro de las nuevas funciones ejercidas desde el 28 de septiembre de 2022, están funciones de carga, sin herramientas adecuadas e instalaciones deficientes*" en cuanto a "*la estructura donde se labora, las sillas y acceso al baño*" (hechos de la reforma a la demanda); y en atención al *"cambio de puesto", "cambio de herramientas"* y *"cambio de funciones notables"* (argumentos del recurso).

No obstante, contrario a lo aducido por la apoderada en su recurso de apelación, en este caso no se demostró el desmejoramiento de las condiciones laborales del demandante con el cambio de funciones que realizó Bavaria en septiembre del año 2022, y así se desprende de las pruebas aquí recaudadas.

De un lado, aunque es cierto que el testigo **William Gustavo Garavito Torres** señaló que a partir del 27 de septiembre de 2022 al demandante "*lo sacan de la oficina de logística y lo llevan a una bodega para hacer lo de etiquetado*", y que allí "*manipula vidrio, bisturí para cortar el plástico y tiene que estar con implementos mucho más de seguridad, digamos el casco, la visera, la careta, las sillas ya no son iguales, ya las sillas son muy diferentes a las que tenía en una oficina, que son más ergonómicas en una oficina que son con ruedas, el baño inclusive en la oficina pues obviamente lo tenía ahí pegado mientras que ahorita sí le toca trasladarse, el piso es ahora más peligroso que en el área que antes estaba*", lo cierto es que no explicó la razón de su dicho, y, aunque no se le indagó, del contexto de su declaración se advierte que el testigo laboraba en otro sitio diferente al del

demandante, incluso, cuando narra las funciones actuales del actor indica que "*ahorita creo que están con botellas de vidrio*", de lo que se infiere que no conoce exactamente lo que el actor hacía.

En todo caso, debe decirse que no se advierte de qué manera se desmejoraron las condiciones del demandante al tener como funciones las de colocar estampillas a los productos de la demandada, los cuales estaban previamente empacados en envases de vidrio o en latas, como se observa en las fotografías aportadas por la parte demandante (pág. 116-122 PDF 01); y según lo explica el testigo, el bisturí que utilizaba el actor lo era para cortar el plástico de las cajas en las que venía embalado el producto, sin que por sí solo represente un riesgo para el trabajador, y aunque así fuera, es por esa razón que la demandada le ordenó cumplir con los *"reportes en out safety diario",* pues como lo narró la testigo **María Cristina Henao Sánchez**, tales reportes de comportamientos y condiciones "*lo deben hacer todos los colaboradores de la compañía, como una estrategia de autocuidado*", por lo que si en algún momento representaba un riesgo así debía reportarse.

Ahora, el hecho de que el demandante debiera utilizar durante las 8 horas de su jornada casco, visera y careta no implica tampoco un desmejoramiento laboral, y si bien el actor en su interrogatorio dice que por esa razón se siente *"enfermo del cuello*", ello no lo acreditó, a lo que se suma que, conforme a las fotografías que se aportaron junto con la demanda, se desvirtúa la anterior afirmación, pues en esas imágenes se observa al demandante con otros compañeros que realizan la misma labor de etiquetado, y ninguno de ellos, ni siquiera el actor, utiliza los referidos elementos. Igual ocurre con la silla que utiliza el demandante ya que en tales fotografías se observa que la que ahora usa es ergonómica y tiene ruedas, por lo que no se vislumbra la diferencia a la que hace referencia el testigo. Y en cuanto a la distancia del baño, si bien tampoco se demostró que el mismo estuviera ubicado lejos del sitio de trabajo, "*casi a 3 minutos*" como lo dice el demandante en su declaración, esa circunstancia no configura un perjuicio al actor, máxime cuando tampoco se demostró que padeciera de alguna dolencia o enfermedad que le impidiera esperar unos minutos para ir al baño cuando así lo requiriera, sin embargo, se reitera, no se demostró dicha distancia entre el lugar de trabajo y el baño.

