



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL
(PERMISO PARA DESPEDIR).
RADICACIÓN: 11001 22 05 029 2021 00054 01
DEMANDANTE: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. ALPINA
S.A.
DEMANDADO: ALEXANDER ESCOBAR GARCÍA.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 11 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Alpina S.A., promovió proceso de fuero sindical contra Alexander Escobar García, para que a través del trámite de un proceso especial, se dispusiera el levantamiento del fuero sindical del trabajador, y se autorizara la terminación del contrato de trabajo.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que con el trabajador demandado se suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 19 de octubre de 1998 y en la actualidad desempeña el cargo de ayudante de agencia. Informó que Alexander Escobar está afiliado a las organizaciones sindicales Unión Nacional de Trabajadores de Productos Alimenticios – UTA y a la Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios – USTA. Además, que goza de fuero sindical, en su condición de suplente de la Junta Directiva Nacional del Sindicato Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios – USTA.

Relató que el demandado ha sido convocado a múltiples diligencias de descargos en los periodos de junio y diciembre de 2008, febrero, marzo, abril, mayo, julio y agosto de 2009, septiembre y octubre de 2014, junio de 2018, enero de 2019 y abril de 2020, que han conllevado diversas medidas disciplinarias. Narró que el 2 de julio de 2020 se llevó a cabo diligencia de descargos por cuanto el accionado no acató las instrucciones de sus líderes inmediatos; se ausentó de su lugar de trabajo, e incumplió los horarios de la jornada laboral sin autorización durante 15 días, por lo que se impuso una sanción de suspensión de contrato por 60 días.

Así mismo, indicó que el 19 de septiembre de 2020 nuevamente se le oyó en descargos, por cuanto al reincorporarse, luego de la suspensión, no realizó las funciones asignadas, tampoco cumplió horario y entre el 2 y el 15 de septiembre de 2020 no se presentó a su puesto de trabajo. Preciso que ha acatado las recomendaciones médicas dadas al trabajador. Manifestó que el 19 de octubre de 2020 dispuso la terminación del contrato de trabajo condicionado a las resueltas del presente proceso, decisión que recurrió el trabajador y fue confirmada.

Finalizó con que el 16 de diciembre de 2020, nuevamente se practicó diligencia de descargos, dado que el accionado no se presentó a su puesto de trabajo del 1 al 30 de noviembre de 2020, por lo que se impuso una sanción de suspensión del contrato por 60 días.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante providencia de 8 de abril de 2021, se admitió la demanda y se ordenó notificar a Alexander Escobar García y a la Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A. - USTA. Luego, en proveído de 13 de julio de 2021, se fijó el 23 de julio de 2021 para celebrar la audiencia de que trata el artículo 114 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, en la que las llamadas a juicio contestaron la demanda.

Alexander Escobar García, se opuso a las pretensiones. De los hechos, aceptó la suscripción del contrato de trabajo, la afiliación al Sindicato USTA y la cobertura del fuero sindical. También, que conoce el

reglamento interno de trabajo y las normas de la empresa, así como que ha sido convocado a varias diligencias de descargos.

Adujo en su defensa que se desempeñó como ayudante de agencias y posteriormente, por condiciones médicas, fue reubicado en el área de Cambios y Devoluciones. Señaló que desde 2009 ha sido sujeto de múltiples procesos disciplinarios que demuestran la persecución por parte del empleador. Advirtió que en 2018 se le diagnosticó vejiga neurogénica con incontinencia fecal de escape, así como discopatía cervical, síndrome de manguito rotador bilateral, epicondilitis bilateral mixta, trastorno de adaptación de banderas azules, por lo que debe orinar 30 veces al día y unas 6 veces en la noche. Narró que le fueron dadas recomendaciones médicas que no se han cumplido por la empresa, pues los baños no son cercanos, están bloqueados, o se debe caminar por ambientes frigoríficos. Sostuvo que como el 5 de febrero de 2021 se radicó la demanda, prescribió el derecho de la demandante.

Manifestó que a la organización sindical USTA no se le notificó del proceso disciplinario en la dirección correcta pues fue el 25 de marzo de 2021, que aclaró que la dirección es la carrera 72 H N.º. 37 D 35 Sur de Bogotá, de suerte que Alpina incumplió los mandatos del artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa, violación del debido proceso y la «genérica».

La Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A. - USTA no concurrió a la diligencia.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite correspondiente, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de noviembre de 2021, negó el levantamiento de la garantía foral que ostenta Alexander Escobar García.

Como fundamento de su decisión, señaló que no operó el fenómeno de prescripción, dado que la demanda se radicó el día 18 de diciembre de 2020, y la culminación del procedimiento disciplinario se debe contabilizar desde la terminación del contrato de trabajo. Encontró que el demandado

presenta dolor crónico de componente mixto, discopatía lumbar cervical, síndrome de manguito rotador lateral, conjuntivitis, vejiga neurogénica, incontinencia fecal en estudio y banderas azules. Así mismo, que las recomendaciones médicas del trabajador son: *i)* hacer pausas activas cada dos horas por 5 minutos; *ii)* hacer pausas visuales, tener una adecuada higiene muscular; *iii)* dieta balanceada, frutas verduras y cereales; *iv)* hacer ejercicio según indicaciones de los especialistas, *v)* terapia; *vi)* debe tener acceso al baño las veces que sea necesario; *vii)* adoptar postura excelente y cambios musculares cada hora; *viii)* poder realizar movimiento de columna cervical; *ix)* manejo de cargas hasta de 7 kilogramos y *x)* actividades que requieran parte del hombro derecho a partir de 90 grados.

Destacó que el trabajador debía tener acceso cercano a un baño las veces que fuera necesario, así como restringir el uso de escaleras. Advirtió que el demandado debía pasar por bodegas frías para ir al sanitario, lo que ocasionaba que por lo menos cada media hora deba ir al baño. Estimo que la justa causa endilgada al trabajador no está probada, pues su conducta tiene justificación, dado que no permanecer de manera constante en su puesto de trabajo obedece a las patologías que presenta y a la necesidad que tiene de hacer pausas y de acceder a los baños. Que los testigos indicaron que no tenía una meta diaria asignada, pues al demandado se le indicaban tareas distintas a las que realizaba el departamento de devoluciones, por lo que no se puede hablar de una falta de ejecución total de las funciones.

Concluyó que al convocado no se le dio la oportunidad de estar asistido por los miembros del sindicato, pues si bien, se les notificó, lo cierto es que USTA recibió la citación el 22 de septiembre de 2020, fecha posterior a los descargos, el 19 de septiembre de 2020, máxime que la dirección de notificación de la organización sindical es la carrera 72 # 37b - 35 sur, mientras que la notificación fue remitida a la calle 34 # 24 - 08 sin que obre constancia de ser esta dirección que para la empresa fue registrada por el sindicato.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, Alpina S.A. interpuso recurso de apelación en procura de que se revoque la sentencia de primera instancia

y, en su lugar, se ordene el levantamiento del fuero sindical. Señaló que el *a quo* se equivocó al valorar las pruebas acopiadas pues la ausencia del demandante en su puesto de trabajo entre los días 2 al 15 de septiembre fue total, no se realizó ninguna de las tareas a cargo, «*se la pasó rondando durante todo el tiempo desde el 2 de septiembre hasta el 15 de septiembre*» por las instalaciones de la compañía, conversando con compañeros.

Se dolió de no haberse valorado el testimonio de Wilson Chala, jefe inmediato del demandado. Explicó que el accionado incumplió su horario de trabajo durante el período comprendido entre el 2 al 15 de septiembre del 2020, y este punto no fue abordado por el despacho.

Afirma que no se ponderó el reporte de movilidad que muestra que el 2 de septiembre el accionado se retiró de las instalaciones de la compañía a la 1:19 pm, al tiempo que se advirtió que en la diligencia de descargos extrañamente dijo que pactó con su jefe un horario de trabajo hasta las 3 de la tarde. Anotó que no se tuvo en cuenta que el 13 de junio de 2020 el demandado le solicitó a la empresa que le permitiera ejercer sus funciones por fuera de las instalaciones. Por tanto, dijo, resulta contradictorio que se justifique el incumplimiento del trabajador en su estado de salud pero este quiera laborar en la calle, en donde no tendría fácil acceso a un baño.

Exaltó que dentro de las recomendaciones médicas no existe ninguna referente al frío y pese a ello, quedó probado con un certificado que se aportó, que las temperaturas del puesto de trabajo del demandado no son extremadamente frías y con los planos se acredita que existen cinco baños a los cuales tenía acceso. Adicionalmente, que Wilson Chala en su testimonio declaró que al demandado le permitían acudir las veces necesarias, pues no existía ninguna limitación.

Expuso que antes de los descargos se le puso de presente al demandado que podía ser asistido por dos compañeros de los sindicatos a los cuales estaba afiliado, luego no es cierto que se le hubiera violado el debido proceso.

V. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde verificar si se configura la causal invocada por la demandante para disponer el levantamiento de la garantía foral del trabajador, así como la comprobación de la observancia del debido proceso en el trámite disciplinario.

i) La justa causa para el levantamiento de la garantía foral

Conforme el artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo, son justas causas para autorizar el despido de un trabajador amparado por fuero, entre otras: *«b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.»*

Si se da alguna de las circunstancias contempladas en el anterior precepto, se configura una justa causa para que el juez laboral autorice el despido del trabajador aforado.

En orden a verificar si procedente levantar la garantía foral a Escobar García, la Sala se remite a la misiva de terminación que consagra las causales y motivos endilgados al trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo (f.º 70 a 80 expediente digital – PDF pruebas). En el referido documento se indica:

(...)

HECHOS INVESTIGADOS

- 1) El día dos (2) de septiembre de 2020, usted se presenta en las instalaciones de CEDI Bogotá con el fin de reincorporarse a sus labores después de cumplir con la suspensión disciplinaria que le fue impuesta hasta el 1 de septiembre del 2020, por reiteración en la falta consistente en negarse prestar sus servicios en su puesto de trabajo en la bodega del CEDI Bogotá. Sin embargo, al llegar a las instalaciones usted no se dirige a su lugar de trabajo (oficina de Cambios y Devoluciones), sino que por el contrario, permaneció durante su jornada laboral en las afueras de las bodegas.
- 2) Su jefe inmediato, Wilson Chala, procede a preguntarle ese mismo día por qué no estaba en lugar de trabajo desempeñando sus funciones, a lo cual usted respondió que ya era de su conocimiento que usted no iba a cumplir con dichas labores en razón a los argumentos que ya había planteado a la empresa relacionados con la cercanía un baño ya que el puesto de trabajo es muy frío; los cuales, en reiteradas ocasiones, han sido desvirtuados por parte de la Empresa, teniendo en cuenta que su puesto sí cuenta con baños cercanos y las condiciones de temperatura son las adecuadas según recomendaciones médicas, como se evidencia en los documentos que se le entregaron como prueba junto con la

citación a descargos, y que han sido compartidos con usted en otras ocasiones.

- 3) El mismo día, dos (02) de septiembre de 2020, usted se retiró de las instalaciones de su puesto de trabajo a la 1:19 pm, aun cuando su horario laboral finalizaba a las 3:00 PM, abandonando su puesto de trabajo, como se evidencia en las grabaciones de seguridad que se le trasladaron como prueba junto con la citación a descargos.
- 4) Desde el día tres (3) de septiembre de 2020 hasta el día 15 de septiembre de 2020 usted siguió sin presentarse en la oficina de cambios y devoluciones, y estuvo en diferentes partes de las instalaciones de la sede sin prestar las funciones solicitadas. Esta situación se evidencia en el informe denominado "Informe de movimientos de oficial de Alpina-CEDI Bogotá".
- 5) En reiteradas ocasiones, el señor Wilson Chala ha tenido acercamientos verbales con usted, con la finalidad de que usted cumpla las funciones destacadas, pues este incumplimiento se viene presentando desde el año 2018, ya ha sido sancionado disciplinariamente, y se han agotado todas las vías de conversación y concertación con usted. A pesar de todos los esfuerzos de la empresa, usted no ha querido corregir este comportamiento y continúa con la inejecución sistemática de sus obligaciones laborales.
- 6) El día once (11) de septiembre de 2020 se realizó un acercamiento formal con usted, con la finalidad de que su comportamiento cambiara y con la finalidad de solicitarle nuevamente que prestará funciones del cargo de AYUDANTE AGENCIA en la bodega del CEDI Bogotá y el cual cumple con sus recomendaciones médicas.
- 7) No obstante, su conducta persiste y usted sigue sin presentar en su puesto de trabajo sin presentar ninguna justificación.

Conforme a lo expuesto, las causales invocadas para el despido radican en el incumplimiento de la jornada laboral el 2 de septiembre de 2020 y la no presentación en el lugar de trabajo desde el 3 hasta el 15 de septiembre de 2020.

En este sentido, los numerales 1 de los artículos 58 del Código Sustantivo del Trabajo y 50 del Reglamento Interno de Trabajo prevén el deber de acatar las órdenes e instrucciones que el empleador imparta, mientras que el numeral 5 de la citada codificación y el artículo 50 del RIT, la obligación de comunicar oportunamente al empleador las observaciones que consideren pertinentes.

Por su parte, los numerales 4 y 5 del artículo 60 del Código Sustantivo de Trabajo consagran la prohibición a los trabajadores de "4. *Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del {empleador}, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.* 5. *Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del*

trabajo o excitar a su declaración o mantenimiento, sea que participe o nó en ellas.”

Así mismo, el Reglamento Interno de Trabajo, en su artículo 45 numeral 4 impone «guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la empresa»; artículo 45 numeral 3: «procurar completa armonía con sus superiores y compañeros de trabajo en las relaciones personales y en la ejecución de labores», mientras que el artículo 45, numeral 5 prevé: «ejecutar los trabajos que le confíen con honradez, buena voluntad y de la mejor manera posible»; por último, el artículo 45 numeral 10 dice: "permanecerá durante la jornada de trabajo en el sitio o lugar donde debe desempeñar funciones”.

Paralelamente, el artículo 55 del Reglamento Interno de Trabajo reguló la escala de faltas y sanciones disciplinarias, así:

ARTÍCULO 55. Constituyen faltas graves que dan lugar a la terminación del contrato por justa causa, las siguientes:

1. La reincidencia en el retardo hasta de quince (15) minutos en la hora de entrada al trabajo sin excusa suficiente.
2. La reincidencia en la falta total del trabajador en la mañana o en el turno correspondiente, sin excusa suficiente.
3. La reincidencia en la falta total del trabajador a sus labores durante el día sin excusa suficiente.
- (...)
14. Desatender o suspender la ejecución de las labores, promover o participar en dichas suspensiones o abandonar el sitio de trabajo sin fundamento legal.
- (...)
48. Negarse sistemáticamente a cumplir órdenes que en cumplimiento de sus funciones le imparta un superior jerárquico.
- (...)
51. Reincidir de forma reiterativa en el incumplimiento de una obligación laboral aun cuando ya se ha imputado sanciones por parte de la Empresa.
- (...)
1. Incumplir con lo dispuesto en todas las políticas, códigos, procedimientos y reglamentos de la Empresa para el cumplimiento claro de las funciones, el alcance de los objetivos y la protección de la integridad física y psicológica de todos sus trabajadores.
- (...)
3. La reincidencia en hacer caso omiso a las instrucciones y órdenes de los superiores jerárquicos en las labores propias del cargo que desempeña el trabajador, jornadas y horarios de trabajo y todo lo relacionado con el ius variandi que está en cabeza del empleador.
- (...)

Claro lo anterior, la Sala entra a dilucidar si las conductas atribuidas al trabajador efectivamente se presentaron.

De la descripción del cargo visible a folio 4 y siguientes del archivo denominado “*pruebas*” del expediente virtual, se corrobora que el trabajador demandado ejerce el cargo de ayudante agencia, cuyas actividades esenciales son:

1. Entregar pedidos a los clientes en sus respectivas sedes o locales, hacer firmar y sellar los respectivos documentos legales de entrega por parte de los clientes, realizar el cobro de las facturas de contado, y realizar los cambios y descuentos de producto, de acuerdo con los estándares de servicio establecidos por la compañía, con el fin de garantizar un adecuado cierre de ventas y satisfacer las necesidades de los clientes.
2. Realizar las consignaciones necesarias del dinero recaudado por ventas de contado en las entidades bancarias que Alpina tiene destinadas para este fin con el objetivo de minimizar el riesgo de atraco y pérdida de valores de la compañía.
3. Reportar al área respectiva las novedades de distribución presentadas durante el proceso de entrega de pedidos al cliente (notas parciales, notas definitivas, pedidos devueltos, sobrantes y faltantes) para realizar las correspondientes notas crédito y re liquidación de planillas.
4. Entregar a la empresa los activos asignados bajo su responsabilidad como dinero, consignaciones, documentos valores, productos, cubetas, ordenes de recepción, documentos y productos de devolución en mal estado y otros como elementos promocionales a su cargo; en el momento de terminar su labor diaria en las áreas asignadas para garantizar un correcto cierre novedades.
5. Diligenciar diariamente los datos de ventas requeridos por la compañía, de acuerdo con los formatos establecidos por la misma, con el fin de ejercer un adecuado control logístico.
6. Realizar inventarios físicos de cubetas en los puntos de venta Canal Moderno para mantener el control de los activos de la compañía.
7. Informar al jefe inmediato cualquier novedad grave que afecte el proceso de entregas de pedidos o el servicio a los clientes, con el fin buscar oportunidades de mejora en los mismos.

Así mismo, con la diligencia de descargos de 19 de septiembre de 2020, visible desde el folio 82 del archivo denominado “*pruebas*” del expediente virtual, se verifica que en lo tocante a las ausencias en el lugar de trabajo el 2 de septiembre de 2020, el trabajador respondió que por sus patologías no puede estar en lugares fríos debido a que se dispara la frecuencia urinaria, lo que da lugar a que orine con esfuerzo. Mencionó que los baños quedan retirados, pero que no se negó a realizar las funciones.

Señaló que utiliza baños que quedan atravesando dos bodegas que son frías, por lo que exponer su cuerpo a dichas temperaturas reduce la capacidad de miccionar y debe hacerlo con esfuerzo.

Cuando se le indagó de los otros baños que tiene a su disposición, para cuyo acceso no requiere pasar por los cuartos fríos, uno al lado derecho y el otro en el tercer nivel, contestó que sí los ha utilizado, pero aclaró que el primero está bloqueado y tiene un tráfico pesado.

Al pedírsele explicar su ausencia en el puesto de trabajo entre el 2 y el 15 de septiembre de 2020, según lo muestran las cámaras de video, aseguró no tratarse de él. Agregó que se vulneró el artículo 189 del Código Penal, pues no ha autorizado su grabación, en caso de que se demuestre que si lo es, es una muestra de persecución ejercida por la empresa.

Indicó que ha permanecido más tiempo fuera de las bodegas debido al frío, pero cumpliendo el horario de trabajo fijado hace más de 5 años, que va desde las 6 am hasta las 2 pm. Refirió que no ha estado en su puesto porque *«las condiciones no son garantizadas para desempeñar sus funciones»*. Aseveró que permanece en el puesto de trabajo asignado de 6 am a 2 pm, sin embargo, le genera depresión y aumenta su frecuencia urinaria. Dijo que sus funciones no son acordes con la historia clínica, pues su salud ha desmejorado en hombros, columna, manos y visión.

En la diligencia analizada, intervino Wilson Chala, jefe directo del trabajador, quien señaló que la oficina de Cambios y Devoluciones se encuentra en la bodega 14, a la izquierda queda la 13 y a la derecha la 15, y que en ninguna de ellas se tienen sistemas de frío. Afirmó que el demandado cuenta con los baños del tercer piso, bodega 13, y con los de la bodega 15.

En el trámite disciplinario, se recaudaron *«versiones libres»* que dan cuenta de lo siguiente:

Wilson Guillermo Chala, el 17 de septiembre de 2020, señaló que en su calidad de jefe del trabajador demandado lo ha requerido en múltiples ocasiones para que cumpla las labores, dado que el espacio laboral atiende las recomendaciones médicas dadas para el trabajador, pero no ha tenido respuesta favorable.

Alexander de la Rosa, el 16 de septiembre de 2020, expresó que «*agradecería*» que Alexander Escobar cumpliera con sus funciones, dado que en el proceso de cambios y devoluciones se tienen distribuidas cada una de las labores. Apuntó que se respetan las recomendaciones médicas. Octavio Enrique Estrada Ariza, el 16 de septiembre de 2020, dijo que el cumplimiento de las funciones de Alexander Escobar ayudaría a aliviar la sobrecarga laboral que tiene la dependencia de Cambios y Devoluciones.

A folios 140 y siguientes yace evaluación de desempeño realizada al demandado el 11 de septiembre de 2020, en la que se concluyó que el trabajador no cumple con ninguno de los ítems a evaluar dentro de los componentes de potencial, puntualidad, asistencia, asertividad, ejecución de labores asignadas y conocimiento integral, pues el desempeño del trabajador se calificó como «*bajo*». En el mismo instrumento, el demandado manifestó que para desempeñar mejor su labor se debe permitir el trabajo en casa para evitar las bajas temperaturas.

También, reposa informe administrativo rendido por la Gerencia de Seguridad de Alpina el 17 de septiembre de 2020, a través del cual reportó los movimientos del funcionario Alexander Escobar entre el 2 y el 15 de septiembre de 2020 (f. º 198 y siguientes expediente virtual). En él, se encontró que:

El 2 de septiembre de 2020, salió de las instalaciones a la 1:19 pm para regresar a las 2:13 pm y salir nuevamente a la ruta a las 2:20 pm; el 4 de septiembre de 2020, se retiró a las 12:41 pm y regresó a la 1:17 pm, pero a la recepción de la bodega 12 y nuevamente salió a la 1:24 pm, para regresar al Centro de Distribución - CEDI a la 1:38. Finalmente, a la 1:59 pm salió y a las 2:27 tomó la ruta.

El 7 de septiembre de 2020, el funcionario salió de la bodega a las 11:04, ingresó a la 11:10 y volvió a salir a las 11:43. Finalmente, dejó las instalaciones a las 1:21 p.m. El 8 de septiembre de 2020, se retiró para tomar la ruta a las 2:11 p.m; el 9 de septiembre de 2020, Alexander Escobar salió de la bodega a las 9:56 pm y permaneció entre las bodegas 12 y 14 hablando con sus compañeros por un lapso de 21 minutos; nuevamente salió a las 12:20 y por un tiempo de 25 minutos estuvo

dialogando con otros trabajadores. Se retiró de las instalaciones a la 1:31 p.m.

Para el mismo mes y año, su asistencia a laborar tuvo el siguiente comportamiento:

El 10 de septiembre el trabajador salió de la bodega a las 7:19 am y regresó hasta las 8:08 am, posteriormente, salió a las 12:02 p.m. y regresó a la 1:00 p.m., para salir de la empresa a las 1:45 p.m; el 12 de septiembre se retiró del lugar a las 11:56 p.m.; el 14 de septiembre Alexander Escobar se retiró de la sede de la demandante a las 2:07 p.m. y el 15 de septiembre se marchó del CEDI a las 1:46 p.m.

Se avista la documental que soporta la toma de temperatura a la “*oficina de cambios y devoluciones bodega 14*”, desde el 5 hasta el 14 de septiembre de 2020, en la que se registra como temperatura máxima 23,70 grados centígrados y como mínima 14 grados. (fl. 120 y siguientes).

Por su parte, la historia clínica del trabajador García registra:

- 30 de abril de 2018: Certificación médica que acredita diagnóstico de vejiga hiperactiva neurogénica.
- 23 de julio de 2019: Control de urología, se especifica que presenta esfuerzo al miccionar desde hace 6 meses.
- 18 de diciembre de 2019: Consulta por medicina interna en la que se anotó que presenta debilidad y parestesias en manos, hernia discal múltiple y leve, vejiga neurogénica, incontinencia urinaria y fecal. Se otorgó incapacidad laboral del 12 al 18 de diciembre de 2019. Además, que padece discopatía lumbrosacra, escoliosis, síndrome manguito rotador, espondilitis mixta. Menciona incapacidad laboral por 30 días y valoración de la junta médica en enero de 2020.
- 29 de mayo de 2020: Orden de Colsubsidio para valoración medicina laboral para recomendaciones en el sitio de trabajo.
- 29 de mayo de 2020: Consulta por motivo de dolor de manos, espalda y cuello.

- 11 de julio de 2020: ingreso por consulta de dolor en la que se anotó que posee diagnósticos de dolor crónico de componente mixto, discopatía lumbar y cervical, síndrome de maguito rotador bilateral, epicondilitis bilateral mixta, vejiga neurogénica, incontinencia fecal en estudio y banderas azules. Citación para Valoración por Medicina Laboral para el 25 de febrero de 2020.

Las recomendaciones médicas para el demandado emitidas por la Gerencia de Salud Ocupacional y Bienestar (fl. 114 a 118, 166 a 171 y 238), fueron:

- 20 de junio de 2018: Por una vigencia de 1 año, se recomienda permitir la asistencia del colaborador a los controles médicos, solo tareas en las cuales la elevación de las manos no deba superar la altura de los hombros, cargas que no pasen los 7 kilos; se recomienda cambios de posición de sentado a bípedo cada hora y accesibilidad al servicio de baño.
- 29 de julio de 2019: por una vigencia de 6 meses, hasta el 6 de enero de 2020, la reincorporación sin modificaciones, con adaptaciones y reubicación en el puesto de trabajo; se debe permitir la alternancia postural bípedo a sedente cada hora, pausas activas, carga máxima hasta 7 kilos, ascenso y descenso de escaleras no más de 4 veces por hora, permitir fácil acceso en distancia y tiempo al baño.
- 18 de marzo de 2020: con vigencia hasta el 18 de septiembre de 2020. Se especifican como recomendaciones hacer pausas activas cada 2 horas, pausa visual, uso de gafas, continuar control con medicina, acceso a los baños las veces que sea necesario, adoptar postura sedente y cambios a postura de pie cada hora, cargas hasta 7 kilos, disminuir actividades que requieran elevación de hombro por encima de 90 grados.

Reposa constancia de 18 de enero de 2020, en la que se indica que no se renueva la incapacidad al trabajador, por parte de la jefatura médica del centro médico Colsubsidio. Tal decisión fue recurrida por el convocado y la IPS a través de misiva del 13 de mayo de 2020, le indicó que las

incapacidades obedecían al criterio médico, de acuerdo con el estado de salud del paciente, y no se entregan a solicitud de este.

Se avista concepto desfavorable de rehabilitación de 15 de febrero de 2020, expedido por Famisanar Eps, a través del cual remite al trabajador al fondo de pensiones con la posibilidad de que la incapacidad se prorrogue, *«por lo que la AFP deberá tramitar la evaluación por medicina laboral»*. Se anotó que el accionado presenta secuelas de cambios degenerativos en articulaciones, y limitación en la marcha y movilidad. Los diagnósticos que tuvo en cuenta fueron dolor crónico, disfunción neuromuscular de la vejiga y trastorno mixto de ansiedad y depresión.

También se observa derecho de petición de 2 de septiembre de 2020, suscrito por el convocado y dirigido a la empresa, en el que informa que se reintegra a sus labores luego del vencimiento de la suspensión disciplinaria. Indicó que tenía una incapacidad de dos años y medio que fue interrumpida por la IPS Colsubsidio, por lo que debió ingresar a trabajar el 18 de enero de 2020, sin tener un pronóstico favorable, de modo que su estado de salud física y mental ha empeorado. Además, que las valoraciones post incapacidad lo han remitido siempre a trabajar a pesar de estar enfermo. Preciso que ha superado las 50 suspensiones, en los más de 20 años de servicios a la empresa. Solicitó a Alpina S.A. que sea valorado por medicina laboral, psicología ocupacional y psiquiatría y que sea reubicado en su lugar de residencia para trabajar en la modalidad de teletrabajo.

En el interrogatorio de parte Escobar García señaló que no puede estar en su puesto debido al frío que hace, lo que incrementa su frecuencia urinaria. Expuso que los baños quedan retirados y su horario es de 6 de la mañana a 2 de la tarde desde hace más de 8 años; que el 2 de septiembre de 2020, no se retiró a las 1:19 pm, dado que al parque se sale todos los días, que es normal que los funcionarios se desplacen a la calle a comer o tomar algo, pero que siempre se regresan.

En esa diligencia aceptó que en el proceso disciplinario se le dio traslado del reporte de temperatura, pero que desconoce cómo *«concluyen las temperaturas ahí indicadas»*. Adicionalmente, que en las

recomendaciones médicas actuales no existe la prohibición de frío y que el 13 de junio de 2020, solicitó a la compañía poder realizar labores de distribución en la calle, empero aclaró que lo hizo porque el médico le recomendó salir del frío que lo afectaba. Además, que es cierto que le impusieron múltiples sanciones, pero no es por mal trabajador, aseguró, sino porque no puede estar en su lugar de trabajo.

Dijo que existen 2 baños en el primer piso, pero uno bloqueado y para llegar al otro hay que atravesar 3 cuartos fríos; que hay otro a 30 o 40 metros y unos más en el tercer piso, aunque se deben atravesar unos montacargas.

Wilson Guillermo Chala, ilustró que el demandado tiene restricciones médicas y recomendaciones respecto a la columna, manguito rodador y la vejiga, por lo que se reasignaron sus funciones a un área de trabajo determinada para que no desmejore en su proceso. Sobre la patología de la vejiga, indicó que la recomendación consiste en tener unos baños a disposición y cerca.

Señaló que la oficina se encuentra ubicada en un primer piso de una bodega de seco, por lo que queda a unos 100 metros de las bodegas de frío.

Advirtió que el demandado no tuvo la disposición de ejecutar las labores, prefería estar en otros sitios, como en la parte externa del CEDI. Recalcó que para ir a los baños de la bodega 13, se debe salir de la oficina y cruzar por un pasaje al tercer piso y llegar a la oficina de comerciales, dentro de la cual se encuentra el baño. Aclaró que no debe pasar por las bodegas frías, todo corresponde a las áreas secas. Lo que ocurre también con el baño ubicado en el primer piso, no debe atravesar bodegas frías.

Manifestó que en el CEDI existen 6 bodegas, de las cuales 3 son de frío; que el acceso a la oficina del demandado, puede ser por el tercer piso, que tiene temperatura ambiente, que la bodega donde trabaja Alexander Escobar es la número 14 que queda al lado de la 15 y 13, bodegas denominadas secas de temperatura ambiente.

La testigo Paola Andrea Macana, expuso que ante la negativa del demandado de prestar sus servicios, se inició el proceso disciplinario, y que entre el 2 y el 15 de septiembre de 2020, se encontró al demandado en ubicaciones distintas a donde debía prestar sus servicios; que en ocasiones le dijo que él no iba a desempeñar sus funciones, de modo que incumplió el horario y los objetivos propuestos en ese lapso. Manifestó que la oficina de Cambios y Devoluciones queda en la parte de bodegas de seco, por lo que la temperatura en la oficina es ambiente.

La deponente Claudia Patricia Aguilera, en su condición de Líder de Seguridad y Salud en el Trabajo de Alpina S.A., declaró que el trabajador demandado padece de una enfermedad común con patología de vesícula neurogénica y otra enfermedad laboral por la columna. Expuso que las «recomendaciones acciones» de octubre de 2020, versan sobre pausas activas, la no ejecución de movimientos extremos, cargas de más de 7 kilos, movimientos por encima del hombro, acceso al baño las veces que sea necesario y gafas permanentes, las que tuvieron vigencia de un año. De la temperatura, indicó que no existe recomendación médica al respecto; que las funciones son acordes con las recomendaciones y que en la oficina de Cambios y Devoluciones no hay temperatura extrema de frío.

José Anselmo Ruíz Moreno precisó que hay 2 baños a 50 metros, aproximadamente, pero no estaban habilitados, y el otro a unos 90 metros, y que se debe cruzar por los cuartos fríos. Agregó que a unos 3 o 4 metros estaban los cuartos fríos que corresponden a las bodegas 11 y 12. Respondió que solo lo veía al demandado cuando entraba a trabajar, pues era quien tomaba la temperatura, puntualmente en septiembre de 2020.

Finalmente, Nelson Pastor Acosta Chaparro narró que hace 26 años conoce a Alexander Escobar y fue compañero de trabajo en Cambios y Devoluciones unos 6 años; que el horario de trabajo del demandado era de 6 de la mañana a 2 de la tarde, y dentro de sus funciones se encontraban las notas de crédito y débito, entre otras. Adujo que el demandado siempre cumplía con su horario, pero a veces no estaba en el puesto porque hacía mucho frío y padece de problemas de vejiga.

Manifestó que en ocasiones salían de las instalaciones a tomar el sol por aproximadamente 10 minutos, dadas las bajas temperaturas en las oficinas. En cuanto a los baños, expuso que hay uno en la bodega donde trabajan, pero se debe atravesar dos cuartos fríos y está a 90 metros, lo mismo ocurría si se iba al baño del tercero piso, pues se debía pasar por cuartos fríos. De los hechos ocurridos entre el 2 y el 15 de septiembre de 2020, expresó que cree que el demandado no estuvo en el lugar asignado por el problema de vejiga, y por ello lo enviaron a la recepción a tomar temperaturas.

El anterior recuento probatorio lleva a esta Sala a concluir que la empresa logró probar las conductas endilgadas al trabajador, esto es, el incumplimiento de la jornada laboral el 2 de septiembre de 2020 y la ausencia en el puesto de trabajo entre el 3 y el 15 de septiembre siguiente. Ello, como quiera que a través del informe administrativo rendido por la Gerencia de Seguridad de Alpina el 17 de septiembre de 2020, se acreditó que el demandado Alexander Escobar se sustrajo de cumplir con sus deberes en el interregno implicado.

En el mismo sentido, en la diligencia de descargos de 19 de septiembre de 2020, el trabajador indicó que por sus patologías no puede estar en lugares fríos, por lo que no permaneció en el sitio asignado. En igual sentido se pronunció en el interrogatorio de parte, en el que aseguró que no puede estar en la ubicación que le corresponde dadas las bajas temperaturas, pues se incrementa su frecuencia urinaria.

Sin duda, el enjuiciado se ausentó de su puesto de trabajo entre el 2 y el 15 de septiembre de 2020, como lo corroboró el deponente Alexander de la Rosa, quien dijo requerirse que Alexander Escobar cumpliera con sus funciones, dado que en el proceso de cambios y devoluciones se tienen distribuidas cada una de las funciones.

Del incumplimiento de las tareas asignadas también da cuenta la evaluación de desempeño de 11 de septiembre de 2020, en la que se anotó que el trabajador no cumple con ninguno de los puntos a evaluar, dentro de los componentes de potencial, puntualidad, asistencia, asertividad, ejecución de labores a cargo y conocimiento integral, pues el desempeño del trabajador se calificó como “*bajo*”.

En ese horizonte, es evidente que el demandado desatendió sus compromisos contractuales en el lapso precedentemente referido, lo que justifica en las patologías de dolor crónico de componente mixto, discopatía lumbar y cervical, síndrome de maguito rotador bilateral, epicondilitis bilateral mixta, vejiga neurogénica, incontinencia fecal en estudio y banderas azules. Si bien, dichas enfermedades se encuentran acreditadas, lo cierto es que por sí solas no justifican la desantención de las labores por parte del trabajador, pues ninguna de ellas, según historia clínica y las recomendaciones médicas, le imposibilitan ejercer las funciones en debida forma. En otras palabras, no existe restricción u orden médica que impida la prestación del servicio por parte del trabajador Alexander Escobar, de modo que se encuentra en capacidad de ejecutar las tareas a su cargo.

Importa señalar que no existen incapacidades médicas, la última fue concedida hasta el 18 de enero de 2020 (fl. 248), las recomendaciones médicas se encuentran cumplidas por parte de la empresa, y de la prohibición de trabajar en áreas frías, el accionado admitió en el interrogatorio que en las indicaciones médicas actuales aquella no existe. Lo anterior, coincide con lo indicado por Claudia Patricia Aguilera, Líder de Seguridad y Salud en el Trabajo de Alpina S.A.

Bajo ese panorama, se insiste, Escobar García sí estaba en condiciones físicas para prestar sus servicios en debida forma a la empresa demandante, pues se itera, su justificación en las patologías no se acredita, tampoco, lo concerniente a la prohibición de trabajar en frío. Y en todo caso, obra documento que informa la toma de temperatura a la *“oficina de cambios y devoluciones bodega 14”*, desde el 5 hasta 14 de septiembre de 2020 (fl. 172 a 182), en el que se registra como temperatura máxima 23,70 grados centígrados y como menor 14 grados, lo cual desvirtúa las supuestas bajas condiciones climáticas en el lugar de trabajo del demandado.

Llama la atención de la Sala, que el llamado a juicio aceptó en el interrogatorio de parte, que solicitó a la compañía que le permitiera realizar labores en la calle, es decir, distribución de productos, y aunque adujo que lo hizo por recomendación del médico, lo cierto es que ello

permite inferir que sus condiciones médicas le permitían ejecutar otras labores, incluso, más complejas que las que tenía encomendadas. No se pierda de vista que el deponente José Anselmo Ruíz Moreno informó que para septiembre de 2020, el demandado era quien tomaba la temperatura del personal al ingresar a la empresa.

Similar situación ocurre con la circunstancia aducida como justificación para no ejecutar las labores, consistente en la ubicación de los baños, como quiera que si bien, obran indicaciones médicas de acceso sin restricción a los mismos, estas se cumplieron, pues en la diligencia de descargos el demandado confesó que tiene dos a su disposición (al lado derecho y en el tercero nivel), pero que el primero está bloqueado y tiene un tráfico pesado, mientras que en su interrogatorio dijo que uno queda a 30 o 40 metros, y otros en el tercer piso.

Finalmente, la Sala no puede pasar por alto que se adelantaron múltiples procesos e impusieron sanciones disciplinarias al accionado por hechos similares a los que hoy son objeto de estudio, lo que permite ratificar el sistemático incumplimiento de las funciones y horario por parte del encausado.

Por consiguiente, se concluye que Escobar García quebrantó las disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo y del Código Sustantivo del Trabajo, relacionadas precedentemente.

De esa suerte, al configurarse una justa causa de terminación del contrato de trabajo conforme el literal b) del artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo, procede el levantamiento de la garantía de fuero sindical de la que es beneficiario Alexander Escobar García.

ii) Debido proceso en el trámite disciplinario.

Sobre este tópico, conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que no es necesario seguir un trámite previo para la terminación del contrato de trabajo **a menos que así lo hayan pactado las partes**, pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, por lo que el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza,

prescinde de los servicios del trabajador, mientras que las preceptivas que regulan las sanciones disciplinarias, presuponen la vigencia de la relación laboral y la continuidad de la misma; de allí que no puedan fundirse bajo el mismo concepto, así fue expuesto en sentencias, CSJ SL1189-2015, CSJ SL, 15 febrero 2011, radicado 39394, CSJ SL15245-2014, CSJ SL10255-2017.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el despido no es una sanción disciplinaria. *«El objetivo de una sanción es disciplinar y corregir, lo que no se logra cuando se opta por despedir, en consecuencia, si bien el despido podría ser tomado como la última opción, no es de tipo disciplinario»* (sentencia T- 014 de 2018).

En el asunto bajo examen, la empresa Alpina S.A. dispuso en el artículo 56 del Reglamento Interno de Trabajo el procedimiento interno disciplinario para aplicar sanciones, pero no para despedir. Con todo, la demandada citó al demandante a diligencia de descargos, le corrió traslado de las pruebas que tenía de los hechos, escuchó su versión de los hechos, recibió los elementos de convicción que aportó, no obstante decidió poner fin al contrato de trabajo supeditado a la suerte de este juicio, con lo cual se evidencia que no se configuró vulneración alguna al derecho al debido proceso.

Aunque el trabajador demandado adujo que se desconoció tal prerrogativa por la falta de citación y comparecencia de los dos representantes del sindicato, lo cierto es que al revisar la diligencia de descargos de 19 de septiembre de 2020 (fl. 82 y siguientes – Expediente virtual – Documental “pruebas”) se corrobora que, previo a dar inicio a la diligencia de descargos, se le indicó al trabajador: *“se le reitera que atendiendo el procedimiento disciplinario que garantiza el derecho de defensa, puede presentarse a la diligencia de descargos con dos compañeros de trabajo o de la organización sindical a la que pertenece y que se encuentra en las instalaciones del CEDI de Bogotá, para lo cual la compañía dispone del permiso para que asistan a la misma”*, ante lo cual Alexander Escobar decidió que: *“se presenta solo a pesar de que se le manifestó que podía ser asistido por dos compañeros si así lo considerase”*.

Así las cosas, sí se garantizó el debido proceso del trabajador demandado, a más de que fue él quien decidió acudir solo a los descargos y desde el inicio de la diligencia reiteró su deseo de no contar con los dos compañeros del sindicato de trabajo. Vale la pena precisar que es cierto que la citación remitida a la organización sindical el 18 de septiembre de 2020 a través de guía número 01410263013, se recibió por el sindicato el 22 de septiembre de 2020, esto es, tres días después de la realización de la diligencia de descargos, no obstante, esta circunstancia por sí sola no genera vulneración al debido proceso del trabajador pues, se itera, Alexander Escobar fue claro en la diligencia de descargos de no tener intereses de ser asistido por dos compañeros del sindicato y facultó la continuación de la diligencia.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala revocará la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de noviembre de 2021, para en su lugar, disponer el **levantamiento de la garantía foral** de Alexander Escobar García, por las razones expuestas.

SEGUNDO: AUTORIZAR el despido del demandado, al configurarse una justa causa, conforme las consideraciones expuestas.

Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 029-2021-00054-01.