

**EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
COORDINACIÓN DE ASUNTOS DISCIPLINARIOS**

AUTO MEDIANTE EL CUAL SE PROFIERE FALLO EN PRIMERA INSTANCIA

Artículos 169-A y 170 de la Ley 734 de 2002

(NOVIEMBRE 26 DE 2021)

RADICADO:	560 DE 2021
DISCIPLINABLES:	OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ
CARGO Y ENTIDAD:	FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
INFORMANTE:	OMAIRA YEPES ARISTIZABAL
CARGO:	PROFESIONAL 5 AREA DE SERVICIOS CORPORTIVOS, EMPREAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
FECHA DEL INFORME:	7 DE MAYO DE 2021
FECHA DE LOS HECHOS:	ABRIL DE 2021

El Coordinador de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A.E.S.P, actuando como competente en primera instancia para decidir en materia disciplinaria, conforme dispone la Ley 734 de 2002, y con fundamento en la Resolución Nro. 038 del 26 de septiembre de 2018, mediante la cual se modifica la estructura administrativa de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., creando la Coordinación de Asuntos Disciplinarios, una vez revisado el procedimiento y verificado que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a proferir fallo en derecho, en el marco del proceso disciplinario radicado bajo en Nro. 560 de 2021 y que se impulsa en disfavor del servidor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, identificado con cédula de ciudadanía N° 70.078.879, quien para el momento de ocurrencia de los hechos se desempeñaba como Facilitador soporte a procesos, en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

1. IDENTIDAD DEL INVESTIGADO

El sujeto disciplinado en la presente actuación es el servidor al servidor **OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 70.078.879, quien para el momento de los hechos materia de investigación se desempeñaba como FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, en el área de Servicios de Aseo en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. y ostentando la calidad de trabajador oficial.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS Y TRÁMITE PROCESAL

El día 7 de mayo de 2021, la Profesional 5 del área de Servicios Corporativos de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., remite a esta Coordinación un correo electrónico contentivo de informe disciplinario en disfavor del señor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, identificado con cédula de ciudadanía N° 70.078.879, quien se desempeña como Facilitador Soporte a Procesos, en el área de Servicios de Aseo de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. Dicho correo electrónico pone en conocimiento los siguientes hechos:

“[...] En relación con el asunto me dirijo a su dependencia a fin de que se establezca si existe responsabilidad y/o conductas que configuren presunta falta disciplinaria a efectos de que se adelante el trámite correspondiente e imponga las sanciones a las que eventualmente haya lugar, por parte del trabajador vinculado a Emvarias, en el cargo de FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ, identificado con CC No. 70.078.879, a quien se le impartió por parte de la Empresa la instrucción de permanecer en su sitio de residencia y realizar actividades de aprovechamiento, lo cual se realizó Teniendo en cuenta las recomendaciones médicas de acuerdo a la evaluación médica laboral que le fue realizada por el médico experto en medicina del trabajo, de la firma Actura con la cual la Empresa tiene contrato, dada su condición de salud.

Lo anterior en atención a que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 417 de 2020, declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por la presencia del coronavirus COVID 19 (declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo de 2020). A partir de dicha declaratoria, el Gobierno Nacional expidió normas extraordinarias para controlar la expansión y contagio dentro de la población en Colombia y para tal efecto implementó medidas laborales para posibilitarla continuidad del trabajo, como el trabajo en casa, teletrabajo, entre otras.

En razón de lo expuesto la Empresa le ha remitido al referido trabajador, las comunicaciones escritas de las cuales se adjunta copia al presente: Oficio Radicado No. 20210530001811 del 6 de abril, en el que se le daba la instrucción de realizar trabajo en casa con material de aprovechamiento y habida cuenta de la negativa del citado trabajador para realizar la actividad ordenada por la Empresa, mediante el oficio radicado No. 20210530002296 del 30 de abril de 2021 le fue reiterada el deber de realizar trabajo en casa con material de aprovechamiento.

El señor Oscar Posada Suárez a la fecha continúa reticente a cumplir las instrucciones dadas a él por la Empresa expresando que él no es talabartero ni peletero y que no realizará la labor de aprovechamiento que la Empresa le encomienda y solicita en forma reiterada que la Empresa le asigne funciones de barrido o lo ubique en uno de los Punto Naranja, que Emvarias ha instalado en varios sitios de la ciudad.

Debe tenerse en cuenta que la medida de permanencia en su residencia y de realizar trabajo en casa, para el referido trabajador, tienen como fin el cuidado y preservación de su salud, previniendo el contagio del virus COVID-19, pero se observa que el trabajador está incumpliendo el deber de autocuidado porque según el mismo ha expresado que no se quedará encerrado en su casa y sale casi diariamente a realizar sus diligencias

Se adjuntan al presente los informes remitidos por la Profesional 4 de Seguridad y Salud en el Trabajo y el Contratista del Área Servicios Corporativos (Formación y Desarrollo Humano) de Emvarias, Hugo Snehdyer Yepes Blandón, en el que dan cuenta de las conductas reñuentes del trabajador Posada Suarez, no recibió el material para el trabajo en casa y salir frecuentemente de esta, motivos por los cuales se remite el presente informe a la dependencia de Coordinación de Control Disciplinario.”

Recibida dicha información, mediante auto del 16 de junio de 2021 el Despacho abrió una investigación disciplinaria, dicha providencia se notificó personalmente el 24 de junio de 2021 (folio 39 del expediente). Finalmente, al haberse recaudado las pruebas necesarias para la adopción de una decisión de fondo en los términos del artículo 160 A la Ley 734 de 2002 adicionado por el artículo 53 de la Ley 1474 de 2011, se dispuso por este Despacho cerrar la presente investigación, mediante auto de fecha 15 de septiembre de 2021, notificado a la defensora del investigado, dra. YESICA ANDREA GOMEZ LOPEZ con C.C. 43.260.639 y T.P. 286.885 del C.S. de la Judicatura, el pasado 16 de septiembre de 2021 vía correo electrónico, y por estado fijado en la página web de Emvarias S.A. E.S.P. el 16 de septiembre de 2021.

En este orden de ideas, se profirió auto del 30 de septiembre de 2021 por el cual se evaluó la investigación disciplinaria y se formulan cargos en desfavor del señor **OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ** identificado con C.C. 70.078.879, providencia notificada vía correo electrónico enviado a la

defensora del investigado el 30 de septiembre de 2021 (fl. 223) y notificada de manera personal al investigado el 11 de octubre de 2021 (fl. 227).

Vía correo electrónico, el 14 de octubre de 2021 la defensora del investigado, Dra. YÉSSICA ANDREA GÓMEZ LÓPEZ, envía escrito de descargos en donde no se solicita ninguna prueba, tampoco el Despacho consideró pertinente, conducente o útil decretar alguna otra prueba de oficio con posterioridad a la presentación de descargos, no obstante, se escuchó en ampliación de versión libre y espontánea al investigado. Finalmente, este Despacho ordenó dar traslado para presentar alegatos de conclusión mediante providencia del 5 de noviembre de 2021, notificada a la defensa vía correo electrónico del mismo día, fijando estado durante el día 8 de noviembre de 2021. Siendo el 22 de noviembre de 2021, se recibe en los correos electrónicos de los servidores de este Despacho, escrito de alegatos de conclusión presentados por la defensa del investigado (fl. 239).

3. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

En el marco de la actuación procesal, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 128 y s.s. y 168 de la Ley 734 de 2002, fueron decretadas, practicadas e incorporadas al expediente las pruebas que a continuación se relacionan:

- A.** Documentos que acompañan el informe disciplinario, estos son:
- Memorando N° 20210530001811 del 06 de abril de 2021 dirigido al señor POSADA SUAREZ por parte de la jefe del Área de Servicios Corporativos (fl. 8-10)
 - Correo electrónico del 23 de abril de 2021 a las 12:35 p.m. enviado por el señor HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON para LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA, OMAIRA DEL SOCORRO YEPES, NATALIA LONDOÑO MONSALVE y SANDRA MARIA FLOREZ BEDOYA (fl. 11-12)
 - Correo electrónico del 23 de abril de 2021 a las 3:08 p.m. enviado por NATALIA LONDOÑO MONSALVE para HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON, LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA, OMAIRA DEL SOCORRO YEPES y SANDRA MARIA FLOREZ BEDOYA (fl. 13-15)
 - Concepto médico del señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ del 15/09/2020 (fl. 16-17)
 - Memorando N° 20210530002296 del 30 de abril del 2021 dirigido al señor POSADA SUAREZ por parte de la jefe del Área de Servicios Corporativos (fl. 18-20).
- B.** Informe con destino a proceso disciplinario del 18 de junio de 2021 elaborado por la Profesional 3 del área de Servicios Corporativos con documentos anexos, como: manual de funciones, constancia de servicios prestados para funcionarios y copia del contrato laboral del señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ (fl. 34-38)
- C.** Declaración juramentada de la señora OMAIRA YEPES ARISTIZABAL del 7 de julio de 2021 (fl. 50-54)
- D.** Declaración juramentada del señor HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON del 8 de julio de 2021 (fl. 63-66)
- E.** Declaración juramentada del señor LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA del 12 de julio de 2021 (fl. 70-73)
- F.** Acta de inspección a hoja de vida del señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ, llevada a cabo el día 3 de agosto de 2021, en la cual se tomó copia de los siguientes documentos:
- Novedad de personal Nro. 22 por el cual el gerente de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. en ejercicio de las facultades y funciones conferidas a través de los estatutos sociales y demás normatividad aplicable del 28 de octubre de 2019, obrante a folio 932 de la hoja de vida del investigado (fl. 102)
 - Memorando interno N° 20190530004885 del 24 de octubre de 2019 obrante a folio 933 de la hoja de vida del investigado (fl. 101)
 - Debido a las medidas de virtualidad a raíz de la pandemia del virus COVID 19, la servidora SARA ISABEL RIVAS HOYOS indica que cierta parte de la hoja de vida del funcionario

- POSADA SUAREZ está digital, motivo por el cual se imprime entonces el memorando N° 20210530002296 del 30 de abril de 2021, indica la funcionaria RIVAS HOYOS no fue firmado por el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ (fl. 103-104)
- Incapacidad de junio 6 de 2019 obrante a folio 947 (fl.105)
 - Copia de historia clínica del 5 de junio de 2019 a folios 948 a 949 (fl. 106-107)
 - Facturación de la clínica Medellín del 3 de julio de 2019 obrante a folio 950 (fl.108)
- G.** Certificado de antecedentes disciplinarios N° 173211481 del 6 de agosto de 2021 (fl. 110)
- H.** Copia en medio magnético del reglamento interno de trabajo (fl. 112)
- I.** Correo electrónico del 27 de agosto de 2021 por el cual se da el reporte de entrega de trabajo en casa (fl. 118-120)
- J.** Declaración juramentada de la señora DIANA CECILIA BEDOYA TORO del 1 de septiembre de 2021 (fl. 124-127)
- K.** Correos electrónicos fechados del 6 de septiembre de 2021 y del 7 de septiembre de 2021 enviados por la profesional 5 del área de Servicios Corporativos que contienen:
- Pantallazos de WhatsApp en él se observa la remisión de los oficios: 20210530001811 del 6 de abril de 2021 y 20210530002296 del 30 de abril de 2021 (fl. 132-134)
 - Copia memorando N° 20210510001963 (fl. 142)
 - Memorando N° 20190530004885 (fl. 144-145)
 - Novedad de personal nro. 22 (fl. 146)
 - Memorando N° 20210530001811 (fl. 147 – 149; 161-162)
 - Memorando N° 20210530002296 (fl. 150-152)
 - Correo electrónico del 27 de agosto de 2021 (fl. 153-154)
 - Constancia de envío por la empresa ENVIA al señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ el 15 de abril de 2021 con su firma de recibido y con la factura de envío (fl. 163-164)
- L.** Declaración juramentada del señor EDWIN FERNANDO JARAMILLO DUQUE del 14 de septiembre de 2021 (fl. 168-172)
- M.** Declaración juramentada de la señora NATALIA LONDOÑO MONSALVE del 14 de septiembre de 2021 (fl. 173- 180).
- N.** Copia del informe de novedades de personal, Resolución N° 107 de INGRESO del señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ (fl. 55)
- O.** Concepto del infectólogo fechado del 5 de marzo de 2019 (fl. 61-62)
- P.** Presentación en Power Point del proyecto ELABORACION BOLSOS EN LONA (fl. 75 -80)

4. VERSIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA

El investigado, **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, fue escuchado en versión libre y espontánea el pasado 3 de septiembre de 2021, en la cual manifestó que trabaja en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. hace aproximadamente 30 años, cuando se posesionó lo hizo en el cargo de RECOLECTOR, pero es reubicado como peón, posteriormente y debido a un problema en su rodilla fue reubicado por parte de la EPS. Sobre el tema puntual de esta investigación expresó lo siguiente:

“[...] El señor HUGO YEPES ni siquiera lo conozco, no he tenido ningún tipo de contacto personal, simplemente telefónicamente, para que él diga que fue a la casa, él en ningún momento fue por allá, él me hizo una llamada, que, para la cuestión del material reciclable, que está totalmente prohibido ante la empresa que nosotros reciclamos, después no me volvió a llamar. Yo me dirigí a las instalaciones de la empresa para hablar directamente con él y que no se encontraba porque aquí no había ningún funcionario me dijeron en portería, eso fue como en junio de este año. En ningún momento he tenido contacto para conocer el material porque la empresa tiene donde ubicarme y si quieren que les preste esa función, pero en las mismas instalaciones de la empresa, mi casa es para dormir, ver televisión y tener mi descanso. Es mas, según reglamento interno de trabajo, donde figura que la empresa tiene una peletería y quienes se lucran de esos bolsos que supuestamente mandan a hacer. Por parte del infectólogo que me levantó el tratamiento de la tuberculosis que yo tuve, figura que

yo estoy supremamente aliviado y que puedo hacer mis labores en la empresa, quien ni siquiera me ha mandado a hacer una evaluación de exámenes, lo único que impartió él fue que desnudara, ponerme a caminar en talones y exigir que debo trabajar en casa, sin mandarme ningún tipo de examen, evaluaciones de funciones, no sé en que se basa él para no dejarme ejercer sabiendo que por parte del infectólogo tengo constancia de que yo estoy aliviado y puedo ejercer mi cargo como me reubicó la empresa.[...]" (fl. 128-129)

Sostiene el versionista que el memorando N° 20190530004885 del 24 de octubre de 2019 se lo entregaron sin que le diera tiempo de leer la carta, que la ARL no ha querido evaluar su estado de salud, refiere que él se basa en palabras de un médico para decir que funciones en casa y que su casa no es bodega, que desde el 9 de abril de 2021 está en su casa sin hacer nada, mientras le llega su salario normalmente, finaliza sosteniendo que:

"[...] si no puedo trabajar en las vías públicas que ese material de aprovechamiento, me pueden llevar material contaminado, y reitero que según la posesión que tuve entre la empresa, no me niego a trabajar, la empresa es la que no me quiere enviar basándose en la carta del infectólogo, de la historia clínica. Si por parte del gobierno dice que por el COVID 19, estamos basados en lo que nos dice los infectólogos, no el presidente ni el gobierno, y tengo constancia que puedo prestar mis servicios como me contrató la empresa." (fl. 129 reverso)

Como quiera que en el auto del 30 de septiembre de 2021 se decretó en el artículo tercero escuchar al investigado en ampliación de versión libre y espontánea, así las cosas, se llevó a cabo esta diligencia el pasado 3 de noviembre de 2021, en la cual el versionista indicó que el memorando N° 20210530001811 de abril 6 de 2021 suscrito por la Jefe del Área de Servicios Corporativos, nunca le fue entregado en su casa, así como tampoco tuvo ningún contacto directo y presencial con el señor HUGO YEPES ni con EDWIN JARAMILLO, sobre el particular indicó que:

"[...] aquí en la empresa no había nadie laborando, cuando yo vine a preguntar, eso fue más o menos en mayo de este año. Yo vine a las instalaciones de la empresa a averiguar, la vigilancia de la empresa de la sede de la 30 me dijeron que no había ningún funcionario, que todo el trabajo estaba virtual. Fui a las instalaciones de centro B y el señor EDWIN JARAMILLO no se encontraba y hasta la fecha no he tenido ningún contacto ni diálogo con él, eso es todo lo que tengo que decir al respecto [...]" (fl.234 reverso)

Reitera que tiene una constancia del infectólogo de la clínica Fundadores de que puede estar desempeñando su oficio en las calles con normalidad, además, de que *"[...] he seguido recibiendo mi salario, consignado en la tarjeta, pero sin prima de alimentación ni auxilio de transporte [...]"* (fl.234 reverso)

5. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

La apoderada del disciplinado, DRA. YÉSSICA ANDREA GÓMEZ LÓPEZ identificada con Cédula de Ciudadanía número 43.260.639 y T.P. 286.885 del C.S. de la J. directamente presentó **descargos** vía correo electrónico el 14 de octubre de 2021, argumentos que se expondrán a continuación de manera sucinta. Refiere la apoderada que su prohijado ha expresado el motivo por el cual no ha aceptado el trabajo en caso, expresando, por el contrario, su intención de reincorporarse a sus labores como peón de barrido; para la abogada de la defensa, si bien es claro que se deben tomar medidas para evitar el contagio del virus COVID 19, estas medidas no implican que quienes estén vacunados no puedan ingresar a las labores habituales con los mínimos de protección establecidos en los protocolos de bioseguridad. En palabras de la abogada:

"[...] En los últimos decretos expedidos por el gobierno nacional, se puede concluir que no existe mayor restricción para los trabajadores que tengan alguna comorbilidad o mayores

de 60 años, para realizar los labores habituales, no obstante es facultad de la empresa permitir el trabajo presencial, aunque en estos decretos se recomiende el trabajo en casa para esta población, no es una obligación el trabajo en casa, lo que sí es una obligación, es garantizar y mantener las medidas de autocuidado y de bioseguridad establecidas por el Ministerio de Salud y la Protección Social.”

El pasado 22 de noviembre de 2021 la apoderada de la defensa envía vía correo electrónico sus **alegatos de conclusión** en los cuales sostiene que el señor OSCAR DE JESÚS POSADA SÚAREZ no ha recibido capacitación o asesoría alguna para realizar en su casa, expresando su intención de reincorporarse a trabajar como peón de barrido, actividad que realizada debido a una reubicación acontecida en el año 2019; sostiene la defensa que dichas intenciones constan en las declaraciones juramentadas recibidas, pero no especifica en cuales exactamente. De igual forma, reitera la defensa que no hay restricción alguna para que los trabajadores mayores de 60 años o con alguna comorbilidad realicen sus actividades laborales, siempre y cuando se mantengan las medidas de autocuidado y bioseguridad, en palabras de la defensora: “[...] esto no implica que una vez estos trabajadores estén vacunados o inmunizados no puedan regresar a las labores habituales como es el caso del señor Posada Suarez que hoy cuenta con las vacunas contra la Covid-19, por lo que puede reintegrarse a su trabajo sin ningún inconveniente.” (fl. 240)

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

6.1. Análisis y valoración jurídica de los cargos, descargos y de las alegaciones que han sido presentadas por los sujetos procesales:

En providencia del de 30 de septiembre de 2021 fue imputado al señor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 70.078.879, el siguiente cargo:

*“**CARGO ÚNICO:** En su calidad de servidor público, y desempeñando el cargo de Facilitador de Soporte a Procesos en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., el señor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 70.078.879, presuntamente no aceptó ni ejecutó los cambios en su labor asignados por la Empresa de conformidad con las necesidades derivadas del estado de emergencia sanitaria causada por pandemia del Covid 19, conducta con la cual desconoce la normativa que regula su relación laboral con Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.”*

POSTURA DEL DESPACHO SOBRE LOS DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Pues bien, corresponde analizar el cargo único formulado a la luz de los argumentos dados por la defensa en sus descargos y alegatos de conclusión, amén de las pruebas obrantes legítimamente en el proceso. En primer lugar, se quiere dejar claro que, frente a lo expresado por el investigado directamente en sus diligencias de versión libre y espontánea y ampliación de la misma, el concepto de infectología al que hace insistente referencia es de un periodo previo a la ocurrencia de la pandemia del Covid 19, motivo por el cual este concepto médico no resulta útil para tratar el caso del señor POSADA SUAREZ para los años 2020 y 2021. En este mismo sentido, se quiere dejar claridad que en la ampliación de versión libre, el versionista indica que “[...] Solicito ante la empresa y control disciplinario que me hagan una audiencia con HUGO YEPES Y EDWIN JARAMILLO para que me esclarezcan si tuvieron algún tipo de contacto conmigo [...]”, para ello fueron debidamente citados los señores HUGO YEPES Y EDWIN JARAMILLO en diligencias de declaración juramentada de las que se le comunicó debidamente al investigado y sus defensores, en varias de dichas diligencias se hicieron presente ambos y en otras solo la defensora del investigado, motivo por el cual no se puede acceder a esta solicitud elevada por el investigado.

Así las cosas, pese a que el señor POSADA SUAREZ ha manifestado su intención de desempeñar sus funciones, se observa que hace referencia únicamente a las funciones de barrido, no a las de aprovechamiento, las cuales, como se verá, hacen parte de los macroprocesos definidos dentro del

cargo desempeñado por el investigado FACILITADOR DE SOPORTE A PROCESOS, en el cual fue reubicado en debida forma. Pues bien, sostiene la defensora que en los “últimos decretos” se puede inferir que no hay mayor riesgo para las personas mayores de 60 años y con comorbilidades, sobre este argumento se presentará a continuación un decálogo normativo estricto en el cual se da cuenta de que dicho riesgo de contagio y de posible posterior complicación aún existe, pese a darse una reactivación económica responsable, es más, la obligación asignada por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio del Trabajo, a los empleadores en Colombia, consiste todavía en privilegiar el teletrabajo o trabajo en casa con miras a disminuir el riesgo de contagio. Ahora, que la población este siendo vacunada (como lo está el señor POSADA SUAREZ) no es óbice para que el empleador no continúe prefiriendo mantener labores de trabajo en casa para aquellos servidores que presentan un mayor riesgo de contagio. Como se verá, existe un concepto de la Dirección de Epidemiología y Demografía del Ministerio de Salud y Protección Social del 30 de agosto de 2021, en donde se manifiesta que *“[...] la variante Delta representa un actual desafío, ya que puede presentar una mayor potencialidad de la transmisibilidad, generar cargas virales más altas y puede llegar a ocasionar cuadros clínicos más severos en individuos no vacunados. Así mismo, se presenta con mayor severidad en adultos mayores y personas con comorbilidades, en especial en aquellos que solo han recibido un dosis o ninguna vacuna, adicionalmente puede llegar a afectar la efectividad de las vacunas.”*

Si bien el empleador puede reintegrar a sus empleados a labores de tipo presencial y no en trabajo en casa, esto no es predicable para el señor POSADA SUAREZ pues los conceptos médicos no permiten hacerlo, por lo mismo, cuando la defensa indica que *“[...] no es una obligación el trabajo en casa [...]”*, lo cierto es que sí es una obligación del empleado, como una de las partes que suscribe el contrato de trabajo, de dar cumplimiento a los elementos esenciales de este contrato: prestación del servicio y subordinación, los cuales vienen siendo incumplidos de manera fehaciente por el investigado.

Acerca de las intenciones que manifiesta el señor POSADA SUAREZ en sus versiones libre, acerca de la voluntad que tiene para reintegrarse al trabajo presencial, pero que las mismas no se han podido materializar porque al servidor no se le ha brindado capacitación alguna para realizar el trabajo en casa, vale la pena recordar el testimonio del señor HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON del pasado 8 de julio de 2021, relato que permite dar cuenta de que desde la Entidad se despliegan actividades de capacitación por grupos, solo que el investigado se rehúsa a tomar tanto el material para el trabajo en casa como a recibir dicha capacitación, por lo tanto, se desvirtúa así el argumento expuesto por la defensa en sus alegatos de conclusión. El testimonio del señor YEPES BLANDON sobre la materia indica:

“El señor OSCAR POSADA inició en un grupo a partir del 16 de abril de 2021, al grupo que yo venía acompañando, en la cual yo tenía que hacerle una inducción personalizada, porque ellos ya habían tenido unas inducciones previas, grupales con todas las medidas. Al empleado se le asignó la labor de ensamble de los bolsos, es decir, ya con las partes del bolso, ensamblarles las cintas de los lados y las cargaderas, a él se le asignó esa labor, esa labor se desarrollaba a mano, no necesitaba herramientas de ningún tipo, de pronto para hacer la presión de la cinta por el agujerito, de pronto un punzón o un clavito para pasar la cinta, pero ya el agujero estaba hecho, y se tenía que usar una aguja para pegar unos botones en las partes de la cargadera, como muchos de ellos no sabían hacer esa labor, uno lo que les decía es que si no la sabían hacer o les daba dificultad, que los dejaran así que alguno de los que tenían habilidad para eso nos podían ayudar con esa labor del pegado de los botones. Yo no le pude hacer la inducción personalizada, porque en el momento de yo informarle a él, la semana del 16 de abril me dicen los profesionales del área que él ingresa a este grupo de personas, porque él tenía unas medidas preventivas por preexistencias médicas que debía permanecer con esos cuidados desde casa, eso está certificado por médico laboral que dice que tiene esas restricciones. A mí me dicen que para el lunes 19 yo debía hacerle la inducción y entregarle el material para incluirlo en este, [...] proyecto. Yo a

él le informo el 16 de abril vía Whatsapp que él va a hacer parte del proyecto, yo me presento, le digo que si me puede confirmar su dirección para incluirlo en el recorrido del lunes 19, él no me contesta y le hago llamadas y tampoco me contesta, y ya el 19 que hago el recorrido, hago la llamada al señor, ya estando en la casa de él, pensando que él está ahí porque las recomendaciones que hace la empresa es que quienes estén haciendo trabajo desde casa deben estar en la casa durante el horario laboral, le marco, le hago varias llamadas y él no me contestó, en la dirección que tiene reportada en la base de datos de la empresa que es la Carrera 63 C N° 72 A- 56, eso es en el Barrio Villas del Sol del municipio de Bello [...] grupo de personas colectivas que empezaron lo hicieron desde septiembre, octubre de 2020 y él ingresa posteriormente al proceso, pero desde que me dan el reporte yo tengo la responsabilidad de hacerle la inducción personalizada para darle las instrucciones sobre la labor que tenía que desarrollar.” (fl. 65-66).

6.2. Análisis jurídico-probatorio.

Analizado el material probatorio del que se ha dado cuenta, las siguientes son las conclusiones que extrae el Despacho, a la luz de las reglas de la sana crítica y con fundamento en la apreciación razonada de la prueba (art 98 y Título VI de la Ley 734 de 2002). El hilo argumentativo que se seguirá a continuación consistirá en cuatro ejes temáticos sobre los cuales versa el objeto de estudio de la presente providencia y del actual proceso disciplinario que nos convoca: en un primer momento, se hará referencia a la reubicación en el cargo de FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS del señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ; en un segundo momento, se explicará cómo dentro de este cargo (reubicado) caben o es posible ejecutar labores de aprovechamiento. En un tercer momento, se enmarcará este cargo (FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS - aprovechamiento) dentro de las circunstancias propias de la ocurrencia imprevisible de una pandemia, siguiendo entonces la normativa que rige el tema laboral en materia de COVID 19, y en cuarto momento, se hará mención a un tema que resulta transversal a todo el estudio de los elementos del juicio disciplinario, esto es, el análisis de la tipicidad y de la ilicitud sustancial, pues con el incumplimiento de deberes por parte del señor POSADA SUAREZ no solo se está afectando la ley 734 de 2002 y el reglamento interno de trabajo, sino los elementos propios y esenciales de un contrato de trabajo.

Con respecto al primer tema, esto es, a que el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ se encuentra en la actualidad desempeñando funciones propias del cargo FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, se cuenta en el plenario no solo con testimonios sino con documentación que da cuenta de que el servidor fue debidamente notificado del cambio de cargo y del consecuente cambio en las funciones a desempeñar. Ahora, es cierto que el señor POSADA SUAREZ en el año 1990 fue nombrado por resolución N° 107, por la cual el Gerente General de las Empresas Varias de Medellín en ejercicio de las funciones y atribuciones que le confiere el Decreto N° 376 de 1964, artículo 51 de la Alcaldía Municipal y la Resolución N° 12 de mayo 15 de 1965, acta N° 10 de la Junta Directiva, resolvió nombrar al señor POSADA SUAREZ OSCAR DE JESÚS, para el cargo de RECOLECCIÓN Y TRANSPORTE. También es cierto que a raíz de la práctica de una inspección a la hoja de vida del señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ, llevada a cabo con su presencia el día 3 de agosto de 2021, se tomó copia del memorando N° 20190530004885 del 24 de octubre de 2019 en el cual se indica lo que a continuación se transcribe, además de contar con la firma y número de cédula de ciudadanía del señor POSADA SUAREZ de su puño y letra:

“[...] Teniendo en cuenta sus recomendaciones médicas actuales, previamente evaluadas por la médica de Seguridad y Salud en el Trabajo y el Comité de reubicación laboral, le informo que usted será reubicado al interior del área a la cual pertenece como Facilitador de Soporte a Procesos.

Le anexo al descriptivo del cargo ‘Facilitador de Soporte a Procesos’ el cual está vigente en la empresa para los casos de reubicación laboral y debe ser observado por usted en los ítems que este que competen al Macroproceso de Servicios de Aseo para el ejercicio de sus funciones.

Sus actividades continuarán siendo orientadas por el Administrador de Zona, Edwin Fernando Jaramillo Duque [...]

La reubicación y reasignación de funciones, no amerita el cambio d su actual contrato con la Empresa, ni su remuneración mensual, dado que el cambio se hace como mejora de su calidad de vida laboral y con el fin de que usted sea una persona funcional para la Empresa.

[...]

Finalmente, es importante que continúe atendiendo las recomendaciones prescritas por su médico tratante, las cuales se pondrán bajo su conocimiento y de las personas que coordinan sus actividades laborales [...]" (fl. 101 y 144-145)

Esto es, que el señor POSADA SUAREZ para el año 2019 no se desempeñaría más como peón de barrido, en recolección y transporte, sino en el cargo de FACILITADOR DE SOPORTE A PROCESOS, con base no en una decisión arbitraria del área de Servicios Corporativos – Seguridad y Salud en el Trabajo, sino teniendo en cuenta las recomendaciones médicas realizadas al señor POSADA SUAREZ¹. Para ampliar cómo sucedieron estos hechos, nos permitimos transcribir los testimonios de las señoras DIANA CECILIA BEDOYA TORO, jefe del área de servicios corporativos, y NATALIA LONDOÑO MONSALVE, profesional de seguridad y salud en el trabajo.

- DIANA CECILIA BEDOYA TORO, en declaración del 1 de septiembre de 2021: “[...] OSCAR hace parte de un grupo de personas que vienen en procesos de reubicación por dificultades de salud hace varios años, la ubicación que se le hizo a él fue para barrido, él estaba en ese marco de actividades alrededor de los operarios de barrido, y pues ha tenido por sus antecedentes de salud, en el último año ha tenido un proceso de actividades en casa. Las personas que por alguna situación de salud, donde el ministerio y la normatividad y lo que se ha desatado con la pandemia, se ha generado una especial protección para las personas con enfermedades preexistentes como diabetes, antecedentes de enfermedades como cáncer, problemas de presión, personas inmunosuprimidas, etc. En ese marco OSCAR por sus antecedentes médicos había pasado por una enfermedad que por las recomendaciones del médico laboral que acompaña los procesos de la empresa, nos recomendó que él estuviera en casa. OSCAR en sus orígenes fue recolector y luego fue movido por varios puntos de la ciudad y en donde sus condiciones de salud pueda ser eficiente y con sus compromisos y su responsabilidad como trabajador reubicado en el barrido. Estando en funciones de barrido, llega la pandemia y como consecuencia de sus condiciones y antecedentes, atendiendo las indicaciones y la responsabilidad de cuidar al personal de contagiarse del COVID, toda la comunidad de personas susceptibles, con base en las recomendaciones del médico laboral fue asignado a hacer labores en casa, atendiendo actividades relacionadas con el tema de aprovechamiento. Esta actividad para este grupo de personas es una actividad consensuada con muchas personas de la empresa, entre ellas la organización sindical, donde hemos unido esfuerzos para que las personas que están en casa que por indicaciones médicas no pueden hacer trabajo de campo, barrido, recolección y están entonces haciendo actividades propias del personal reubicado. Siguiendo las recomendaciones del médico laboral OSCAR está en casa desde marzo 19 de 2021, [...]" (fl.124 reverso)
- NATALIA LONDOÑO MONSALVE, la profesional de seguridad y salud en el trabajo, en declaración del 14 de septiembre de 2021, “[...] OSCAR SI ha sido reubicado el es

¹ Recordemos que desde el auto del 30 de septiembre de 2021 se llegó a la conclusión de que: “[...] el señor POSADA SUAREZ ingresó a EMVARIAS S.A. E.S.P. (año 1991) su estado de salud ha cambiado, motivo por el cual fue reubicado en el año 2019. Dan cuenta de esta situación documentos como: (a) copia del concepto del infectólogo del 5 de marzo de 2019, obrante a folios 61 a 62 y (b) copia de historia clínica del 5 de junio de 2019 a folios 106 a 107 (encontrada en la inspección a hoja de vida llevada a cabo el 3 de agosto de 2021). Además, la señora NATALIA LONDOÑO MONSALVE [...]” expresó en su declaración juramentada el proceso de reubicación sufrido por el investigado antes de la ocurrencia de la pandemia del Covid 19.

recolector de acuerdo al cargo para el cual fue contratado, por una situación de salud que en este momento no recuerdo bien, habíamos tenido recomendación de su médico tratante, creo que es por una patología respiratoria, que el tuvo, la cual era delicada. Y por un accidente que había tenido creo que de índole osteomuscular por lo cual no podía desempeñar la actividad de recolección de residuos ya que esto podía afectar su salud y con el apoyo de la médica laboral que en su momento tenía la empresa, MARY LUZ HERRERA, SE hizo el proceso de reubicación. No recuerdo si en el años 2018 o 2019, en dicho proceso se definió reubicarlo en actividades de barrido en una zona en el centro no se si estoy clara con la ubicación, pero creo que era en Cundinamarca con pichincha en un sector muy peatonal, allí estuvo hasta marzo de 2020 dado que comenzó la pandemia. [...] nosotros como empresa cuando realizamos la reubicación de un trabajador, es por que recibimos un documento sea de la EPS o de la ARL o de una entidad de salud que este tratando al trabajador, de acuerdo a ese documento que trae además de algunas notas médicas, unas recomendaciones o restricciones medicas, se evalúa y se programa al trabajador para evaluación medica-laboral, con el medico laboral que en EMVARIAS tenga contratado en su momento. Ese medico laboral que como su especialidad lo indica especializado en temas labores, es a quien de acuerdo a la labor que el tenía el trabajador y las recomendación o restricciones establecidas por el médico tratante, el encargado de dar un concepto final enfocado en si es o no es posible que el trabajador continúe en la labor que desempeña. En caso de no ser posible, el medico que conoce las actividades que se realizan dentro de la entidad puede sugerir o recomendar donde es posible reubicar al trabajador. Con este concepto, la empresa programa una reunión de comité de reubicación, a la cual asisten: el medico laboral, o la persona de seguridad y salud en el trabajo como invitados, asiste la jefe de servicios corporativos como miembro del comité, asiste la profesional 5 de talento humano del área de servicios corporativos como secretaria del comité, asiste cuando es posible el gerente general de la entidad, quien también es miembro asiste el jefe inmediato del trabajador a reubicar y asiste el jefe del área a la cual es posible enviar reubicado al trabajador. Cabe resaltar que lo que siempre se busca es que el trabajador quede reubicado en el área a la cual pertenece, en caso de no ser posible, se reubica en otra área. En ese comité, se lleva un informe del caso del trabajador el resumen de las recomendaciones o restricciones emitidas tanto por el médico tratante como por el medio laboral de la entidad y de acuerdo a ello, se buscan opciones de reubicación. En el caso de OSCAR, el comité de reubicación definió que era posible realizar actividades de barrido dado que la médica laboral MARY LUZ HERRERA con el jefe inmediato EDWIN JARMAILLO con el trabajador OSCAR POSADA y con la profesional de seguridad y salud y en el trabajo, yo, visitamos el sitio de trabajo, se hizo el análisis se vieron pros y contras, se vieron riesgos, y finalmente la médica emite un informe en el que establece que es posible reubicarle en actividades de barrido. [...]” (fl. 174- 175).

Como quiera que quedó demostrado que EMVARIAS S.A. E.S.P. notificó en debida forma la reubicación del señor POSADA SUAREZ al cargo FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, y se basó para ello, en recomendaciones médicas, entramos al segundo momento de este apartado argumentativo, según el cual corresponde analizar si dentro de las funciones asignadas al cargo de FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS se encuentran las de aprovechamiento, y a su vez, cuales actividades comprende estas funciones de aprovechamiento. Vale la pena recordar algunas de las funciones asignadas al cargo de FACILITADOR DE SOPORTE A PROCESOS, afines al caso que nos convoca:

“[...] tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos:

- *Recibir, pesar y apoyar la selección de los aprovechables, siempre y cuando puedan ser realizados dentro de la restricción ocupacional por la cual se generó la reubicación. “ (fl. 37 – subrayas del despacho)*

Pues bien, las labores de aprovechamiento han sido varias, se cuenta desde las desempeñadas en puntos naranja (según se puede observar en el manual de funciones de este cargo), y actualmente las de reciclaje de botellas PET y confección de bolsos a partir de lonas aprovechables. Sobre estas labores se cuenta a folios 76 a 80 con una presentación en Power Point en la cual se expone el proceso de aprovechamiento en los siguientes términos:

“[...] El proyecto nace como una estrategia de asignar una función al personal operativo con aislamiento preventivo debido a las condiciones definidas por el Ministerio de Salud para las personas mayores de 60 años y con enfermedades preexistentes; medidas que debían ser acatadas por las empresas para evitar cualquier exposición de la población caracterizada para contraer la enfermedad por el virus COVID 19 desde su llegada a la país en 2020. Además de dar uso a una cantidad de lonas publicitarias que se tienen como material reciclable por parte del área de aprovechamiento, aportando a la disminución del consumo de plástico. Finalmente, se viabiliza esta idea con la asesoría de una experta en el manejo de este material que a través de la creación de unos bolsos para mercado nos logra consolidar un diseño propio y las etapas necesarias para que el personal con cuidados en casa aprendiera una nueva manera de trabajar, aportando a su salud mental y a la disminución de los índices de estrés y ansiedad.” (fl. 76)²

Sobre este tipo de actividades de aprovechamiento se cuenta con el testimonio de NATALIA LONDOÑO MONSALVE Y HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON, contratista del área de Servicios Corporativos, de cuyas declaraciones se destaca lo siguiente:

- NATALIA LONDOÑO MONSALVE: *“[...] donde en junio de 2020 se define en la empresa comenzar con actividades como la elaboración de bolsos con lonas producto de vallas publicitarias que se retiran en la ciudad de Medellín, y cuyo material puede ser aprovechada y también activades con botellas PET a las cuales el personal en casa debía retirarles tapas y etiquetas. [...] Nos reunimos con gerencia, personal del área de servicios corporativos, el profesional de bienestar laboral, de talento humano y yo como profesional de sst y se invitó a la profesional de gestión operativa encargada de los temas relacionados con aprovechamiento, ella es CATALINA HERNANDEZ. CATALINA llevo una presentación con un proyecto de elaboración de bolsos, tulas, de cartucheras, cosmetiqueras, en material aprovechable en este caso lonas de vallas publicitarias y llevo una propuesta de trabajo con botellas PET” (fl. 174)*
- HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON: *“[...] En este proyecto para personal en casa que es denominado proyecto de aprovechamiento, se han desarrollado dos actividades: unas enfocadas al manejo del material pet, con este material, botellas de plástico lo que hacen son desprender la etiqueta, quitarles la tapita. Esto es una de las actividades, clasificación de material reciclable y no todos estaban en esa actividad, no todos la aceptaron porque les llegaban unas tulas con el material y no les cabía en la casa, esto dentro de las actividades a cargo de Emvarias como prestador de servicio de aseo. La otra actividad consiste en la elaboración de un producto que se denomina bolsas de lona, todo eso es el material de las vallas publicitarias, que se hacen con un material tela plástica que es muy resistente. [...]” (FL.63 REVERSO)*

Ahora bien, es claro también para el despacho que las actividades de manejo de material PET y elaboración de bolsos en material de lona se pueden ubicar dentro de las funciones de

² Esta presentación también da cuenta de que desde EMVARIAS S.A. E.S.P. se cuenta con el proceso de capacitación relativo al proyecto de elaboración de bolsos de lona para personal con trabajo en casa, pruebas que desvirtúan también el hecho de que dentro del proceso de trabajo en casa si ha contado con capacitaciones por parte de la Empresa afines a sus labores, lo cual lleva a concluir que no por presunta falta de capacitación o inducción puede escudarse el investigado para no desarrollar su labor asignada.

TRATAMIENTO Y APROVECHAMIENTO DE RESIDUOS SÓLIDOS, propia del manual de funciones definido para el cargo FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS. Es más, la señora DIANA CECILIA BEDOYA TORO, Jefe del área de Servicios Corporativos, expresa en su declaración juramentada que:

“[...] PREGUNTADO: Bajo juramento sírvase precisarle al Despacho si dentro de las funciones establecidas para el cargo que se encuentra ocupando actualmente el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ, se encuentra la de realizar actividades de aprovechamiento. CONTESTÓ: Pues déjame ver el perfil porque no recuerdo si están estas actividades, pero el cargo de reubicado permite varias funciones, entre ellas la de tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos, recibir, pesar y apoyar la selección de los residuos, verificar pesos, registro de materiales, siempre y cuando las condiciones de salud lo permitan. El perfil del cargo si permite este tipo de funciones de aprovechamiento.” (fl. 126)

En armonía con esta situación, recordemos lo que expresa a Constitución Política en su artículo 122, al respecto:

“[...] ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. [...]”

Así las cosas, en el cargo de FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, desempeñado por el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ, se encuentran debidamente enunciadas y explicadas las funciones que se deben desarrollar con ocasión de dicho cargo, dentro de estas se encuentran las de aprovechamiento, y a su vez, estas últimas comprende labores como la elaboración de bolsos en tela tipo lona, por lo que es preciso concluir que el señor POSADA SUAREZ se encuentra reubicado en un cargo cuyas funciones están detalladas en el manual de funciones, no son funciones o labores asignadas a él por su empleador de manera caprichosa o amañada, sino que por el contrario, EMVARIAS S.A. E.S.P. se ciñó a las tareas especificadas en el manual de funciones del cargo ya mencionado, por lo demás, las actividades de elaboración de bolsos en tela tipo lona son completamente legítimas y su asignación al señor POSADA SUAREZ no trasgrede ninguna normativa nacional ni interna.

Ahora bien, definido que el señor POSADA SUAREZ está en la obligación de prestar sus servicios personales para el cargo de FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS y que el mismo contiene labores de aprovechamiento como lo es la elaboración de bolsos en tela tipo lona, corresponde al Despacho analizar el motivo por el cual se produce cierto cambio en las tareas asignadas al investigado. Esto es, si bien el señor POSADA SUAREZ para el año 2019 se encontraba ya reubicado en el cargo citado, aun desempeñaba funciones de barrido, estas funciones se enmarcan en el macroproceso denominado RESPONSABILIDAD COMPLEMENTARIA DEL CARGO, dentro del que se incluye: *“[...] realizar las actividades que le sean asignadas dentro del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo [...] siempre que puedan ser realizados dentro de la restricción ocupacional por la cual se generó la reubicación”* (fl. 37). Para que el señor POSADA SUAREZ pudiera desempeñar las funciones de barrido, aun estando reubicado en el cargo FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, se llevó a cabo el procedimiento narrado por la profesional de seguridad y salud en el trabajo y que se transcribió párrafos arriba, esto es, se visitó un sector del centro de la ciudad de Medellín en compañía de la médica laboral respectiva con el fin de definirle una ruta de trabajo que no comprometiera la salud del servidor POSADA SUAREZ.

Como la función de barrido se enmarca también dentro de las propias del cargo de FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, el señor POSADA SUAREZ estuvo ejecutando dicha función durante el año 2019, y como quiera que estuviese suspendido de sus labores por una sanción disciplinaria (fl. 110-111), se reintegró a su trabajo en el mes de abril de 2021, mes en el cual se le envía el memorando N° 20210530001811 del 6 de abril de 2021. Recordemos el contenido esencial de este memorando:

“[...] en aras de aprovechar el recurso humano vinculado a Empresas Varias de Medellín S.A E.S.P., se han proyectado unas labores que usted puede realizar y que en el momento por diferentes circunstancias ajenas a la voluntad de las partes (Empresa y trabajador) debe estar en casa sin prestar sus servicios por efectos de la pandemia originada por el COVID-19. Para su caso se determinó la realización de actividades relacionadas con el Aprovechamiento de material de tela tipo lona, para lo cual se entregará material y las herramientas para la elaboración de bolsas con el referido material y la realización de las actividades de retiro de tapas y etiquetas de botellas pet, procesos que comprenden: Entrega de materiales, separación y clasificación de estos, labores para las cuales recibirá la debida inducción, capacitación y el entrenamiento, las herramientas y los elementos de bioseguridad y de protección (seguridad y salud en el trabajo) que se relacionaran en instructivo anexo al presente, para lo cual le será programada en el menor tiempo que sea posible, en fecha hora y lugar que se le informará a usted de manera previa.

La actividad relacionada deberá iniciarla el próximo viernes 9 de abril de 2021 y deberá desarrollar las labores en el horario laboral que a usted le ha sido designado por la Empresa. Se precisa que el tiempo de días de labores (número de días horario laboral) que usted emplee en el desarrollo de las labores señaladas en el presente, se restará del banco de horas, que debe compensar a la Empresa una vez sea superada la contingencia decretada por el Gobierno Nacional, por causa del COVID-19.

Se hace la anotación de que el tiempo a emplear en las labores relacionadas en el presente, no comprende el pago por concepto de dominicales ni festivos.

Le informo también que sus actividades serán orientadas por Edwin Jaramillo Duque, Administrador de Zona, quien se comunicará con usted para lo relacionado con la inducción a las actividades.

Respecto al control del material, se tendrán planillas de recibo y entrega de material las cuales usted debe firmar.” (fl. 8, 161-162)

El envío de este memorando, vía correo certificado tal y como consta a folio 163, da pie al tercer momento de este análisis jurídico-probatorio: cómo el cargo de FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, en su labor de aprovechamiento de material tela tipo lona, se enmarca o se relación con las circunstancias propias de la ocurrencia de una pandemia y a su vez, con la normativa laboral afín a esta situación de connotaciones imprevisibles. Por un lado, deberemos dejar claro que este memorando se puso en conocimiento del señor POSADA SUAREZ tanto por vía física, esto es, se le envió a la carrera 63 C 72 A 56, piso 2, Bello Antioquia³, como por vía virtual. La profesional 5 del área de Servicios Corporativos envía correo electrónico en el cual se observan varios pantallazos de WhatsApp: conversación del miércoles 7 de abril de 2021 en la cual la profesional le comunica al investigado lo siguiente:

“[...] Buenas tardes Don Oscar, Soy Omaira Yepes de Servicios Corporativos de Emvarias, adjunto la presente le envío por este medio el oficio en el que se le notifica a usted la realización de labores de aprovechamiento las cuales debe realizar en su casa, se lo remito por este medio dada la actual situación de trabajo virtual derivada de la pandemia generada por el COVID 19, cualquier inquietud a este respecto estamos prestos a atenderla.” (fl. 132-133).

Se observan los dos chulos característicos de este medio de comunicación que dan cuenta de que el mensaje fue enviado y recibido, además a folio 133 se observa que se adjunta efectivamente el memorando con radicado N° 20210530001811, sin que se observe respuesta del destinatario del mensaje, esto es, el señor POSADA SUAREZ. También se hace envió por este medio del memorando N° 20210530002296 del 30 de abril de 2021, en este segundo memorando se le indica que dicha labor debió haber iniciado el 16 de abril de 2021 pero que a la fecha (30 de abril de 2021), estas no

³ Según informe con destino a proceso disciplinario del 18 de junio de 2021 elaborado por la Profesional 3 del área de servicios corporativos, esta es la última dirección registrada por el investigado ante su empleador y en su hoja de vida (fl. 34).

habían iniciado. De igual forma, se observa a folio 134 que la señora OMAIRA YEPES ARISTIZABAL envía mensaje vía WhatsApp el día lunes 3 de mayo de 2021, adjuntando dicho memorando, y comunicándole que:

“Buenas tardes Don Oscar, le envío oficio en el cual la empresa le reitera su deber de realizar las labores de elaboración de bolsos de lona y de permanencia en su lugar de residencia para el cuidado de su salud y prevención del contagio del virus COVID 19.” (fl. 134)

De este mensaje también se observan los dos chulos característicos de este medio de comunicación que dan cuenta de que el mensaje fue enviado y recibido, sin que, en igual medida, se observe respuesta del destinatario del mensaje, esto es, el señor POSADA SUAREZ. Al respecto, debemos recordar las palabras pronunciadas por la Corte Constitucional en sentencia T-043 de 2020 acerca del valor probatorio de los pantallazos de WhatsApp:

“[...] En relación con este último punto, más allá de la implementación de nuevas herramientas tecnológicas que favorezcan la eficacia en el ejercicio de impartir justicia y mejorar la interrelación con el usuario, los avances tecnológicos conllevan otro desafío para el derecho probatorio, pues las nuevas formas de comunicación virtual en algunas ocasiones o escenarios pueden constituir supuestos de hecho con significancia en la deducción de determinada consecuencia jurídica. Por ello, los científicos de la dogmática probatoria han analizado las exigencias propias de la producción, incorporación, contradicción y valoración de elementos probatorios extraídos de plataformas o aplicativos virtuales.

20. En este sentido, la doctrina especializada ha hecho referencia a las siguientes denominaciones: “prueba digital”, “prueba informática”, “prueba tecnológica” y “prueba electrónica”. Al efecto, un sector se ha decantado por la expresión “prueba electrónica” como la más adecuada, partiendo de un punto de vista lingüístico, de tal forma que se obtenga una explicación que abarque la generalidad de los pormenores que se puedan presentar.

[...]

se ha aludido a los documentos electrónicos como una especie al interior del género “prueba electrónica”. Otras manifestaciones de esta última son el correo electrónico, SMS (Short Message Service), y los sistemas de video conferencia aplicados a las pruebas testimoniales. Acerca de los SMS, es fácilmente reconocible el influjo que han tenido en la actualidad como método de comunicación y su empleo habitual en teléfonos móviles. En este escenario es relevante hacer mención de la aplicación WhatsApp, la cual se constituye como “un software multiplataforma de mensajería instantánea pues, además del envío de texto, permite la transmisión de imágenes, video y audio, así como la localización del usuario”.

[...] Al efecto, en el ámbito probatorio, por ejemplo, los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba.”

De esta manera entonces, cuenta el Despacho con que acompañan a los pantallazos de WhatsApp el certificado de envío por correo certificado del 15 de abril de 2021 (fl. 163, 164) y las declaraciones juramentadas de OMAIRA YEPES ARISTIZABAL y LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA, que a continuación se transcriben y que, analizadas de manera conjunta, dan cuenta de que la Entidad puso en conocimiento del servidor la asignación de tareas de aprovechamiento consistente en la elaboración de bolsos con tela tipo lona. Indican los declarantes:

- OMAIRA YEPES ARISTIZABAL: “[...] en la actividad que la empresa le prescribió a don OSCAR y a otros trabajadores que era la actividad de construcción de bolsos con material aprovechable con lona, se le han enviado dos oficios los cuales relaciono en el informe dirigido a la coordinación de control disciplinario, [...]” (fl. 53)
- LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA: “[...] como te digo, para el trabajo con material de aprovechamiento para realizar trabajo desde la casa es un grupo conformado por personal del área de servicios corporativos y servicios de aseo, obviamente una de las medidas fue manifestarle, se la ha manifestado por escrito y verbalmente la obligación de realizar esas laborales, [...]” (fl. 72)

De suerte tal que queda probado, para el Despacho, que el señor POSADA SUAREZ fue conocedor de la asignación de sus tareas nuevas a la luz de la pandemia del COVID 19. Sobre este tema, se relacionó en el auto del 30 de septiembre de 2021 parte de la normativa nacional que rigió y rige aún aspectos generales y laborales bajo las condiciones materiales de la pandemia del COVID 19, valga recordar las más importantes para los fines de esta providencia:

- a. El Decreto 417 de 2020 declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el país derivado de la ocurrencia de una pandemia declarada como tal por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020, se resalta lo siguiente: “[...] Que el 7 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud, identificó el nuevo coronavirus - COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional. Que el 6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de brote de enfermedad por coronavirus - COVID-19 en el territorio nacional. Que el 9 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud, solicitó a los países la adopción de medidas prematuras con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus. Que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud - OMS declaró el actuar brote de enfermedad por coronavirus - COVID-19 como una pandemia', esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de trasmisión, toda vez que al 11 de marzo de 2020 a la OMS se habían notificado cerca de 125.000 casos de contagio en 118 países y que a lo largo de esas últimas dos semanas el número de casos notificados fuera de la República Popular China se había multiplicado en 13 veces, mientras que el número de países afectados se había triplicado, por lo que instó a los países a tomar acciones urgentes decididas para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos y tratamiento de los casos confirmados.

[...]

Que mediante la Resolución No. 0000380 del 10 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó, entre otras, medidas preventivas sanitarias de aislamiento y cuarentena de las personas que, a partir de la entrada en vigencia de la precitada resolución, arribaran a Colombia desde la República Popular China, Francia, Italia y España. Que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de la misma, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19 y mitigar sus efectos, así:

[...]

f. Ordenar a los jefes, representantes legales, administradores o quienes hagan sus veces a adoptar, en los centros laborales públicos y privados, las medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación del COVID-19. Deberá impulsarse al máximo la prestación del servicio a través del teletrabajo.

[...]

h. Ordenar a los destinatarios de las circulares que han expedido los diferentes ministerios para la prevención del contagio del COVID-19, cumplir, con carácter vinculante, las recomendaciones y directrices allí impartidas.”

- b. El Ministerio del Trabajo expide la Circular N° 0021 del 17 de marzo de 2021, en la cual se prescribe:

“[...] El ordenamiento jurídico colombiano en materia laboral, en efecto, prevé una serie de mecanismos que este Ministerio se permite recordar y exponer:

1. *Trabajo en Casa: Tratándose de una situación ocasional, temporal y excepcional, es posible que el empleador autorice el trabajo en casa, en cualquier sector de la economía. Esta modalidad ocasional de trabajo es diferente al Teletrabajo, y no exige el lleno de los requisitos establecidos para este. En el numeral 4 del artículo 6 de la ley 1221 de 2008 define como características del Trabajo en casa que: “4. Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleado, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.” Para optar por esta modalidad, debe existir acuerdo entre el empleador y el trabajador. De esta manera, el trabajo en casa, como situación ocasional, temporal y excepcional, no presenta los requerimientos necesarios para el teletrabajo, y se constituye como una alternativa viable y enmarcada en el ordenamiento legal, para el desarrollo de las actividades laborales en el marco de la actual emergencia sanitaria.*

[...]

El ‘trabajo en casa’, los permisos, las jornadas flexibles, el teletrabajo y en general, todas las medidas enunciadas en la presente Circular, no exoneran al empleador de cumplir con sus obligaciones, en particular, el pago de salario, los aportes al Sistema de Seguridad Social y todos aquellos derivados de la relación laboral. [...]

- c. El 28 de marzo de 2020, el presidente de la República expidió el decreto 491 “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, prescribió en su artículo 3 que:

“[...] “[...] Artículo 3. Prestación de los servicios a cargo de las autoridades. Para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones. Las autoridades darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones. En aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial. No obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial. En ningún caso la suspensión de la prestación del servicio presencial podrá ser mayor a la duración de la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

[...]

- d. El Departamento Administrativo de la Función Pública expidió la Circular Externa 100-009 del 7 de mayo de 2020 en la cual se hace referencia a:

“[...] Con el propósito de seguir afrontando de manera responsable, oportuna y eficaz la propagación del COVID-19 , y de atender a cabalidad las medidas de gradualidad impartidas por el gobierno nacional para el regreso paulatino de los servidores públicos y contratistas de prestación de servicios a las instalaciones de las entidades, a continuación se presenta una serie de acciones para la adopción de las directrices desarrolladas en los Decretos Legislativos 491 y 539 de 2020 , y en la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, hasta la vigencia de la emergencia sanitaria :

A. Trabajo en casa

1. Priorizar el trabajo en casa, regulado en el Decreto legislativo 491 de 2020, como medida principal para que los servidores públicos y contratistas de prestación de servicios desempeñen sus funciones y cumplan con sus obligaciones, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

2. Caracterizar, a iniciativa de los servidores y contratistas de la entidad, a aquellas personas que manifiesten tener patologías de base como factor de riesgo, tales como:

a) Diabetes, enfermedad cardiovascular, hipertensión arterial - HTA, accidente cerebrovascular, VIH, cáncer, uso de corticoides o inmunosupresores, enfermedad pulmonar obstructiva crónica - EPOC.

b) Mujeres en estado de embarazo.

c) Personas mayores de 60 años.

d) Las demás definidas en el anexo técnico del protocolo general de bioseguridad.

En dichos casos, se recomienda a las entidades extender la modalidad de trabajo en casa aún superado el periodo de aislamiento preventivo obligatorio.”

Incluso, el estado de emergencia sanitaria nacional causada por el COVID 19 fue declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 385 de 2020, prorrogada por las Resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y las Resoluciones 222 y 738 de 2021, siendo finalmente prorrogado este mismo estado por la resolución 1315 de 2021, la cual en su artículo primero nos dice:

“RESUELVE.

Artículo 1. Prorrogar hasta el 30 de noviembre de 2021 la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, declarada mediante la Resolución 385 de 2020 y prorrogada por las Resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y 222 y 738 de 2021.

Parágrafo. La emergencia sanitaria podrá finalizar antes de la fecha aquí señalada, cuando desaparezcan las causas que le dieron origen.” (subrayas del despacho)

Este Despacho no comparte lo manifestado por la defensa en sus descargos, cuando expresa que *“[...] en los últimos decretos expedidos por el gobierno nacional, se puede concluir que no existe mayor restricción para los trabajadores que tengan alguna comorbilidad o mayores de 60 años [...]” (fl. 230)*, cuando es claro que aun para la fecha de esta providencia, continúa vigente la Resolución 1315 de 2021, por la que se prorroga la emergencia sanitaria hasta el 30 de noviembre de 2021. Ahora, esta misma resolución establece en su artículo segundo que:

“[...] Artículo 2. Modificar el artículo 2 de la Resolución 385 del 17 de marzo de 2020, modificado por el artículo 2 de las Resoluciones 844 y 1462 de 2020, 222 y 738 de 2021, el cual quedará así:

“Artículo 2. Medidas. Con el objeto de prevenir y controlar la propagación de la COVID 19 en el territorio nacional y mitigar sus efectos, se ordena adoptar las siguientes medidas:

[...]

2.1. la ciudadanía en general deberá mantener las medidas de autocuidado y de bioseguridad establecidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.”

Por lo mismo, el señor POSADA SUAREZ y cualquier otro colombiano puede decidir, desde su autonomía individual, practicar o no medidas de autocuidado y bioseguridad por fuera de la empresa que lo emplea, sin embargo, no es menos cierto que continúan vigentes obligaciones para el empleador consistentes en proteger la salud de los empleados que tiene a su cargo. Sobre este tema, también se dejó claro en el auto del 30 de septiembre de 2021 que las decisiones de enviar para la casa a algunos empleados de EMVARIAS S.A. E.S.P. no fue arbitraria, sino que obedeció y obedece (pues las causas que dieron origen al estado de emergencia sanitaria – COVID 19 – continúan vigentes) a razones suficientemente conocidas a nivel mundial, nacional y local. Incluso se debe cumplir con la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 por la cual el Ministerio de Salud, por la cual se define el protocolo de bioseguridad, acto administrativo que fue derogado por la Resolución 777 del 2 de junio de 2021, la cual continúa insistiendo en su articulado que:

“[...] ARTÍCULO 6. Protocolo de bioseguridad para el desarrollo de las actividades económicas, sociales y del Estado. Adáptese el protocolo de bioseguridad para el desarrollo de las actividades económicas, sociales y del Estado, contenido en el anexo técnico que hace parte integral de la presente resolución.

ARTÍCULO 7. Adopción, adaptación y cumplimiento de las medidas de bioseguridad.

Dentro de los parámetros y condiciones definidos en la presente resolución los actores de cada sector, en el marco de sus competencias, son los responsables de:

7.1. Adoptar, adaptar e implementar las normas contenidas en esta resolución.”

Y en su anexo técnico se consigna:

“[...] 6.2. Alternativas de organización laboral.

62.1. Adoptar esquemas operativos que permitan disminuir el riesgo de contagio para los trabajadores y demás personas que presten sus servicios en los sectores económicos, sociales y del Estado.

[...]”

Permitámonos recordar algunas de las expresiones manifestadas por los declarantes dentro de este proceso disciplinario acerca del particular:

- OMAIRA DEL SOCORRO YEPES ARISTIZABAL, en declaración del 7 de julio de 2021: *“[...] el está cuando estaba antes de la pandemia generada por COVID 19 el estaba en centro B, el jefe inmediato es centro administración de zona centro EDWIN JARAMILLO DUQUE. Ya en la pandemia él ya, por su situación de salud, fue enviado en su casa en confinamiento para cuidar su salud por ser mayor de 60 años y algunos problemas de salud que él tiene por eso la empresa lo mandó a su casa en confinamiento y el jefe inmediato también es el jefe de área de operaciones de aseo, el área de servicios corporativos colaboro con el suministro de actividades que se le pidió a don OSCAR a y todos los trabajadores que tienen la misma situación que fueron enviados en confinamiento a realizar una labor de aprovechamiento de lona, en la confección de unos bolsos. [...] la única intención de la empresa al darle la orden y rarificarla a don OSCAR de que esté en su casa en confinamiento por su estado de salud es esa, el riesgo de salir a diario, por eso no se puede acoger su solicitud de que sea asignada una ruta de barrido o que sea reubicado en un punto naranja dada su situación de salud él debe permanecer en casa.” (fl. 51-52)*
- HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON, en declaración del 8 de julio de 2021: *“[...] partir de las medidas de prevención que surgen con la llegada del COVID al país. El Ministerio de*

Salud expidió una serie de normativas en donde les decía a las empresas que se debía promover el trabajo en casa, y además el cuidado preventivo a un grupo específico de personas que tenía unas características en común, como edad superior a los 60 años, y personas con enfermedades preexistentes que podrían verse afectadas en caso de contagiarse con el grupo. La empresa a través de esto, decide implementar el trabajo en casa y adicional a eso hacer un trabajo con el personal operativo de selección de cuáles tenían esas condiciones y enviarlos a la casa. [...]" (fl. 63)

- LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA, en declaración del 12 de julio de 2021: *"[...] eso fue obviamente una labor que se dio debido a la situación de pandemia, para eso se conformó un grupo en gran parte entre el personal del área de servicios corporativos y el área de servicios de aseo, para tener control como de esas actividades llevando unos registro y unas plantillas en Excel. [...] en el oficio se le encomendaron unas labores para realizar unas labores desde casa con material de aprovechamiento, de hecho, inclusive no he solo él que realizar las actividades, tenemos un grupo que por su edad y sus condiciones de salud, en aras de preservar y evitar el contagio por el Covid 19, la empresa buscó alternativas para cuidarlos y que realizaran actividades desde su casa sin necesidad de exponerse, dentro de ese grupo entonces se encuentra el trabajador OSCAR POSADA a quien se le invitó obviamente también para realizar las actividades, a la inducción e instrucción respecto de las actividades que iban a hacer desde su casa encontrando siempre renuencia por parte del trabajador. [...]" (fl. 70-71)*
- DIANA CECILIA BEDOYA TORO, en declaración del 1 de septiembre de 2021: *"[...] Las personas que por alguna situación de salud, donde el ministerio y la normatividad y lo que se ha desatado con la pandemia, se ha generado una especial protección para las personas con enfermedades preexistentes como diabetes, antecedentes de enfermedades como cáncer, problemas de presión, personas inmunosuprimidas, etc. En ese marco OSCAR por sus antecedentes médicos había pasado por una enfermedad que por las recomendaciones del médico laboral que acompaña los procesos de la empresa, nos recomendó que él estuviera en casa [...]" (fl. 124 reverso).*
- NATALIA LONDOÑO MONSALVE, en declaración del 14 de septiembre de 2021, *"[...] Como EMVARIAS de acuerdo a los lineamientos del gobierno nacional y del grupo EPM estableció que todo que personal que superar los 60 años de edad o que tuviera patología que podrían ser de riesgo mortal en caso de contagio de COVID, debían irse para la casa mientras pasaba la pandemia. Dado que el señor OSCAR POSADA Cumplía con ambas situaciones, o sea, tenía mas de 60 años y adicionalmente como lo dije anteriormente había padecido una patología respiratorio delicada (sic) que puede dejar secuelas, fue enviado a casa para proteger y prevenir un contagio. Entonces dado que el tiempo de duración de la pandemia no fue el esperado a nivel mundial, y que los contagios fueron creciendo, la empresa buscando que ese personal que estaba en casa fuera funcional, y pudiera ser útil, definió algunas actividades que se podían desarrollar en casa con material aprovechable [...] cuando el gobierno expide la resolución 666 de 2020, se estableció el protocolo de bioseguridad el cual incluye como actuar antes, durante y después de la labor, incluye las medida de desinfección y limpieza que se realiza en las sedes, incluye la frecuencias y cantidad de elementos de protección que se le va a entregar al trabajador. Para cumplir con los protocolos se hizo la señalización al interior de las sedes recordando al personal las medias de protección, se dictó una capacitación a todo el personal, estuviera en casa o no, de manera virtual y personal de lo que se establecido en el protocolo de bioseguridad de la empresa y que tanto en casa como dentro de las instalaciones debía cumplir el personal. Al personal que se le enviado trabajo en caso siempre se le ha enviado kit de desinfección tapabocas, guantes y elementos para realizar la labor. Se le envía alcohol, y Adicionalmente antes de iniciar las actividades se hizo una visita por parte del persona de servicios corporativos para*

evaluar la situación de la vivienda, el espacio con el que se contaba en la casa de cada trabajador, y por entregar los elementos que facilitaron la labor de ellos,[...]” (fl. 174, 175)

Ahora bien, está suficientemente demostrado que los funcionarios de Emvarias S.A. E.S.P encargados del proceso de talento humano y de seguridad y salud en el trabajo y competentes para decidir las medidas a tomar con los servidores de dicha entidad en relación a la ocurrencia de una pandemia, conocían las normas nacionales sobre prevención del contagio del COVID 19 y cuidado de los empleados, y las mismas fueron aplicadas de forma oportuna y adecuada. Así las cosas, encuentra este Despacho que, a diferencia de lo expresado por la defensa, no resulta tan potestativo para el empleador decidir reintegrar a las labores presenciales a sus empleados pues se encuentra con la siguiente normativa, aún vigente, a la cual debe dar estricto cumplimiento:

- a. Circular 017 del 24 de febrero de 2020, por medio de la cual se expidieron lineamientos mínimos a implementar de promoción y prevención para la preparación, respuesta y atención a casos de enfermedad por COVID 19, emitida por el Ministerio del Trabajo, estableció lo siguiente:

[...]

Ante la eventual incursión en Colombia de casos de enfermedad por el COVID-19 (anteriormente denominado Coronavirus), de manera transitoria y conforme a las orientaciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Salud, el Ministerio del Trabajo, en uso de sus facultades legales y en concordancia con lo establecido en los artículos 21, 22, 56, 57, 58, 59, 62, 84 y 91 del Decreto 1295 de 1994, este último modificado y adicionado por el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012, el Título III de la Ley 9 de 1979 en especial los artículos 80, 81 y 82, se permite presentar lineamientos mínimos a implementar en materia de promoción y prevención para la preparación, respuesta y atención que se deben aplicar de manera obligatoria en los ambientes laborales y demás actividades económicamente productivas, en el marco del Sistema General de Riesgos Laborales.

De manera general, se puede afirmar que existen tres grupos de trabajadores expuestos, considerando el riesgo de exposición:

a) Con Riesgo de exposición directa: Aquellos cuya labor implica contacto directo con individuos clasificados como caso sospechoso o confirmado (principalmente trabajadores del sector salud).

b) Con Riesgo de exposición indirecta: Aquellos cuyo trabajo implica contacto con individuos clasificados como caso sospechoso. En este caso, la exposición es incidental, es decir, la exposición al factor de riesgo biológico es ajena a las funciones propias del cargo. Se pueden considerar los trabajadores cuyas funciones impliquen contacto o atención de personas en transporte aéreo, marítimo o fluvial y personal de aseo y servicios generales.

c) Con Riesgo de exposición intermedia: Se consideran en este grupo aquellos trabajadores que pudieron tener contacto o exposición a un caso sospechoso o confirmado en un ambiente laboral en el cual se puede generar transmisión de una persona a otra por su estrecha cercanía.

Los empleadores, contratantes y Administradoras de Riesgos Laborales deben fortalecer las acciones destinadas a proteger a los trabajadores del riesgo de contraer el COVID-19.

[...]” (subrayas del despacho)

- b. Circular externa 018 de 2020 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio del Trabajo y Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, que establece:

“B. Medidas temporales y excepcionales de carácter preventivo: El servicio público es de todos. Teniendo en cuenta que la tos, fiebre y dificultad para respirar son los principales síntomas del COVID-19, los organismos y entidades públicas y privadas deben evaluar la adopción de las siguientes medidas temporales:

- 1. Autorizar el Teletrabajo para servidores públicos y trabajadores que recientemente hayan llegado de algún país con incidencia de casos de COVID-19, quienes hayan estado en contacto con pacientes diagnosticados con COVID-19 y para quienes presenten síntomas respiratorios leves y moderados, sin que ello signifique abandono del cargo. Cada empleador es responsable de adoptar las acciones para el efecto y será responsabilidad del teletrabajador cumplir con esta medida con el fin de que esta sea efectiva, en términos del aislamiento social preventivo.”*

De la normativa antes expuesta, se desprende la idea de que, si bien se pueden reactivar desde la presencialidad ciertas labores, es claro que el gobierno nacional, en cabeza de sus ministerios, continúa imponiendo responsabilidades de cuidado a los empleadores, más cuando según la Circular 017 del 24 de febrero de 2020 prevé a los trabajadores de aseo y servicios generales como unos expuestos al riesgo de exposición indirecta. Esto es, si al señor POSADA SUAREZ se le devuelven sus funciones de barrido en las calles de la ciudad (igualmente dentro del cargo FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS) se estaría exponiendo al servidor a un tipo de riesgo de exposición indirecta, situación que EMVARIAS S.A. E.S.P está buscando evitar. Al respecto, continúa manifestando la profesional de seguridad y salud en el trabajo, NATALIA LONDOÑO MONSALVE:

“[...] Quiero aclarar que varias veces, tanto en el años 2020 como en este año, la empresa ha realizado unas jornadas con el medico laboral para evaluar al personal y establecer quienes pueden o no reintegrarse a funciones el año pasado hubo un grupo de personas que se reintegraron y este año ha habido un grupo de personas eu (sic) se reintegró, sin embargo, el medico laboral ha definido que Oscar por las secuelas que tiene de esa afectación respiratoria que tuvo hace varios años, es una persona de alto riesgo para contagio de COVID y que la empresa no puede asumir la responsabilidad de tener a un trabajador en vía pública, así él esté vacunado, dado que como lo hemos observado la vacuna no es una garantía de que la enfermedad de o no de. Y sería una lotería para la empresa reintegrar al trabajador, nosotras sabemos que Oscar NO ES talabartero pero la empresa como lo dije, lo que ha buscado es gestionar acciones para que el trabajador se seinta (sic) productivo y funcional [...] entendemos que Oscar se sienta una persona saludable, pero con las secuelas que tiene de aquella enfermedad mas la edad que tiene seria un riesgo y una irresponsabilidad que la empresa le reintegra trabajar en actividades donde siempre va a tener contacto con muchas personas y que serpa imposible cumplir las medidas de prevención del covid como distanciamiento fisico, lavado de manos permanente, evitar el contacto en aglomeraciones, no tenemos como corroborar que el haga uso adecuado de los elementos de protección [...]” (fl. 178).

Con esto en mente, volvamos la mirada sobre la actual normativa del país al respecto:

- a. La Dirección de Epidemiología y Demografía del Ministerio de Salud y Protección Social, en memorando No. 202122000260173 del 30 de agosto de 2021, señaló:

“[...] En síntesis, el país actualmente experimenta una disminución de los diferentes indicadores epidemiológicos, sin embargo, la variante Delta representa un actual

desafío, ya que puede presentar una mayor potencialidad de la transmisibilidad, generar cargas virales más altas y puede llegar a ocasionar cuadros clínicos más severos en individuos no vacunados. Así mismo, se presenta con mayor severidad en adultos mayores y personas con comorbilidades, en especial en aquellos que solo han recibido una dosis o ninguna vacuna, adicionalmente puede llegar a afectar la efectividad de las vacunas.

- b. Decreto 1026 del 31 de agosto de 2021, Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID - 19, el mantenimiento del orden público, se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable y la reactivación económica segura, prescribe:

[...]

DECRETA

Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene por objeto regular la fase de Aislamiento Selectivo, Distanciamiento Individual Responsable y Reactivación Económica Segura, que regirá en la República de Colombia, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.

Artículo 2. Distanciamiento individual responsable. Todas las personas que permanezcan en el territorio nacional deberán cumplir con los protocolos de bioseguridad de comportamiento del ciudadano en el espacio público para la disminución de la propagación de la pandemia y la disminución del contagio en las actividades cotidianas expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, deberán atender las instrucciones que para evitar la propagación del Coronavirus COVID -19, adopten o expidan los diferentes ministerios y entidades del orden nacional, cumpliendo las medidas de aislamiento selectivo y propendiendo por el autoaislamiento.

[...]

Artículo 9. Alternativas de Organización Laboral. Durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus COVID-19, las entidades del sector público y privado para el cumplimiento de sus funciones podrán establecer las modalidades como el teletrabajo, trabajo remoto y trabajo en casa u otras similares de acuerdo con sus necesidades." (subrayas del despacho)

De la normativa expuesta se reafirma, para este Despacho, que el empleador aún tiene obligaciones de preservar labores en casa o trabajo remoto, todo en aras de proteger la salud de sus empleados, más cuando se cuenta con la variante Delta que podría afectar incluso la efectividad de las vacunas. Ahora bien, cabe preguntarse: si se habla de un distanciamiento individual responsable y una reactivación económica igualmente responsable, ¿si se puede volver a cierta normalidad propia de la época previa a la pandemia suscitada?, ¿cuál es el motivo que lleva a EMVARIAS S.A E.S.P. a continuar asignándole labores en casa al señor POSADA SUAREZ?. Pues bien, corresponde ahora examinar la situación médica del investigado, además de que es un servidor que tiene más de 60 años y por lo mismo es sujeto de especial protección en materia de prevención del contagio del Covid 19.

Se observa cómo en documento obrante a folio 61-62, esto es, una historia clínica aportada por la defensa fechada del **5 de marzo de 2019** que se indica que el señor POSADA SUAREZ es: "[...] paciente de 60 años de edad que por tos crónica de 1 mes de evolución, sin otro síntoma adicional si inició tamización para tuberculosis" (fl. 61). Si bien en dicho documento se indica que "el paciente no es bacilífero y tiene cultivo negativo, por lo que se podría reintegrar a su trabajo" (fl. 61 reverso), es claro que cuenta a la fecha con más de 60 años y que este documento data del 2019, fecha anterior a la ocurrencia de la pandemia del virus COVID 19, momento en el cual no había un riesgo significativo para la salud de las personas a nivel mundial y local, y era posible hablar de reintegrar al señor POSADA SUAREZ a sus labores de habituales por fuera de su hogar, sin aislamiento alguno.

Sobre el particular se expresó la señora NATALIA LONDOÑO MONSALVE frente a pregunta formulada por la defensora del investigado, así:

*“[...] **PREGUNTADO:** tiene conocimiento de la historia clínica del señor Oscar Posada donde el infectólogo manifiesta que se puede reincorporar a sus labores ya se encuentra libre de cualquier patología **CONTESTÓ: EL DESPACHO LE DA TRASLADO A AL TESTIGO DE LOS FOLIOS 61 Y 62 DEL EXPEDIENTE.** Entonces vea dra tenemos conocimiento porque Óscar lo trajo y fue reubicado en actividades de barrido, como lo puede ver en el folio 062 o en todos dice que la claramente que la fecha de impresión es del 22 de julio de 2019, que quiere decir, no había pandemia, bueno, cuando usted mira en la parte de arriba, ellos están diciendo que el no tiene, lleva un mes sin que le vuelvan a dar los síntomas de tuberculosos (sic), ya no contagia ya no era un riesgo para nosotros y por eso lo reintegramos pero también por aquí dice, página 2 de 2, tag de torax de 16 de octubre de 2018: nódulo calcificado de probable origen hamartoma a nivel de lóbulo derecho, bronqueítasis pro tracción, a nivel de segmentos apical de lóbulo superior y continua, esas son las secuelas a él le dejo la tuberuloso (sic) y que nates (sic) del Covid era posible que trabajara porque no había riesgo de que otra enfermedad como el COVID llegara y afectara los pulmones de lanera (sic) como lo hace este virus, proceso (sic) le digo que el documento es del 2019, y nosotros no hemos recibido un documento diferente.” (fl. 179)*

En el marco de la pandemia del COVID 19, tal y como se cita en el memorando interno N° 20210530002296 del 30 de abril de 2021, se llevó a cabo una evaluación médica laboral realizada al señor POSADA SUAREZ por parte de la firma ACTURA, con la cual Emvarias S.A. tiene un contrato. Dicho examen se llevó a cabo el **15 de septiembre de 2020**, y el concepto arrojado por el galeno indica:

*“[...] **EXAMEN OCUPACIONAL CON RESTRICCIONES.**
Se restringe inicio de labores de manera presencial hasta tanto pase la contingencia de Covid 19, paciente con múltiples factores de riesgo a nivel pulmonar y tabaquismo activo.
Se recomienda trabajo desde casa con reciclaje de botellas y de manera simultánea iniciar proceso pensional.
Se recomienda dejar tabaquismo activo y control el EPS (sic) de patologías de base.” (fl. 16-17)*

Reste por recordar las palabras de la profesional de seguridad y salud en el trabajo, NATALIA LONDOÑO MONSALVE, acerca de la posible reasignación de las funciones de barrido al señor POSADA SUAREZ:

*“**PREGUNTADO:** díganos si es posible reubicar nuevamente al señor OSCAR POSADA a realizar sus labores habituales. **CONTESTÓ:** desde el punto de vista del medico laboral no es posible devolver al trabajador a la actividad de barrido en la cual estaba reubicado, dado que el presenta unas secuelas de la enfermedad respiratoria que tuvo [...] hay una probabilidad de contagio que en el caso de el no es posible establecer si la enfermedad irá o no a los pulmones y con las secuelas que el tiene, se pueda complicar y ser una situación que genere la muerte. [...]” (fl. 178-179).*

Este Despacho quiere dejar claro un aspecto fundamental y es que el señor POSADA SUAREZ **NO ESTÁ REUBICADO EN LABORES DE TRABAJO EN CASA**, el señor POSADA SUAREZ desde el año 2019 está reubicado en debida forma en el cargo de FACILITADOR DE SOPORTE A PROCESO, cargo que contiene múltiples macroprocesos, uno de ellos es el de barrido (que desempeñó hasta antes de la pandemia) y otro, es de aprovechamiento (que se le asignó con ocasión de la pandemia del Covid 19) y que, hoy, se debe desempeñar en casa. Ahora, no se le pueden devolver sus labores de barrido dada su condición de salud y de que el empleador, EMVARIAS S.A. E.S.P, está prefiriendo proteger a este servidor del posible contagio del COVID 19 y de una posible complicación en su estado de

salud. Tal y como quedó claro en el auto del 30 de septiembre de 2021, las labores de elaboración de bolsos con tela tipo lona cumplen con las medidas de bioseguridad y bien pueden desarrollarse desde la casa del servidor para así cumplir con las responsabilidades que ostentan los empleadores consistentes en velar por la salud de su equipo de trabajo.

Con esto en mente, en el auto del 30 de septiembre de 2021 y en esta instancia se reafirma, se le reprocha al señor POSADA SUAREZ su negativa en la recepción del material de tela tipo lona para ejecutar las labores de aprovechamiento propias del cargo FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, como quiera que no es posible devolverle su tarea de barrido. Queda probado para el despacho, a la luz de las siguientes pruebas que se relacionan, que el investigado incumple con el reglamento interno de trabajo y con el mismo contrato de trabajo. Recordemos, una vez más, cuales son estas pruebas que comprometen la responsabilidad del investigado y que soportan la sanción a imponer:

- a. Correo electrónico del 23 de abril de 2021 por el cual HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON, le escribe a LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA, OMAIRA DEL SOCORRO YEPES ARISTIZABAL, NATALIA LONDOÑO MONSALVE y SANDRA MARIA FLOREZ BEDOYA, la siguiente información: “[...] el viernes 16 de abril, vía WhatsApp dejo un mensaje al empleado Oscar de Jesús Posada Suárez operario que a partir de esa semana seria incluido en el proyecto, por las medidas preventivas conocidas por el área de Gestión Humana; en el mensaje que fue leído por él sin obtener respuesta; se le informa de la visita que yo como apoyo al proyecto programe para el lunes 19 de abril (todo el día); espacio para entregarle material de trabajo al empleado y generar la inducción en el proceso de elaboración del producto.

El lunes 19 de abril efectivamente se hacen las visitas a los empleados, y en el momento de llegar a la vivienda del señor Oscar Posada ubicada en la dirección Carrera 63 C # 72ª -56 ubicada en el barrio Villas de Sol municipio de Bello, realizó 6 llamadas confirmando la permanencia del señor en su vivienda, sin obtener respuesta alguna; por lo cual me comunico con el teléfono fijo 2580704 reportado en la base de datos de la empresa, teléfono de la vivienda donde vive su mamá y me contesta un joven manifestando que él no se encuentra allí y que por consiguiente no podría recibirme material de trabajo que todo debe ser con el empleado en mención.

Siendo las 2:32 p.m. del mismo día recibo una llamada del empleado donde me comparte su negativa para no recibir el material de trabajo, definiendo que sus funciones no iban encaminadas a elaborar manualidades y que sus condiciones permitían una reubicación en otra área de la empresa donde puede cumplir efectivamente con sus labores; que la directiva del sindicato ya tiene conocimiento de lo enunciado y que iba a solicitar un espacio con la Jefe de Servicios Corporativos para comunicarlo; anexa que el mismo día en horas del mediodía se acercó a la sede administrativa La 30 centro empresarial Socya, buscando ser atendido por alguno de los profesionales del área de gestión humana. Todo lo dicho anteriormente se reporta por llamada al profesional Luis Fernando Álvarez el mismo día.

El miércoles 21 de abril los profesionales Omaira Yepes y Luis Álvarez de Servicios Corporativos me comunican que debo entregar efectivamente el material de trabajo al empleado Oscar Posada, para lo cual ya se había reservado vehículo para el día viernes 23 de abril a las 10:00 a.m. solicitando que por mi parte le reportara la instrucción por mensaje de WhatsApp al Sr. Posada para que tuviera conocimiento de esta directriz; sin embargo al instante recibo llamada del operario donde continua con la negativa para participar de este proyecto, refiriéndose a que sus funciones no se relacionan con las de un Talabartero y que hay muchos espacios en la empresa donde pueden reubicarlo para cumplir con las funciones para las que fue contratado. Sin entrar en conflicto con la situación se le informa que se le reportará la información a los profesionales para que lo aborden y puedan entrar en una solución de lo informado.

Para el conocimiento de lo reportado comparto mensajes vía WhatsApp al empleado [...]” (FL. 14-15)

- b. A folio 15 se observa el mensaje de WhatsApp enviado por el señor HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON al servidor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ.

- c. Declaración juramentada de la señora OMARIA DEL SOCORRO YEPES ARISITZABAL, del 7 de julio de 2021: “[...] desde el área de servicios corporativos y de servicios de aseo, por la jefatura por la de servicios corporativos y el jefe de operaciones de aseo de realizar la labor de permanecer en casa por cuidado de su salud, reitero, se le llevó material varias veces, él no lo recibía decía lo que se dijo en el informe, que él no era peletero, que él no iba a hacer esas actividades. eso fue lo que sucedió. PREGUNTADO: Bajo juramento sírvase precisarle al Despacho si conoce el tipo de actividad laboral que a la fecha el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ se encuentra desarrollando, de ser así, indique cuales actividades y cómo se controla dicha producción. CONTESTÓ: a ver no, como la actividad que se le asignó que era la construcción o confección de bolso con material de lona, él no está realizando ninguna actividad. PREGUNTADO: sírvase indicarle al despacho si al señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ se le han cancelado los conceptos relativos al salario con normalidad durante el año 2021. CONTESTÓ: si se le ha cancelado el salario pero no el subsidio de transporte porque no se está transportando, si la instrucción es que esté en su casa no se está transportando, y creo que la prima de alimentación creo no, debe confirmar con nomina, pero el salario si normal. [...]” (fl. 52)
- d. Declaración juramentada del señor HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON, del 8 de julio de 2021: “[...] El señor OSCAR POSADA inició en un grupo a partir del 16 de abril de 2021, al grupo que yo venía acompañando, en la cual yo tenía que hacerle una inducción personalizada, porque ellos ya habían tenido unas inducciones previas, grupales con todas las medidas. Al empleado se le asignó la labor de ensamble de los bolsos, es decir, ya con las partes del bolso, ensamblarles las cintas de los lados y las cargaderas, a él se le asignó esa labor, esa labor se desarrollaba a mano, no necesitaba herramientas de ningún tipo, de pronto para hacer la presión de la cinta por el agujerito, de pronto un punzón o un clavito para pasar la cinta, pero ya el agujero estaba hecho, y se tenía que usar una aguja para pegar unos botones en las partes de la cargadera, como muchos de ellos no sabían hacer esa labor, uno lo que les decía es que si no la sabían hacer o les daba dificultad, que los dejaran así que alguno de los que tenían habilidad para eso nos podían ayudar con esa labor del pegado de los botones. Yo no le pude hacer la inducción personalizada, porque en el momento de yo informarle a él, la semana del 16 de abril me dicen los profesionales del área que él ingresa a este grupo de personas, porque él tenía unas medidas preventivas por preexistencias médicas que debía permanecer con esos cuidados desde casa, eso está certificado por médico laboral que dice que tiene esas restricciones. A mí me dicen que para el lunes 19 yo debía hacerle la inducción y entregarle el material para incluirlo en este proyecto. Yo a él le informo el 16 de abril vía Whatsapp que él va a hacer parte del proyecto, yo me presento, le digo que si me puede confirmar su dirección para incluirlo en el recorrido del lunes 19, él no me contesta y le hago llamadas y tampoco me contesta, y ya el 19 que hago el recorrido, hago la llamada al señor, ya estando en la casa de él, pensando que él está ahí porque las recomendaciones que hace la empresa es que quienes estén haciendo trabajo desde casa deben estar en la casa durante el horario laboral, le marco, le hago varias llamadas y él no me contestó, en la dirección que tiene reportada en la base de datos de la empresa que es la Carrera 63 C N° 72 A- 56, eso es en el Barrio Villas del Sol del municipio de Bello. Yo realicé seis llamadas al celular que él tiene registrado en la base de datos, y me comuniqué al teléfono fijo 2580704, me dicen que es la casa de la mamá de él, y me contesta un joven, creo que es el sobrino y me dice que él no se encuentra allí, que él vive en otra casa, y le pregunto si tiene datos de contacto, para poder entregarle el material de trabajo, y él me dice que no está en la casa, pero que tampoco podría recibirme ese material porque no es debido, que no está autorizado y que él no se encontraba en la casa, que no tenía conocimiento de dónde estaba. Eso fue tipo 10:30 de la mañana, pero ya a las 2:32 P.M. él se comunica conmigo a mi celular, y yo le dije que estuve en la casa de él con el material para la actividad que debía desarrollar desde casa, y él me dice que no puede recibir, que no va a recibir el material, porque sus funciones no estaban asignadas a elaborar manualidades, y que él tenía unas condiciones de reubicación que podían favorecer su trabajo actualmente, que él podría estar reubicado realizando actividades de manera presencial. Me menciona que ya tenía conocimiento de esa situación la directiva del sindicato, que estaba a la espera de hablar con la Jefe de Servicios Corporativos, pero que él no iba a recibir el material. Yo reporto esta situación a LUIS FERNANDO ÁLVAREZ y él me dice que hay que seguir insistiendo en la entrega del material, que hace parte de las actividades de cuidado del personal, ya el miércoles 21 de abril vuelvo y me comunico con él, vía telefónica para informarle que debo entregarle el material y hacerle la inducción el viernes 23, ya tenía asignado el vehículo y todo, y él seguía negándose a recibir el material que porque esas no eran sus funciones, que esas funciones se

relacionaban con las de un talabartero, que habían muchos espacios de la empresa en las que él podría cumplir las funciones que él tenía según sus condiciones de reubicación. Yo lo único que puedo hacer es informar de manera escrita el acontecimiento a los profesionales del área de gestión humana, les informé a LUIS FERNANDO ÁLVAREZ, OMAIRA YEPES, SANDRA MARÍA FLÓREZ y NATALIA LONDOÑO, y los otros días no sigo insistiendo con la entrega del material ante la negativa del señor de recibirlo. Luego del reporte ya estos profesionales se encargan del caso.” (FL. 64 ANVERSO Y REVERSO)

- e. Declaración juramentada del señor LUIS FERNANDO ÁLVAREZ PIZA, del 12 de julio de 2021: “[...] Se le informó que se le iba a hacer entrega del material, recuerdo que ese día un compañero del área, HUYO SHEYDER YEPES, a quien se le asignó hacer la entrega del material, usualmente lo hacemos los días lunes y coincidentalmente ese día, uno de esos días me encuentro a OSCAR POSADA en las instalaciones, en la portería de las instalación de empresa, le manifesté que él debería estar atento en su casa para recibir el material, y él efectivamente él manifiesta que él no va realizar ninguna actividad, que ya había procedido a realizar con el sindicato y que él no está en la obligación de realizar ninguna labor desde su casa. Sin entrar en discusión ni polémica le reiteré y le manifesté la situación, igualmente observo que anda en su moto o si en vehículo y se trasporta en un vehículo en moto el cual está cargado de un material que desconozco que será, pero las instrucciones, vuelvo y le comento, es con el fin de protegerlos y que permanecieran a en su casa, con el fin de protegerlos y preservarles las situaciones de salud [...] PREGUNTADO: Bajo juramento sírvase precisarle al Despacho si conoce el tipo de actividad laboral que a la fecha el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ se encuentra desarrollando, de ser así, indique cuales actividades y cómo se controla su producción. CONTESTÓ: o sea voy a hablar de las que se le asignaron, porque la verdad Oscar no viene realizando ninguna labor, y ha sido renuente a eso y por eso estamos en esta labor, las que se le asignaron era la elaboración de bolsos con material de aprovechamiento, realizar la labor de bolsos, es el ensamble de unos bolsos o un material de aprovechamiento, y se hace por medio de unas riatas unas cintas, y unos botones. [...]” (Fl. 71-72)
- f. De folios 119 a 120 se observa un correo electrónico entre JULIETH MARYORI ZULUAGA OROZCO y, entre otras personas, DIANA CECILIA BEODYA TORO, Jefe del área de Servicios Corporativos, EDWIN FERNANDO JARAMILLO DUQUE, Administrador de zona, OMAIRA DEL SOCORRO YEPES ARISITIZABAL, LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA, NATALIA LONDOÑO MONSALVE y HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON en el que se indica:

“[...]
Cordial Saludo,

Durante los días 25 y 26 de Agosto se realizó recorrido para hacer entrega de material de lonas al personal que se encuentra realizando trabajo en casa para la elaboración de bolsos.

Se entregaron 220 Kit para la elaboración de bolsos distribuidos de la siguiente manera:

Identificación	Labor a desempeñar	Apellidos y Nombre(s)	Cargo	Material entregado	
1	43,064,480	Elaborar bolsos	ACOSTA ZAPATA LUZ MILA	PEON	30 Kits para bolsos
2	70,551,697	Elaborar bolsos	MONTOYA SOTO CARLOS ALBERTO	PEON	30 Kits para bolsos
3	70,220,500	Elaborar llaveros	SALAS OCAMPO ANIBAL ANTONIO	FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS 1	Material para llaveros

4	3,524,623	Elaborar bolsos	VELEZ CORTES GONZALO ANTONIO	PEON	30 Kits para bolsos
5	15,306,080	Elaborar bolsos	BOTERO MEJIA LUIS FERNANDO	FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS 1	Reintegrado
6	70,079,290	Elaborar Bolson	PIEDRAHITA ECHEVERRI JHON ALVARO	AUXILIAR ADMINISTRATIVO 1	20 Kits para bolsos
7	70,097,658	Perforación lonas	BETANCUR QUICENO DORIAN DE JESUS	PEON	Perforación de Lonas, Reintegrado desde el lunes 23 de Agosto
8	70,115,817	Elaborar bolsos	MANCO QUIROZ OMAR DE JESUS	RECOLECTOR	30 Kits para bolsos
9	43,524,492	Elaborar bolsos	FELIGRAMA ADRIANA PATRICIA	AUXILIAR OPERATIVO 1	30 Kits para bolsos
10	71,583,424	Elaborar bolsos	OSSA ESCOBAR JOSE YAMIL	AUXILIAR ADMINISTRATIVO 1	20 Kits para bolsos
11	98,658,133	Elaborar Bolsos	RIOS LONDOÑO ARLEY DARIO	PEON	30 Kits para bolsos
12	70,113,664	Corte de Cintas, y armar kit Elaborar bolsos	PRECIADO FLOREZ EDISON LEON	FACILITADOR SOPORTES A PROCESOS	Cintas para elaboración de kits (227 kit)

El señor OSCAR POSADA se negó a recibir material para realizar trabajo en casa.

Finalizando la próxima semana se hará la recolección de los bolsos y se hará una nueva entrega de kits." (fl. 119-120 y 153-154 – subrayas originales)

- g. Declaración juramentada de la señora DIANA CECILIA BEDOYA TORO, del 01 de septiembre de 2021: "[...] Siguiendo las recomendaciones del médico laboral OSCAR está en casa desde marzo 19 de 2021, y de acuerdo al programa de actividades que el personal operativo debía atender como consecuencia de la pandemia, y dado que el trabajo de ellos no permite virtualidad, entonces se le envió a OSCAR un material para que trabajara en actividades de aprovechamiento, están haciendo unas bolsas de lona que se cosen, se les ponen cintas y botones y se crean bolsas para el uso comercial y manejo de marca de la empresa con material aprovechable. [...] Pues cuando se inició esta actividad el año pasado, que fue algo contingente atendiendo la situación de la empresa, y de las personas que no podían desarrollar trabajo en campo, se hizo el trámite, mesas de trabajo, este proceso está acompañado de la profesional Yulieth Maryori Zuluaga que se encarga de la gestión operativa del tema de aprovechamiento, la empresa está acompañando permanentemente al personal que trabaja en casa, se les dio capacitación, elementos de trabajo, elementos de bioseguridad, incluyendo la entrega puerta a puerta del material para trabajar y de los productos cuando ya están listos. Todo se les entrega y se recibe en su casa. Esta actividad inició con dos actividades, una con botellas pet y otra con bolsos de lona y son actividades asociadas a la labor de la empresa, esto en desarrollo de la función de aprovechamiento que le compete a Emvarias, está de acuerdo con la línea de negocio y la función de la empresa. [...] informamos esta situación por la negativa del trabajador a recibir el material para trabajar en casa, dadas sus condiciones y por eso decidimos reportarlo a la oficina de asuntos disciplinarios" (fl. 125-126)

- h. Declaración juramentada del señor EDWIN FERNANDO JARAMILLO DUQUE, del 14 de septiembre de 2021: “[...] los que están en la casa a través de servicios corporativos se les asignó las tareas de hacer unos bolsos, aquí se le lavan unos materiales, se les lleva a la casa y ya ellos se les da unas capacitaciones para hacer los bolsos. Hasta donde tenía entendido, desde servicios corporativos, él se había negado informado que el se estaba negado a hacer esta actividad. Hasta ahí super por parte de un correo que mandó la jefe de servicios corporativos DIANA BEDOYA informado de que él se estaba negado a hacer esa actividad.” (fl. 169)
- i. Declaración juramentada de la señora NATALIA LONDOÑO MONSALVE, del 14 de septiembre de 2021: “[...] HUGO SHEHYDER YEPES persona que trabaja en el área de servicios corporativos y quien era la persona que se delegó para entregar material en muchas oportunidades el funcionario OSCAR POSADA, se comunicaba con el y le informaba que íbamos a entregar material, el funcionario siempre se negó diciendo lo que expreso la dra. Omaira Yepes que el no era un talabartero y que estaba esperando que la empresa lo reintegrara. [...]” (fl. 178).

Reste por señalar, aunque será ampliado en el apartado destinado al estudio de la tipicidad y de la ilicitud sustancial, que, con esta actuación, el señor POSADA SUAREZ, se encuentra incumpliendo el contrato de trabajo suscrito el 9 de enero de 1991 (fl. 38), como quiera que los elementos de una relación laboral son: prestación personal del servicio, salario y subordinación. Sobre este tema, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo recuerda que:

“[...] Artículo 23. Elementos esenciales. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*
- c. Un salario como retribución del servicio.”*

En materia de derecho administrativo laboral, recordemos lo expresado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, C.P. César Palomino Cortés, en sentencia del 5 de junio de 2020, rad. 20001-12-33-000-2012-00180-01(1028-15):

“[...] El régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).”

Para el Despacho, por un lado, frente al señor POSADA SAREZ, estamos en presencia de una vinculación en los términos de una relación contractual laboral propia de la de los trabajadores oficiales, calidad que ostenta el investigado, por lo mismo, le son aplicables las disposiciones que regulan tales relaciones. Por otro lado, el incumplimiento de funciones ejecutado por el señor POSADA SUAREZ pone en entredicho el cumplimiento de los dos primeros elementos del contrato de trabajo, como quiera que el servidor no está prestando ninguna actividad ni está actuando bajo condiciones de subordinación, por el contrario, y pese a lo anterior, cómo se verá, continúa recibiendo su salario con normalidad. Por lo demás, los servidores de EMVARIAS S.A. E.S.P. cuentan con una obligación puntual consistente en: “[...] Artículo 73. Son obligaciones especiales de los SERVIDORES las establecidas en la ley y las siguientes: [...] 8. Dar cumplimiento al contrato de trabajo de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y demás condiciones acordadas, [...]”

(fl. 112), obligación que debe cumplirse aun cuando no esté inmersa dentro del catálogo de obligaciones especiales de los servidores vinculados a EMVARIAS S.A. E.S.P, sino que está inmersa en la misma suscripción del contrato de trabajo el cual se ha afectado de manera ineludible por parte del investigado.

6.3. Análisis de la tipicidad.

Con respecto al cargo único, que fuere formulado en auto del 30 de septiembre de 2021, se indicó que con apoyo en lo que dispone el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, una falta disciplinaria se entiende como:

“La incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de interés, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.

De esa forma, para concluir que con una actuación se incurre en una falta disciplinaria, es imperioso que la misma se traduzca en el incumplimiento de los deberes, en la extralimitación en el ejercicio de las funciones, en la realización de comportamientos prohibidos o en la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses, sin que para ello medie una causal de exclusión de responsabilidad de las que prescribe el artículo 28 de la misma normativa.

Tal es la base con arreglo a la cual el Despacho considera que el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ con su actuar, lesionó las siguientes disposiciones:

➤ **LEY 734 DE 2002**

Artículo 34. Numerales 2:

*“son deberes de todo servidor público:
2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.
(...)”*

Artículo 35. Numeral 1:

*“Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:
1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, **los reglamentos y los manuales de funciones**, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.
(...)” (negritas del Despacho).*

➤ **REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO:**

CAPÍTULO XII. PRESCRIPCIONES DE ORDEN

*“Artículo 73. Son obligaciones especiales de los SERVIDORES las establecidas en la ley y las siguientes:
(...)
7. Someterse al régimen de disciplina y orden establecido por LA EMPRESA, a su control y vigilancia para el cumplimiento de los horarios, las tareas de trabajo, la entrega y recibo de*

materiales o utilización en forma determinada, la guarda, conducción, traslado o disposición de documentos, valores o cualquier bien, efecto comercial o industrial de LA EMPRESA.

(...)

26. Aceptar los cambios de la labor cuando, por razones especiales, LA EMPRESA lo considere necesario.”

- **MANUAL DE RESPONSABILIDADES, RESULTADOS Y PERFILES:** Con la conducta presuntamente ejecutada por el servidor se desconocen las funciones inherentes a su cargo contenidas en el Manual de responsabilidades, resultados y perfiles para el cargo Recolector, a folio 36 y 37 del expediente, y que tiene como *“Descripción de Responsabilidades / Funciones, responsabilidades y autoridades: [...] Tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos: Recibir, pesar y apoyar la selección de los aprovechables, siempre y cuando puedan ser realizados dentro de la restricción ocupacional por la cual se generó la reubicación”*. (fl. 37).

La normativa expuesta resulta transgredida con la presunta conducta del señor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ** cuando el servidor, aun conociendo las obligaciones que como trabajador de la entidad le asisten (pues a su debido cumplimiento se obliga al celebrar el contrato de trabajo), y aun cuando se compromete a ejecutar sus actividades conforme al Manual de Responsabilidades, resultados y perfiles; actúa con desconocimiento de lo consagrado en el artículo 73 numerales 7 y 26 del Reglamento de Trabajo, en el siguiente sentido. Cuando al señor POSADA SUAREZ se le comunica mediante memorando interno N° 20190530004885 del 24 de octubre de 2019 que será reubicado en el cargo FACILITADOR DE SOPORTES A PROCESOS, y es notificado en debida forma de esta decisión pues suscribe su firma y número de cédula de ciudadanía al respaldo del memorando, se obliga a desempeñar las nuevas funciones consagradas en el manual de Responsabilidades, Resultados y Perfiles del cargo señalado, de esta manera se obliga de manera general a someterse al régimen de disciplina y orden establecido en este manual de funciones, y de manera particular, se obliga al cumplimiento en la entrega y recibo de materiales y a su utilización de forma determinada. Recordemos que el señor POSADA SUAREZ está incluido en el grupo de trabajadores que por su edad y condiciones de salud gozan de especial protección en cuanto al lugar y la labor a desempeñar en el marco de la pandemia del COVID 19, es por ello, que dicho servidor está en la obligación de recibir y posteriormente entregar el material de aprovechamiento de residuos sólidos y destinarlo, durante el ejercicio de la tarea encomendada, al fin o propósito para el cual se le entregó en primer lugar, esto es, ensamble de bolsos.

Por otra parte, también debe de cumplir con una obligación básica y destinada a todos los servidores que se encuentran vinculados a Emvarias S.A. E.S.P., esta es la de aceptar los cambios en su labor cuando la empresa lo considera necesario. Como se expuso en el primer literal de este apartado de Formulación de Cargos, el motivo por el cual el señor POSADA SUAREZ debe laborar desde su casa se basa en las actividades tendientes a mitigar tanto el riesgo de contagio del empleado como la propagación de la pandemia del COVID 19, esto es, la Empresa decide cambiar de labor al señor POSADA SUAREZ y este último está en la obligación de acatarla, más cuando la nueva labor asignada guarda estrecha y directa relación con las responsabilidades estipuladas en el manual de funciones del cargo que está desempeñando. Si bien dentro de estas funciones podemos observar que se contemplan funciones que podrían ser desempeñadas por fuera del hogar, también hay otras que pueden adaptarse para que su ejecución se produzca bajo la modalidad del trabajo en casa. Esto último es lo que desplegó la Entidad en la búsqueda de contribuir con el cumplimiento de las normas nacionales que ordenan promover acciones para afrontar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por la que atraviesa el país sin menoscabar los derechos laborales de su personal vinculado.

La conducta investigada y que en esta providencia se reprocha, se tipifica en la normativa antes descrita, además, es claro para el Despacho que el servidor incurre presuntamente en la prohibición que contiene el numeral 1 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, de acuerdo con el cual, tiene el deber de cumplir con las obligaciones consagradas en las leyes, reglamentos y contratos de trabajo;

lo que, como se ha venido relatando, presuntamente acaeció y es lo que da lugar al trámite disciplinario que se adelanta.

Ahora bien, si bien el contrato de trabajo suscrito el 9 de enero de 1991, obrante a folio 38 del plenario, no contiene una obligación expresa de acatar los cambios de labor asignadas por el empleador o de cumplir con directrices impartidas por este, es claro que una vez se suscribe este tipo de contrato, emergen dos obligaciones para el trabajador oficial: prestación de su servicio y subordinación. Como quiera que este tema quedó planteado en el análisis jurídico-probatorio y resulta transversal tanto en ese apartado, como en el presente y el siguiente, es necesario recordar que también se está en presencia de una afectación al cumplimiento mismo del contrato de trabajo, no habiendo una prestación del servicio por parte del señor POSADA SUAREZ (pues como quedó claro y demostrado se ha negado a recibir el material de aprovechamiento y no está ejecutando en la actualidad ninguna labor que amerite una remuneración), y desconociendo por completo la subordinación que tiene que tener para con su empleador, esto es, en el acatamiento de órdenes y directrices.

6.4. Análisis de la ilicitud sustancial.

El derecho disciplinario comprende el conjunto de disposiciones de carácter sustancial y procesal con apoyo en las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con el propósito de asegurar el correcto funcionamiento y la correcta prestación de los diferentes servicios a su cargo. Para tales fines, dicha normativa establece la denominada *potestad sancionadora del Estado*; institución que se refiere a la competencia que tiene el Estado, en cabeza de los órganos a los que faculta para el ejercicio de la acción disciplinaria, para imponer sanciones disciplinarias y correctivas:

“Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador”⁴.

Para el ejercicio de dicha potestad, concretada en la acción disciplinaria, se ha hecho especial énfasis en el concepto de *ilicitud sustancial*, puesto que: *“El derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas”⁵*. Lo anterior, por cuanto el derecho disciplinario se encuentra en la órbita de las funciones propias de los servidores públicos, de manera que el *quebrantamiento del deber funcional* es estructural para definir y delimitar el concepto de *ilicitud sustancial*, puesto que es a su tenor que el operador disciplinario analiza la afectación del deber funcional, en aras de determinar la antijuridicidad de la conducta. Esto, leído bajo los lineamientos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 implica que una falta es antijurídica cuando *“(...) afecte el deber funcional sin justificación alguna”*.

Sobre ello, se ha enfatizado en que no se trata de la mera infracción a un deber cualquiera, puesto que ello significaría que la ley disciplinaria es un instrumento ciego de obediencia; sino que con el

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-853 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 96. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

comportamiento desplegado debe generarse una lesión o una puesta en peligro del deber funcional cuestionado, para que la conducta ejecutada sea objeto de reproche disciplinario⁶.

El estudio de la conducta que nos convoca, permite predicar la ilicitud sustancial de las conductas desplegadas por el servidor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, y, por tanto, concluir que las misma lesionan sus deberes funcionales, al tiempo que transgreden principios propios de la función administrativa, últimos que rigen su actuar en lo que a su calidad de servidor público se refiere, materializándose incluso en una probable afectación patrimonial a la entidad, la cual continúa pagando el salario del servidor sin que reciba de este la contraprestación relativa a su prestación del servicio. Sobre este tema, debemos recordar nuevamente lo expresado por los testigos escuchados a lo largo de esta investigación disciplinaria:

- OMAIRA DEL SOCORRO YEPES ARISTIZABAL: *“[...] si está incumpliendo una orden, una instrucción que la empresa le dio de realizar esa labor.”* (FL. 52)
- HUGO SNEHYDER YEPES BLANDON: *“[...] a nivel de la empresa y del manejo de todas estas estrategias que tienen para cuidar al personal que está en casa y es que para la empresa es un riesgo que se tenga personal remunerado en casa sin cumplimiento de funciones, eso es un riesgo legal para la empresa, creería que hay un detrimento el pago de salario sin realización de actividades, porque el pago de salarios debe estar relacionado con la realización de alguna función para la empresa.”* (FL. 65 reverso)
- LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA: *“[...] pero si estamos logrando cuidar la salud física y mental de nuestros trabajadores entonces para eso la empresa hace un esfuerzo económico, desde la parte económica y desde el tiempo y los recursos que se gastan, que de cierta manera afectan la empresa, que él no esté en la casa, para poder entregar el material la empresa dispone de un personal profesional, dispone de un conductor, de un vehículo y dispone de un cronograma al cual le damos cumplimiento para poder hacer entrega del material, si la persona no está que es una persona que vive en Bello y hacemos un recorrido por varios lugares de la ciudad, pues eso nos demanda entonces tiempo y desgaste tanto administrativo como de recursos financieros que la empresa brinda para poner al cuidado de los trabajadores y que se pueda realizar esta actividad, la renuencia de OSCAR frente a esta situación ha generado pérdida en los recursos que hemos dispuesto para ello”* (fl. 72)
- DIANA CECILIA BEDOYA TORO: *“[...] esta es una actividad de contingencia producto de lo que estamos viviendo como país, ciudad y organización. Esta actividad se hace porque hay personal que no puede tener continuidad en sus servicios por sus condiciones de salud, esto significa que la labor de barrido de él la está asumiendo alguien y ese sobrecosto en el servicio lo está asumiendo la empresa, pero además estamos generando otro sobrecosto adicional que es pagar por la actividad de aprovechamiento y él no la está realizando, y además estamos pagando un salario y el trabajador no está prestando el servicio. La primera consideración que quiero hacer es que somos servidores públicos, él es un trabajador oficial y tenemos una función ante el estado y la norma es clara al indicar que el salario es una contraprestación del servicio y eso nos pone en una situación bastante complicada, y eso genera unas consideraciones de*

⁶ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-041 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Jaime Araújo Rentería y C-452 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En particular, en la última se precisa: *“(...) la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional. En otras palabras, solo podrá adscribirse responsabilidad disciplinaria al servidor público cuando se demuestre, de manera fehaciente, que la acción u omisión afectó el ejercicio de las funciones asignadas por la Constitución y la ley.*

“(...)”

“[e]n el derecho disciplinario, el contenido de injusticia de la falta se agota en la infracción de los deberes funcionales que le asisten al sujeto disciplinable, es decir, en el desenvolvimiento de actos funcionales sin estricto apego al principio de legalidad que regula sus actos”(subrayas y cursivas originales).

revisión especial para la empresa. Eso incluso se le ha expresado al sindicato, porque nosotros como servidores públicos debemos prestar un servicio para recibir una asignación salarial. Nosotros con las diferentes actividades que tenemos de aprovechamiento, la empresa les saca provecho a nivel comercial o económico porque son actividades que tienen impacto en la imagen de la empresa.” (FL. 126 reverso)

- NATALIA LONDOÑO MONSALVE: “[...] en realidad la prestación del servicio no va a tener ningún inconveniente porque finalmente la actividad que se le ha encomendado ese para elaborar en su casa no tiene que ver directamente con la prestación del servicio, sin embargo, si ha habido una pérdida de recursos importante dado que la empresa para llevar le materia tiene que hacer uso de un transporte se el (sic) apaga a un profesional, lo técnico para que llegue a la casa de el, son recursos de una entidad pública que los tenemos que cuidar adicionalmente a OSCAR se le continua pagando y no se le ha parado de dar su salario una persona que no ha estado realizando su labro (sic), es un riesgo para la empresa. Adicionalmente, toda la que empresa realiza desde que el material debe ser llevado para corte el profesión de acá que hace el contacto con el municipio de Medellín para entrega de unos insumos todas esa hora para el trabajo que se ha venido haciendo y de la responsabilidad que a (sic) tenido la empresa yo considero que hay una pérdida de recursos importantes y es una falta de respeto con esas persona sino porque son persona que han ido con toda la disposición a realizar una labor para que él se sienta y sea funcional esa es la perdida de la empresa. [...]” (fl. 179)

En este orden de ideas, se vislumbra una afectación al deber funcional consistente no solo en el irrespeto al principio de moralidad y eficacia, como se pasará a analizar, sino que, además, se pone a la Entidad en una situación compleja en cuanto al pago normal del salario a un trabajador que no está desempeñando función alguna. De esta manera, al cargo de FACILITADOR DE SOPORTE A PROCESOS en EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P., desempeñado por el señor POSADA SUAREZ, le es aplicable el artículo 209 de la Constitución Política, el cual prescribe:

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (subrayas nuestras)

Con la conducta desplegada por el señor POSADA SUAREZ, nos encontramos ante una afectación del principio de eficacia. Al respecto la Corte Constitucional ha indicado en la sentencia C-479 de 1992 MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero:

“[...] La eficacia está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados.

La eficacia es, en palabras de Luciano Parejo Alfonso, "una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo"[8]. El mismo autor añade que "en definitiva, la eficacia es la traducción (...) de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de `socialidad´ del Estado".

Según el autor citado, este criterio conduce a la conclusión de que la Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general, y adicionalmente a que el valor eficacia implique una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal en su resultado"[9]. Obsérvese al respecto que es justamente el principio de la eficacia el que permite valorar el uso que el agente le ha dado a una facultad discrecional.” (subrayas nuestras)

Este principio cobra especial relevancia cuando, como quedó especificado anteriormente, el servidor incumple el acatamiento del cambio de labor, más cuando este cambio no es injustificado, sino que se basa en razones fácticas y jurídicas que exceden el alcance de la Empresa, del servidor e incluso de cualquier persona (la ocurrencia de una pandemia). El hecho de que la Empresa ponga en funcionamiento un programa destinado a los operarios para que trabajen en casa en el marco de la pandemia del COVID 19, y que el señor POSADA SUAREZ, se niegue a desempeñar dichas funciones, implica retrasar este proceso, generando afectaciones en la organización del mismo, pues como señala el señor LUIS FERNANDO ALVAREZ PIZA, se despliegan recursos administrativos y financieros que terminan por no cumplir el fin para el cual se destinaron.

La conducta que se le reprocha afecta el principio de moralidad, el cual ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como el “[...] *adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad*”⁷; esto es, el conjunto de disposiciones de naturaleza constitucional, legal y reglamentaria al tenor del cual ha de desarrollarse sus actuaciones. Este principio se lesiona precisamente cuando el trabajador desconoce no solo la orden dada por la jefe del área de Servicios Corporativos sino las normas nacionales que ordenan el autocuidado y la permanencia, en lo posible, del trabajo en casa. En relación directa con el cumplimiento de este principio, se encuentra el elemento de SUBORDINACION, como uno de los esenciales del contrato de trabajo. Sobre este elemento ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C- 386 de 2000 que:

“[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción mas aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]

A juicio de la Corte, la subordinación laboral que gobierna el contrato de trabajo se encuentra sometida, desde el punto de vista constitucional, a las siguientes reglas: - Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales. Estos, por consiguiente, constituyen esferas de protección que no pueden verse afectadas en forma alguna por la acción de aquél, porque como lo anotó la Corte, los empleadores se encuentran sometidos a la Constitución, sumisión que “...no solo se origina y fundamenta en la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores...” - Igualmente dichos poderes, se encuentran limitados por las normas contenidas en los convenios y tratados internacionales relativos a los derechos humanos en materia laboral, de conformidad con la Constitución, que prevalecen en el orden interno e integran, como lo observó la Corte, el bloque de constitucionalidad. En las circunstancias anotadas, es evidente que los referidos poderes no son absolutos y tienen como límites: i) la Constitución; ii) los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos; iii) la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales “no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-649 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos. Noción que se apoya en la Sentencia C-643 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

El principio de moralidad lleva incito el elemento contractual de subordinación, el cual, como se ha venido relatando resulta transgredido por el investigado en la medida en que no acepta el cambio en sus labores consistente ya no en las de barrido sino en las de aprovechamiento, las cuales deberá desempeñar desde casa con ocasión de la pandemia del COVID 19 y a raíz de la obligación dada a todos los empleadores del país de salvaguardar al máximo la salud de su equipo de trabajo. No es por demás recordar las mismas palabras pronunciadas por el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ en su versión libre y espontánea del 3 de septiembre de 2021:

“[...] yo le dije que yo no recibía ese material porque la empresa tiene donde ubicarme y si quieren que les preste esa función, pero en las mismas instalaciones de la empresa, mi casa es para dormir, ver televisión y tener mi descanso. [...] Desde el 9 de abril de 2021, estoy en casa, no estoy haciendo nada. Los oficios de la casa no más porque vivo solo. [...]” (fl.129)

Y en ampliación de versión libre llevada a cabo el pasado 3 de noviembre de 2021, expresó:

“[...] PREGUNTADO: Libre de todo apremio sírvase indicar a este despacho cuál es la labor que usted se encuentra desarrollando desde el 09 de abril de 2021, teniendo en cuenta que Mediante memorando N° 20210530001811 de abril 6 de 2021 suscrito por la Jefe del Área de Servicios Corporativos, se le informa a usted sobre la asignación de labores de trabajo en casa con material de aprovechamiento (se da lectura al mencionado documento). CONTESTÓ: Ningún tipo de labor [...] PREGUNTADO: Libre de todo apremio sírvase informar a este Despacho si usted desde el día 09 de abril de 2021 y hasta la fecha, ha seguido recibiendo su salario y prestaciones de ley, como contraprestación al contrato de trabajo que tiene con la empresa. CONTESTÓ: Si, he seguido recibiendo mi salario, consignado en la tarjeta, pero sin prima de alimentación ni auxilio de transporte [...]” (fl. 234 reverso)

6.5. Análisis de la culpabilidad

La culpabilidad recoge el elemento subjetivo de la responsabilidad, es decir, a la intencionalidad en la actuación del presunto autor del hecho investigado, de cara a la afectación de su deber funcional. En otras palabras, el criterio para determinar la culpabilidad radica en que el sujeto, obligado a actuar conforme a derecho, y con la plena capacidad para hacerlo, se comporta de una manera irregular. Este elemento, que necesariamente debe concurrir para la estructuración de la falta disciplinaria, se encuentra inscrito en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

“[...]”

Culpabilidad.

Art. 13 -En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. [...]”

Esto implica que en materia disciplinaria el elemento de la culpabilidad se califica de dos maneras, *dolo* y *culpa*. Sobre este asunto en especial, la Corte Constitucional en sentencias C-181 de 2002, ha señalado que:

“[...] la circunstancia de que las conductas que vulneran el régimen jurídico merezcan sanción sólo cuando se realizan de manera culposa o dolosa no significa que todas las infracciones admitan ser ejecutadas en ambas modalidades de conducta. La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles.

Con todo, el hecho de que las infracciones a la ley puedan ser cometidas, unas a título de dolo, otras a título de culpa, y que esa determinación no provenga más que de la naturaleza o de la ontología de la conducta, no significa que el Estado, en todas las manifestaciones del derecho sancionatorio, aplique la misma regla de castigo y sancione por igual a quien atenta contra el orden jurídico de manera imprudente que a quien lo hace con la intención positiva de lesionarlo.”

Continúa la Corte Constitucional indicando que existen dos sistemas para la calificar las faltas, *numerus apertus* y *numeros cerrados* o *clausus*, el primero, acogido por el derecho disciplinario y según el cual:

“[...] lo que genera el reproche de la administración al agente estatal o al particular que ejerce función pública no es propiamente la voluntad de lesionar los intereses protegidos de la función pública sino los comportamientos que impliquen cumplimiento incompleto o defectuoso de los deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan.

Aunque por obvias razones la intención positiva de menoscabar el orden jurídico –el dolo– genera responsabilidad disciplinaria en el agente del Estado, conductas tales como la imprudencia, la impericia o la negligencia, entre otras, fuentes todas de comportamientos culposos, también lo hacen.

*Es en estas condiciones que se reconoce que la regla aplicable al derecho sancionatorio de los servidores estatales es la del *numerus apertus*. Ya que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento.”*

Así las cosas, se considera que una conducta es *dolosa* cuando se requiere que en su ejecución concurren dos elementos: *“uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, y otro volitivo, que implica querer realizarlos. Así, actúa dolosamente quien sabe y comprende que su acción es objetivamente típica y quiere su realización”*⁸. Dicho de otro modo, esto significa *“(...) que el sujeto disciplinable haya tenido conocimiento de la situación típica que implica el desconocimiento del deber que sustancialmente debe observar y que voluntariamente haya decidido actuar en contravía a éste; por tanto, el conocer ya involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a eso se realiza la conducta, es porque efectivamente quiere el resultado”*⁹. A lo que la Corte Constitucional agrega:

“Tratándose del dolo en materia disciplinaria, se parte de una presunción, de stirpe constitucional, consagrada en el artículo 122 de la Carta, según el cual el funcionario, al momento de asumir sus funciones, se compromete solemnemente a cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos que rigen la función o el servicio que va a desempeñar. Eso significa que entiende el compromiso que adquiere y que se obliga, no solo a observar las normas, sino a tener conocimiento de ellas y de la manera en que deben aplicarse (...).

”Por lo anterior se afirma que el servidor público soporta una carga mayor y superior en materia de responsabilidad y que para excusarse de cumplir con sus postulados, debe probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12 de febrero de 2014, Radicado 36.312. M.P. José Luis Barceló Camacho.

⁹ Sentencia T-319A de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte se apoya la *“(...) doctrina reiterada de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, según consta en el fallo disciplinario de segunda instancia de Radicado 049-7324-08”*.

actuación que vulnera el ordenamiento, o que su propósito fue diferente al conseguido, o que actuó suponiendo unos resultados pero sobrevinieron unos diferentes”¹⁰.

Ahora, para que una conducta encaje en la segunda forma de culpabilidad, la *culpa*, se requiere, contrario a lo expuesto en materia de dolo, que el resultado final de la acción no sea el *deseado* por el sujeto, sino que se presente como consecuencia de alguna de las situaciones que detalla el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, esto es, que se incurra en el comportamiento disciplinable por “*ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento*”, como lo demanda la culpa gravísima; o que se concrete la presunta falta por “*inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones*”, presupuesto exigido para la culpa grave.

Así las cosas, llevado al caso concreto, el Despacho concluye que la conducta que presuntamente ejecutó el servidor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ** se debe calificar como **DOLOSA**. Para sustentar esta afirmación es indispensable remitirse a las estipulaciones legales y reglamentarias referidas, de las cuales se concluye que el servidor conocía la normativa que rige su relación laboral, además es claro que el señor POSADA SUAREZ conocía su manual de funciones afín al cargo de FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, pues suscribió con su puño y letra el memorando N° 20190530004885 del 24 de octubre de 2019 por el cual se le comunica la reubicación en este cargo nuevo. Por demás, en su versión libre y espontánea el investigado adujo que:

“[...] yo le dije que no recibía ese material porque la empresa tiene donde ubicarme y si quieren que les preste esa función, pero en las mismas instalaciones de la empresa, mi casa es para dormir, ver televisión y tener mi descanso. Es mas, según el reglamento interno de trabajo, dónde figura que la empresa tiene una peletería y quienes se lucran de esos bolsos que supuestamente mandan a hacer. [...]” (fl. 129). Y en la ampliación de su versión libre, también adujo frente a respuesta formulada por este Despacho: “*[...] PREGUNTADO: Libre de todo apremio sírvase indicar a este despacho cuál es la labor que usted se encuentra desarrollando desde el 09 de abril de 2021 [...] CONTESTÓ: Ningún tipo de labor [...]*” (fl. 234)

Dejando claro también que ha estado recibiendo con normalidad su salario. Es claro entonces que se configuran los elementos necesarios para calificar esta conducta estudiada como dolosa, esto es, que el servidor conocía su obligación de acatar las órdenes y directrices dadas por el empleador y que, a su vez, con todo el pleno conocimiento de esta obligación, se negó a recibir el material de aprovechamiento, actuando con completa insubordinación frente a su empleador, siendo consciente de que no estaba ejecutando ningún tipo de labor que ameritare una remuneración.

6.6. FUNDAMENTACION DE LA CALIFICACION DE LA FALTA

Para determinar la gravedad o levedad de la falta y la forma de culpabilidad en la que incurrió el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ, el Despacho debe partir de lo que dispone el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, según el cual:

“Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código”.

¹⁰ Sentencia T-318A de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Para esta idea, la Corte Cita: Brito Ruiz, Fernando. Régimen Disciplinario. Procedimiento ordinario, verbal, pruebas. Legis Editores S. A., Cuarta Edición, 2012.

Así, partiendo de que la falta cometida corresponde a una de las que consagra este artículo, pues no se encuentra dentro del listado taxativo de faltas gravísimas del artículo 48 de la misma ley, en sede de formulación de cargos fueron expuestos los criterios para concluir que las faltas cometidas por el señor POSADA SUAREZ es de naturaleza **GRAVE** de la siguiente manera:

1. El grado de culpabilidad: Como se indicó en la providencia del 30 de septiembre de 2021, la conducta presuntamente ejecutada por el servidor POSADA SUAREZ se calificó como DOLOSA, atendiendo a que él tenía conocimiento acerca de la normativa que le era aplicable en materia de acatamiento de normas y seguimiento al régimen de disciplina, orden, horario, tareas de trabajo, entrega y recibo de materiales y utilización de forma determinada de estos materiales entregados. Sobre todo, cuando se tiene que cuenta que el señor POSADA SUAREZ fue reubicado en debida forma en el cargo de FACILITADOR DE SOPORTE A PROCESOS, dentro del cual, se encuentra una actividad directamente relacionada con el tratamiento y aprovechamiento de residuo sólidos, como la asignada desde abril de 2021: aprovechamiento de material de tela tipo lona para el ensamble de bolsos, configurando así los elementos del dolo.

2. La naturaleza esencial del servicio y grado de perturbación del mismo: El objeto social de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. consiste en prestar el servicio público de aseo, en los componentes de barrido, limpieza y recolección de residuos sólidos urbanos, industriales, comerciales y especiales en áreas públicas, su transporte y su disposición final. Tal servicio resulta, pues, esencial para la conservación de la salubridad pública. Si bien dicho objeto social no se afecta, si es clara la afectación que general la renuencia del señor POSADA SUAREZ a recibir el material destinado a las labores de aprovechamiento en el entendido de que el tratamiento y el aprovechamiento también hace parte de los macroprocesos que tiene Emvarias S.A. E.S.P.

3. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución: el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ no ostentaba un cargo que le otorgara jerarquía y mando al interior de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

4. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado: Con la conducta que se le reprocha al investigado se manifiesta una desatención y desinterés por la normatividad que lo rige, lo que se refleja en el hecho de que se le está cancelando el salario al investigado sin que la Entidad reciba de él contraprestación alguna.

5. Modalidades y circunstancias en que se cometió la falta: Con respecto a la falta cometida por el señor POSADA SUAREZ, el Despacho considera que la misma no requiere un cuidado especial en su preparación. Asimismo, solo es partícipe de la conducta el investigado, quien, conociendo la normativa laboral que la rige y las consecuencias de su inobservancia, no recibe el material de aprovechamiento cuestionando, por ejemplo, quien se va a beneficiar de los bolsos o que el objeto social de la Entidad no es el de una peletería.

6. Los motivos determinantes del comportamiento: No se observan en la actuación que adelanta el Despacho motivos que determinaran el actuar del investigado; diferentes a los elementos analizados al momento de precisar la forma de culpabilidad a imputar.

7. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas sean particulares o servidores públicos. No se observa en la presente actuación la injerencia de otros servidores en la ejecución de la conducta investigada.

8. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave: Este criterio no aplica en el presente caso, habida cuenta de que la falta se ha calificado como **GRAVE DOLOSA**.

Hecho este análisis, en sede de formulación de cargos se concluyó (y aún en esta instancia se

concluye) que la falta disciplinaria es de naturaleza GRAVE, por cuanto si bien el Despacho considera que se está afectando de manera considerable el reglamento interno de trabajo y se está pagando un salario a un servidor sin que este esté efectivamente prestando sus servicios, llama la atención el hecho de que el señor POSADA SUAREZ, según declaración juramentada de la señora DIANA CECILIA BEODYA TORO, en el mes de abril de 2021 recién se reintegraba a sus labores pues estuvo suspendido por un tiempo, en palabras de la declarante: “[...] Desde que él entró de su suspensión, de la anterior sanción, hemos estado recopilando la información desde cuando él no ha querido recibir el material, este es un tema que viene desde el primer semestre de este año, y él no ha querido recibir el material. [...]” (fl. 126 reverso). Además del ineludible incumplimiento de los dos elementos constitutivos del contrato de trabajo: subordinación y prestación del servicio.

7. CRITERIOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se ha indicado en esta providencia, la falta que se imputa al servidor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 70.078.879 se califica como GRAVE DOLOSA, atendiendo a los criterios que dispone el artículo 43 de la Ley 734 de 2002. Ahora bien, el artículo 44 de la Ley *ibídem* señala las sanciones a las que los servidores públicos están sometidos; siendo pertinente, para el caso que se examina, la que dispone en el numeral dos, a cuyo tenor expresa: “2. *Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas*” (Subrayas del Despacho). A renglón seguido, el artículo 45 de la misma Ley ofrece una definición de las sanciones de que trata el artículo 44; refiriéndose a la *suspensión e inhabilidad especial* en el numeral dos, en estos términos: “La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo”.

Adicionalmente, el artículo 46 de la Ley 734 de 2002 consagra que la sanción consistente en suspensión e inhabilidad especial no puede ser inferior a un mes ni superior a doce meses¹¹; en tanto el artículo 47 de la misma ley dispone una serie de criterios que debe tener en cuenta el operador disciplinario al momento de graduar la sanción, de los cuales se exponen a continuación los pertinentes para la actuación disciplinaria adelantada y de que es objeto esta providencia, por ser los que se deben analizar cuando la sanción consista en la suspensión e inhabilidad especial del servidor:

a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga: el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ identificado con C.C. 70078879 fue sancionado como a continuación se enuncia, según certificado de antecedentes disciplinarios N° 173211481 del 6 de agosto de 2021 (fl. 110-111):

- SIRI: 100146629, consistente en suspensión del numeral 2 del artículo 44 de la ley 734 de 2002 por tres (03) meses, fecha de providencia: 10 de diciembre de 2018
- SIRI: 100156438, consistente en inhabilidad especial por 4 meses y suspensión del numeral 2 del artículo 44 de la ley 734 de 2002 por 4 meses, fecha de providencia: 11 de agosto de 2020.

b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función: dentro del proceso disciplinario se logró observar que la relación de, por ejemplo, DIANA CECILIA BEDOYA TORO y EDWIN FERENANDO JARAMILLO DUQUE, con el señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ ha

¹¹ Ley 734 de 2002. “Artículo 46. Límite de las sanciones. (...) La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial”.

sido en términos de respeto, no obstante, como el señor POSADA SUAREZ no ha recibido el material de aprovechamiento no se puede predicar diligencia y eficiencia de parte del servidor en el desempeño de sus tareas.

c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero: el investigado no ha atribuido responsabilidad sin fundamento a un tercero;

d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos: la falta no fue confesada por el servidor¹².

e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado: No reposa en el plenario prueba alguna que dé cuenta del cumplimiento de este criterio.

f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso: este elemento no aplica en el presente proceso.

g) El grave daño social de la conducta: No se observa afectación alguna relacionada con el cumplimiento del objeto social de EMVARIAS S.A. E.S.P, es decir, no se afectó la prestación del servicio público de aseo. El daño social se refleja al interior de la organización, no solo con los compañeros del señor POSADA SUAREZ a quienes se les encomienda la entrega del material tipo lona, sino en el hecho de que EMVARIAS S.A. E.S.P. tiene dentro de su nómina un trabajador que no está cumpliendo con uno de los elementos del contrato de trabajo (prestación del servicio) y aun así, recibe su salario.

h) La afectación a derechos fundamentales: con la conducta del señor OSCAR DE JESUS BEDOYA SUAREZ no se afectaron derechos fundamentales.

i) El conocimiento de la ilicitud: como se concluyó al examinar el elemento de la culpabilidad, la conducta que se reprocha por parte de del señor OSCAR DE JESUS POSADA SUAREZ sí configura los elementos propios del dolo.

j) Pertener el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad: el investigado no pertenece al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

Atendiendo a los lineamientos de las disposiciones expuestas y con base en lo que se ha relatado en esta providencia, es claro como los literales C, F, H y J favorecen al investigado y deben aplicarse como atenuantes de la sanción que debiere imponer este Despacho, por su parte, los literales: A, B, D, E, G, e I, deben valorarse en disfavor del mismo. De suerte tal que este Despacho acoge los lineamientos del principio de proporcionalidad de la sanción, quedando así justificado que la sanción a imponer no se impondrá de manera arbitraria o caprichosa, sino que para su definición se tienen en cuenta criterios a favor del investigado, lo cierto es que la comisión de la conducta se encuentra demostrada, su tipicidad se argumentó en debida y suficiente forma, el análisis de la ilicitud sustancial es claro, preciso y motivado, al igual que la culpabilidad; de suerte tal, que este Despacho ciñe su actuación e impondrá la sanción conforme a los lineamientos del artículo 47 de la ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 18 de la misma ley, el cual prescribe:

“ARTÍCULO 18. PROPORCIONALIDAD. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley” (subrayas del despacho)

¹² Aclarando, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que si bien este apartado de la disposición fija un criterio para dosificación de la sanción, no se convierte en un instrumento de coacción que obligue al disciplinado a declarar contra sí mismo. En ese orden, simplemente se fija un beneficio para la persona que decida hacerlo (Cfr. Sentencia C-280 de 2006. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Es por ello que la sanción a imponer al señor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 70.078.879, quien para el momento de los hechos materia de investigación se desempeñaba como FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, en el área de Servicios de Aseo en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., SERÁ LA CONSISTENTE EN SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR EL TÉRMINO DE SEIS (06) MESES, QUE SE CONTARÁN A PARTIR DEL MOMENTO EN EL QUE SE EMITA LA RESOLUCIÓN HACIENDO EFECTIVA LA SANCION POR PARTE DEL GERENTE DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.

Por lo anterior, y con fundamento en lo que dispone el artículo 170 de la Ley 734 de 2002, el Coordinador de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR probados y no desvirtuados los cargos endilgados en esta providencia al servidor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 70.078.879, quien para el momento de los hechos materia de investigación se desempeñaba como FACILITADOR SOPORTE A PROCESOS, en el área de Servicios de Aseo en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto a lo largo de la investigación disciplinaria y, especialmente, en el contenido de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER como sanción disciplinaria al señor **OSCAR DE JESÚS POSADA SUAREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 70.078.879, la consistente en **SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR EL TÉRMINO DE SEIS (06) MESES, QUE SE CONTARÁN A PARTIR DEL MOMENTO EN EL QUE SE EMITA LA RESOLUCIÓN HACIENDO EFECTIVA LA SANCION POR PARTE DEL GERENTE DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente la anterior decisión al investigado, quien se desempeña como servidor público adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. y/o a su defensora, de conformidad con lo que dispone el artículo 101 de la Ley 734 de 2002; informándoles a él y a su defensor que contra la misma procede el recurso de apelación, mismo que deberá ser interpuesto dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la última notificación, de conformidad con el inciso primero del artículo 111 de la Ley 734 de 2002. Para el efecto, líbrense las respectivas comunicaciones, indicando la decisión tomada y la fecha de la providencia.

En caso de que no pudiere notificarse personalmente en el término que establece la ley, se fijará edicto en los términos del artículo 107 de la Ley 734 de 2002.

ARTÍCULO CUARTO: En firme esta decisión y el acto administrativo que la haga efectiva, comuníquese a la Profesional 5 del Área de Servicios Corporativos- Nómina de Empresas Varias de Medellín S. A. E. S. P., enviando la parte resolutive de esta providencia, con su constancia de ejecutoria, para que dentro del término de diez (10) días siguientes se cumpla la sanción. Igualmente, comunicar a la división de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para los fines correspondientes.

ARTÍCULO QUINTO: Adelantar las demás diligencias de comunicación, notificación y anotaciones que correspondan a este Despacho, para la ejecución y registro de la sanción, de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002.

ARTÍCULO SEXTO: Agotados los trámites procesales y administrativos que pongan fin al presente proceso disciplinario, archívese el expediente con radicado 560 de 2021.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO GERMÁN TÓBAR PINEDA
Coordinador de Asuntos Disciplinarios

Proyectó: Sara María Restrepo Arboleda

Revisó, encontró conforme y aprobó: Fabio Germán Tobar Pineda