

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL

RAD 27-2020-370-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: GABRIEL EDUARDO PENAGOS RODRÍGUEZ

DEMANDADO: CENCOSUD COLOMBIA SA

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **GABRIEL EDUARDO PENAGOS RODRÍGUEZ** por medio de apoderado judicial, demandó a **CENCOSUD COLOMBIA SA**, para que mediante el trámite de un proceso especial de fuero sindical- acción de reintegro-, se declare que estaba protegido con la garantía de fuero sindical **otorgada por el convenio 135 de la OIT tal y como se pactó en la convención colectiva**, que se declare que fue despedido sin sujeción a las normas del fuero. En consecuencia, solicitó reintegro, pago de salarios desde el despido y hasta el reintegro, extra y ultra petita y costas. (Expediente Digitalizado).

Como fundamento de sus pretensiones y en resumen; señaló que el día 1 de marzo de 2019, se celebró un contrato de trabajo a término indefinido, entre CENCOSUD COLOMBIA S.A., y el señor GABRIEL EDUARDO PENAGOS RODRÍGUEZ, que el cargo desempeñado por el trabajador era el de vendedor básico en la tienda EASY GAITÁN CORTÉS, con un salario de \$891.900 mensuales aproximadamente más

auxilio de transporte, que el 09 de septiembre de 2019, el trabajador GABRIEL EDUARDO PENAGOS RODRÍGUEZ, fue nombrado como representante sindical para la tienda EASY GAITÁN CORTÉS, a través de la resolución No. 94 de la Junta Directiva Nacional de la Unión de Trabajadores y Trabajadoras de Grandes Superficies del Comercio en Colombia (UNIÓN), que el día 27 de noviembre de 2019, se realizaron elecciones a nivel nacional para elegir a los representantes de los trabajadores en los diferentes lugares de trabajo y el trabajador demandante resultó electo por los trabajadores como representante sindical para la tienda EASY GAITÁN CORTÉS, que CENCOSUD COLOMBIA S.A. acogió, reconoció y se comprometió al cabal cumplimiento de los postulados contenidos en el convenio 135 de la OIT, que trata sobre los representantes de los trabajadores, a través de la declaración de principios de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con la organización sindical UNIÓN, que estaba vigente al momento de los hechos y al momento de la presentación de esta demanda; que no obstante el 01 de septiembre de 2020, la empresa decide de manera unilateral y sin justa causa, dar por terminado su contrato de trabajo, sin mediar autorización de un Juez del Trabajo, desconociendo el convenio 135 de la OIT, el cual se obligó a cumplir en la convención colectiva de trabajo, por lo que se vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada por el fuero de representante sindical del demandante, al despedirlo sin justa causa y sin autorización de un Juez del Trabajo.

La parte demandada en audiencia pública contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y afirmando que el demandante nunca gozó de la garantía de fuero sindical, que el convenio 135 de la OIT, no está ratificado por Colombia, además que no se acreditó que el actor haga parte de alguna subdirectiva. En cuanto a los hechos aceptó del primero al cuarto, negó los demás. Propuso las excepciones de no tener el demandante fuero sindical, no tener CENCOSUD, necesidad de iniciar proceso especial para levantar un fuero sindical inexistente, haber finalizado el contrato de trabajo por la condición resolutoria tácita, haber cancelado la liquidación de prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo, no tener ningún problema de salud el demandante a la finalización del contrato e innominada. (Expediente Digitalizado).

El Juzgado de conocimiento en sentencia del 29 de junio de 2022 decidió **NEGAR** las pretensiones y **ABSOLVER a la demandada, declarando probadas las excepciones de inexistencia de fuero y no necesidad de pedir permiso por parte del empleador. Condenó en Costas al demandante.**

Para llegar a esa conclusión en síntesis afirmó la Juez “....El problema jurídico se centra en establecer si estaba amparado el señor GABRIEL EDUARDO PENAGOS RODRIGUEZ por la garantía de fuero sindical para la fecha en que la demandada decidió terminar unilateralmente su contrato de trabajo. Citó así el art 405 del CST el artículo 469 del CST sobre la convención colectiva, la sentencia Laboral 1.975-2021, en el que la Corte Suprema de Justicia citó la sentencia 16 de mayo de 2001, radicación 15120. Agregó que a folio 74, obra copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Cencosud Colombia S.A. y la Unión de Trabajadores y Trabajadoras de grandes Superficies del Comercio en Colombia, de fecha 10 de abril de 2018, que en sus principios establece, que **la Empresa adopta como marco ético y normativo, para la regulación de las relaciones laborales, la del trabajo decente en los términos y contenidos que la OIT ha establecido.** De igual manera acoge, 14 73 2 reconoce y se compromete al cabal cumplimiento de los postulados contenidos en los Convenios 87, 98, 135 y 154 de la OIT. Esta convención no cuenta con constancia de depósito. A folio 95 obra la Convención de 24 de abril de 2020, también sin constancia de depósito. Señaló que los artículos 1 y 4- de la Convención 135 de la OIT prevén: Artículo 1. Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

Artículo 4. La legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales podrán determinar qué clase o clases de representantes de trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas en el presente Convenio. Concluyó que no está en discusión, la existencia de la relación laboral, así como su terminación, como tampoco que el demandante no goza del fuero sindical legal previsto en el artículo 406 del código sustantivo del trabajo. Lo que se persigue a través de esta acción, es que con fundamento en lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Cencosud Colombia s.a. y la Unión de trabajadores y trabajadoras de grandes superficies del comercio en Colombia, que en el capítulo uno, declaración de principios, en la que se dijo que la empresa adopta como marco de ético y normativo los postulados contenidos en los convenios 87,98,135 y 154 de la OIT, se declare que el actor goza de fuero sindical, por lo que para su despido al trabajador debió sujetarse a las normas que regulan el fuero sindical y que por ello se debe ordenar su reintegro. Dijo finalmente que no se accedería a las pretensiones, por dos razones: i) la convención colectiva fuente de la aplicación del Convenio 135 de la OIT, no tiene nota de depósito, por lo que en aplicación del artículo 469 del C.S.T., no goza de los requisitos para que en este proceso goce de efectos y ii) **Aunque se hubiere aportado la convención colectiva en legal forma, el Convenio 135 de la OIT, sobre los representantes de los trabajadores 1971, no establece precisamente que los representantes de los trabajadores gozan de fuero sindical, no marca unas directrices de protección en su artículo 1 y, en su artículo 4º establece que la legislación, los contratos colectivos; los laudos arbitrales o las decisiones judiciales, deberán determinar que representantes tendrán derecho a la protección, como lo sostuvo la pasiva, el Convenio 135 de la OIT no ha sido aprobado por Colombia, y examinada la Convención Colectiva, en su Capítulo 10 derechos, garantías sindicales y diálogo social, no estableció una garantía foral adicional a la legal, que permita establecer que los representantes sindicales de las tiendas gozan de fuero**

sindical, por lo que el demandante no gozaba de fuero sindical al momento del despido, no estando obligada la pasiva a solicitar permiso alguno para terminar el vínculo laboral....”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso en el sentido de reiterar y establecer nuevamente que si bien es cierto no se aportó la constancia de depósito también hay que tener en cuenta que en el trámite judicial no se negó por parte de la demandada CENCOSUD la misma existencia de la convención colectiva por lo tanto a pesar de ser un requisito legal pues no se negó la existencia de la misma y por ello, sí se debería tener a consideración que la convención colectiva si existió incluso en la misma contestación de la demanda el apoderado de la parte demandada si acepta la existencia de la convención colectiva, por otro lado también se debe considerar que el demandante, sí contaba con una condición de aforado sindical en el sentido que la figura de la representación de tienda si es establecida dentro de los estatutos de la unión de trabajadores como se dejó sentado en los alegatos de conclusiones en el artículo 9 del mismo cuerpo convencional. Además de ello se reitera el convenio 135 de la OIT, si bien es cierto no habla de unos criterios específicos que se deben tener en cuenta sí habla de los representantes de los trabajadores dentro de la empresa a la cual están como representantes, por lo tanto sí se debería considerar que el demandante si contaba con una condición de aforado para el momento del despido, además vuelvo y traigo a colación la recomendación 143 de la OIT que establece que se puede incorporar al ordenamiento jurídico colombiano en este caso de alguna manera convenios que no han sido ratificados por el país a través de convenciones colectivas de trabajo; así las cosas, pues tenemos que tener en cuenta que el convenio 135 de la OIT si establece una protección a todos los representantes del empleado y protección que se debería considerar como una estabilidad laboral absoluta frente al despido en este caso tal como ocurrió en el caso que ahora nos trae a esta agencia judicial. Además es también tener claro que la protección no necesariamente se debe traer al ordenamiento o se debe predicar por la ratificación o no de un determinado convenio pues como lo mencione en los alegatos de conclusión se establece que las convenciones colectivas tienen dos fuentes uno normativo y uno obligacional y en este sentido las convenciones colectivas traen para las partes que los suscriben unas obligaciones específicas, tal como quedó sentado dentro de la misma convención de trabajo que determina que CENCOSUD respetará y adoptará los postulados establecidos en el convenio 135 de la OIT, situación que no fue verificable en este caso puesto que la empresa no cumplió con esa obligación de respetar ese convenio 135 de la OIT, además, es de traer a colación que no tendría sentido que dos partes se sienten a negociar un reconocimiento y una adopción de un convenio internacional cuando dentro del ejercicio normal de las actividades se va a desconocer tal como se evidencia en este momento, donde se evidencia que CENCOSUD si desconoció de manera clara ese convenio que ellos mismos decidieron adoptar mediante una mesa de negociación entonces no tendría sentido traerlo a una convención colectiva cuando evidentemente no se va a respetar esa adopción del convenio y también se desconocería palpablemente la naturaleza de una convención colectiva de trabajo de tratar de mejorar las relaciones de un trabajador y una empresa y también se desconocería el carácter de contrato entre las partes que lo suscriben. Pues como lo dije la convención colectiva es de forzoso cumplimiento entre los que lo suscriben y en este caso CENCOSUD lo incumplió de manera clara al desconocer esa protección que le debería dar al demandante frente al despido por eso señores magistrados solicito se reconsidere la decisión adoptada por la juez de primera instancia en el sentido de reconocer y proteger el derecho que le asiste al demandante frente a esa protección frente al despido que trae como consecuencia la adopción del reconocimiento del convenio 135 de la OIT, mediante la colectiva de trabajo del periodo 2020 a 2022 muchas gracias.

El apoderado del Sindicato así *Interpongo recurso frente a la decisión adoptada por el despacho, sustento frente a tres cargos a saber: “ i) Ambas partes aceptan las convenciones aportadas al proceso, el hecho de que el despacho de instancia pida una nota de depósito pues es un exceso ritual manifiesto y si es que el despacho necesitaba dicha nota para hacer valer el derecho sustancial debió haber hecho uso de su facultad de solicitar pruebas pues para esto la señora jueza es la directora del proceso, este excesivo ritual manifiesto no puede dar al traste con los derechos al trabajador, más cuando como lo dije al inicio ambas partes aceptaron la existencia de la convención colectiva colectiva de trabajo. ii) el despacho de instancia toma su decisión pasando por alto principios fundamentales como lo son la negociación colectiva y el debido proceso, principios que no solo están contenidos en la constitución nacional, sino que además se encuentran en tratados internacionales incorporándose así al bloque de constitucionalidad esto se da porque en el transcurso del proceso se logró demostrar que entre la empresa y la organización sindical se suscribió una convención colectiva que era perfectamente válida, que estaba vigente al momento de los hechos en donde el empleador se comprometió a respetar el convenio 135 de la OIT, convenio que trata sobre los representantes de los lugares de trabajo independientemente de que estuviera o no ratificado por Colombia, la empresa se comprometió a respetarlo, tan es así que la misma convención colectiva de la que estamos hablando trae unos espacios de dialogo social en la cláusula 37 que se realizan entre los directores de cada tienda y los representantes de los trabajadores, tan es así que los estatutos sindicales existe un apartado donde se encuentra las funciones de los representantes desde los trabajadores en cada lugar de trabajo, los mismos estatutos establecen cuantos representantes habrán en cada lugar de trabajo según la cantidad de trabajadores en su artículo 9 e incluso se realizan elecciones en cada lugar de trabajo para que los mismos trabajadores elijan a sus representantes, entonces como es que se logra además mostrar que la empresa si acoge el convenio 135 de la OIT, pero cuando es para despedir a un representante de los trabajadores legítimamente elegido ahí el despacho de instancia acoge la idea de que el convenio no está ratificado por Colombia, entonces para ciertas cosas si aceptamos el convenio pero para las garantías de despido no lo acogemos, esta decisión lo que hace es legitimar al empleador para que el día de mañana no respete los contenidos de la convención como por ejemplo el Bono navideño porque el mismo no está contemplado en el CST o incluso que comience a despedir representantes de trabajadores en cada sitio de trabajo como una actitud abiertamente antisindical por el solo hecho de que como el convenio 135 a pesar de que se comprometió a respetarlo no está ratificado por el estado colombiano. El despacho de instancia con el debido respeto se equivoca al decir que había que disponer de otra parte especial la garantía de fuero sindical porque existe el principio de indescindibilidad en la norma, con solamente decir en el apartado de los principios que se compromete a respetar el artículo 135 de la OIT, no estaba en la obligación de redactar, de desarrollar como tal el convenio en el trascurso del articulado de la convención colectiva de trabajado, el convenio 135 se debe aplicar de manera completa porque la empresa se comprometió a respetar. lii) El despacho de instancia confunde los fueros del CST con la garantía de no despido del convenio 135 acá no estamos hablando de los fueros del CST, acá yo pienso que de pronto incluso hasta las mismas partes procesales confundimos el término fuero entonces yo pienso que se prestó para confundir al despacho y es que no se trata del fuero sindical contemplado en el CST, acá se trata de una garantía especial que tienen los representantes de los trabajadores contra cualquier despido del empleador sin justa causa el cual se encuentra contemplado en el convenio 135 de la OIT, convenio que reitero se comprometió a respetar la empresa en la convención colectiva de trabajo vigente al momento de los hechos. Finalmente es importante destacar si en gracia a discusión aceptamos que el soporte probatorio no es suficiente para soportar las pretensiones de la demanda son más las dudas que se desprenden de las afirmaciones hechas por la empresa demandada que lo que se*

logra probado, dudas que el a quo debió resolver en favor del trabajador apelando también al principio de favorabilidad en materia laboral.

El apoderado de Cencosud : “... *Interpongo recurso de apelación también contra la sentencia en el sentido de que no se condenó en costas a la organización sindical la cual intervino vehementemente durante el proceso por lo cual y teniendo en cuenta que fue derrotada en franca lid y debería condenarse en costas, en ese sentido se le solicita al honorable tribunal de Bogotá que en su lugar adicione también como condena las costas a la organización sindical unión de trabajadores y trabajadoras de grandes superficies en Colombia por haber resultado vencida en el proceso.*

CONSIDERACIONES

Lo primero que aclara la Sala es que de acuerdo con lo establecido en el Art 117 del C P del T y de la S S, la apelación en el caso de fuero sindical se resuelve de plano.

De otra parte, según lo dispuesto en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, la Sala se referirá a los dos puntos de apelación resolviendo de manera simultanea el de la parte actora, así como el del sindicato que de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 B del C P del T y de la S S actúa coadyuvando al trabajador, que se dice aforado, pudiendo efectuar los actos procesales permitidos a este.

Previo a pronunciarse específicamente al respecto, tal y como siempre ha expresado esta Sala no sobra recordar que el fuero una garantía de consagración Constitucional, que elevó a la categoría de derecho fundamental el derecho de asociación, en concordancia con las normas internacionales que otorgaban al derecho de sindicalización tal jerarquía.

Es así como del estudio de convenios internacionales relacionados con el derecho de coalición y de asociación surge la norma consagrada en el artículo 39 de la constitución nacional, en donde se señala **el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del estado.**

Inspirado en el mismo criterio de la libertad de asociación, el mismo artículo reconoce **a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.**

Así las cosas, es forzoso concluir que el fuero sindical es una garantía constitucional y además necesaria para el cumplimiento de las funciones sindicales, garantía que es

reflejada en la ley (CST), en concordancia con la constitución. El fuero, no es entonces únicamente una protección para algunos trabajadores voceros o representantes de los intereses de una organización sindical, sino que en realidad es un mecanismo de protección para el derecho de asociación, pues permite que, mediante el ejercicio eficaz y tranquilo de las funciones de la organización, estas puedan subsistir como instituciones democráticas.

Ahora bien se equivocan los recurrentes específicamente el apoderado del sindicato, cuando afirma que la Juez “confundió” el fuero legal consagrado en el C S T, pues justamente su providencia parte de esa afirmación y es que no se discute acá un fuero legal, sino uno convencional, pues así se aseguró desde la demanda cuando se afirmó que en la convención se consagró uno; específicamente derivado de la adopción del convenio 135 que al no ser ratificado por Colombia, no puede aplicarse con base en la ley, siendo necesario entonces definir si pueden o no las partes por acuerdo adoptarlo. discusión doctrinaria que habría sido del caso realizar, si tuviésemos certeza sobre los efectos que dicha convención tiene, siendo ese el segundo error en el que incurren los recurrentes, pues una cosa es que al ser aceptada la aplicación de una norma convencional por la parte demandada, esta salga de la fijación del litigio y otra muy diferente sucede cuando no se acepta; como en este caso, pues mientras que la parte actora asegura que por convención se pactó un fuero; la demanda dice que no fue así, luego el soporte normativo; que se itera, hubiese sido posible analizar, sin constancia de depósito, no existe; unido a que incluso la cláusula de haber tenido certeza de los efectos era discutida, luego no se aplica lo que la CSJ ha dicho, sobre el argumento de los recurrentes.

No sobra para corroborar lo anterior traer a colación la sentencia SL4792 de 6 de noviembre de 2019, Rad N° 68209 MP FERNANDO CASTILLO CADENA, en la que se expresa:

“(..)

En un asunto similar la Sala en la sentencia SL20037 – 2017, 29 nov. 2017, rad. 48833, al abordar el tema del depósito de las convenciones colectivas y de la necesidad de discutir en las instancias los temas sobre los cuales se propone reparo en el recurso extraordinario, señaló:

Ahora bien, aun cuando con insistencia la Sala ha reiterado que la nota de depósito de las convenciones colectivas resulta ser un requisito indispensable

para poder generar los derechos en ella contemplados, toda vez que el artículo 469 del C.S.T impone el cumplimiento de tal actuación incluso exigiendo que se haga en el término de 15 días siguientes a la suscripción del acuerdo, como se dijo, por ejemplo, en las sentencias SL 3495 – 2014, SL4427 – 2014 y SL 930 – 2014, presupuesto que además y contrario a lo afirmado por el recurrente, en el expediente cuenta con el debido respaldo, es de advertir que el tema relativo a la validez de la Convención Colectiva en que se amparó el Tribunal para resolver la controversia, no fue planteado al contestar la demanda como argumento de ataque, ni se vislumbró en el desarrollo del proceso, ni en la apelación se adujo tal motivación, por lo que puede decirse que su aplicación fue un punto indiscutido por las partes.

*Así las cosas, rememorando la sentencia 35685 de 3 de mayo de 2011 radicación 35685 «**al no existir debate alguno en torno a la naturaleza de las prestaciones, mal puede la recurrente exigir prueba solemne de la convención colectiva de trabajo, cuando, se insiste, no fue materia de controversia**», la fuente normativa de la prestación.*

Ahora bien; no obstante, ese no fue el único argumento de la Juez para negar las pretensiones pues aseguró que de tener la convención como fuente generadora del derecho; es decir como aquel convenio en el que las partes consagraron una figura o una protección foral sindical; tampoco se tendría certeza de la existencia del mismo; afirmación que comparte la Sala. Veamos las razones.

En primer lugar, lo que surge del texto convencional es que se toma el convenio 135 de la OIT como un **marco ético y normativo, para la regulación de las relaciones laborales, la del trabajo decente y en los términos que la OIT ha establecido.**

Pero además resulta claro que, aunque el artículo 1 de ese convenio se refiere generalmente a que los representantes de los trabajadores deben gozar de protección eficaz para el cabal desempeño de sus actividades, incluido el despido por razón de esas actividades; - no debe olvidarse que ese es el objetivo del fuero sindical; nunca otorgar estabilidad diferente a ese fin-; el artículo 4 como analizó acertadamente la Juez; el artículo 4 señala que en la legislación, como en los contratos colectivos; como en este caso se pretende, se debe **determinar qué clase de trabajadores tendrán derecho a la protección**; lo que ni aún haciendo un esfuerzo interpretativo se podría desprender de la lectura de lo pactado en la convención.

No sobra agregar, se itera, que es necesaria esa determinación; porque muchos son los representantes que tiene un sindicato, pero no todos pueden gozar de la garantía de fuero sindical, porque esa representación no implica por si el nivel de actividades

que desempeñan los directivos, fundadores, miembros de comisiones de reclamos que se limitan a dos en los fueros legales dicho sea de paso y que surge necesario establecer en las convenciones con absoluta claridad; para que pueda hablarse de un fuero de origen convencional; por lo que los argumentos de los recurrentes no tienen fuerza para derribar la sentencia apelada.

Finalmente se aclara, que el principio de in dubio pro operario, se aplica cuando existe conflicto de normas, pero en ningún caso a la apreciación de los hechos (CSJ Sent abril 11/83) y menos aún se hace extensivo a los casos en que se de incertidumbre sobre valoración de pruebas (Sent agosto 19/94 Rad 6734).

En cuanto al recurso de la demandada basta con afirmar que las costas se imponen de acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP, a la parte vencida; sin que la organización sindical lo sea, pues como ya se expresó al comienzo de esta providencia; el sindicato solo coadyuva y aunque puede efectuar actos procesales de la parte en estricto sentido no lo es; por lo que el recurso carece de fundamento normativo para su prosperidad.

En consecuencia y dadas estas razones se debe **CONFIRMAR** en todas y cada una de sus partes la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**. (ART 41 del C P del T y de la S S).

Los magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY