

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CINCUENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación No. 11001 40 03 021 2020 00303 01

Decide el despacho la impugnación impetrada por el accionante Ángel Camilo Cáceres Gaitán, respecto del fallo emitido el 23 de junio de 2020, por el *Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá* que negó el amparo deprecado, dentro de la acción de tutela por él promovida en contra de Ventas y Servicios S.A. hoy Nexo BPO.

I. ANTECEDENTES

Relató en síntesis que, el día 17 de enero de 2020 celebró contrato individual de trabajo indefinido con la encartada la cual es filial del Banco AV Villas, en el cargo de ejecutivo de tarjetas de crédito – asesor externo, con una asignación salarial de \$877.803 más comisiones de venta, y cuya obligación principal era el ofrecimiento y venta de los portafolios financieros del banco. Dichas ventas se hacían por fuera de la sede del banco, debiendo acudir solo una vez al día a la sede de su empleador a dar reporte de sus actividades.

Vía correo electrónico el 24 de marzo del cursante se le informó que su período de vacaciones había sido programado del 25 de marzo al 8 de abril, debiéndose reincorporar el 13 de abril. Al reintegrarse a sus labores fue capacitado desde ese mismo día al 24 de abril.

Su labor fue desempeñada desde su lugar de residencia desde el 27 de abril; sin embargo, el 31 de mayo su empleador lo citó a una reunión virtual para recibir capacitación del servicio de call center. Arguye que dicha situación no fue similar a todos los empleados, dado que a algunos de sus compañeros se les asignó trabajo en casa.

El accionante aduce que, la modalidad de trabajo adoptaba por su empleador - acudir de forma presencial a un call center- le afecta en la medida que su compañera permanente al sufrir una discapacidad no está en condiciones de brindar el cuidado adecuado a su hijo menor de edad, máxime cuando el menor actualmente cursa sus estudios de forma virtual. En ese orden de ideas, mediante derecho de petición puso en conocimiento su situación a la entidad convocada, sin obtener que se adoptará en su caso la modalidad de trabajo en casa, por el contrario se le informó la necesidad de sus servicios en el call center calle 200 desde el 9 de junio.

En suma el quejoso constitucional ve mermadas sus condiciones laborales, en primera medida, dado que sus ingresos por comisiones conforme a la actual situación laboral no serán iguales a de sus otros compañeros y por otra, no se le permitirá el desempeño de sus funciones desde casa a comparación de sus homólogos que si lo harán.

Reclamó el pretensor, amparar sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo en condiciones dignas, salud y familia, presuntamente conculcados por la entidad accionada al no permitirle ejecutar sus labores desde casa y bajo las mismas condiciones laborales que sus demás compañeros. En consecuencia, se ordene a la encartada brindarle la oportunidad de realizar sus labores desde casa y con las mismas condiciones de sus compañeros de trabajo que cuentan con igual o más antigüedad.

2. Sentencia de primera instancia.

El juez de primer grado negó la petición de amparo tras concluir que, al actuar la entidad accionada conforme a la normatividad nacional vigente para afrontar la Covid-19 y la facultad otorgada por la cláusula segunda del contrato individual de trabajo suscrito, misma que faculta al empleador para trasladar de sede al empleado y asignarle otras funciones; se puede inferir que no hay ningún tipo de actuación que implique la afectación de las garantías fundamentales.

En lo que se refiere a la necesidad de trabajar el accionante desde su casa y la negativa de la empleadora a tal petitum el a quo concluye que, dicha situación no conlleva la afectación alegada, puesto que antes de la situación especial presentada con ocasión de las medidas adoptadas en el marco de la emergencia económica, social y ecológica, el accionante venía desarrollando sus labores por fuera de su lugar de residencia; aunado al hecho que, la labor actualmente designada solo se puede ejecutar en la sede indicada por el empleador en atención a los equipos técnicos que son requeridos.

Aunado a lo expuesto, recalcó el a quo que no le corresponde al juez constitucional dirimir las controversias del orden laboral, tal como la que propone el accionante de conformidad al principio de subsidiariedad propio de la acción impetrada, sin que se acredite la existencia de un perjuicio irremediable.

3. Impugnación.

La interpuso el gestor solicitando la revocatoria del fallo por estimar que, el a quo incurrió en error al no considerar en ningún momento su situación de desigualdad respecto de sus compañeros de trabajo, puesto que en su sentir solo adoptó la postura de la entidad accionada. Adicionalmente, tampoco analiza que con ocasión del actual escenario sanitario que atraviesa el país es que solicita se tenga en cuenta su especial situación para efectos de poder desarrollar su tarea desde casa, impidiendo así que se siga dando un trato discriminatorio respecto de los demás empleados con ocasión de que el mismo empleador fue el que permitió dicha situación respecto de algunos vinculados.

A juicio del censor pierde el a quo también de vista que se le ha causado un perjuicio económico al no poder percibir comisiones y pasar de una disponibilidad de días hábiles, a una que implica de domingo a domingo. Adicionalmente, el accionante recalca que no pide teletrabajo, lo que solicita es trabajo en casa en las mismas condiciones de sus compañeros conforme a los lineamientos de la empresa en el contexto de la actual emergencia sanitaria.

II. CONSIDERACIONES

Este Juzgado de segunda instancia ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones consagradas, no solo en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino además las contempladas en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, por medio del cual se establecieron las reglas para el reparto de las acciones de tutela.

1. Problema jurídico

Corresponde a este despacho verificar, si la negativa de la accionada a brindar la opción de trabajo en casa al actor y no cambiar las condiciones del contrato individual de trabajo en las mismas que fueron ofertadas a los compañeros del accionante, comporta o no una trasgresión a los derechos fundamentales del interesado.

2. El derecho fundamental a la igualdad.

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra que *«todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (...)»*

En criterio de nuestro Máximo Tribunal Constitucional: *«la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.»* (CC. T-030 /17).

Esa dimensión del principio de la igualdad *«(...) se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige*

precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas éstas que en justicia deben ser relevantes para el derecho.» (CC. T-432 /92)

3. Caso concreto

Liminarmente, advierte esta judicatura que la decisión confutada será confirmada, en la medida en que del paginario se desprende que indefectiblemente conforme al principio de subsidiariedad que caracteriza la acción de tutela, le corresponde al juez natural dirimir la disputa laboral en los términos que pretende entablar el hoy accionante respecto de su empleador. Adicionalmente, el Despacho comparte con el a quo que, la decisión de trasladar al accionante a prestar el servicio de call center en su sede de la calle 200 no se traduce en una decisión caprichosa, toda vez que se ampara en la facultad otorgada por el contrato individual de trabajo y por la legislación laboral en especial el artículo 38 del Código Sustantivo del Trabajo, en desarrollo del poder subordinante que ejerce el empleador (*ius variandi*), sin que para el caso en concreto se verifique por parte de la empresa accionada un abuso en el ejercicio de tal facultad.

Sobre el abuso del *ius variandi* tiene dicho la Corte Constitucional que

“(i). Se abusa del “*ius variandi*” cuando de manera abrupta e inconsulta se realiza un cambio de funciones a un trabajador y se demuestra que con dicha situación se afecta su dignidad, pese a que no exista una desmejora en el salario o en el horario laboral.(...)”

(ii). Otro ejemplo de abuso del “*ius variandi*” se presenta cuando el empleador - público o privado-, en ejercicio del poder subordinante, modifica la sede donde se desarrolla el trabajo.

Esta figura denominada por la jurisprudencia como “*ius variandi locativo*” ha sido estudiada por la Sala de Casación Laboral y se ha abordado como una facultad del empleador limitada por criterios de antigüedad, cargas empresariales y derechos adquiridos del trabajador.(...) “*La jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterada al explicar que la facultad directiva y de impartir órdenes del empleador no es absoluta e ilimitada tratándose de la potestad que posee de variar las condiciones laborales de sus trabajadores, en especial tratándose de la movilidad geográfica de éstos, la cual no puede obedecer al capricho empresarial, sino que debe corresponder a razones objetivas como son las técnicas, de organización y las propiamente humanas sin que tal medida pueda llegar a implicar el desconocimiento del derecho del trabajador a que su situación laboral, familiar y económica no sea desmejorada.[Corte Suprema de Justicia -sentencia núm. 4756 del 30 de enero de 1992](...)*”

En ese orden de ideas, en lo referente al ejercicio del *ius variandi*, esta Corporación ha establecido que en cada caso particular, es el empleador el que tiene la carga de observar el conjunto de estos elementos y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente, teniendo presente que dicha potestad no lo reviste “*de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono*”[Sentencia T-483 de 1993.]

Bajo ese contexto, se puede decir que uno de los aspectos de mayor relevancia dentro del ejercicio del “*ius variandi*” se define precisamente como la facultad con la que cuenta el empleador para ordenar traslados, ya sea en cuanto al reparto funcional de

competencias (factor funcional), o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial)[Sentencia T- 065 de 2007] pero siempre con el respeto de las directrices limitantes ya expuestas.” **Sentencia T-682 de 2014**

Traído lo anterior al caso en concreto está probado que el accionante se encuentra vinculado con la empresa accionada a través de un contrato de trabajo a término indefinido que inicio en enero de 2020, en el cargo de *ejecutivo de tarjetas de crédito*, está probado que el empleador estableció algunas variaciones de manera “temporal y transitoria” a las funciones de sus trabajadores entre ellos el accionante, situación que aceptó en el momento de contestación de la demanda y que justificó en razón a que es en las instalaciones de la empresa donde se encuentra toda la infraestructura, tecnología, plataformas y elementos de trabajo necesarios para el adecuado desarrollo de las funciones laborales asignadas, además en virtud de las exigencias de sus clientes que son entidades financieras y en general por las circunstancias que como empresa ha tenido que atravesar con ocasión de la emergencia sanitaria que afronta el país por el Covid – 19 que impedían continuar desarrollando actividades como hasta ese momento lo venían haciendo.

De lo aquí expuesto, no se infiere entonces una posición arbitraria de la empresa que en tiempos de dificultad adoptó un conjunto de decisiones organizacionales encaminadas no solo con mira a continuar desarrollando su objeto social, sino también a preservar el empleo de su trabajador.

Al respecto precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL21655-2017

“La Sala sobre el particular, ha aclarado que el *ius variandi* es la facultad del empleador para realizar los cambios necesarios en cuanto al sitio de trabajo, la cantidad, calidad de la producción y su organización; al tiempo que no es una atribución arbitraria e ilimitada del empleador en relación con el trabajador y está limitada a realizar las modificaciones necesarias para mejorar las condiciones laborales, pero no puede afectar la dignidad ni los derechos del trabajador (CSJ SL16964-2017). Esta potestad, entonces, es legítima en la medida en que resulta necesaria para que el empresario pueda organizar y dirigir el recurso humano en aras de optimizar el resultado de la empresa (CSJ SL4427- 2014, SL12593-2017)”.

Si bien aduce el demandante que estas variaciones, afectaron sus condiciones en el trabajo entre otras cosas por la afectación a sus comisiones, este hecho no se encuentra acreditado, pues no existe ningún elemento de prueba que demuestre cuales eran las comisiones que devengaba como ejecutivo de tarjetas de crédito y su diferencia con las que corresponden a la línea de producto que atenderá de acuerdo a la asignación de funciones por parte de su empleador.

Tampoco se encuentra que la situación de su núcleo familiar, resulte afectada por el hecho de que las actividades del trabajador se desarrollen directamente desde la empresa, de una parte, porque del contrato allegado no se colige que las actividades del trabajador al inicio de la relación laboral se hicieran bajo una modalidad de trabajo en casa, por el contrario, se observa que el demandante debía entregar reportes diarios de su gestión asistiendo diariamente a las instalaciones de la empresa(1)

1 Así lo refirió en el hecho 5 de la demanda.

Ahora si bien se allegaron pruebas relativas a la situación de salud particular de Diana Carolina Nino Corredor madre de su menor hijo y con quien refiere convivir, lo cierto es que la historia clínica expedida por Compensar, da cuenta de una discapacidad permanente en virtud de una patología de hace más de 15 años, historia clínica que además data del año 2018 y no presentaría variación con la certificación visible en el anexo número cuatro del expediente digital, expedida por Compensar en octubre de 2019, que reafirma dicha patología, pero que no da cuenta de una situación actual de total incapacidad para que la persona señalada pueda asumir en conjunto con su compañero - accionante-, las obligaciones para con su menor hijo. Inclusive de las mismas pruebas allegadas, se desprende que pese a la situación de discapacidad de la Sra. Nino Corredor es una mujer profesional que para el año 2018 se desempeñaba como “contratista del distrito” (*Ver anexo 11 del archivo digital*)

Sin embargo, de la lectura del fallo de instancia le asiste razón al accionante al indicar que no se abordó de forma puntual los reproches elevados en lo que conciernen al trato desigual respecto de sus compañeros en las circunstancias que relató en el escrito de tutela, sin que ello implique dar visto bueno a los pedimentos del señor Cáceres Gaitán.

El actor imputa un trato desigual a su empleador respecto del manejo que se le ha dado a las condiciones laborales de sus compañeros puntualmente en dos aspectos: i) posibilidad de desempeñar su trabajo desde su casa; y ii) firmar un otrosí que modifica las condiciones iniciales del contrato individual de trabajo dando un trato más benéfico con ocasión de las actuales circunstancias -Covid-19-.

Si bien, las acciones de tutela se caracterizan por ser informales, ello no implica que no existan mínimos que deban ser cubiertos por el interesado, para el caso que nos ocupa, se debe poner de presente que el actor debe cumplir con la carga de probar las afirmaciones efectuadas respecto del trato desigual imputado, puesto que sus alegaciones no se bastan a sí mismas.

Del material probatorio allegado al proceso de tutela, no se puede deducir la trasgresión del derecho a la igualdad. Si bien la parte actora indica que sus compañeros fueron enviados a teletrabajo y firmaron otrosíes a sus contratos con mejores condiciones en lo que respecta a comisiones, no se aportó ningún elemento de convicción que permita corroborar los hechos denunciados, incluso su empleador no confiesa las afirmaciones del actor, puesto que aclara que si se ha dado un trato aparentemente desigual a otros empleados, ello obedece a causas objetivas puesto que pertenecen a otras áreas de trabajo.

En ese orden de ideas, el accionante no demostró que se le hubiere dado un trato desigual con las decisiones adoptadas por su empleador respecto de otros compañeros de trabajo que tengan sus mismas condiciones, razón suficiente para no dar visto bueno a sus reproches.

Lo anterior no impide sin embargo que el trabajador con elementos de prueba suficientes, eleve la discusión que aquí quiso plantear ante el Juez laboral.

4. Conclusión.

Se concluye entonces que, al accionante no haber demostrado las condiciones más favorables de sus compañeros de trabajo ni el ejercicio abusivo del poder subordinante del empleador, no se puede colegir la existencia de un trato desigual o que atente contra la dignidad del trabajador accionante. Lo anterior sin desconocer que, en los términos planteados por el actor la disputa debe ser dirimida por el juez natural de las causas laborales conforme al principio de subsidiariedad.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el *Juzgado Cincuenta Civil del Circuito* de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

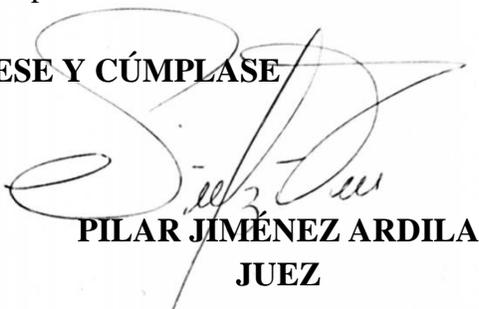
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia impugnada proferida el 23 de junio de 2020, por el *Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá*, bajo los argumentos expuestos en la presente decisión.

SEGUNDO. NOTIFICAR a las partes esta decisión en la forma más expedita.

TERCERO. REMITIR (en su oportunidad) el expediente a la **H. CORTE CONSTITUCIONAL** para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PILAR JIMÉNEZ ARDILA
JUEZ

MT