

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA
SALA LABORAL

EDICTO No. 003

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES DE LA SENTENCIA PROFERIDA DENTRO DEL PROCESO RADICADO BAJO EL NUMERO 13001-31-05-002-2015-00532-01

M. PONENTE : FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
CLASE DE PROCESO: ESPECIAL DE FUERO SINDICAL
DEMANDANTE: GECOLSA S.A.
DEMANDADO: RAFAEL SEGUNDO DIANA HERNÁNDEZ
FECHA DE LA PROVIDENCIA: 06 DE MARZO DE 2019

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LUGAR PÚBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DIAS, HOY SIETE (07) DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019) A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M).


CARMEN CECILIA DÍAZ CANO
SECRETARIA

CONSTANCIA: EL ANTERIOR EDICTO PERMANECIÓ FIJADO POR EL TÉRMINO LEGAL Y SE DESFIJA HOY ONCE (11) DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019) A LAS CINCO DE LA TARDE (5:00) P.M.

CARMEN CICILIA DIAZ CANO
SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA.**

PROCESO: FUERO SINDICAL
DEMANDANTE: GECOLSA S.A
DEMANDADO: RAFAEL SEGUNDO DIANA HERNÁNDEZ
RADICACION: 13001-31-05-002-2015-00532-01

Cartagena De Indias D.T. y C., (6) días del mes de marzo del año dos mil diecinueve (2019).

Para cerrar la instancia, la Sala Tercera De Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena integrada por los magistrados **FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA, MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVIERO y JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS**, se constituyó en audiencia pública a fin de deliberar y proferir la siguiente,

Sentencia

1. PRETENSIONES

La parte demandante, por intermedio de apoderado judicial, solicitó que se declarara que RAFAEL SEGUNDO DIANA HERNÁNDEZ, gozaba de fuero sindical, dada su calidad de afiliado y directivo del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metal, Mecánica, Siderúrgica, Electro Metálica, Ferroviaria, Comercializadoras, Transportadora, Afines y Similares del sector "SINTRAIME", así mismo, que también gozaba de fuero sindical, dada su calidad de afiliado y miembro de la comisión estatutaria de reclamos a nivel nacional de "SINTRAGECOLSA".

Que como consecuencia del cierre del establecimiento de comercio denominada General de Equipos de Colombia S.A GECOLSA, en la dirección KM 9 vía mamonal, zona franca la Candelaria de la ciudad de Cartagena, en el departamento de Bolívar, con matrícula mercantil N° 09-125466-02 de agosto 14 de 1997, solicita levantamiento de fuero para trasladarlo de la ciudad de Cartagena, al municipio de Turbaco, y como consecuencia hay lugar a modificar el cargo, las funciones y el salario del demandado. (Fol. 4-5)

2. HECHOS

En sustento de las pretensiones, afirmó la parte demandante, que RAFAEL SEGUNDO DIANA HERNÁNDEZ, se encontraba vinculado laboralmente con la empresa GECOLSA, desde el 11 de octubre de 2004, mediante contrato a término indefinido, amparado por la garantía de fuero sindical dada su calidad de Presidente de la Subdirectiva de la Seccional

de Cartagena de SINTRAIME, así mismo, gozaba de garantía sindical en su calidad de afiliado y miembro de la Comisión Estatutaria de Reclamos a nivel nacional de SINTRAGECOLSA.

El demandado, desempeñaba cargo de jefe de almacén, para lo cual devengaba un salario básico correspondiente a (\$2.272.821), sus funciones eran desempeñadas en el establecimiento de comercio – sucursal denominada GECOLSA, ubicada en el KM 9 vía mamonal, zona franca la Candelaria de la ciudad de Cartagena, departamento de Bolívar, obedecía una jornada laboral que comprendía de lunes a viernes de 7:30 am a 5:00 pm.

Manifestó además, que GECOLSA, dispuso el 29 de enero de 2015 el cierre y la cancelación del establecimiento de comercio de la anterior referencia de forma definitiva, esta entidad no tiene operaciones en la ciudad de Cartagena, las actividades comerciales correspondientes al departamento de Bolívar, se realizaran en el municipio de Turbaco, así mismo, manifestó que la entidad GECOLSA, únicamente tiene operaciones a través de establecimientos de comercio en el Municipio de Turbaco – Bolívar, en la ciudad de Barranquilla y en el municipio de Galapa en Atlántico.

Por lo anterior, el demandado no puede continuar prestando sus servicios para GECOLSA, en la ciudad de Cartagena, pero puede darse el traslado al municipio de Turbaco, donde efectuará la prestación personal de los servicios contratados. Esta posibilidad, lleva consigo una modificación en el cargo y en sus funciones, siendo que deberá desempeñarse como vendedor de repuestos de mostrador.

Así mismo, el traslado del trabajador, implica una modificación en el antiguo salario para devengar la suma de (\$881.179), mas comisiones, no obstante, en virtud de todas estas modificaciones laborales que se harán con razón al traslado del trabajador de la ciudad de Cartagena, al municipio de Turbaco, se garantiza al trabajador un ingreso total de (\$2.850.000), durante los seis primeros meses.

Por último, el trabajador prestará sus servicios en el horario comprendido de 7:30 am a 5:00 pm, de lunes a viernes, todo lo anterior, se encuentra condicionado al resultado positivo del proceso especial de fuero sindical (permiso trasladar). (Fol. 5-8)

3. ACTUACION PROCESAL

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, a quien le correspondió su conocimiento, admitió la demanda especial de levantamiento de Fuero Sindical en fecha veinte (20) de noviembre del 2015, así mismo, corrió traslado al demandado, al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industrial Metal, "SINTRAIME" y al Sindicato Nacional de Trabajadores de General de Equipos de Colombia S.A "SINTRAGECOLSA", por ser estas las organizaciones sindicales a las que pertenece el trabajador. (fol. 316)

La parte demandante "GECOLSA", por medio de escrito informó al Juzgado, que no fue posible realizar la notificación personal enviada a la organización sindical "SINTRAIME", conforme a la certificación expedida por la empresa de correos certificado DISTRIENVIOS, por lo anterior, solicitó que se ordenara el emplazamiento de la

organización sindical mencionada, toda vez que se desconoce otra dirección de domicilio de "SINTRAIME". (fol. 325)

Como consecuencia, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, en fecha 8 de septiembre de 2016, teniendo en cuenta el informe presentado por la parte actora, mediante auto nombró como curador ad litem al Dr. EDÉN ANTONIO ÁLVAREZ TATIS y ordenó el emplazamiento a la organización sindical SINTRAIME. (fol. 338).

4. CONTESTACIÓN DEL DEMANDADO - RAFAEL SEGUNDO DIANA HERNÁNDEZ

En audiencia única de trámite, el apoderado del demandado presentó contestación a la demanda. Respecto a las pretensiones manifestó no oponerse a la primera. En cuanto al cierre del establecimiento de comercio GECOLSA S.A, ubicada en KM 9 vía mamonal- zona franca la candelaria, en la ciudad de Cartagena, señaló que el cierre se hizo sin la autorización del Ministerio del Trabajo, vulnerando lo establecido en el artículo 67 de la ley 50 de 1990, en el sentido que para poder ejercer despidos colectivos, total o parcialmente, o para suspender actividades por más de 120 días, por razones técnicas o económicas, el empleador deberá solicitar permiso previo ante el Ministerio del Trabajo, situación que la empresa claramente no cumplió.

A la pretensión (iv), también se opone toda vez que GECOLSA, no solicitó permiso a al Ministerio del Trabajo, para el cierre del establecimiento donde laboraba el demandado, la supuesta justa causa invocada por la empresa, descansa sobre un hecho ilegal, tal como fue la no solicitud ante el Ministerio.

En lo que respecta al traslado de la ciudad de Cartagena, al municipio de Turbaco- Bolívar, de igual forma se opone, por no existir justa causa legal, así como también a la modificación del cargo, funciones y salario. Agregó que se debe tener en cuenta que la demanda fue radicada el día 26 de marzo de 2015 y el día 27 de marzo de 2015, renovó la matrícula mercantil del establecimiento de comercio.

Respecto a los hechos manifestó, (hecho 1) es cierto, (hecho 2) es cierto, (hecho 3) no es cierto, el demandado es directivo de otra organización sindical la cual no fue llamada a juicio, adicionalmente, el cargo que mencionan en la demanda no corresponde al cargo que desempeñaba el demandado, (hecho 4) es cierto, (hecho 5) no es cierto como se expresa, lo cierto es que actualmente el trabajador se encuentra por razones de enfermedad de pérdida de la capacidad laboral superior al 9%, pendiente una calificación de PCL y tiene la aplicación del artículo 140, (hecho 6) no es cierto, su salario es superior toda vez que gana (\$2.595.404), a los (hechos 7, 8, 9, 10 y 11), son ciertos, de los (hechos 12, 13, 14), no son ciertos, de conformidad con el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Cartagena, de fecha 19 de enero de 2016, se certificó que el establecimiento donde funcionaba GECOLSA S.A, se le fue renovada la matrícula el 27 de marzo de 2015, por lo que no se entiende como la empresa para la fecha que radicó la demandada siendo esta 26 de marzo de 2015, manifestaba que el establecimiento se encontraba clausurado de manera definitiva, de lo anterior, resulta claro que para la fecha en que se presentó la demanda de fuero sindical, alegando el cierre del establecimiento, no es cierto, toda vez que la renovación de la matrícula mercantil, da cuenta que en ningún momento estuvo cancelado o clausurado, al (hecho 15) manifestó no constarle, y se abstiene a lo probado en el proceso, (hecho 16) no es cierto, la empresa tiene sedes en Bogotá, Cali, Medellín y Bucaramanga, (hecho 17) no es

cierto, toda vez que la clausura realizada por GECOLSA S.A, fue ilegal toda vez que el cierre se realizó sin la autorización del Ministerio del Trabajo, para los (hechos 18, 19, 20, 21, 22 y 23) manifestó no ser ciertos, por lo que no están llamados a prosperar, puesto que la justa causa manifestada por la empresa es ilegal, tal como fue dar por clausurado el establecimiento de comercio sin que medie permiso del Ministerio del Trabajo.

Por último, propuso como excepciones previas: prescripción, insuficiencia del poder, indebida representación del demandado, y como excepciones de fondo: inexistencia de justa causa, violación al debido proceso y desmejora de las condiciones de trabajo.

5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 09 de marzo de 2017, resolvió no autorizar el levantamiento de fuero sindical del trabajador aforado RAFAEL SEGUNDO DIANA HERNÁNDEZ, así mismo, absolvió al demandado de la totalidad de las pretensiones de la demanda, condenó en costas a la parte demandante señalando como agencias en derecho la suma equivalente 13 SMLMV.

Como hechos probados en el proceso encontramos, que el trabajador laboró del 11 de octubre del 2004, conforme al contrato de trabajo del demandando, el cual se celebró en la ciudad de Barranquilla, ejerció el cargo de jefe de almacén, en horario de lunes a viernes de 7:30 am a 5:00 pm, que previamente fue objeto de traslado frente al cual recibió una prima de traslado. Así mismo, que a través de escritura pública 14914 del 2014, la empresa demandante se escindió creando dos empresas, se observó que al demandado se le hizo una oferta de traslado con modificación de salario con fecha 26 de marzo de 2015 y coincide con la presentación de la demanda de fuero sindical.

Tuvo como problemas jurídicos (i) si hay o no lugar al levantamiento del fuero sindical del demandado con el fin de modificar o desmejorar las condiciones de trabajo y trasladarlo a otro establecimiento de la empresa ubicado en un municipio distinto.

Se tuvo que el amparo de la parte demandante se encontraba en el contenido del artículo 44 de la ley 712 de 2001, donde se estableció que la demanda del empleador debe expresar siempre la justa causa invocada, además, que con la simple inscripción del registro sindical o la comunicación hecha al empleador se presume la existencia del fuero sindical. Así mismo, se debe establecer si el demandado era o no aforado frente a las entidades sindicales señaladas.

De acuerdo al artículo 405 y 406 del CST, donde se estableció que es el fuero sindical y a que personas ampara, se aportaron unas constancias de depósito de cambio de junta directiva (fol. 215), respecto a la organización sindical SINTRAGECOLSA, inicialmente en ese documento no encontró el nombre del demandante como un directivo sindical, sin embargo, al proceso también se aportó la comunicación mediante la cual la organización sindical, manifestó al empleador que en efecto, el demandado había sido designado junto con otro trabajador en la comisión de reclamos de la organización, bajo ese entendido el Juzgado, señaló que conforme lo señalado en el artículo 113 del CPT y SS, estaba probada la calidad de aforado del demandado. (fol. 83)

Por otra parte, a (fol. 274) del expediente se observó la constancia de depósito de una subdirectiva en la ciudad de Cartagena, de la organización sindical SINTRAIME, y se encontró como integrante en el cargo de presidente al demandado. De conformidad con estos documentos, el Juzgado concluyó que en efecto el demandante si esta cobijado por la garantía del fuero sindical frente a las dos organizaciones.

El siguiente problema a resolver por el Juzgado, fue el referente a si se da la justa causa invocada por el empleador, al respecto señaló que en el artículo 410 del CST, el cual contiene taxativamente las justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero. Para el caso bajo estudio, el demandante está alegando la existencia del cierre definitivo del establecimiento de comercio en el cual prestaba sus servicios el trabajador frente a ello, el demandado indicó que el cierre se hizo posterior a la comunicación de traslado al trabajador.

La parte demandante aportó unas comunicaciones, en las cuales da cuenta de la existencia del contrato de trabajo entre las partes, ese documento en su causal 3 indicaba que el empleador puede disponer libremente de las actividades del trabajador, teniendo en cuenta las limitaciones legales, y que el traslado definitivo será al sitio donde opere o abra operaciones el empleador. (fol 66 - 67). También encontró acreditado dentro del proceso que por escritura pública 14914 del 2014, se produjo la escisión de la empresa GECOLSA, y como consecuencia se convocó la asamblea general de accionistas, la cual en sesión realizada el 29 de enero de 2015, aprobaron por unanimidad el cierre del establecimiento de comercio ubicado en el KM9 vía mamonal - zona franca la candelaria en la ciudad de Cartagena. (fol. 52-53)

La anterior situación fue comunicada al demandante donde se le indicaba que se le hacia una oferta laboral de traslado al municipio de Turbaco, (fol. 80), pero esta consistía en desarrollar un cargo de vendedor de repuestos de mostrador con las funciones allí asignadas y un salario de (\$801.792) más comisiones, y garantizando que tendrá un ingreso mensual de (\$2.850.000) durante los seis primeros meses, de este documento el Juzgado, extrajo que se producía una variación del lugar de trabajo, en las funciones, el cargo y una desmejora en cuanto a la asignación salarial.

El Juzgado observa que esta comunicación de fecha 26 de marzo de 2015, no tiene constancia de haber sido recibida por el demandado. Por otro lado la parte demandante, acompaña a (folio 82) una guía de correos en la cual la empresa GECOLSA S.A, manifestó que comunica este hecho al demandado con dirección a la transversal 21B-5190, sin embargo no hay constancia de recibido.

El demandado a su vez, aportó documento (fol. 361), de fecha 23 de enero, se trata de un comunicado de GESOLSA, dirigido a los empleados y procedente de la presidencia, que tiene como asunto la finalización de operaciones en la zona franca la candelaria. Por lo anterior, el demandado dirige un correo electrónico (fol. 386), el día 32 de febrero de 2015, con el fin de que se aclare la fecha de terminación del contrato, ya que el comunicado tiene fecha del 23 de enero de 2014, y en el cuerpo del comunicado dice que el 23 de enero del presente año. Para lo cual, no se obtuvo respuesta. El Juzgado concluyó entonces, que a través de esta comunicación se puso de conocimiento al demandado de la intención de GECOLSA, de terminar sus operaciones. También, el Juzgado concluyó que en efecto la única comunicación que válidamente se entiende

recibida por el demandado a la terminación de las operación de GECOLSA, es la que aparece a (fol. 361).

Por otra parte, en el registro mercantil (fol. 362) se observa que para el 27 de marzo de 2015, se produjo la renovación de la matrícula mercantil del establecimiento comercial, de propiedad de GECOLSA, posteriormente se allegó certificación especial en la cual se indica, que se procede a la cancelación de la matrícula y a inscribir el cierre del establecimiento de comercio referido anteriormente, el cual como se observa solo ocurre en el año 2016.

El Juzgado, observó que las certificaciones, aportadas por la demandante a (fol. 61), da cuenta que cuando ésta se expidió el 4 de marzo de 2015, no se había producido la renovación de la matrícula mercantil, posteriormente en la otra certificación se procede hacer la renovación mercantil, la representante legal de la entidad, manifestó en su interrogatorio que esto obedeció a una serie de actividades tendientes a lograr el cierre del establecimiento. Sin embargo, el cierre final del establecimiento, razón por la cual se solicita la autorización del levantamiento del fuero sindical, solamente se produce en una fecha posterior, pues como observó, en el certificado de establecimientos de comercio, éste se cerró verdaderamente en el año 2016.

En consecuencia, el Juzgado no pudo tener acreditado que para la fecha en la cual se realizó la solicitud de levantamiento del fuero se presentan las discordancias relativas, a que no existe la constancia que se hubiere comunicado al demandante una oferta de traslado el día 26 de marzo del año 2015, además, es que si bien se aprobó el cierre del establecimiento de comercio en la asamblea celebrada el 29 de enero de 2015, lo cierto es que el certificado aportado se refiere a que con posterioridad a esa fecha se realizó la renovación de la matrícula mercantil y en segundo lugar el cierre final del establecimiento y de la sucursal de Cartagena, solo se verificó en el año 2016, de conformidad a los registros mercantiles aportados al expediente.

Señaló que la matrícula mercantil tiene el propósito que el comerciante acredite públicamente su calidad de condición de comerciante y además la propiedad de los establecimientos, actos, libros y documentos inscritos, está debe renovarse entre el 2 enero y el 31 de marzo de cada año, independientemente de la fecha en que se efectuó el registro, pero en lo que respecta a la cancelación de la matrícula mercantil cuando ya no se esté ejerciendo la actividad comercial o se produzca el cierre del establecimiento, y el no informar oportunamente genera para el comerciante que estos actos no tengan efectos frente a terceros, de conformidad al artículo 29 numeral 4 del Código de Comercio.

Por lo anterior, tuvo que el demandado es un tercero frente a la empresa GECOLSA, y por lo tanto no podría tener acreditado que el cierre de la empresa se produjo en la fecha indicada por la parte demandante para efectos de proceder a la autorización para el levantamiento del fuero sindical del demandante y proceder al traslado a otro municipio y desmejoramiento de las condiciones salariales.

Por último, el Juzgado procedió a adicionar la sentencia, en el entendido que a (folio 381) aparece certificado especial al que el Juzgado hizo referencia en la sentencia, en el cual se indicó que por medio de escritura pública 1244 del 6 de febrero del 2015, otorgada en notaria 29 de Bogotá, inscrita en la cámara de comercio el día 21 de enero de 2016, bajo el número 445431, del libro 6 del registro mercantil consta la cancelación

de la matrícula #12546602 perteneciente al establecimiento de comercio denominado General de Equipos S.A, matrícula mercantil que corresponde al establecimiento de comercio ubicado en el KM 9 vía mamonal – zona franca la candelaria según consta en el certificado también de registro mercantil visible a (folio 362-362bis) del expediente.

6. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE.

Inconforme con la decisión de la Juez, el apoderado judicial de GECOLSA S.A, interpuso recurso de apelación, como fundamento manifestó que son hechos ciertos y probados en el expediente, en que el establecimiento de comercio ubicado en zona franca que era propiedad de GECOLSA, y donde laboraba el demandado, estuvo cerrado con posterioridad a la decisión tomada por la junta de socios reunidos el 29 de enero de 2015. Dado que existen pruebas documentales obrantes en el proceso, si bien es cierto lo que se alega en la sentencia que existe toda una situación desde el punto de vista del registro mercantil, también es cierto que a folio 54-55, aparecen unos certificados de la revisoría fiscal del representante legal de GECOLSA, donde establece que mucho antes que se hiciera la inscripción y registro en la Cámara de Comercio de Cartagena del cierre del establecimiento de comercio ya la operación mercantil, actividad que se desarrollaba ahí, no se estaba haciendo.

invocó un sentido práctico por cuanto si bien es cierto el registro mercantil, es lo que permite que los actos de los comerciantes una vez registrados se opongan a terceros, también es cierto que el cierre de un establecimiento de comercio y la liquidación del mismo no es una situación que se resuelve de un día para otro, porque no es solo ordenar el cierre de un establecimiento de comercio, es proceder a hacer todas las actividades consecuentes con esa liquidación, entre ellas hacer declaraciones de impuestos, hacer liquidación de activos, liquidación de pasivos, es decir, toda una serie de actividades que fueron ejecutadas con posterioridad a la decisión tomada por la junta de socios, documento que obra en el proceso, de tal manera que yo solicito al Tribunal, que tomando en cuenta las comunicaciones firmadas por la revisoría fiscal, donde dice exactamente cuando ya no existía actividad comercial en el establecimiento de comercio de zona franca, corroborada con la comunicación que obra a folio 55, firmada por el representante legal donde dice que ya no existía actividad comercial en ese sitio, sí obra prueba que el cierre del sitio de la actividad comercial que se desarrollaba en ese establecimiento de comercio, se dio antes de las comunicaciones que le fueron enviadas al demandado, porque aquí se hace un análisis de las diferentes comunicaciones aportadas por la empresa demandante y por el demandado y se llegó a la conclusión de que la comunicación enviada por GECOLSA, no consta con la prueba de la trazabilidad, sin embargo, se le da toda la relevancia y probanza a la comunicación aportada por el demandado, sin que se apruebe la trazabilidad de esa comunicación, de tal manera que ahí estaríamos en igualdad de condiciones, pero la parte demandante es una entidad seria, que viene desarrollando actividades comerciales de hace muchos años en este país, por eso me remito a las pruebas documentales del expediente, que permiten probar que el cierre del establecimiento, la actividad comercial que se desarrollaba en ese establecimiento de comercio, en zona franca, se dio muchísimo antes del registro realizado en la cámara de comercio en enero del 2016, y esa situación que fue el traslado del personal que allí desarrollaba, al establecimiento de comercio abierto en Turbaco, le fue debidamente informada al demandado, comunicación que obra a folio 80 y cuyas condiciones también fueron mejoradas para que fueran tenidas en cuenta por el

Tribunal, con la oferta que se entregó aquí y que obra a folio 356, donde tratando de llegar a una conciliación, bajo el entendido que lo que el pretende es que no se le desmejore sus condiciones económicas salariales, pero que él desea trabajar y no seguir mucho más tiempo bajo la condición del artículo 140, se le mejoraron las condiciones y se le ofrecieron mínimo, la igualdad de condiciones que tenía en el cargo que desempeñaba en el establecimiento de comercio que tenía GECOLSA, en zona franca.

Por lo anterior, y conforme a las documentales aportadas en el expediente, se le pide al H. Tribunal Superior, que revoque la decisión tomada dentro de este proceso, y autorice el levantamiento para lo único que se está pretendiendo, que es el traslado del demandado, al sitio de trabajo que actualmente tiene GECOLSA, abierto en el municipio de Turbaco, sitio de trabajo que está a 20 min del anterior sitio de trabajo, con el fin de que cese la condición del artículo 140 donde él está hoy en día.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Problema jurídico

El problema Jurídico a determinar, consiste en establecer si está acreditada la justa causa para solicitar el levantamiento de fuero a fin de trasladar al demandado, dado el cierre definitivo del establecimiento de comercio donde prestaba sus servicios.

7.2. Tesis de la Sala.

La tesis que sostendrá la Sala, es que NO se encuentra acreditada la justa causa incoada por la empresa demandante para levantar el fuero sindical del demandado a fin de trasladarlo a otro establecimiento, dado que no se acreditó el cierre del establecimiento en la ciudad de Cartagena al momento de presentación de la demanda.

9.- fundamentos legales y jurisprudenciales para sustentar la tesis de la sala:

Se estiman aplicables.

- Art. 66^a, 112 A 118B del CPTSS
- sentencia STC9158-2015
- artículo 39 de la Constitución Política
- El artículo 405 del CST
- Art. 26, 27, 28 y 29 del Código de Comercio
- Sentencia C-277-06
- sentencia C-621 de 2003

9.1.- Solución al problema jurídico planteado.

El Art. 66A del CPTSS, adicionado por la ley 712 de 2001, consagra el principio de consonancia, el cual establece que la sentencia de segunda instancia, así como la

decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

Pues bien, el artículo 39 de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del fuero sindical como expresión de la libertad de asociación establecida en el artículo 38 superior, de la cual están investidos los representantes de los sindicatos para el cumplimiento de su gestión. Este derecho también ha sido reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

El artículo 405 del CST dispone que se denomina "*fuero sindical*" a la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

A su vez, el capítulo XVI del Código Procesal del Trabajo regula los procedimientos especiales de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, y en los artículos 112 A 118B, regula todo el procedimiento especial del Fuero Sindical.

Se tiene entonces que por regla general, el empleador no podrá despedir, desmejorar o trasladar sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el empleador para que el juez permita despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de dicho trabajador, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo, y el artículo 406 del CST, modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, el cual establece las personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical.

Con relación a lo anterior, tal como lo indicó la juez de primer grado, no existe ninguna controversia con relación a la calidad de aforado que tiene el demandado, en tanto fue designado en la comisión de reclamos a nivel nacional de la ORGANIZACIÓN SINDICAL denominada SINTRAGECOLSA y conforme a documental vista a folio 274 se evidencia que el demandado es miembro directivo de la organización sindical SINTRAIME.

En el presente proceso, la parte demandante solicita que se levante el fuero sindical al demandado a fin de poder trasladarlo, a un establecimiento de comercio de su propiedad, ubicado en el municipio de Turbaco, ante el cierre del establecimiento

ubicado en la sede de Cartagena. La Juez de primera instancia resolvió no acceder a levantar el fuero puesto que no estaba acreditada que al momento de presentar la demanda el establecimiento de comercio donde prestaba los servicios el demandado estuviese cerrado. Frente a esa decisión la parte recurrente manifiesta que contrario a lo señalado por la juzgadora si está demostrado que la actividad comercial del establecimiento de comercio había cesado erigiendo su reclamo sobre las documentales visibles a folios 54 y 55 del expediente.

Ahora, para dar respuesta a los reparos realizados por el apoderado del demandado, es necesario analizar por parte de esta Colegiatura las pruebas aportadas al plenario. De ellas se tiene **(i)** de folios 24 al 50, escritura N° 14914 de 2014, por la cual se protocolizó el acto de escisión parcial del patrimonio de la sociedad GENERAL DE EQUIPOS DE COLOMBIA S.A. GECOLSA S.A, segregando parte de su patrimonio, destinándolo a tres (3) nuevas sociedades beneficiarias REIC S.A.S, SOLUCIONES EMPRESARIALES 360° S.A.S., y RELIANZ MINING SOLUTIONS S.A.S.; **(ii)** renovación de matrícula mercantil del establecimiento comercial ubicado en km 9 vía Mamonal zona franca la Candelaria, que data del 29 de marzo de 2014 (fol. 61-65); **(iii)** De folios 51 al 53, acta de asamblea de la entidad demandante de fecha 29 de enero de 2015, en la cual se ordenó cierre y cancelación de sucursal Cartagena, Bolívar, señalando que a raíz de la escisión protocolizada mediante escritura N°14914 del 30 de diciembre de 2014, se produjeron cambios significativos en las operaciones de la compañía **que motivaban el cierre de la misma;** **(iv)** certificación que milita a folio 55, extendida por el representante legal de la entidad demandante, en la cual dejó anotado que no había operaciones en Cartagena, documental que data del 26 de febrero de 2015; **(v)** a folio 54, reposa certificación adiada 27 de febrero de 2015, en la cual el revisor fiscal de la sociedad GECOLSA S.A., dejó constancia que dicha empresa tiene operación a través de los establecimientos de comercio en las ciudades de Turbaco-Bolívar, Barranquilla y Galapa -Atlántico; **(vi)** renovación de matrícula mercantil del establecimiento comercial en Cartagena de la empresa demandante adiada 27 de marzo de 2015, que milita a folios del 364 al 366; **(vii)** certificado de cancelación de matrícula mercantil del establecimiento de comercio GECOLSA S.A. Cartagena, del 21 de enero de 2016 (fol. 384-385)

Así mismo se evidencia de la documental a folio 307, que la demanda fue presentada el 26 de marzo de 2015, la cual le correspondió por reparto al Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, y posteriormente remitida a los Jueces laborales de

Cartagena, puesto que corresponde al lugar donde prestó sus servicios el demandado (fol. 309).

De las pruebas analizadas, es dable concluir que no se encuentra acreditada la causa invocada por el empleador demandante al momento de presentar la demanda, tal como lo señaló la Juez; si bien la decisión de la asamblea de socios de la entidad demandante, sobre el cierre del establecimiento de comercio que funcionaba en zona Franca La Candelaria, Cartagena, data del 29 de enero de 2015, siendo esta decisión elevada a escritura pública el 6 de febrero de ese mismo año, tal como se deja ver en la documental visible a folio 384, lo cierto es que solo hasta el 21 de enero de 2016, fue inscrita la cancelación de la matrícula mercantil del establecimiento de comercio antes citado, la cual da cuenta del cierre de la sucursal Cartagena.

Al respecto, se comienza por decir que el registro mercantil de conformidad con el artículo 26 del código de comercio, tiene por objeto llevar la matrícula de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad y en armonía con dicha disposición, el artículo 27 de esa misma normatividad, dispone que corresponde a las cámaras de comercio llevar el registro mercantil.

Seguidamente el artículo 28 y 29 ibídem, señalan que son actos que deben inscribirse en el registro mercantil, la apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración; así como la constitución, adiciones o reformas estatutarias y la liquidación de sociedades comerciales y que los actos y documentos sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción.

Del acta de asamblea vista a folio 53 del expediente, salta a la vista que los socios acordaron el cierre del establecimiento ubicado en Cartagena y por ende reformar el artículo 96 de los estatutos de la compañía, relativa a las sucursales con las que cuenta la empresa demandante, dejando por fuera de esa disposición el establecimiento de comercio en la ciudad de Cartagena, existiendo entonces la obligatoriedad legal de registrar dicho acto, sin embargo el acto de cancelación de matrícula mercantil solo se hizo hasta el 21 de enero 2016, asistiéndole por mas, razón a la Juzgadora de primer grado, puesto que para esta Corporación a efectos de solicitar el levantamiento de fuero del demandado, debía estar inscrito el acto que ordenaba cierre de establecimiento y cancelación de matrícula mercantil, a fin que la decisión tomada por la asamblea de

socios produjera efectos, en tanto, cuando se presenta la acción foral, la causal invocada debe ser actual, más no futura, como ocurre en el presente asunto, dado que los efectos del cierre de establecimiento solo se dieron con la cancelación de la matrícula mercantil del establecimiento de comercio, y esto ocurrió en fecha posterior a la presentación de la demanda.

Respecto a la importancia del registro mercantil, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“presta a todos publicidad y acceso a la información en él contenida”* (CC C-277-06) y en sentencia C-621 de 2003, indicó:

(...) una vez hecho el correspondiente registro, el acto tendrá efectos no sólo entre quienes participaron en él, sino erga omnes, por lo cual en adelante nadie podrá alegar su desconocimiento. Este es el principio que se conoce como de “publicidad material del registro”, en virtud del cual, una vez inscrito, el acto se supone conocido de todos. Por lo anterior, la doctrina señala que la finalidad inmediata del registro es dar seguridad a las relaciones que implican la responsabilidad jurídica del comerciante”

Por su parte, la Sala de Casación civil en sentencia STC9158-2015, siendo MP: FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, trajo a colación la sentencia del 1° de febrero de 2006, rad. 1997-01813-01, en el cual explicó el poder de convicción que emana del registro mercantil en los siguientes términos:

“La inscripción correspondiente genera la fe pública. Y como los certificados que expidan las cámaras de comercio están llamados a reflejar la realidad de lo que acontece en el interior de las sociedades, bien vale poner de resalto que, más allá de la posibilidad que brinda en torno al acceso de información, la inscripción está dotada de tal virtud publicitaria que a nadie es permitido escapar de sus efectos vinculantes, pues se presume que ha sido de conocimiento general. Dicho en breve, nadie puede pretextar que desconocía el hecho o acto que fue inscrito debidamente. La inscripción, itérase, crea la ficción de que todos lo conocen”

De lo expuesto se concluye que era necesaria la anotación en registro mercantil para comprobar la cancelación de la matrícula mercantil en comento, pues el cierre del establecimiento de comercio constituye un acto de trascendencia y solo se presume conocido por el conglomerado social una vez se encuentre registrado, a fin de ser oponible incluso contra quienes no participaron en la decisión de la asamblea.

Ello no quiere decir, que el acto como tal no exista, pues tiene efectos respecto de quienes intervienen directamente en él, mas no para los terceros, entonces la certificación expedida por el representante legal de entidad demandante vista a folio

55 del expediente y certificación extendida por el revisor fiscal de GECOLSA S.A., vista a folio 54, sobre las cuales el recurrente finca su recurso, en donde se anotó que la entidad demandante no tenía operaciones en la ciudad de Cartagena, para esta Sala no tiene la vocación de sustituir el registro ordenado por la Ley, para efectos de hacer oponible los actos societarios de alta relevancia, como es el cierre de un establecimiento de comercio, sin que sea justificación que la actividad comercial del establecimiento, no se estaba realizando, en tanto, como la causal invocada por la demandante para obtener el levantamiento de fuero del demandado, es el cierre del establecimiento de comercio, ésta situación solo quedó acreditada con la cancelación de la matrícula mercantil el 21 de enero de 2016, y al no existir justa causa actual a la presentación de la demanda, resulta improcedente el levantamiento de la garantía foral del trabajador.

El recurrente reconoció que existió demora en la cancelación de la matrícula, pero arguye que el cierre de un establecimiento de comercio y la liquidación del mismo *"no es una situación que se resuelve de un día para otro, porque no es solo ordenar el cierre de un establecimiento de comercio, es proceder a hacer todas las actividades consecuentes con esa liquidación, entre ellas hacer declaraciones de impuestos, hacer liquidación de activos, liquidación de pasivos"*, y que éstas actividades fueron ejecutadas con posterioridad a la decisión tomada por la junta de socios, sin embargo, no hay evidencia en el plenario de tales actividades, imposibilitando un pronunciamiento revocatorio por parte de esta Corporación.

Ahora, el recurrente también señala que el cierre del establecimiento se dio ante de la comunicación que le fue enviada al demandado (fol. 80) y se duele del valor probatorio que le dio la Juzgadora de primer grado, al no encontrar en ella acuso de recibido del demandado, no obstante, esta Sala comparte las consideraciones de la Juez al respecto, en tanto, no existe prueba que acredite que el demandante hubiere recibido tal comunicación y en todo caso, en el evento que existiera constancia de recibido por parte del demandado, dicha comunicación no puede equipararse a los efectos que emanan del registro mercantil como instrumento idóneo para dar a conocer los actos de los establecimientos de comercio.

En cuanto a la oferta que se entregó y que obra a folio 356, el recurrente alega que el cargo ofrecido tiene igualdad de condiciones que tenía en el cargo que desempeñaba en el establecimiento de comercio que tenía GECOLSA en zona franca, sin embargo, esta Sala evidencia, que de tal ofrecimiento el A-quo dio traslado a la

parte demandada en audiencia, pero ésta planteó su negativa a aceptarla, luego entonces, en nada puede cambiar la decisión el ofrecimiento realizado, pues por la naturaleza especial que reviste el proceso de levantamiento de fuero sindical, solo es posible promoverlo bajo las justas causas estatuidas por el legislador y precisamente esa justa causa invocada por el empleador que pretende despedir, trasladar o desmejorar, es a la que ciñe el estudio el Juez laboral y como quiera que la justa causa corresponde al cierre del establecimiento de comercio, a juicio de esta Sala, correspondía a la demandante acreditar el mismo, pero al momento de la presentación de la demanda, y no lo hizo, debiéndose confirmar la sentencia proferida por la Juez de primer grado.

8. DE LAS COSTAS

Conforme el artículo 365 del CGP se impondrá costas en segunda instancia a cargo de la parte accionante a favor del demandado, de las cuales se tasan las agencias en derecho en dos (2) SMMLV de conformidad.

9. DECISIÓN

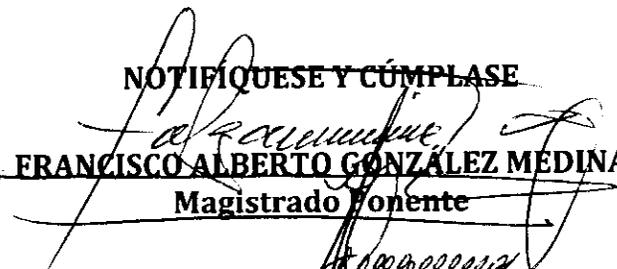
En mérito de lo expuesto, la Sala Primera Laboral del tribunal Superior del Distrito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la república de Colombia, y por autoridad de la ley;

RESUELVE

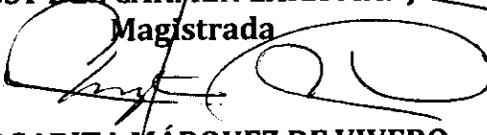
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de fecha nueve (9) de marzo de dos mil dieciocho (2018), emanada del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena dentro del proceso especial de fuero sindical de GECOLSA S.A. contra RAFAEL SEGUNDO DIANA HERNÁNDEZ.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de la parte accionante, se tasan las agencias en derecho en dos (2) SMMLV.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado Ponente


JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada


MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada
Salvamento de voto