Incluso, en esas mismas fotografías no se advierte que las instalaciones sean deficientes como lo asegura la apoderada del demandante, y por el contrario,

se advierte que se trata de una bodega amplia, con bastante iluminación, y buen espacio para la realización de las labores; además, se observa que está dotada de una mesa grande en la que se ubican los 4 trabajadores que realizan la labor de estampillado, y cada uno cuenta con una silla de oficina ergonómica, con cinco aspas y ruedas, con el debido espacio entre uno y otro trabajador para el ejercicio de la labor; sin que pueda advertirse que ese lugar tenga una baja temperatura como lo asegura el demandante, pues ello no se demostró. De otro lado, el actor no probó que con la mencionada modificación ahora tenga que cumplir funciones de carga, como lo señaló al reformar la demanda, pues no allegó prueba alguna en torno a probar ese hecho.

Ahora bien, aunque el demandante en su declaración insiste en que la demandada no le da el espacio para ejercer su derecho de asociación, entre otras conductas que le atribuye a la entidad, lo cierto es que ello no fue objeto de debate probatorio, ni se puso de presente en la demanda o su reforma, como tampoco aportó prueba alguna tendiente a su demostración, a lo que se suma que no podrían tenerse por ciertas esas afirmaciones pues sabido es que no le es dable a la parte fabricar la prueba en su propio beneficio.

A lo anterior se suma que, los testigos que declararon en juicio, incluso el propio demandante en su interrogatorio de parte, señalaron que el salario no disminuyó sino que el actor continuó recibiendo el mismo monto que percibía antes del 27 de setiembre de 2022, y si bien la a quo indicó que el actor pasó a devengar un salario mayor al que recibía cuando estaba contratado mediante intermediario en el cargo de montacarguista, ello no resulta relevante en este caso pues, como antes se indicó, aquí no se estudia el reintegro que se dio en el año 2017 sino el cambio de condiciones ocurrido en septiembre de 2022, debiéndose resaltar que durante ese lapso (2017 a 2022) el cargo del demandante fue el de ayudante de oficina logística, y el salario percibido era el asignado para este cargo, el cual no varió después del cambio de funciones.

Aunado a lo anterior, el demandante en su declaración aceptó que su horario antes y después del 27 de setiembre de 2022, fue el mismo, como quiera siempre ha trabajado 8 horas al día, con lo que se advierte además que la jornada laboral no excedía la máxima legal.

Finalmente, no puede dejarse de mencionar lo dicho por la testigo **María Cristina Henao Sánchez,** pues ella explica que al momento del reintegro del

demandante y de otros compañeros de él, no habían vacantes, y en aras de cumplir los fallos judiciales, "*mientras la compañía decidía dónde podríamos reubicarlos y asignarles una función para que ellos fueran productivos dentro de la organización*", los ubicaron en el almacén en el cargo de ayudante de oficina, pero "*no cumplían ninguna función particular*", y por esa razón "*se creó un proyecto para que pudieran ser productivos dentro de la compañía*", dando lugar a que se ubicaran en el área de estampillado "*para que ellos tuvieran una vida productiva dentro de la cervecería*"; con lo que se colige que la decisión de la demandada para modificar las condiciones laborales del demandante no son caprichosas ni arbitrarias sino que, por el contrario, las mismas se resultan válidas en el caso particular.

En este orden de ideas, considera la Sala que en este asunto no se acreditó que el cambio de funciones del demandante afectara su honor, su dignidad y sus derechos mínimos como trabajador, como tampoco los aspectos esenciales del contrato de trabajo como la duración o jornada del mismo o la remuneración, pues ello no emerge de las pruebas recaudadas. Por tanto, no se generó desmejora alguna al trabajador demandante, siendo ello razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo del demandante por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, dentro del proceso fuero sindical (solicitud de reinstalación) promovido por Nelson Alejandro Achury contra Bavaria S.A., de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN EN EDICTO Y CÚMPLASE,

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria