REPUBLICA DE COLOMBIA

Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,

H A C E S A B E R:

Que el primero (1º) de junio de dos mil veintidós (2022), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN:	54-001-31-05-002-2019-00518-01 P.T. No. 19777
NATURALEZA:	FUERO SINDICAL (Levantamiento de fuero sindical – Permiso Despedir)
DEMANDANTE	ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A.
DEMANDADO:	SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA y OTRO.
FECHA PROVIDENCIA:	PRIMERO (1º) DE JUNIO DE 2022.
DECISION:	"**PRIMERO: CONFIRMAR**, la decisión proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 31 de marzo de 2022, dentro del proceso especial de fuero sindical adelantado por la sociedad LA ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A. contra la señora SHIRLEY JOHANA CARRILLO ESPARZA. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor $600.000 a cargo de la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A. y en favor de la demandada SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA."

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy siete (7) de junio de dos mil veintidós (2022).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA

Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

El presente edicto se desfija hoy diez (10) de junio de 2022, a las 5:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA

Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta
SALA LABORAL

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2019-00518-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19777
JUZGADO: SEGUNDOLABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA SAS
DEMANDADO: SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: LEVANTAMIENTO DE FUERO-PERMISO PARA DESPEDIR

San José de Cúcuta, primero (01) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el día 31 de marzo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso especial de levantamiento de fuero sindical seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-002-2019-00518-00 y P.T. No. 19777 promovido por la sociedad LA ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A.S. en contra de la trabajadora SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA y el SINDICATO SINTRAESPERANZA.

I. A N T E C E D E N T E S

La empresa ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A.S., por intermedio de apoderado judicial, interpone demanda especial de levantamiento de fuero sindical con el fin de que se autorice el despido de la trabajadora SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA quien goza de fuero sindical de directiva del Sindicato de Trabajadores del Sistema Funerario SINTRAESPERANZA y del Sindicato Nacional de Trabajadores del Sistema de Servicios Exequiales y Afines SINTRASER, Seccional Cúcuta, por incurrir en las justas causas de despido invocadas en los hechos de la demanda; y que sea condenada al pago de costas procesales.

II. H E C H O S

La sociedad demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: que Shirley Johanna Carrillo Esparza es trabajadora de la empresa desde el 17 de abril de 2009, el cargo que desempeña es de asesora de ventas, que en la cláusula primera del contrato de trabajo se establecen la función principal, que según el perfil ocupacional y descripción de

responsabilidades informado el 17 de septiembre de 2014, cumple con las obligaciones allí determinadas; que la función 1 del perfil ocupacional fue modificada con la implementación de la Tablet, según la circular TH-0034-17 del 07 de septiembre de 2017 de la Dirección de Gestión Humana; que según el sistema de gestión de calidad de la empresa, la trabajadora pertenece al denominado esquema mixto; que la trabajadora es miembro del sindicato SINTRAESPERANZA y pertenece a la Junta Directiva según la notificación recibida el 14 de noviembre de 2019; también es miembro del sindicado SINTRASER CÚCUTA; que el 07 de septiembre de 2017 a través de la Dirección de Gestión Humana de la empresa, se le informó al área de ventas que debían realizar la actividad comercial directamente con la aplicación e-Force, que está contenida en la Tablet.

Sostuvo que la demandada incurrió en la justa causa de despido establecida en el art. 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 que subrogó los arts. 62 y 63 del CST, lit., a) **numeral 9º**, consistente en el deficiente rendimiento en el trabajo, conforme al procedimiento especial regulado en el art. 2º del Decreto 1373 de 1966; que el procedimiento se cumplió así: i) requerimiento del 17 de julio de 2019, el segundo el 21 de agosto de 2019, tercero el 11 de septiembre de 2019; ii) la trabajadora no presentó descargos de su bajo rendimiento, a pesar de contar con la oportunidad legal; iii) finalmente el 2 de octubre de 2019 el empleador informó a la trabajadora que invocaría esa justa causa de despido en la demanda.

Aseguró que la trabajadora también incurrió en justa causa de despido consagrada en el art. 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 lite a) **numeral 5º** consistente en el "acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores", por las posibles conductas que fueron objeto de denuncia ante la FGN, el 17 de junio de 2019 por la Dra. Lissette Vanessa Calderón, directora de Gestión Humana de la empresa.

Arguye que también incurrió en la causal prevista en el **numeral 2º**: "*todo acto de violencia, injuria, malos tratamiento o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores…"*, por los continuos actos contra sus superiores y compañeros de trabajo, por los cuales, ha recibido permanentes llamados de atención y suspensión del contrato de trabajo.

Que también incurrió en la causal del **numeral 6º:** *"violación grave de las obligaciones o prohibiciones*…", por negarse injustificadamente a recibir la Tablet y las capacitaciones sobre su uso, como elemento de trabajo; por negarse injustamente a diligencias el documentos de actualización de datos personales 2019, por negarse a diligencias el consentimiento informado para la batería de riesgo psicosocial de 2019 exigido en el art. 11 de la Resolución 2646 de 2008 del Ministerio de Protección Social, por negarse injustificadamente a firmar acuerdo de confidencialidad.

Que la demandada incurrió en la causal prevista en el numeral 10: *"La sistemática inejecución sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales*", por la suspensión de contratos de trabajos continuos: 31 de mayo 2018, 12 febrero 2019, 15 de abril de 2019 y 24 de julio de 2019. Igualmente, por los llamados de atención verbales y escritos continuos como el acto de irrespeto contra su superior inmediato Sixto Tulio Peñaranda el 30 de agosto de 2019.

Que el 2 de octubre de 2019 el empleador informó a la trabajadora la terminación del procedimiento administrativo interno por deficiente rendimiento y la decisión de presentar demanda para obtener permiso para despedirla invocando las justas causas.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificado de la demanda presentada en su contra, **SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA y al SINDICATO SINTRAESPERANZA** dieron formal contestación a la misma a través de apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones de la demanda, manifestando que de las faltas aquí indilgadas, carecen de los fundamentos facticos, probatorios y jurídicos, pues en el caso del deficiente rendimiento se deben tener en cuenta la fabricación de las circunstancias que se estiman como causa del incumplimiento y que están relacionadas con las prohibición expresa por parte de la demandante de vender los productos y servicios, ingreso a la infraestructura de la empresa y las demás prohibiciones ya enunciadas y demostradas; además el procedimiento legal establecido para este asunto, carece de los principios constitucionales y legales de analogía e igualdad por lo ya expuesto.

Que los algunos hechos relatados, adolecen de la excepción de falta de mérito para demandar, además de la excepción de prescripción contenida en el artículo 118 A de C.P.T y S.S; asegura que hubo una violación al debido proceso disciplinario y en efecto una nulidad en este que permite no alegarse como causal y si se alegara debería tomarse en cuenta la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de dicha conducta, que en este caso sería el 30 de agosto de 2019, operando también la excepción de prescripción contenida en el artículo 118 A de C.P.T y S.S.

Propuso como excepciones de mérito, la falta de causa para demandar y la prescripción.

El SINDICATO SINTRASER Subdirectiva Cúcuta al cual pertenece la demandada, no fue vinculado al proceso porque actualmente se encuentra disuelto y en liquidación según sentencia judicial debidamente ejecutoriada 22 de julio de 2020.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 31 de marzo de 2022 resolvió:

> **"PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA como trabajadora y LA ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA como empleadora, existe un contrato de trabajo desde el día 17 de abril del año 2009 en donde se vinculó a la demandante como asesora de ventas.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** que la demandada se encuentra cobijada por la garantía del fuero sindical como miembro de la junta directiva de la Organización Sindical SINTRAESPERANZA, de conformidad con el Art. 405 del C.S.T.
>
> **TERCERO: DESPACHAR** de manera desfavorable las pretensiones de la demanda solicitadas por la Organización La Esperanza, en cuanto a la autorización del despido de la señora SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA, por no configurarse las causales establecidas en el Art.410 del CST y 62 de la misma normatividad.
>
> **CUARTO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción sobre las causales invocadas para la autorización del despido solicitadas en la demanda correspondiente a los numerales 2 y 5 del literal A del Art. 62 del CST.
>
> **QUINTO: DECLARAR** probada la excepción de falta de causa para demandar, sobre las causales solicitadas en la demanda en los numerales 2, 5, 6, 9 y 10 del literal A del Art. 62 del C.S.T.
>
> **SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante fijando con agencias en derecho en favor de la parte demandada en la suma de UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE".

Para resolver lo anterior, el Juez A quo analizó en forma individual las justas causas incoadas por la empresa demandante, previstas en los numerales 2, 5, 6, 9 y 10 del literal a) del art. 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto a las causales previstas en los numeral 2º y 5º del literal a) del art. 62 del CST, mencionó varias sentencias proferidas por la Sala Laboral de la CSJ, sobre el tema, del 17 de octubre del año 1978, del 22 de marzo de 1985, del de agosto 28 de 1986 y mayo 28 de 1987, omitiendo los radicados de las mismas; expuso los argumentos del empleador y la defensa de la demandada, realizó la valoración integral de las pruebas y concluyó que las presuntas conductas endilgadas a la demandante para solicitar el permiso

para levantar el fuero sindical y despedirla, se encontraban prescritas conforme lo dispone el art. 118 del CPT y SS, primero, porque los hechos acontecieron el día 17 de abril del año 2018, más de un año de radicación de la demanda (2 diciembre 2019) y la investigación disciplinaria terminó de manera formal con la decisión confirmatoria de suspensión por 8 días del contrato de trabajo calendada el día 12 de febrero del año 2019.

Sobre el **numeral 6º del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo,** trajo a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias S.L. 2309 del 2020, 10 de marzo de 2003, radicación 35105 reiterada en fallos S.L. 670 de 2008 y S.L. 187 del 2018, y verificó en el reglamento interno de trabajo las causas graves para dar por terminado el contrato previstas en el art. 56 del reglamento interno de trabajo numerales 4, 5, 6, 9, 29 y 30 (fls.94 y siguientes del PDF00); de igual forma, señaló las conductas inculcadas por el empleador que se resumen en: negarse injustificadamente a recibir la comunicación del presupuesto de ventas, negarse injustificadamente a actualizar sus datos personales, negarse injustificadamente a diligenciar la batería de riesgos psicosocial, negarse injustificadamente a firmar el acuerdo de confidencialidad y principalmente negarse injustificadamente a recibir la Tablet y las capacitaciones sobre su uso como elemento de trabajo implementado por el empleador para la prestación del servicio de los asesores de ventas.

Argumento que, de las pruebas obrantes, se lograba esclarecer que, a partir del año 2016 en la Organización La Esperanza se modificó la metodología para la ejecución de las actividades comerciales, se pasó de la realización de labores en calle de manera general a la delimitación de la prestación del servicio por zonas, se propendió por el uso una Tablet, elemento proporcionado por el empleador, entrega del mismo que **modificaba directamente de forma unilateral por parte del empleador, las condiciones principales del contrato de trabajo**, *como lo es el salario y su forma de pago, máxime si se tiene en cuenta que los asesores comerciales conforman el mismo a partir de las comisiones de ventas que realizan, sin tener en cuenta la garantía del fuero sindical que cobijaba a la demandante de conformidad al artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo.*

Que el supuesto anterior, fue corroborado con la declaración de los testigos acercados y los interrogatorios de parte absueltos; que el representante legal de la empresa, el señor Diego Montes, confesó que la autorización de la Tablet iba ligada a un cambio de las condiciones de venta para el año 2016, que las condiciones de trabajo que se modificaban era **la zonificación, las comisiones y la forma de pago**, aunque también advirtió a que esto obedeció a la vigencia del laudo arbitral. En el mismo sentido, la demandada manifestó que no recibió la Tablet porque iba amarrado a un otrosí a través del cual se modificaba el lugar en donde podía prestar el servicio y se reducía el territorio para captar clientes y comisionar, así como los porcentajes de estas comisiones; que la señora María Fernanda Ibarra también menciona que la autorización de la Tablet implicaba una zonificación; la señora Lenis

Jazmín Suárez informa que la entrega de la Tablet para el año 2019 venía anexa a un otrosí con zonificación y que por ello no podían vender en todo Cúcuta y a partir de ello modificaban los porcentajes de comisión y expuso la forma en que eran reducidos; en el mismo sentido declara la testigo Mary Vega, advirtió que ella recibió la Tablet y acordó que estas condiciones laborales no fueron modificadas a folio 113 archivo 07 del expediente digital se evidencia la solicitud que elevó al respecto al gerente comercial de la Organización La Esperanza.

Concluye manifestando que, si bien es cierto el empleador tiene el ejercicio exclusivo del poder subordinante, ello no lo faculta para que de manera arbitraria haga uso de dicha facultad, por cuanto se encuentra limitado por los derechos de los trabajadores y en particular, a lo establecido en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo.

Que, existe prueba del recibo de la trabajadora del presupuesto de ventas para el año 2019 (folio 89 del archivo 07 del expediente digitalizado); en cuanto a la actualización de datos personales, la autorización para la realización de la batería de riesgo psicosocial y el acuerdo de confidencialidad, se tiene que las mismas no están llamadas a la prosperidad, por cuanto la acción fue afectada de la excepción de prescripción establecida en el artículo 118 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, ya que la testigo de la parte demandante GERALDIN SÁNCHEZ, analista en el área de gestión humana, indicó que los citados documentos debían ser firmados en el primer trimestre del año, esto es, el conteo del término para ejercer la acción terminó el 31 de marzo de 2019 y la demanda fue interpuesta a principios del año 2019.

Respecto a la conducta prevista en el numeral 9º del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo (Deficiente Rendimiento), señaló que, para la configuración de la presente justa causa, el empleador previamente debía ejecutar el procedimiento establecido en el artículo 2 del Decreto 1373 de 1966, actuación que no se encuentra en discusión, ya que el mismo se realizó en los meses de abril a junio de 2019 (fls.187-196 PDF00), el cual culminó con suspensión del trabajo por 8 días y el **segundo el mes de julio a septiembre del 2019 folios 197 a 200, el cual si se debe entrar a verificar**, teniendo en cuenta el cumplimiento de los siguientes presupuestos: *1) verificar el rendimiento que se debía cumplir por parte del trabajador, esto es las metas fijadas por el empleador 2) verificar el cumplimiento por parte otro trabajador que realicé labores análogas de estas metas, con el fin de determinar que las metas si eran alcanzables por parte del trabajador entre otros aspectos y 3) determinar que no hubo corrección del rendimiento del trabajador a pesar de los requerimientos efectuados por su empleador.*

Que se demostró el primer presupuesto, esto es, que la demandada recibió el presupuesto mensual que debía cumplir, esto es, mensual de $26.000.000 con un mínimo del 80%; para el segundo presupuesto, analizó el procedimiento realizado por la empresa demandante, en el que manifestó que

la empresa realizó llamados de atención por el deficiente rendimiento de la demandada en los meses de junio, julio y agosto de 2019, cuyas ventas habían sido reportadas por debajo del presupuesto pactado, en un 70.91%, 8.80% y 24.84% en comparación con la trabajadora Mary Vega, teniendo en cuenta exclusivamente los productos de prenecesidad.

Valoró la declaración de la testigo Mary Vega con quien se realizó la comparación de ventas a la demandada, quien resaltó la importancia que tiene para la colocación y el cumplimiento de las metas, **ofertar los servicios en casa funerales y parque cementerio**, entre ellas lo correspondiente a todos los servicios inclusive **prenecesidad**, a diferencia de realizar la labor en la casa u oficina de los clientes, aseguró que para el año 2019 se diferenciaban las funciones con la demandada, en cuanto a que aquella podía realizar la labor en parque cementerio, casa funerales y en plantas, lo cual corresponde a direccionar clientes al interior de la oficina y que para ello último se accedía por producción.

Consideró el Juez, que para la trabajadora demandada era difícil llegar a cumplir las metas presupuestales de ventas mensuales, por cuanto tenía restricción para acceder a **parque cementerio, plantas y casa funeraria**, lugares donde la demandada, lugares principales donde podían vender y la vitrina principal de ventas, condiciones que guarda estrecha relación con el **trato desigual** que reciben los trabajadores que no reciben la Tablet en el año 2019, pues los asesores de ventas que no firmaron el otrosí para la utilización de esta herramienta, se encuentran limitados a la prestación del servicio de colocación o ventas y por ende en el cumplimiento de las metas conforme el presupuesto fijado para el año 2019.

Recalcó que las dos trabajadores comparadas, no estaban en las mismas condiciones para prestar el servicio por la diferencia de oportunidades que existían, limitaciones que impactan directamente al rendimiento de cualquier trabajador según lo dicho por las testigos, pues la falta de una prueba en contrario como hubiese sido comparar a la demandante con un trabajador que no realice la labor con la Tablet y no pudiese tampoco acceder a realizar la misma en casa de funerales, parque exequial, así como plantas, se tiene que no poder vender el producto sin estas principales vitrinas les impedía alcanzar la meta fijada.

Aseveró que el hecho de que ambas trabajadores coloquen servicios de **prenecesidad** es indiferente a las tantas diferencias expuestas que impactan directamente a la colocación, pues una circunstancia diferenciadora que permite el análisis análogo entre estos cargos y funciones son las **restricciones al lugar** en donde se presta el servicio como son las vitrinas advertidas, resultando **discriminatorio** efectuar ese ejercicio comparativo en relación con dos trabajadores que se encuentran en **condiciones desiguales**.

Recalcó que, lo anterior tiene relación con la entrega y recibido de la Tablet, porque los trabajadores que se negaron a recibirla, estaban restringidos para la venta de productos y servicios y el acceso a las plantas y casas de funerales, contrario a Mary Vega, quien tuvo la oportunidad de acceder a tales prerrogativas, circunstancia que vulneran el derecho constitucional de igualdad previsto en el art. 13 de la Constitución Política.

De la misma forma, aseguró que, lo consagrado en el procedimiento del art. 2º del Decreto 1373 de 1966 no es un requisito formal para despedir a un trabajador con justa causa, pues lo que busca es que el trabajador mejore su rendimiento en beneficio de la empresa, pero si ésta no ofrece las condiciones de trabajo óptimas para ello como sucedió en este caso, dicha conducta no configura una justa causa para despedir.

Por último, analizó la justa causa contemplada **en el artículo 62 del Código Sustantivo Del Trabajo literal a) numeral 10**, que la suspensión del 31 de mayo de 2018 no existe prueba, la suspensión del 24 de junio de 2019 corresponde al deficiente rendimiento que ya fue valorado anteriormente; sobre el llamado de atención del 30 de agosto del 2019, las pruebas allegadas sólo corresponden a la petición que se elevó a una diligencia de descargos a la que no asistió la demandada, por lo que no es posible verificar la comisión de los actos informados el correo advertido, al no allegarse pruebas en este sentido, razones por las cuales, no se configura la falta alegada, ante la inexistencia de una conducta sistemática ya que cada una tiene casi un año de diferencia y no existe la periodicidad que establece la norma y el ánimo de incumplir por parte de la trabajadora.

V. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El apoderado de la empresa demandante interpuso recurso de apelación en contra de lo decidido, solicitando que sea revocada en su totalidad y se conceda las pretensiones incoadas con la demanda, resaltando que la inconformidad se centra exclusivamente frente a la justa causa relacionada con el **deficiente rendimiento** establecida en el artículo séptimo del Decreto ley 2351 de 1965 que subrogó los artículo 62 y 63 de Código Sustantivo del Trabajo, y no con las demás, en especial porque todo el debate probatorio giró alrededor de esta justa causa.

Aseguró que, en la sentencia se incurrieron con los siguientes errores: **(1)** El Juez determinó que no era jurídicamente viable realizar la comparación de la demandada Shirley Carrillo con la compañera de trabajo Mary Vega, sin embargo, el recurrente considera que sí es viable porque las dos son asesores de ventas, pertenecen a la misma organización sindical, tienen unas mismas condiciones de trabajo y Organización La Esperanza garantizaba las mismas oportunidades a la demandada, sólo que ella no las quiso aprovechar sin ninguna justificación.

Asevero que la sentencia parte de una afirmación consistente en que el deficiente rendimiento que se invocó tiene estrecha relación con no recibir la Tablet, omitiendo que en el mismo contrato de trabajo suscrito por las partes el 17 de abril de 2009, de común acuerdo las partes aceptaron en la cláusula 11ª, que el empleador Organización La Esperanza tenía la facultad para realizar los ajustes que hizo, sobre el traslado del lugar de trabajo y cambio de oficio, no siendo una modificación unilateral del contrato realizada de forma indebida y sin que tuviera que pedir autorización o consentimiento a la demandada, como equivocadamente se consideró en la sentencia.

(2) Que no es cierto que la Organización La Esperanza sin justo motivo privó el ingreso a la trabajadora a casa de funerales o a parque cementerio para que ella pudiera vender sus productos en estos lugares, por cuanto se encuentra probado, que en el contrato de trabajo clausula 1ª se pactó que la trabajadora es vendedora de calle, razón por la que, la Organización no tenía la obligación de suministrarle o de garantizarle un puesto de trabajo y mucho menos en casa funerales o en el parque cementerio o en cualquier otro lugar; en relación a ello, el Juzgado se equivocó al dar credibilidad a las declaraciones de los testigos Lenis Suárez y Mary Vega, cuando no debió hacerlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica, porque hubo contradicciones y evasivas en las respuestas a las preguntas realizadas por la pasiva, que con la intervención del Juez reconocen que la demandada si tenía las oportunidades de vender en la calle y se insistió en este aspecto fundamental, por lo que, solicita sean valorados en segunda instancia dichas declaraciones.

Afirmó que las llamadas PLANTAS consisten en reconocimientos que hace voluntariamente la organización a quiénes cumplan unas condiciones de ventas, de productividad, y en el caso de la señora Mary Vega en algún momento tuvo que hacer todas sus ventas fuera de casa de funerales y fuera de parque cementerio para poder cumplir los requisitos para acceder a las plantas y a partir de ese momento empezó a generarse esa mayor posibilidad de ventas, pero tuvo que realizar esas ventas por fuera, pues la misma oportunidad la tuvo la demandada pero no lo hizo, luego no se puede pretender atribuirle a la Organización La Esperanza la responsabilidad en privarle de la oportunidad de ventas en casa de funerales y parque cementerio, cuando realmente la organización no tenía la obligación de garantizar contractual y legalmente esos puestos de trabajo.

Consideró que el cuadro comparativo realizado de manera objetiva (folio 199 de fecha 11 de septiembre de 2019), se demostró con las declaraciones de los testigos y de la demandada, que, sin necesidad de la Tablet, la demandada podía vender productos de prenecesidad que son los productos de alto costo y que no tenía la organización la obligación de garantizarle el ingreso a casa funerales ni a parque cementerios, porque debía venderlos como todos los trabajadores en la calle.

Señaló que el Juez A quo omitió valorar las declaraciones sobre si las trabajadoras comparadas, vendían los productos de prenecesidad, por cuanto la diferencia en cuanto a la cantidad de las ventas es "*abismal y no tiene ninguna justificación*", esto no dependía de la Tablet y de si estaba en casa de funerales o parque cementerio de las que sirvió de fundamento para realizar el procedimiento de deficiente rendimiento.

Insistió en que sí se podía hacer la comparación, que el hecho era irrelevante de que la demandada no pudiera tener la Tablet o no pudiera ingresar a casa funerales o a parque cementerio, porque su obligación contractual era vender estos productos en la calle y tenía todas las posibilidades de hacerlo, tanto que Mary Vega lo ha hecho, porque lo que se cuestionó fue que Mary Vega lo hacía pero en casa funerales y parque cementerio, pero es que Mary vega para llegar allá tuvo que ganar plantas como ella misma lo acepto en su declaración y lo aceptó la testigo Lenis Suárez, luego antes de ganar plantas para alcanzar esas metas vendió sus productos en calle, enfatizó que la demandada no lo hizo, "por la irresponsabilidad de no cumplir con sus funciones".

Solicitó que sean valoradas las declaraciones rendidas por los testigos Lenis Suárez y Mary Vega, asegurando que, en la sentencia de primera instancia, **la valoración se hizo de forma parcial,** pues *se le dio credibilidad y no debiendo tenerlas, en cuanto las respuestas fueron evasivas y contradictorias*.

Afirma que la demandada si podía ser comparada con la señora Mary Vega teniendo en cuenta que tenía las mismas oportunidades y es lo que la ley obliga a garantizarle al trabajador, y éste decide si las usa o no y la trabajadora demandada decidió no usar la Tablet y *por lo tanto no pudo cumplir con los requisitos para disfrutar de plantas si era que llegaba a esos cumplimientos*; que las plantas no son ni una obligación concederlas por el empleador, ni un derecho del trabajador, es un reconocimiento, un premio que se da si se alcanzan ciertos requisitos de productividad, que la señora Mary Vega si alcanzaba pero la señora Shirley Carrillo no y por lo tanto no tenía derecho a ingresar.

Que se debe tener en cuenta que casa funerales es un salón donde están las salas de velaciones, *en las que Organización La Esperanza no puede permitir que sus más de 100 asesores de ventas entren cuando deseen a vender los productos porque sencillamente no caben, luego la organización lo que hace es graduar a través de unos requisitos el ingreso y los requisitos, para evitar la arbitrariedad son dados por la productividad*.

Insistió que la comparación que se hizo no fue sobre las ventas totales, sino aquello en lo que exclusivamente tanto la señora Mary Vega podía vender como la señora Shirley Carrillo también podía vender que eran **los productos de prenecesidad**, no necesitaban la Tablet para hacerlo como aceptaron los testigos y la misma demandada.

VI. CONSIDERACIONES

La Sala asume la competencia para decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, conforme a lo dispuesto en el artículo 117 del CPL, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado.

Al respecto el artículo 113 del CPL señala: *"La demanda del empleador tendiente a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un Municipio distinto, deberán expresar la justa causa invocada."*

Conforme a los concretos planteamientos contenidos en el recurso de apelación, el problema jurídico planteado por la Sala, de manera metodológica, se circunscribe a establecer si en el sub-examine la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A.S., logró acreditar la ocurrencia de la JUSTA CAUSA prevista en el numeral 9º literal a) art. 62 del CST invocada en contra de la trabajadora SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA, con el objeto de obtener el pertinente permiso judicial para levantar el fuero sindicar y proceder a su despido.

En primer lugar, es menester aclarar que no se discute en el proceso el contrato de trabajo existente entre las partes, ni el hecho que la trabajadora goza de la garantía de fuero sindical por desempeñarse como Vicepresidente de la Junta Directiva de la Subdirectiva de la Organización Sindical "SINTRAESPERANZA"; así mismo, no es objeto de debate que hubiera sido debidamente observado el procedimiento disciplinario consagrado en el reglamento interno de trabajo de la empresa para proceder al despido de un trabajador.

Ahora bien, sobre el particular, como ya se indicó, en relación con los argumentos expuestos por la parte activa en el recurso, la causal alegada por el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandada, se refiere a la establecida en el numeral 9º del literal a) del artículo 62 del C.S.T., consistente en *"**El deficiente rendimiento** en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del patrono.";* respecto a ésta consideró el A quo que no era posible comparar las ventas entre la trabajadora demandada y la señora Mary Vega Quintero, en razón a que si bien esta es una trabajadora sindicalizada, las metas para Shirley Carrillo no eran alcanzables, en razón a otro trabajador que realizaba similares labores, porque el empleador no le brindó las oportunidades necesarias para mejorar su rendimiento, ya que, por no haber aceptado el uso de la Tablet, estuvo sometida a restricciones de ingreso a

casa funerales y parque cementerio, principales puntos de ventas según las declaraciones rendidas.

El apoderado judicial de la parte activa, considera que la sentencia incurre en diferentes errores de valoración probatoria, en la medida que considera que sí era viable jurídicamente comparar a las trabajadoras Shirley Carrillo y Mary Vega; que en el cuadro comparativo, sólo se estudió el producto PRENECESIDAD que las dos trabajadoras vendían; que el empleador tenía la facultad de modificar unilateralmente y sin previa autorización, los lugares de trabajos según se acordó por las partes en el contrato de trabajo; que la empresa no tenía la obligación de suministrarle un lugar de trabajo porque el ejercicio de su labor como vendedora lo cumplía en la calle como quedó demostrado con las declaraciones y el contrato de trabajo; que es un hecho irrelevante el uso o no de la Tablet, no obstante la trabajadora decidió no hacer uso de dicha herramienta; que las declaraciones de Lenis y Mary Vega fueron contradictorias y sus respuestas evasivas y de conformidad con las reglas de la sana crítica, el Juez no podía darles credibilidad, siendo su valoración parcial; que las plantas eran premios, reconocimiento que otorgaba la empresa cuando el asesor en ventas superaba el presupuesto, y no era una obligación concederlas a todos los trabajadores.

Se rememora entonces, que la citada causal consiste: en el **deficiente rendimiento en el trabajo** en relación con la **capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas**, cuando no se corrija en un **plazo razonable** a pesar **del requerimiento del empleador** y su aplicación no es automática, pues el empleador debe cumplir con unas condiciones, es decir con un trámite previo reglado en el Decreto 1373 de 1966, que actualmente se compiló en el artículo 2.2.1.1.3. del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, el cual dispone:

> a) Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días;
>
> b) Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y
>
> c) Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.

Por tanto, se exigen básicamente dos elementos el requerimiento al trabajador con apego a la norma y la existencia de un cuadro que compare su rendimiento frente al de otros colaboradores que **cumplan actividades similares** que es lo que va permitir en realidad verificar que la persona está por debajo de la medida mínima para la empresa y así garantizar **la**

objetividad e igualdad en las decisiones que se puedan tomar en razón de su desempeño.

De tal manera que, para el momento de realizar la mencionada comparación entre los trabajadores, el empleador deberá garantizar el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P., aplicando de igual forma, el parámetro rector de las relaciones laborales de acuerdo al artículo 10 del C.S.T., los cuales exigen que "*Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley.*"

Lo anterior, en concordancia con lo previsto en el art. 228 de la Constitución Política, dentro de contexto de los hechos en la realidad, que prevalecen ante cualquier formalidad suscrita en un documento.

De modo que, el criterio sobre el cual, las partes de la relación de trabajo en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueda suscribir los acuerdos que estime convenientes, necesarios y oportunos para regular sus relaciones y condiciones de empleo, se sujetarán dentro de los parámetros que garanticen los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, y que no atenten contra el orden jurídico.

Al respecto en la sentencia CSJ SL5469-2014, se puntualizó lo siguiente:

> *Pues bien, para resolver en primer lugar importa precisar que, al igual que las convenciones colectivas, los acuerdos y pactos a los que lleguen los trabajadores y los empleadores en observancia de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables de aquellos, son válidos y deben ser honrados.*
>
> *Ello implica no solo el cumplimiento de lo pactado (pacta sunt servanda), sino también su ejecución de buena fe (artículo 55 del CST en armonía con el 1603 del CC), es decir, su desarrollo conforme a la seriedad, colaboración y lealtad que debe regir en cualquier disciplina social y jurídica, como la laboral.*

Ahora bien, en desarrollo de la subordinación propia de los contratos de trabajo y del denominado ***ius variandi***, se ha legitimado el cambio patronal unilateral de algunos de los aspectos de la relación de trabajo, **siempre y cuando no se afecten de manera radical las condiciones esenciales de la misma o se vulnere la dignidad del trabajador o los derechos mínimos establecidos en las disposiciones laborales**.

En resumen, para lo pertinente, el cuadro comparativo del rendimiento del trabajador se debe aplicar a quienes tienen condiciones iguales, no disímiles, pues de lo contrario el empleador incurriría en la vulneración de los principios constitucionales obligantes para el empleador, por mandato de la norma de normas, que es de obligatoria aplicación para todos.

De otra parte, se ha de precisar que el fuero sindical es una garantía consagrada en el artículo 405 y 406 del CST, para algunos trabajadores amparándolos de no ser ***despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones laborales***, sin que medie autorización del juez laboral quien habrá de calificar la configuración de la justa causa, para lo cual se acude a las causales consagradas en los artículos 62 y 63 ibidem.

Caso en concreto.

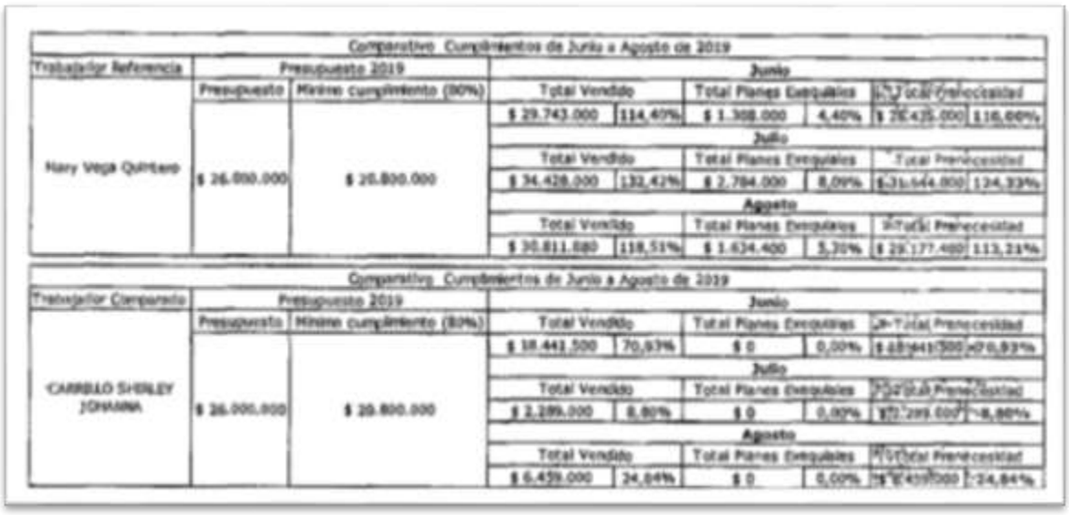
Descendiendo al caso en estudio, y teniendo en cuenta que, el objeto de la litis no se dirige a establecer al cumplimiento del procedimiento previsto en el Decreto 1373 de 1966, sino que para el empleador, en el sub-examine las trabajadoras comparadas realizaban la actividad en idénticas condiciones, contrario a lo concluido por el A quo, se hace necesario valorar las pruebas documentales incorporadas al expediente y las testimoniales practicadas en audiencias, que para lo pertinente se resumen en:

-El contrato de trabajo visto a folios 15-17 PDF00, en el que se constata que, demandada Shirley Johanna Carrillo fue vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido a la Organización La Esperanza desde el 17 de abril de 2009, donde se pactaron entre otras, las siguientes cláusulas:

> **PRIMERA**: EL TRABAJADOR se compromete para con la EMPRESA a desempeñar el cargo de vendedor de los bienes y servicios que ésta venda, ofrezca o preste, poniendo a su servicio toda su capacidad normal del trabajo, y acatando las instrucciones dadas por los superiores jerárquicos, siendo su jefe inmediato el director de Ventas. Queda entendido que por la naturaleza de la labor contratada será vendedor de calle.”.
>
> (…)
>
> **TERCERA**: Por sus servicios EL TRABAJADOR recibirá periódicamente la siguiente retribución económica, consistente en comisiones sobre ventas netas efectivas; Para ventas del Servicio Plan Exequial Total el diez por ciento (10%) por las ventas mensuales efectuadas a cualquier plazo. Para la Renovación la comisión será del ocho por ciento (8%). Para Ventas de Servicios Temporales de Parque se cancelará una comisión del diez por ciento (10%), Para los demás bienes y servicios del once seis por ciento (11.6%) por todas las ventas mensuales efectuadas a plazos superiores a los seis meses; del quince por ciento (15%) por ventas de tres a seis meses de plazo…
>
> (…)
>
> **UNDÉCIMA**: EL TRABAJADOR acepta desde ahora traslados de lugar de trabajo y cambios de oficio que desea LA EMPRESA…

Se allegó el procedimiento realizado por la empresa de deficiente rendimiento en los meses de julio a septiembre de 2019, sobre el cual, el recurrente centra

su alegato respecto al cuadro comparativo visto a folio 199 del PDF00, en el que se observa las ventas realizadas por el producto PRENECESIDAD de la trabajadora MARY VEGA QUINTERO (porcentaje de ventas: 110%, 124.33% y 113.21%) y la demandada SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA (70.93%, 8.80% y 24.84%) para los meses de junio a agosto de 2019; teniendo en cuenta que el mínimo es del 80%.



Comparativo Cumplimientos de Junio a Agosto de 2019								
Trabajador Referencia	Presupuesto 2019		Junio					
	Presupuesto	Mínimo cumplimiento (80%)	Total Vendido		Total Planes Exequiales		Total Prenecesidad	
Mary Vega Quintero	$ 26.000.000	$ 20.800.000	$ 29.743.000	114,40%	$ 1.308.000	4,40%	$ 28.435.000	110,00%
			Julio					
			Total Vendido		Total Planes Exequiales		Total Prenecesidad	
			$ 34.428.000	132,42%	$ 2.784.000	8,09%	$ 31.644.000	124,33%
			Agosto					
			Total Vendido		Total Planes Exequiales		Total Prenecesidad	
			$ 30.811.880	118,51%	$ 1.634.400	5,30%	$ 29.177.480	113,21%

Comparativo Cumplimientos de Junio a Agosto de 2019								
Trabajador Comparado	Presupuesto 2019		Junio					
	Presupuesto	Mínimo cumplimiento (80%)	Total Vendido		Total Planes Exequiales		Total Prenecesidad	
CARRILLO SHIRLEY JOHANNA	$ 26.000.000	$ 20.800.000	$ 18.441.500	70,93%	$ 0	0,00%	$ 18.441.500	70,93%
			Julio					
			Total Vendido		Total Planes Exequiales		Total Prenecesidad	
			$ 2.299.000	8,80%	$ 0	0,00%	$ 2.299.000	8,80%
			Agosto					
			Total Vendido		Total Planes Exequiales		Total Prenecesidad	
			$ 6.459.000	24,84%	$ 0	0,00%	$ 6.459.000	24,84%

De las declaraciones rendidas se deduce en principio que: los asesores de ventas están organizados por grupos, algunos tienen un presupuesto mayor y otros menor, en el grupo en el que se encuentra la demandada, el presupuesto para el año 2019 era de $26.000.000 con orden de cumplimiento de mínimo el 80%; que los productos de ventas, sobre los cuales los asesores recibían la respectiva comisión entre los de mayor a menor valor son: SERVICIO DIRECTO (la persona fallece y va directamente a la funeraria adquirir los productos), PRENECESIDAD (venta anticipada y programada), PLANES EXEQUIALES (pólizas, cuotas pequeñas, se pagan mensualmente), entre otros: planes mascotas y renovación. Que algunos asesores tenían la oportunidad de vender en casa funerales y en parque cementerio; que algunos recibían las llamadas PLANTAS, lugares que eran proporcionados por el empleador como un “premio” por superar el presupuesto de ventas. Según las declaraciones rendidas por los testigos de la demandada, estos 3 lugares eran donde más vendían, pero solo estaban disponibles para algunos trabajadores. Según los testigos traídos por la demandante, la demandada debía cumplir sus funciones en la calle, de casa en casa ofreciendo los productos y la empresa no tenía la obligación de proporcionarle un sitio o lugar de trabajo, sólo se lo ganaba si superaba el presupuesto mensual en ventas.

Que para el año 2016 cuando ingresa el nuevo gerente de la compañía el Dr. Diego Fernando Montes Gutiérrez, se creó una nueva estrategia de ventas, se “tecnificó la compañía”, en las que se enfocó a un mercado de planes exequiales que su valor es menor, a través de la implementación del uso de una TABLET por parte de los asesores y suministrada por la empresa.

Sobre este tema, **el doctor Diego Montes Gerente de la empresa**, manifestó que la demandada, podía vender todos los productos siempre y cuando aceptara la **metodología** que la empresa exigía, esto es, recibir la herramienta TABLET según él: *fue un tema complicadísimo, de 120 trabajadores 60 no quisieron trabajar en esto y nos llevaron las ventas de ese año a la mitad de lo que habíamos facturado, por poco y nos quiebran…*

Adicional a ello, al recibir dicho instrumento debía firmar otro sí que consistía en la zonificación de la ciudad otorgándole a cada trabajador una zona específica de venta, explicó: *hicimos unas metodologías que implicaban el hacer geocercas, para que la persona hiciera su trabajo en territorios especializándose, para que no tuviera que hacer los grandes recorridos y lo que hicimos fue compensarle el número de planes que tenían, para que no tuvieran que hacer la estrella por toda la ciudad…*

Manifestó que dichas metodologías no fueron aceptadas por todos los trabajadores: *porque además muchas de esas cosas o no muchas sino todas fueron negociadas con los vendedores, solo que algunos no lo entendieron y se sindicalizaron...Pero vuelvo e insisto con lo que ya había dicho, para el momento de los hechos ellos no tenían que firmar nada, simplemente recibir la Tablet y las metodologías, no había condición,* ***al principio con la mayoría se firmó un otrosí como ellos lo anotan****, pero para el momento de los hechos que nos tiene aquí sentados no había una limitación de ese tipo.*

Aseguró que hubo también mejoras en el acuerdo, consistente en la eliminación de la devolución de dineros propios del desistimiento.

A la pregunta del apoderado judicial de la demandada ¿Señor Diego Montes manifiéstele al despacho si es cierto o no que a pesar de que la señora Shirley Carrillo no firmó ningún otrosí, sus condiciones en relación al porcentaje y forma de pago de las comisiones fueron modificadas de manera unilateral por parte de la empresa?

Respondió: - *Fueron modificadas posteriormente porque medió un laudo arbitral y ese laudo arbitral modificó las condiciones contractuales y permitió a la administración hacerlo; entonces fue producto de un laudo arbitral y en respuesta de ese laudo arbitral nosotros hicimos algunos ajustes*.

Sostiene que no recuerda las condiciones laborales en el pago de la demandada antes y después del laudo.

A la pregunta, si la demandada tenía prohibido entrar a parque cementerio y casa funerales respondió:

> *…se limitó fue a todo el mundo, es que no podían estar en esos espacios si no tenían el derecho y el momento para eso ¿Por qué? Porque entre ellos se tumban los clientes, entre ellos se roban los*

> *clientes, entonces cuando alguna persona que ha tenido derecho a su planta digamos en la funeraria o en el parque cementerio, está en su uso de esa planta, a veces pasaba que los asesores estaban rondando afuera, cuando salía el cliente se le robaban el cliente a ese asesor y eso generaba unos conflictos muy complejos, entonces peor si yo les permitía el ingreso, si lo hacían afuera pues no había forma de controlarlo, hoy día se hace porque la Tablet me permite controlar quien entró primero y quien tiene prioridad y me deja la trazabilidad de quien fue el que lo reportó primero, pero antes cuando no teníamos eso y era muy manual, pues quedaba en la discusión y entonces había que traerlos a los dos y el careo y si fue verdad y como fue la cosa y era muy subjetivo por esa razón y hoy día es mucho más transparente y por eso ha disminuido y entonces la prohibición estaba no hacia ella como persona, sino a cualquier trabajador que no tuviera las condiciones para estar en esos puntos en el momento y hora de la atención.*

Dice que tanto MARY VEGA como SHIRLEY CARRILLO, son asesoras de ventas y sindicalizadas, que se realizó con la primera, la comparación del deficiente rendimiento de la demandada, sin embargo, aclaró: *la diferencia es que la señora Mary Vega recibió la herramienta de trabajo con las metodologías y recibió el entrenamiento y por lo tanto Mary Vega tuvo acceso a todo el portafolio mucho antes que la señora Shirley, por esa razón…ella se negó a recibir los elementos de trabajo y a recibir el entrenamiento, por eso no pudo…*

La parte pasiva preguntó: ¿Señor Diego Montes manifieste a este despacho si es cierto o no, que, para el ingreso a casa funerales, parque cementerios, atención de servicio, asignación de plantas, los asesores de ventas debían renunciar al cobro de horas extras del trabajo realizado en horas nocturnas, dominicales y festivos? Respondió: …*entonces me parece a mí que fue necesario aclarar eso, porque el señor Ovallos pretendió que se le dieran horas extras porque el entraba a las, a las… como presidente pretendía que los espacios de plantas se le reconocieran con horas extras y vuelvo y le repito esos son espacios que son premios, es decir ellos libremente los pueden aceptar o no, de hecho a veces ellos renuncian a ese espacio y lo toma otro, entonces mal podría hacerse que una cosa que es un premio terminara volviéndose una obligación laboral que no existía; entonces simplemente fue aclaratorio.*

Ante dicha respuesta el Juez lo instigó a responder si o no, a lo que manifestó decir que no recordaba el incidente, advirtió el Juez que las respuestas evasivas se tendrían como cierta, en la que respondió: que no eran obligados a renunciar.

Aseguró que la empresa no capacitó a la demandada en el uso de la Tablet porque ésta se negó a recibirla junto con la metodología, pero solo fue un tiempo hasta mayo de 2020 que decidió recibirla; que si la demandada no recibía la Tablet, no le permitía vender todos los productos, solo los de PRENECESIDAD, que son de mayor valor.

La señora Maria Fernanda Ibarra manifestó bajo la gravedad de juramento, que trabaja con la empresa desde el año 2017 y desde el año 2020 es directora de gestión humana de Organización La Esperanza, que conoce a la demandada en el cargo de asesora de ventas, aseguró: "*por lo general siempre incumple con su presupuesto de ventas asignado*, *aun cuando la organización pide un porcentaje mínimo de cumplimiento*, *no llega ni a esos porcentajes*; *que siempre se niega a todo lo que vaya a impartir la empresa, firmar cualquier documento, asistir a actividades, asistir a capacitaciones, negarse a recibir la Tablet durante muchísimo tiempo, no diligenciar las actualizaciones de datos, los acuerdos de confidencialidad que debemos firmar todos los trabajadores desde el gerente hasta el cargo más bajo, todos los debemos diligenciar, las baterías de riesgo psicosocial".*

Que el procedimiento de deficiente rendimiento a la demandada fue porque incumplió en varias oportunidades el presupuesto del año 2019, hasta un tercer mes en el que se le comparó con otra trabajadora asesora de ventas, con Mary Vega; que la discriminación se realizó del producto de prenecesidad que vendían las dos.

Que la nueva metodología implementada por el Dr. Diego Montes permitió zonificar al grupo de asesores que recibía la Tablet y quienes no la recibían podían vender los productos en toda la ciudad. Aseguró que en ningún momento se les exigía firmar un documento adicional a la entrega de la tablet y las recomendaciones de su uso.

Sobre las mencionadas PLANTAS manifestó: *son espacios al interior de nuestras instalaciones funerarias y parques cementerios, entonces los lugares de prestación de servicios son un punto de buena atracción ventas, entonces son un premio; entonces mensualmente a los mejores presupuestos, a los mejores cumplimientos, eso está regulado en una circular, se les otorga esa posibilidad durante un mes ocupar esas plantas… Todos los asesores tenían derecho a ocupar las plantas siempre que cumplieran con los requisitos…en resumen eran los presupuestos más altos, cumplir con el 90% y los presupuestos más bajos con el 100% para acceder a plantas, es decir si la señora Shirley hubiese cumplido tendría derecho a ocupar las plantas, eso es aplicado a todos, no porque sea miembro o no del sindicato.* Aseveró que la trabajadora MARY VEGA permanecía constantemente en planta.

La señora Diana Sofia Chávez manifestó que trabaja con la empresa desde hace 10 años en el cargo de dirección de proyectos, que conoce a la demandada, pero desconoce los detalles de la investigación; afirmó que los presupuestos se definen desde el direccionamiento estratégico, es propuesto por la alta dirección, pero es autorizado y es avalado por la junta directiva; afirmó que si hay incumplimiento de las metas grupales afecta el

cumplimiento del procedimiento de ventas, porque no se logra la materialización del procedimiento y el objetivo del procedimiento pues que es lograr las ventas para el sostenimiento de la empresa.

La señora Geraldine Sánchez manifestó que trabaja como analista de gestión humana de Organización La Esperanza hace 4 años y medio, que conoce a la demandada porque es asesora de ventas, aseguró que la demanda es porque la señora Shirley Carrillo se ha rehusado a diligenciar algunos formatos que hacen parte de los procedimientos de la organización, afirma que dichos documentos debían ser firmados por todos los trabajadores; sostuvo que es la persona encargada de entregar a los trabajadores el documento de actualización de datos, que es importante porque le permite a la organización tener un control del grupo familiar, realizar campañas, verificar si están incapacitados, vacaciones, de permiso, en este la señora Shirley no lo realizó, tampoco firmó el consentimiento informado y la batería de riesgo psicosocial que debe realizarse cada año en los 3 primeros meses; que se negó igualmente a firmar el documento de confidencialidad.

Aseguró que cuando ocurre un fallecimiento, el asesor que vendió el servicio es quien se encarga de acompañar al familiar, pero puede ocurrir que no sea el que lo vendió, entonces se pide permiso, una autorización para ingresar a casa de funerales o incluso al parque cementerio. Que ese permiso también sirve de control, ya que en el 2019 la empresa contaba con 60 asesores en total y en planta había uno, para el momento de ingresar otro, pensaban que le venía a quitar los clientes, por eso los directores solicitaban el permiso.

Por parte de la pasiva, se practicaron los siguientes testimonios:

La señora Lenis Yasmín Suarez García manifiesta que es asesora de ventas en Organización La Esperanza, desde el 26 de agosto de 2013 y es compañera de la demandada, aseguró que la empresa inició contra ella levantamiento de fuero y se resolvió a su favor, que siempre han sido acosados por la empresa porque crearon un sindicato "*para hacer valer nuestros derechos*", que en ese entonces, les querían cambiar las condiciones del contrato de trabajo, por lo que tomaron la decisión de sindicalizarse; que la empresa inició con la persecución cuando les prohibió la entrada a parque cementerio y a casa de funerales; aseveró que de forma unilateral el gerente junto con los asesores jurídicos el doctor Bonet y también y la jefe María Fernanda les modificaron los contratos sin ninguna autorización, amparados en un fallo del tribunal de arbitramento, desmejorando las condiciones económicas.

Afirmó que en el año 2019 no recibió la Tablet porque debía firmar un documento anexo, un otrosí, que modificaba las condiciones labores, entre otras, establecía una zonificación, donde los asesores de ventas debían ofrecer los productos por zonas, que le impedía vender libremente los productos, porque ella tenía toda la zona de Cúcuta, Villa del Rosario, Los

Patios, Pamplona, y con esa zonificación sólo podía vender LOS PRODUCTOS DE PRENECESIDAD en Nuevo Horizonte y anillo vial occidental, por lo que, no aceptó porque era un presupuesto alto y la desmejoraban a nivel salarial.

Explicó que la desmejora salarial consistía en que, en el contrato de trabajo inicialmente, los productos de contado se ganaban el 18%, semi-contado que eran de 2 a 3 cuotas se ganaban el 15% y si vendía de la séptima cuota en adelante se ganaban el 11,6%; con la modificación prevista en el otrosí la zonificación y la tablet, el contado bajaba al 15%, el semi contado desapareció para los asesores de ventas, porque el otrosí decía que era el 30% del valor inicial y el saldo iba al recaudo del cliente a pagar; *por ejemplo si yo le vendía a usted un servicio exequial a tres años donde mi comisión la pagaban a 6 meses con el 50%, mi comisión ahora me la van a pagar a los tres años…*

Aseveró que las **consecuencias** de recibir la tablet y sujetarse a las condiciones establecidas por el empleador significaba (1) desmejoras salariales, porque no alcanzaban a cumplir con las metas previstas en el presupuesto mensual, además, (2) les prohibieron la entrada a parque cementerio y casa de funerales, "*que es nuestra vitrina ventas para captar clientes nuevos o los clientes de nuestra cartera*"; aseguró: "*nuestra cartera fue arrebatada"* (3) porque al no sujetarse a las condiciones del empleador, *la cartera de planes exequiales fue repartida con el resto de asesores de la compañía…nuestra cartera fue dividida en nuestros compañeros sencillamente por nosotros no recibir la tablet*; (4) señaló que en calidad de sindicalizados los discriminaron en un grupo aparte de toda la fuerza de ventas, (5) que tenían que atender a los clientes por fuera de casa funerales o de parque cementerio, en la calle, porque los administrativos hicieron un conducto regular que era para poder entrar a estas dos tenía que tener a tablet, haber aceptado la zonificación y estar firmado el otrosí, y si no reunía esas tres condiciones no tenía derecho a ingresar.

Manifestó que la demandada no firmó el acuerdo de confidencialidad porque asegura estaba amarrado a una multa, que decía después de tener 5 años del despido en la organización, no podía trabajar en el sector funerario.

Afirmó que, para la entrega de los documentos, la empresa los reunía en grupo, llamaban a todos los sindicalizados en recursos humanos la compañera Geraldine Sánchez y les entregaban las cosas, insiste que les "*amarraban las dos cosas batería de riesgo y confidencialidad, como usted lo dice doctor no tiene nada que ver, pero si yo llenaba una cosa y no firmaba la otra para ellos eso no existía nada*…".

Sostuvo que la compañera Mary Vega también es sindicalizada, pero asegura que su trabajo no puede compararse con el de la demandada, ya que Mary recibió en enero de 2018 la Tablet pero a través de un acuerdo suscrito con el señor gerente Diego Fernando para que no le modificaran las condiciones

de ventas estipuladas en su contrato de trabajo, también recibió unos planes exequiales de cartera vieja llamados renovaciones (de asesores que ya no trabajan con la empresa); afirma que con la tablet podía vender los planes de mascotas, planes exequiales; que con ésa herramienta se vende muy poco, porque hoy en día todavía se firman contratos físicos. Que, bajo esas condiciones, la demandada estaba en desventaja ya que no podía cumplir el presupuesto anual de 300 o 400 millones de pesos.

A la pregunta hecha por el apoderado de la parte activa: ¿Lenis, en esas condiciones si el fuerte de la venta de productos de Shirley era la prenecesidad, ella podía vender esos productos sin la tablet? Respondió: *Si los podía vender, pero no tenía las vitrinas principales que eran la entrada a casa funerales y parque cementerio, no podía atender los clientes de ella, por eso no se podía cumplir el presupuesto, porque ella no tenía las vitrinas abiertas para poder realizar gestión que es buscar el cliente, cultivarlo, verle la necesidad y al final realizar una venta… ¿quién atendía los servicios de mi compañera Shirley? nuestro director de ventas ¿quién era en ese entonces nuestro director? El señor Roger Pabón que ya no labora para la compañía porque también fue despedido; entonces el señor Roger le vendía en ese momento a los clientes de Shirley de contado o financiado y el cómo director se ganaba la comisión de ventas que uno como asesor dejaba de vender y dejaba de ganar…*

En respuesta posterior, el abogado de la parte activa instó para que respondiera si la demandada podía vender los productos de prenecesidad sin la tablet, luego ella respondió que no, porque no la dejaban entrar a parque cementerio y a casa funerales; con el fin de aclarar dicha manifestación, el apoderado judicial solicitó al Juez interviniera para asegurar dicha respuesta, a lo que el operador judicial expresó: *“Doctor mire la respuesta que ella da es ¿podía vender solo pre necesidad sin la tablet? Sí, pero no podía ingresar a parque y casa de funerales que era la mejor vitrina, esa es la respuesta en general que ella da en todo su relato.”.*

La testigo continuó relatando que el trabajo como asesores de ventas en el caso de la demandada, era en la calle, pero, si un cliente solicita reunirse en parque cementerio o en casa funerales para cerrar el negocio, no lo podía hacer porque al no recibir la Tablet estaba prohibida la entrada, no podía realizar su labor comercial y muchos menos cumplir sus presupuestos, aun teniendo claro que la labor era en la calle.

Afirmó que, en reunión con todos los asesores de ventas sindicalizados, decidieron aceptar la tablet en abril del 2020, pero hoy en día nosotros no la utilizan para gestionar ventas, solamente para búsqueda de clientes y para hacer la ruta de trabajo.

Que para la fecha anterior, no se firmó ningún otrosí, porque la tablet fue entregada libremente, ya que asegura, No, todas las comisiones habían sido modificadas con el fallo del laudo arbitral que fue en marzo de 2018, que

consistió en disminuir el porcentaje de la comisión por ventas al contado, eliminar el semi-contado, extender el tiempo del pago de la comisión.

Insistió que para los años 2016 al 2019 se les exigía recibir la Tablet y firmar el otrosí.

Que no tiene conocimiento de la cifra exacta de venta de Mary Vega, que su fuerte son los productos de prenecesidad, también ingresa varios planos porque mes a mes el director le entrega renovaciones de asesores retirados o renovaciones de personas que ya no están en la compañía; que el director de ventas queda con 30 o 40 planes exequiales de retirados y los divide dentro del personal de su equipo de ventas y a Mary le asignan 4 o 5 planes; aseveró que a esas renovaciones no tiene derecho la demandada, porque ella solo comercializa planes nuevos.

Precisó que la señora Mary Vega recibió la Tablet para poder ingresar a trabajar a casa de funerales, para hacer plantas, entrar a parque cementerio *a una inhumación, a un entierro, a una exhumación, a realizar planta en huellas, planta en Oasis, planta en parque cementerio, donde pueden llegar a comprar de una apertura de contado, donde puede llegar la venta de unos clientes que por X o Y razón falleció un familiar y necesita exhumar, entonces ella como asesora de planta de parque cementerio vende la exhumación de contado*…

A la pregunta del apoderado de la parte demandante: ¿La empresa tenía la obligación en algún documento como el contrato de garantizarle un puesto de trabajo a pesar de que usted ha dicho que eran vendedores de calle, por ejemplo, un puesto de trabajo en casa funerales o parque cementerio?

Respondió: *No, porque eso son beneficios que se gana uno por el mérito del presupuesto, si usted cumple el presupuesto estipulado en el mes usted tiene un premio digámoslo, que es trabajar sólo en casa de funerales, donde usted sabe que es la vitrina donde llegan todas las familias, más de 30 o 40 personas al día que fallecieron sus seres queridos y no tienen servicios, no tienen apertura de lotes, no tienen cremaciones, tantas cosas y es la oportunidad de yo poder cumplir mi presupuesto de ventas estando en eso, ¿qué se está estipulado? Es un incentivo que le da a uno la empresa por cumplir el presupuesto y hacerse merecedor de tener una planta en cualquiera de las sedes de la empresa.*

Pregunta la parte activa: ¿para llegar a las primeras plantas donde vendió Mary Vega ese volumen de negocios de prenecesidad, antes de que tuviera las plantas en el parque cementerio?

Responde: *Ella capta los clientes en los servicios, en la atención de servicios, en las plantas y luego los visita, ella capta y cumple su presupuesto es con esa forma de trabajo ¿pero ¿cómo lo hace? Ahí mismo, dentro de la*

organización cuando le asignan un servicio.

De las respuestas anteriores, el Juez pide aclaración, *…la pregunta del doctor Samir es ¿dónde hacia su trabajo la señora Mary Vega para ganarse ese premio de acceder a plantas, parque exequial y casa funeral, donde lo realizaba?, responde: Cerrando los prospectos, visitando clientes en la calle, realizando tele mercadeo, atención de servicios.*

> *El Juez pregunta: ¿la señora Mary Vega donde desarrollaba su trabajo para poderse beneficiar en el acceso a parque exequiales y casa funeraria, donde realizaba ese trabajo?*
>
> *Respondió: En la calle.*
>
> *Juez: Pero eso lo que usted no nos ha respondido señora Lenis, yo le hago la siguiente pregunta ¿la señora Mary Vega siempre ha tenido acceso a casa funeraria y parques exequiales, sí o no?*
>
> *Respondió: Sí, siempre, espere doctor, ella siempre lo tuvo, pero mientras un tiempo que no tenía la tablet no lo podía hacer*
>
> *Juez: ¿O sea la señora Mary Vega solamente pudo acceder a parque exequial y a casa de funerales a partir de recibir la tablet?*
> *Responde: Exacto, exacto, de lo contrario no, estaban igual de condiciones que nosotros*
>
> *Juez: ¿Para el año 2019 en el que se le hace ese cuadro comparativo a la señora Mary Vega y a la señora Shirley, la señora Mary Vega ya tenía la tablet y ya tenía ingreso a parques exequiales y cada de funerales?*
>
> *Respondió: Sí, claro doctor, Mary la recibió en 2018, en enero de 2018 en un acuerdo por escrito que hizo con el doctor Diego.*

Por último, aseguró que conoce en detalle el acuerdo que firmó Mary Vega con el gerente de la empresa, y tienen una copia de ese documento.

La señora Mary Vega Quintero manifestó bajo la gravedad de juramento que, trabaja hace 21 años para la Organización la Esperanza en el cargo de asesora de ventas, que conoce a la demandada porque es compañera de trabajo, señaló: "…*ellos pues siempre a mí con todas las personas que han llamado, siempre me comparan con todo el mundo, entonces yo ya estoy como acostumbrada a esto";*

Señaló que para la fecha de los hechos, en el 2019, ella había recibido la tablet, porque en enero de 2018 la empresa les quitó atenciones de servicios, les prohibieron la entrada a parque cementerio, no les permitían vender pólizas y les quitaron las renovaciones de los clientes y de las empresas;

razones por las cuales, el 3 de diciembre de 2018 habló con el doctor Diego Montes para acordar que aceptaba la tablet pero con la condición que no le modificara el contrato de trabajo suscrito desde el 6 de abril de 2001, desde eses momento, volvió a reunirse con los clientes, sin embargo, asegura que la gerencia cambió algunas cosas de su contrato sin su autorización, que no fue cumplido el acuerdo.

Aseguró que los cambios iniciaron en el 2016, cuando la empresa obligó a recibir la Tablet, pero con la condición de firmar un otrosí que modificaba el contrato original, zonificando la ciudad, que ella debía vender solamente en el barrio el terminal y la merced, ya no podía vender como lo hacían antes del 2016, porque "…*éramos abiertos a vender donde nosotros quisiéramos hacerlo*…"; cree que la demandada recibió la tablet en marzo de 2020.

Afirmó que para el año 2019 la demandada no tenía las mismas condiciones de ventas que tenía ella, porque ella sí podía ingresar a casa funerales y parque cementerio, con ello, podía hacer plantas y vender todos los productos sin restricciones.

Sostuvo que mientras no había recibido la tablet, no podía hacer plantas así cumpliera con el presupuesto, razón por la que, decidió aceptar el instrumento, solo para poder ingresar a la vitrina de ventas principal que era, parque cementerio y casa funerales.

Explicó que hacer plantas era sentarse en una oficina para asesores de ventas en parque cementerio, direccionar clientes nuevos, explicarles, asesorarlos y explicarle y hacer la venta; señaló que después de recibir la Tablet pudo volver hacer plantas porque hubo un tiempo en que las había el jefe de ventas Roger Pabón. Agregó que también le empezaron a dar las renovaciones de las pólizas y eso ayudó a generar ingresos, porque con ello esta incluido los llamados senderos de luz y el osario.

Ante la pregunta del Juez: Ese tema de las renovaciones usted hace la venta de un producto, eso tiene un término de venta o de duración imagino y llega un momento en que se debe renovar ¿si usted fue la primera persona que lo vendió, no podía renovarlo, este producto se lo entregaban a otra persona?

Responde: Si señor

El Juez: ¿Eso porque sucedió?

Respondió: Porque nosotros inicialmente no firmamos un otrosí que él quería que nosotros firmáramos.

El juez: Explíqueme lo siguiente ¿y eso le fue devuelto de acuerdo con sus respuestas en el año 2019 cuando firmó la tablet?

Respondió: Si, no toda la cantidad de los clientes que yo tuve, pero si me los

empezaron a devolver y ya los podía vender también, ya los podía comercializar con los clientes

Juez: ¿Y respecto a la señora Shirley Carrillo sabe usted si ella podía hacer renovaciones de sus planes?

Respondió: Aún todavía no le asignan a ella renovaciones, a pesar de que en el 2020 le dieron las Tablet, a ella no le dan renovaciones de asesores antiguos

Juez: ¿Hay alguna otra diferencia en el trabajo suyo para el año 2019 y el de la señora Shirley Carrillo?

Respondió: Pues esas son las bastantes diferencias que había en ese entonces con nosotros.

Juez: ¿La señora Shirley Carrillo para el año 2019 estaba zonificada?

Respondió: No señor

Juez: ¿Usted estaba zonificada para el año 2019?

Respondió: Si señor, si claro, yo pasé la carta con el doctor Diego Montes el 3 de enero de 2018
Juez: ¿Qué productos podía usted vender antes y después de recibir la tablet?

R: Antes de la tablet pues no podía vender las pólizas, me quitaron todas las renovaciones que yo tenía de los clientes míos antiguos y después de la tablet pues ya me empezaron a dar, pues no me dieron toda la cantidad de clientes que yo tenía, pero ya me los empezaron a dar.

Pregunta el apoderado de la demandada: Señora Mary Vega habiendo hecho una claridad sobre el tema de plantas ¿antes de aparecer el tema pues de la tablet, ustedes ingresaban libremente a parque cementerio y casa de funerales?

Respondió: Toda la vida que tengo de estar trabajando en la Organización La Esperanza siempre nosotros entrábamos libremente a vender nuestros servicios, a ubicar a los clientes cuando podíamos vender lotes, que querían ver la ubicación, en casa de funerales coordinar los servicios, siempre lo hacíamos libremente; después por no recibir la tablet fue que nos empezaron a prohibir la entrada a casa de funerales y parque cementerio.

A las preguntas formuladas por el apoderado judicial de la empresa demandante expuso que, como la función de asesores de ventas la realizaban en la calle, sin embargo, aclara que la vitrina principal y más importante es casa funerales y parque cementerio, porque asegura que ha

vendido hasta 50 millones de pesos porque es donde se crea la necesidad del cliente, donde ya no mira precios, porque lo que le interesa en ese momento del fallecimiento de algún familiar, es el acompañamiento que se le haga, circunstancias que no lo podían hacer cuando fueron zonificados, "*cuando llegó la avalancha de la empresa, que eso fue el 6 de enero de 2016, porque de ahí para atrás no existía eso*".

A la pregunta formulada por el Juez: ¿El ingreso a casa de funerales o parque exequial es un beneficio o es un premio?

Respondió: *No es un premio porque es el esfuerzo mío, es la presencia mía lo importante que hace con un cliente, señor juez por lo menos usted me pregunta a mi este fin de semana, yo salí a las 7:00 p.m. el día domingo, porque terminó la eventualidad de un hijo de una cliente mía, entonces es la importancia de yo estar ahí presente*.

Manifestó que la demandada fue comisionista porque participaban en convenciones por ventas, viajes, premios, pero que no tiene conocimiento si en el año 2019 ganó esos premios, que ellas viajaron juntas, pero no recuerda los años, no sabe si en el 2019 viajó; que las plantas siempre han sido entregadas por presupuesto en las ventas y que la empresa no tiene estipulado un puesto fijo para los asesores, aseguró que su trabajo siempre lo realizó por fuera de las instalaciones de la empresa.

La demandada Shirley Johanna Carrillo Esparza manifestó bajo la gravedad de juramento que, no recibió la tablet porque estaba amarrada a un otrosí, para renunciar a los derechos laborales ya adquiridos en el año 2009; aseguró que firmó y recibió el presupuesto de ventas para el año 2019; que no firmó el documento de actualización de datos porque para esa época estaba suspendida; que sí firmó el documento de la batería de riesgo psicosocial, pero no firmo el documento de confidencialidad porque tenían estipuladas unas multas, se establecía con un monto de 20 salarios mínimos, y segundo, *donde si la empresa lograba el objetivo que ha venido haciendo durante todos estos 6 años, que es cancelarme el contrato laboral, también me condicionaba a no laborar en la parte del sector funerario, por ende no firmé dicha solicitud.*

Análisis probatorio

La Sala tendrá en cuenta la prueba documental aportada por las partes o a solicitud de ellas para decidir el litigio puesto a su consideración, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario; así mismo, se tendrá en cuenta los testimonios e interrogatorios recepcionados, en lo pertinente, analizándolos de conformidad con el principio de la Sana Crítica en los términos del artículo 61 del C.P.T.S.S.

Decisión.

En cuanto a la facultad que alega el demandante, goza el empleador para **modificar el lugar de trabajo** a los asesores de ventas prevista en la cláusula onceava del contrato de trabajo visto a folios 15-17 del expediente, la Sala considera que, conforme al marco jurídico analizado en precedencia, que enseña, que la mencionada potestad del empleador está supeditada a los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, ante el claro desequilibrio social, laboral y económico, es deber legal y constitucional de jueces de la república, analizar las circunstancias propias que rodean el caso para garantizar la igualdad real en la relación, eliminando de toda lógica jurídica la lectura mecánica de lo estipulado en el documento; por lo que, en este asunto, si bien es cierto las funciones realizadas por los asesores de ventas eran en la calle, el contexto social y laboral en la que se desarrollaron las actividades expone que, la labor no terminaba con la venta del producto o con la compra del bien, pues la misma exige al asesor, un acompañamiento permanente hacia el cliente, tanto previo a la compra, durante el negocio y para el momento del infortunio, donde efectivamente el producto era entregado al comprador, luego entonces, no es posible predicar que los asesores por estar obligados a vender en la calle, el empleador tenía la potestad de prohibirles como se demostró, la entrada a parque cementerio y/o a casa funerales cuando el cliente que habían cultivado durante el negocio, necesitaba de su asesoría o de su compañía para el momento del fallecimiento de un familiar que a todas luces debía hacer presencia en estos lugares, de tal suerte que al limitar el empleador su entrada a parque cementerio y/o casa funerales, obstaculizaba el servicio prestado por el mismo y la viabilidad de sus ventas, materializándose así una de las razones por las cuales en forma insistente los testigos allegados se quejan de dicha prohibición como causa por la cual no lograban cumplir con su labor a cabalidad, tal como era desarrollada en años anteriores al 2016, donde tenían la libertad de ingresar a los mencionados lugares.

Lo anterior en concordancia, con las modificaciones que generó la entrega del instrumento de trabajo TABLET, también para inicios del año 2016, como fue relatado por los testigos de ambas partes y por manifestación expresa del representante legal de la empresa, quienes aseguraron que la metodología cambió, que si bien es cierto, para el desarrollo organizacional de la empresa lograba mantener el control de la venta de sus productos, la entrega y la aceptación de la herramienta fue condicionada a la firma de otrosí, que consistía en la zonificación del grupo de asesores, lo cual variaba la forma de pago de las comisiones y el porcentaje del mismo, generando en los trabajadores, desmejoras en la prestación y disminución en los salarios; estas condiciones no fueron aceptadas por la totalidad de los asesores comerciales según el doctor Diego Montes, quien asegura que la metodología no fue *"entendida y decidieron sindicalizarse*", esto es, los trabajadores ante la inoperancia de defender sus derechos en forma individual, escogieron la vía

del derecho colectivo, medio que permite discutir mejoras y prohibir desmejoras en sus condiciones laborales.

Así las cosas, advierte la Sala que la demandada decide no recibir la Tablet para el año 2019, pues ello significaba limitar la comercialización de los productos que vendía, a una zona específica de la ciudad, exigencia que va en contravía a la facultad que goza el empleador de modificar el lugar de trabajo, pues atenta flagrantemente el desarrollo normal y permanente en el que venía realizando la actividad, además, la negativa de recibir la herramienta, generó que el empleador obstaculizara su entrada a parque cementerio y casa funerales, que si bien es cierto, no constituía un sector locativo que la empresa debía suministrar para ofrecer los productos, constituía un paso importante para mantener al cliente ante el fallecimiento de alguno de sus familiares.

Por lo anterior y a pesar que el lugar de ejecución del contrato de trabajo, es un elemento integrante del mismo y el empleador es el titular para determinarlo conforme al poder subordinante, **tal facultad no es omnímoda y arbitraria** ya que se encuentra limitada por los derechos de los trabajadores, en especial, la dignidad humana.

Precisamente, en la sentencia SL 44155 de 26 de junio de 2012, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se refirió a ello en los siguientes términos:

> *Conviene recordar que esta Sala de la Corte ha sostenido invariablemente en su jurisprudencia que el poder subordinante que tiene el empleador, de donde nace el "ius variandi", esto es, la facultad de variar las condiciones iniciales de trabajo, no puede ser ejercido de manera omnímoda y arbitraria, pues tiene sus límites en los derechos propios del trabajador, por lo que su ejercicio siempre ha de obedecer a razones objetivas y válidas, sean de orden técnico u operativo que lo hagan ineludible o, al menos, justificable (Ver sentencia del 26/07/1999, Rad. 10969).*
>
> *Y en sentencia del 30 de junio de 2005, radicación 25103, la Sala adoctrinó lo siguiente:*
>
> *"Con todo y al margen de lo anterior, es pertinente recordar que mientras exista nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que tiene el empleador para ejercer el ius variandi, sin que ello implique de ninguna manera una modificación del contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario." (Negrillas fuera de contexto)."*

Analizado el contexto anterior, considera esta Sala de Decisión, acertada la argumentación sustentada en la decisión proferida por el Juez A quo, respecto a que no es jurídicamente viable comparar el rendimiento laboral de la demandada Shirley Carrillo con su compañera de trabajo Mary Vega, durante los meses de junio, julio y agosto de 2019, conforme a las siguientes razones:

1) Se encuentra claramente demostrado que las decisiones de la Organización La Esperanza S.A., se dieron en ejercicio del ius variandi locativo, debido a que se pretendía limitar espacialmente la actividad comercial que realizaba la demandada Shirley Carrillo, y aunque ello en sí mismo puede estar justificado por razones operativas o técnicas, no podría haberse constituido en una causa que desmejorara y afectara las condiciones de la trabajadores; lo que en este caso, obviamente se dio, dado todo lo que representaba para los trabajadores sindicalizados al nuevo esquema de zonificación, tales como, se repite, limitación al espacio donde históricamente venían desempeñando sus funciones, la pérdida de los clientes que habían fidelizado si se encontraban en una zona diferente a la asignada, perder las renovaciones de los contratos con clientes antiguos, entre otras.

2) Las aseveraciones alegadas por el recurrente respecto a la falta de credibilidad de las declaraciones rendidas por la señora Lenis Suárez y Mary Vega no son acertadas, ya que al realizar el análisis minucioso de la práctica de los testimonios, éstas cumplieron con la argumentación y exposición de los hechos que les constaba de forma directa y actual respecto a las circunstancias labores en que desarrollaron las actividades de asesor de ventas, los cambios de metodología desde el año 2016 y según su sentir, cuáles fueron las ventajas y desventajas en el ejercicio de su labor, todo ello, en consideración a que ambas realizan la misma actividad que la demandada, además, lo dicho concuerda con lo manifestado por los testigos de la parte activa, en cuanto al cambio de política respecto a la incorporación de la tablet y los documentos que debían firmar para su aceptación, los cambios en cuanto a las zonas en que debían vender los productos, y la limitación al ingreso de parque cementerio y casa funerales.

Ahora, el recurrente alega que el Juez tuvo que intervenir en varios ocasiones porque las respuestas de las mencionadas testigos fueron evasivas, sin embargo, la intervención del Juez no sólo fue con las testigos traídas por la demandada, sino también con los testigos de la empresa, porque ante la formulación de preguntas confusas y respuestas imprecisas o largas, las reformuló e instó a los testigos para que de forma clara y concisa, aportaran la información requerida; además, la única advertencia durante la práctica de los testimonios,

ocurrió durante el interrogatorio del representante legal de la empresa, donde advirtió que las respuestas evasivas se tendrían como ciertas.

3) De otro lado, alega el recurrente que las respuestas de las testigos fueron contradictorias cuando manifestaron que las ventas las debían hacerlas en la calle, alegato que tampoco ocurrió en el presente caso, pues tal como se analizó en precedencia, **las condiciones** en las que desarrollan las labores la demandada y Mary Vega para el año 2019 no son similares, en primer lugar, porque, Mary Vega tenía total libertad para vender fuera y dentro de las instalaciones de la empresa, ya sea, en parque cementerio o en casa funerales, este supuesto, mejoraba la atención prestada y conlleva a la adquisición de nuevos clientes, aumentando de forma significativa el presupuesto de venta exigido por la empresa, a diferencia de la señora Shirley Carrillo, que para los meses de junio a agosto de 2019, tenía limitado el ingreso a éstos lugares de la empresa, por haberse negado a recibir la Tablet y con ello, el cambio de las condiciones laborales, todo ello, generó una considerable disminución de ingresos, pues como se analizó en párrafos anteriores, la actividad del asesor no terminaba con la venta del producto sino con el acompañamiento al cliente hasta el momento en que algún familiar fallecía, esto es, hasta el momento en que se efectivizaba la venta en casa funerales y luego en parque cementerio. Por tal razón, a pesar de que la empresa no tenía la obligación de mantener una oficina o lugar de trabajo dentro de las instalaciones de la organización, el obstáculo que proporcionó al limitar el ingreso de la demandada a casa funerales y parque cementerio, es una condición desigual que no permite comparar con la actividad desarrollada con Mary Vega quien tenía todas los ingresos necesarios, adquiría nuevos clientes y conservaba los antiguos, realizaba el respectivo seguimiento y acompañamiento a sus clientes.

4) Por otra parte, el apoderado judicial recurrente alega que Mary Vega obtuvo el acceso a las llamadas “plantas” al momento de vender los productos de prenecesidad en la calle, sin embargo, dicha afirmación no es totalmente cierta, puesto que, las circunstancias rodean varios sucesos que son necesarios señalar como lo son: (1º) desde el inicio del contrato de trabajo en el año 2009 hasta finales del 2015 Mary Vega y Shirley Carrillo se encontraban en iguales condiciones, esto es, ambas tenía libertad para ingresar a parque cementerio y casa funerales así no cumplieran el presupuesto mensual y no estaban sujetas al reconocimiento de las llamadas plantas, hasta que, a partir de enero de 2016 iniciaron el cambio de la metodología, y desde el mes de diciembre de 2018 Mary Vega firmó con el Gerente de la empresa, un acuerdo para aceptar la Tablet y que le permitieran el acceso a parque cementerio y casa funerales, que se insiste, es el mejor punto para vender los productos de prenecesidad, porque es ahí donde llegan clientes nuevos, y es el sector principal para realizar la orientación y seguimiento de los clientes y sus familiares, razones por las cuales, no

es permitido realizar una comparación en condiciones de igualdad.

En este orden de ideas, la Organización la Esperanza S.A. desconoció el principio de igualdad que opera a favor de los trabajadores que realizan funciones similares y comparables; lo que generó un trato discriminatorio al efectuar ese ejercicio comparativo en relación con dos trabajadores que se encuentren en condiciones desiguales.

Lo anterior, por cuanto se demostró que, la demandada Shirley Carrillo al no aceptar el sistema de zonificación implementado a través del uso de la Tablet, que modificó sus condiciones laborales iniciales, el empleador obstaculizó la venta de productos y servicios y en el acceso a las plantas, casa funerales y parque cementerio; circunstancia que superó la señora Mary vega Quintero, al acogerse a las nuevas políticas comerciales establecidas por el empleador, por lo que tuvo la oportunidad de acceder a tales prerrogativas. Ello conllevó a que el presupuesto de ventas mensual entre la demandada y Mary Vega para los tres meses de 2019 (junio a agosto), generara la diferencia “abismal” que pregona el recurrente, puesto que de ningún modo era procedente realizar tal comparación, incurriendo la empresa demandante, en conductas que constituyen actos que atentan contra la dignidad de los trabajadores, especialmente, de discriminación al establecer trato y condiciones diferenciadas para la trabajadora demandada y entorpecimiento laboral, al no permitirle usar las herramientas que antiguamente se usaban para desarrollar sus actividades y vender productos y servicios que oferta en los lugares que habitualmente los vendía, no resultaría razonable evaluar el rendimiento de la demandada frente a otro que no tiene las mismas restricciones y limitaciones; por lo que no hay lugar a convalidar un actuar del empleador que transgrede principios y garantías fundamentales de los trabajadores.

En consecuencia, el problema jurídico queda resuelto en forma desfavorable a la empresa demandante, procediendo de esta forma, a CONFIRMAR en todas sus partes, la sentencia apelada proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta del 31 de marzo de 2022.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a $600.000 a cargo de la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A. y en favor de la demandada Shirley Johanna Carrillo.

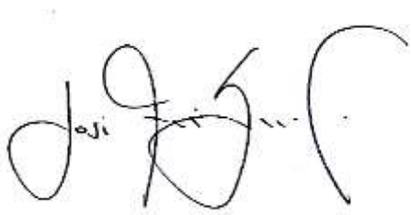
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**, por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR, la decisión proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 31 de marzo de 2022, dentro del proceso especial de fuero sindical adelantado por la sociedad LA ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A. contra la señora SHIRLEY JOHANA CARRILLO ESPARZA.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor $600.000 a cargo de la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A. y en favor de la demandada SHIRLEY JOHANNA CARRILLO ESPARZA.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA