

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada Ponente

SL648-2018

Radicación n° 55122

Acta 03

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso **LUIS CARLOS CAJAMARCA BARRAGÁN** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 31 de mayo de 2011, en el proceso ordinario que adelanta contra **PIMPOLLO S.A.**

I. ANTECEDENTES

Con la demanda inicial, el actor solicitó que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 1.º de febrero de 1997 al 21 de abril de 2006, cuando la demandada lo dio por terminado sin justa causa. En consecuencia, se condene a la accionada al pago de la indemnización por despido injusto, salarios en cuantía de

\$10.000.000 mensuales desde fecha del retiro y hasta tanto se verifique el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, perjuicios morales y materiales, el bono pensional correspondiente a la diferencia entre lo pagado por aportes a seguridad social y lo que se debió sufragar teniendo en cuenta como IBC el 70% del salario integral que percibía, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado *ultra o extra petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de esos pedimentos expuso que el 1.º de febrero de 1997 se vinculó laboralmente como gerente de la sociedad Incubadora del Oriente S.A., la cual fue absorbida por Pimpollo S.A., mediante fusión protocolizada a través de escritura pública n.º 5665 de 2 de noviembre de 2003; que tal circunstancia no conllevó ninguna variación en el desarrollo de su contrato de trabajo; que el 21 de abril de 2006 lo despidieron mediante comunicación en la que se invocó como causal para tal efecto, *«insinuaciones de tipo sexual, invitaciones a salir y tocar en forma repetitiva a las señoritas Ingrid Chinchilla Anaya y a la ex trabajadora Carolina Peña»*; que minutos previos a la entrega de dicha misiva se le citó a descargos, empero la empleadora no confirmó ni comprobó lo que él expresó, y que nunca cometió los actos que se le endilgaron.

Igualmente, refirió que el 27 de abril de 2006, la demandada le canceló los emolumentos laborales debidos, más no la indemnización por despido sin justa causa; que a la fecha de su retiro devengaba *«un salario integral variable*

de aproximadamente \$10.000.000 mensuales», cuyo factor de variación dependía de las ventas; que además le reconocían un auxilio denominado «*rodamiento*» y el valor del arrendamiento de su casa, los que constituían salario pese a la negativa de la empleadora de darles tal connotación; que el ingreso base de cotización reportado por la convocada era inferior al 70% del salario integral que realmente devengaba; que el despido le generó perjuicios morales y materiales que deben ser reparados, y que la accionada no ha dado cumplimiento al deber contenido en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 (f.º 66 a 71).

Al reformar el escrito inicial, relató que junto con su esposa, el 10 de abril de 2006 suscribió promesa de compraventa de un inmueble toda vez que la demandada le había informado que no continuaría sufragando el canon de arrendamiento de la vivienda que habitaba junto a su familia, y que debido al despido del que fue objeto, se vio obligado a rescindir dicho contrato lo que le significó la pérdida de \$10.00.000, suma que constituye un perjuicio adicional al ya causado por su retiro. Además, señaló que dada la forma de calcular su salario variable, la liquidación de este fue inferior al que correspondía conforme las ventas del periodo a cuantificar; que en el desempeño de su labor nunca fue amonestado ni desplegó conductas inmorales o antiéticas (f.º 255 a 258).

Al dar respuesta a la demanda y a su reforma, la sociedad llamada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos los negó, salvo los relativos a la fusión

con Incubadora del Oriente S.A., la continuidad del vínculo laboral del actor y el pago de las prestaciones a la finalización de aquel. Propuso las excepciones de prescripción, pago, inexistencia de la obligación y compensación (f.º 229 a 247 y 294 a 301).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conoció de la primera instancia el Juez Quinto Laboral Piloto de Oralidad del Circuito de Bucaramanga que, en sentencia de 15 de diciembre de 2009 (f.º 479 a 496), resolvió:

PRIMERO: *Declarar que entre **LUIS CARLOS CAJAMARCA BARRAGÁN** y **PIMPOLLO S.A.**, existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada desde el 01 de Febrero (sic) de 1997 al 21 de Abril (sic) de 2006 (...).*

SEGUNDO: CONDENAR *a la demandada (...) a cancelar al demandante (...) la suma de (...) (\$30.000.332,00) por concepto de indemnización por despido sin justa causa.*

TERCERO: ABSOLVER *a la demandada (...) de las demás pretensiones formuladas en su contra (...).*

CUARTO: COSTAS. *Correrán a cargo de la parte demandada (...).*

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver los recursos de apelación que interpusieron las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el fallo recurrido en casación, revocó el numeral segundo de la decisión del *a quo* para, en

su lugar, declarar la justeza del despido del actor. Confirmó en lo demás (f.º 544 a 570).

Para esta decisión, comenzó por señalar que no es materia de discusión la relación laboral que se desarrolló entre las partes entre el 1.º de febrero de 1997 y el 21 de abril de 2006, así como tampoco el despido del demandante.

A continuación, se ocupó de resolver la impugnación de la accionada que, afirmó, se circunscribía a determinar la calificación de la conducta del demandante como justa causa de su despido. Para tal efecto, luego de reproducir el contenido de los artículos 58 numeral 4.º, 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, concluyó que aun cuando el empleador no identificó la causal legal en que incurrió el actor para dar por terminado su contrato de trabajo, lo cierto es que los hechos en que se erigió el despido se enmarcan dentro de las establecidas en los numerales 5.º y 6.º del citado artículo 62.

Hizo alusión a la definición que el diccionario de la Real Academia Española trae de «*moral*» y de lo que se debe entender por una conducta ajustada a tal precepto y, así, procedió a analizar el interrogatorio de parte practicado a la representante legal de la demandada y los testimonios recepcionados en el curso del proceso, a fin de verificar si el actuar del demandante estuvo acorde a tales lineamientos.

En esa dirección, encontró que algunas de esas declaraciones *«dan cuenta de la inquietante situación»* que el comportamiento del actor generó en *«el personal femenino subordinado»*, pues fueron contestes en recalcar *«la molestia y desazón que les causaba[n] los comentarios del gerente comercial, fuera de todo contexto, calificados por lo menos de mal gusto»*, mientras que –adujo– a quienes no les constó la comisión de tales conductas no eran parte de la compañía para la época de los hechos, *«no la conocieron por razón de sus actividades en la empresa, o la encubrieron»*. Igualmente, reseñó que dado el cargo directivo que ejercía el demandante, *«sus ligeras y degradantes expresiones»* así como *«los insinuantes calificativos»* constituyeron un *«abierto abuso del poder»* y *«un ejercicio indebido de su posición dominante»*.

Recalcó que en un Estado social de derecho, la importancia del trabajo está acompañada del respeto mutuo entre los partícipes de una relación laboral, en la que los roles jerárquicos se constituyen en pilares fundamentales para la correcta dirección de la compañía debido a la importancia de la responsabilidad que le compete a quienes los ejercen y que trascienden a sus roles personales y sociales, por ser en tales dimensiones *«en las que se verifica el grado de confianza que inspire la conducta del directivo, como reflejo de la ética que informa sus relaciones de trabajo»*.

Afirmó que existe un *«código de conducta implícitamente admitido e inherente al medio laboral»*,

soportado en la solidaridad y respeto por el compañero, según el cual *«la galantería no puede constituirse en instrumento de agravio o desmedro de la dignidad y el decoro del otro»*, so pena del deterioro de las relaciones que se dan en el medio de trabajo y de la vulneración de la convivencia armónica que debe reinar en aquel. Resaltó que tal actuar es aún más reprochable cuando proviene de un superior con capacidad de mando y dirección en la empresa, pues *«se constituye en peligroso paradigma de una errática (sic) conducta, que lleva consigo falsos y censurados componentes sociales que desestabilizan el giro natural de las relaciones porque corroen y desestabilizan el medio laboral»*.

Conforme lo anterior, señaló que basta con la manifestación de intolerancia por parte de quien es objeto de acciones que no son propias del ámbito laboral, *«para entender las nocivas repercusiones»* que ellas generan en el medio de trabajo y, en tal virtud, calificar ese comportamiento como *«reprochable, intolerable y sensible a la dignidad»* de los trabajadores de la organización, máxime cuando, como en el *sub lite*, su autor *«es el gerente de la empresa, quien tiene sobre sí el poder de decisión en las políticas de la compañía, el depositario de la confianza del medio laboral, de quien no se puede esperar una conducta impropia, irrespetuosa, hostil, que mancille la dignidad de las trabajadoras y de todo el medio laboral, afectando las normales relaciones de trabajo»*.

Bajo tales parámetros concluyó que el comportamiento del demandante frente a algunas de sus subalternas afectó el normal desarrollo de las actividades de la compañía y constituyó una vulneración «*al código ético de conducta empresarial*», todo lo cual calificó como constitutivo de una justa causa de despido.

Se ocupó de analizar el acta de la diligencia de descargos rendida por Cajamarca Barragán y las actas aclaratorias de los hechos que suscribieron algunos trabajadores, a través de las cuales la empresa se instruyó frente a las imputaciones endilgadas a aquel, luego de lo cual concluyó que la accionada realizó una investigación preliminar del asunto y cumplió con la carga de escuchar las explicaciones del autor de la falta, previamente a adoptar la decisión del despido. Por tanto, adujo, respetó el debido proceso del demandante.

En concordancia con lo anterior, se relevó del estudio de la apelación del actor relativa a la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa impuesta por el juez de primer grado, así como del pretendido pago de la indemnización de perjuicios morales.

Finalmente, procedió a verificar la incidencia salarial del auxilio de arrendamiento perseguida por el accionante para efectos del pago de cotizaciones al sistema general del pensiones.

Así, reprodujo el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y señaló que el 1.º de julio de 2002, las partes en contienda suscribieron un otrosí al contrato de trabajo, en el que acordaron que la demandada cancelaría al actor, por mera liberalidad, un auxilio de vivienda que se pagaría directamente al propietario del inmueble en que habitaría aquel como arrendatario y, que dicho emolumento no constituiría salario por no remunerar el servicio prestado *«ya que se trató de un facilismo de la empresa para con el trabajador»*. Corolario, el *ad quem* afirmó que tal emolumento no era constitutivo de salario y, por tanto, conforme al artículo 18 de la Ley 100 de 1993, tampoco integra el ingreso base de cotización para el pago de las cotizaciones a pensiones.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el accionante que esta Sala case el fallo recurrido para que, en sede de instancia, **«CONFIRME PARCIAMENTE** la sentencia de primer grado (...), en cuanto condenó a pagar el derecho a la indemnización por despido sin justa causa, junto a la indexación y las costas procesales, re liquidando (sic), en sede de instancia, la indemnización que en derecho corresponda conforme al salario real, en metálico y en especie devengado por el

trabajador. De la misma manera solicito se decida favorablemente en sede de instancia sobre el perjuicio material y moral sufrido por el demandante, éste conforme al arbitrum judicis y los pagos de aportes pensionales que deberá hacer la empresa por reliquidación del salario en especie (vivienda). Así mismo sobre las costas, lo que en derecho corresponda».

Con tal propósito, por la causal primera de casación, formuló tres cargos que fueron objeto de réplica y que la Sala procede a estudiar en su orden.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, «los artículos 62 y 63 del C.S.T., Nos. 5 y 6; artículo 58 No. 4 del C. S. T.; artículo 66 del CST. artículo 64 CST; artículos 127, 128, 129 y 130 del CST; artículos 187, 194, 195, 197 y 277 del C. de P C; artículo 18 de la ley (sic) 100 de 1993».

Manifiesta el censor que el Tribunal incurrió en los siguientes yerros de orden fáctico:

a) Pasó por alto que los hechos invocados por escrito por la demandada y por los cuales fue despedido LUIS CARLOS CAJAMARCA BARRAGAN (sic) fueron "el que usted al personal femenino de la empresa y subordinado a su cargo, como es el caso de las señoritas Ingrid Chinchilla y la ex trabajadora Sena Carolina Peña les hizo insinuaciones de tipo sexual e incluso les pidió que salieran con usted y además las toco en forma repetitiva así como también fueron víctimas de su acoso con llamadas telefónicas realizadas fuera de su horario de trabajo".

b) Dijo por sentado, sin estarlo, que el demandante, Dr. LUIS CARLOS CAJAMARCA fue despedido en últimas por no guardar, de modo riguroso, la moral con sus compañeras de trabajo, lo que amplió en demasía las posibilidades de tipificar como justo el despido del trabajador en menoscabo de lo expresamente invocado en la carta de despido.

c) No tuvo en cuenta que la manera de saludar y de interactuar del Dr. LUIS CARLOS CAJAMARCA con compañeras de trabajo era, desde tiempos muy pretéritos al despido, cercano y afectuoso, sin que fuera inmoral y constitutivo de justa causa de despido.

d) No dar por demostrado, estándolo, que el pago del arrendamiento de la vivienda del demandante en Bucaramanga constituía un típico salario en especie con incidencia en la indemnización por despido injusto y el pago de aportes pensionales.

Aduce el recurrente que los errores fácticos obedecieron a la errónea apreciación de las siguientes pruebas:

- a) La carta de terminación del contrato de LUIS CARLOS CAJAMARCA BARRAGAN (sic).
- b) La confesión de la representante legal de Pimpollo S.A., Dra. Marlene Edelfrida Varela Consuegra.
- c) Los testimonios de Yenny Consuelo Sichaca López, Ingrid Alexandra Chinchilla, Yaleisy Rueda Delgado, Lina María Sierra Arias, Nancy Barajas Pico, Jesús Adolfo Rueda y Claudia Lizarazo Vargas. A pesar de no estar la prueba testimonial prevista para obtener el quebrantamiento de la sentencia por vía del recurso extraordinario de casación, se invoca por estar íntimamente relacionada con otras pruebas calificadas como son la documental del acta de descargos rendida por el demandante, de la carta de despido y el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada, Dra. Marlene Edelfrida Varela Consuegra.
- d) Otro si (sic) del primero de julio de 2002 por medio del cual la empresa pagaba el arriendo de la vivienda del demandante.

Así como a la falta de valoración de:

- a) *El acta de descargos rendida por el demandante el día 21 de abril de 2006.*
- b) *La confesión por apoderado judicial (artículo 197 del C. de P.C.) al contestar (folio 294) el hecho primero de la reforma y/o adición de la demanda.*

Para sustentar el cargo, el recurrente refiere que las conductas invocadas en la carta de despido como justa causa de despido, no guardan identidad con aquellas que la representante legal de la demanda señaló como tal, en el interrogatorio de parte que absolvió, pues en la primera se consignaron las siguientes: *«a) hacer insinuaciones de tipo sexual a las subordinadas Ingrid Chinchilla Anaya y a Carolina Peña (sic); b) por pedirles a éstas (sic) co-empleadas que salieran con él; c) por tocarlas en forma repetitiva y d) acosarlas con llamadas telefónicas fuera de su horario de trabajo»*; mientras que en la citada declaración la demandada confesó que el despido del actor fue por *«acosar sexualmente a empleadas que dependían de él en la línea de jerarquía y autoridad»*.

Igualmente, afirma que el Tribunal encontró *«una «tercera» causal justificativa del despido»*, consistente en *«el comportamiento del trabajador con algunas empleadas que afectó el medio laboral, al desestimar el normal desarrollo de actividades de la compañía (¿?) y en vulnerar el código ético de la conducta empresarial que representaba como gerente de la compañía»*, pese a que en el proceso no obra documento alguno que incorpore tal instrumento y que eventualmente pudiera materializar lo que se debe entender por *«guardar rigurosamente la moral en las relaciones con*

sus superiores y compañeros». Apoya su postura con la transcripción de apartes de la sentencia de la Corte Constitucional T-768-2001, relativa a las conductas inmorales como justa causa de despido.

Sostiene que el *ad quem*, desvió el estudio del material probatorio pues no se dirigió a comprobar los hechos aducidos en la carta de despido o los confesados por la representante legal de la empleadora, sino que se propuso encontrar una causal que justificara la terminación del vínculo laboral *«basado en un concepto personalísimo de moral»* aun cuando esta no fue invocada por la demanda en dicha misiva.

Recalca que si en gracia de discusión se entendiera que la carta de despido es explicativa de actos de acoso sexual, es preciso remitirse al contenido de las demás pruebas denunciadas. Así, reproduce y analiza varios de los testimonios, para concluir de cada uno de ellos lo siguiente:

- Jenny Consuelo Sichacá López: señala que de la declaración de esta testigo se extrae que *«el trato del demandante al personal femenino y que a ella tanto molestaba, se desarrolló desde tiempo muy pretérito al despido, por los menos desde que la testigo entró a trabajar en PIMPOLLO S.A (noviembre de 2003) sin que la empleadora (ni nadie diferente a la testigo) estimara que el hoy demandante era un inmoral ni menos un acosador sexual»*. Además, refiere que el entendimiento personal de la declarante acerca de cómo se tipificó la insinuación sexual -

«miradas malintencionadas, sentarse al lado de la que le gustaba, roce en los brazos»-, y que fue prohibida por la empresa, «no puede edificar una causal justa de despido».

- Ingrid Alexandra Chinchilla Anaya: asevera que la testigo reconoce que el demandante *«nunca le hizo insinuaciones sexuales»*, que las llamadas que le realizó fueron en horario de trabajo. Tampoco que la manera de saludar del actor fuera *«grosera, morbosa, vulgar»*, y que la única oportunidad en la que la invitó a salir no puede entenderse como constitutiva de *«insinuación o acoso sexual»*. Corolario, aduce que bien el actor puede ser *«culpable de saludar de manera melosa o, siendo extremistas, de tratar de coquetear»* con la declarante, más no de *«faltarle el respeto, de acosarla ni de tocarla con morbo y vulgaridad ni, (...) de llamarla insistentemente ni (menos) por fuera de su horario de trabajo»*.

En este aparte se refiere además al contenido del acta de descargos rendida por el accionante, respecto de la cual afirma no fue valorada por el Tribunal. Señala que en dicha oportunidad, el demandante espontáneamente explicó su proceder respecto de la citada testigo, lo cual aduce, resulta concordante con su declaración.

- Yaleisy Rueda Delgado: destaca que en calidad de encargada del manejo del personal de la empresa y siendo que estuvo presente en el proceso disciplinario que condujo al despido del actor, tenía que ser conocedora del supuesto acoso sexual que se le imputó a aquel; empero, ella lo

definió como alguien *«amable, y expresivo con todo el personal, lo que nunca fue reprochado por la empresa sino hasta e abril 21 de 2006»*.

- Luz Mary Pinzón García: manifiesta que en su testimonio, definió al demandante como *«persona abierta, afable, que atendía a todos los empleados en su oficina, incluso para temas personales»*.

Nuevamente alude al acta de descargos para señalar que en ella, el actor explicó lo acontecido con el hecho de haberle preguntado a la declarante *«respecto a su “cola”*» y señala que como tal incidente no se incluyó en la carta de despido, *«la empresa no encontró contrario a la moral tal interrogante»*.

- Lina María Sierra Arias: refiere que de su declaración se advierte que Cajamarca Barragán siempre fue una persona *«galante»*.

- Nancy Barajas Pico: de este testimonio concluye que desde época anterior al despido, el actor *«mostraba una manera melosa de saludar»* que, posteriormente, fue tergiversado por la empresa para edificar la justa causa de despido.

- Jesús Alfredo Rueda Pérez: aduce que el deponente es claro en reconocer que no le consta *«comentario alguno, bueno o malo»* del accionante dirigido a Carolina Peña, de quien afirmó el testigo, tampoco *«dijo nada respecto de la*

conducta censurable del accionante», salvo que «él siempre la llamaba para cosas que no tenían relación con el trabajo que ella desempeñaba y que si en ese momento alguna persona entraba se podría mal interpretar las cosas"» lo que, asevera el recurrente, no constituyen conductas contrarias a la moral o insinuaciones sexuales, máxime cuando, según el declarante, dicha trabajadora era una persona «muy tímida» lo que, a título de máxima de la experiencia, pueda convertirla en persona sensible y de fácil llanto por causas que por supuesto desconozco pero que itero no tienen que estar relacionadas con el pudo[r] sexual, causa, en últimas, del despido de L.C. CAJAMARCA».

- Claudia Lizarazo Vargas: sostiene que esta declaración ratifica la circunstancia de que el demandante *«saludaba y se despedía de todo el personal»*, actuar que fue deformado por la accionada para justificar su retiro.

A continuación refiere que el *ad quem* dejó de aplicar el entonces vigente artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, pues de haber apreciado en conjunto todo el material probatorio, hubiere concluido que la demandada no acreditó una justa causa de despido, en la medida que no probó los hechos que adujo en la carta de terminación del contrato de trabajo.

En cuanto a la inclusión del auxilio de vivienda como factor salarial, resalta que el Tribunal se equivocó al restarle tal connotación, pues precisamente por tener ese carácter, fue que la empresa accionada al contestar el

hecho primero de la reforma a la demanda confesó que como prestación a tal emolumento, al actor se le ajustarían sus comisiones.

Alude al contenido del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, y aduce que el referido auxilio se le cancelaba mensualmente al accionante *«por su condición de ejecutivo y gerente»* tal como lo confesara la representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio de parte que se le formuló. En apoyo, reproduce apartes de la sentencia CSJ, 1.º oct. 2008, rad. 27193.

Resalta que una de las necesidades de cualquier persona es la vivienda, razón por la cual, si la accionada no cancelaba ese rubro a favor del actor, a este le habría correspondido asumirlo *«lo que comportaría un menoscabo patrimonial»*.

VII. RÉPLICA

Para refutar el cargo, el opositor le endilga falencias de orden técnico, consistentes en que el censor pretende demostrar que el Tribunal incurrió en yerros fácticos con fundamento en la prueba testimonial, cuando no es apta en casación, y que la sustentación del mismo se asemeja a un alegato de instancia.

Señala además que no acierta el recurrente cuando al elaborar un análisis fragmentado de los testimonios, le resta importancia a la conducta del demandante *«con*

afirmaciones tendientes a tergiversar la atinada expresión del Tribunal “código de conducta implícitamente admitido e inherente al medio laboral”», que no se refiere precisamente a un documento sino a «a la necesaria cultura de respeto que un gerente debe tener con sus subordinados».

Sostiene que el recurrente no logra demostrar la ocurrencia de los errores de hecho endilgados al juez de la alzada, con ocasión de la indebida valoración de las pruebas censuradas, y que conforme la jurisprudencia de esta Sala, no es viable aducir en casación la vulneración de normas sustanciales, cuando la interpretación que realiza el juez de los medios de convicción lo es en desarrollo del principio de la libre formación del convencimiento establecido en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

VIII. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si, de las pruebas que señala el impugnante como erróneamente apreciadas o no valoradas, se evidencia que el Tribunal incurrió en los desatinos fácticos que le atribuye, respecto a los siguientes dos puntos objeto de cuestionamiento:

- JUSTA CAUSA DE DESPIDO

Al respecto el recurrente afirma que el error del sentenciador de alzada consistió en concluir que el actor fue despedido por no guardar un comportamiento acorde con la

moral frente a sus compañeras, cuando ello no fue precisamente la causa invocada para la terminación del contrato, en tanto que los actos que sí se enunciaron como tal, no pueden constituir justa causa de despido.

Por su parte el Tribunal, frente al tema, precisó que las conductas endilgadas al demandante como justificativas de su despido, encuadran en las causales 5.^a y 6.^a del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, y luego de realizar un análisis pormenorizado de los elementos de juicio obrantes en el proceso, dedujo que el comportamiento del accionante frente a algunas de sus subalternas afectó el normal desarrollo de las actividades de la compañía y constituyó una vulneración al «*código de ética de conducta empresarial*», lo que encontró más reprochable, dado el cargo de gerente que ejercía para la demandada. Concluyó entonces acertado, calificar el despido como justo.

Pues bien, desde ya la Sala advierte que el Tribunal no incurrió en los errores fácticos que se le endilgan frente a la declaración de la justeza del despido, en la medida que de un análisis objetivo de las pruebas censuradas por el recurrente, se observan dos circunstancias: (i) la comisión de las conductas imputadas al actor en la carta de finiquito laboral fueron debidamente demostradas, y (ii) merecen ser calificadas como justificativas del despido.

En efecto, en la carta de terminación del contrato de trabajo obrante a folio 6 –acusada de indebidamente valorada-, la demandada adujo:

Motiva nuestra determinación el que usted, al personal femenino de la empresa y subordinado a su cargo, como el caso de las señoritas: Ingrid Chinchilla Anaya y la extrabajadora (sic) Sena Carolina Peña les hizo insinuaciones de tipo sexual e incluso les pidió que salieran con usted y además las tocó en forma repetitiva así como también fueron víctimas de su acoso con llamadas telefónicas realizadas fuera de su horario de trabajo.

De las anteriores situaciones tuvo conocimiento la empresa recientemente y a su vez fueron reconocidas por el personal que está bajo su control administrativo.

Todo lo anterior además de constituir una justa causa de despido de conformidad con la ley laboral vigente, ha llevado a la empresa a que pierda la confianza en usted depositada en razón a la naturaleza directiva del cargo y la posición dominante que en un momento dado usted tiene sobre el personal referenciado.

De lo anterior, se tiene que la accionada le endilgó al demandante la comisión de actos contra el «personal femenino de la empresa y subordinado a su cargo», entre ellos, puso de presente lo ocurrido con dos de sus trabajadoras, situación que afirmó condujo a la pérdida de la confianza en él depositada en razón a su calidad de directivo y la posición dominante que representaba.

Luego, el Tribunal no le hizo decir a tal elemento de juicio ninguna cuestión diferente a su literalidad, pues con fundamento en él concluyó que el empleador si bien puso de presente las conductas constitutivas de justa causa para dar por terminado el vínculo laboral con el actor, no identificó la causal en que aquellas se enmarcan. Cuestión diferente, es que el *ad quem* dedujera que los actos cometidos por el demandante se circunscribían a las causales 5.^a y 6.^a del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora, la verificación de la ocurrencia del actuar descrito, la obtuvo el Tribunal de la valoración del acta de descargos rendida por el actor y sus «*actas aclaratorias*», así como del interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada y de los diferentes testimonios recepcionados en el asunto, pruebas estas también censuradas por el recurrente y a cuyo estudio objetivo procede la Sala.

Así, se tiene que en el acta de descargos que el demandante rindió ante los representantes de su empleador (f.º 103 a 122), si bien negó las imputaciones referentes a realizar insinuaciones de tipo sexual e intentar tocar a la aprendiz del Sena, Carolina Peña, aceptó que realizó llamadas telefónicas a la trabajadora Ingrid Chinchilla, que le pidió hablar con ella un viernes, porque sentía «*curiosidad*» y quiso «*averiguar ella que (sic) hacia, si estaba estudiando, si estaba adelantando algún tipo de estudio*».

En tal dirección, se le realizaron los siguientes cuestionamientos cuyas respuestas también se reproducen:

¿QUE (sic) TIENE QUE DECIR AL RESPECTO POR LAS QUEJAS RECIBIDAS POR PARTE DE INGRID CHINCHILLA RESPECTO A UNA INVITACION (sic) A SALIR SOLICITANDOLE (sic) ADEMÁS QUE DEBIA (sic) COMPROMETERSE A LLEVAR FALDA EN LA SALIDA? Yo dije eso. ¿QUE (sic) EXACTAMENTE DIJO? Lo que están preguntando. ¿ESO FUE EN OTRA LLAMADA TELEFONICA (sic) AL CELULAR DE ELLA? Si (sic) señora, al celular de ella. COMO (sic) EXPLICA USTED QUE UN GERENTE DE SU NIVEL Y CATEGORIA (sic) LE HAGA ESTE TIPO DE INSINUACIONES Y/O INVITACIONES A UNA ASOCIADA MERCADERISTA Y QUE ESTA (sic) BAJO SU SUBORDINACION (sic)? Yo en este caso reconozco que pude haber cometido una indelicadeza a partir de lo cual evite (sic) comunicación con Ingrid Chinchilla sobre ese tema. Yo quiero expresar que dentro de los que yo converse (sic) o le pude

haber dicho a Ingrid nunca hice insinuaciones morbosas e irrespetuosas y finalmente nunca Sali (sic) con ella ni volví a llamar, ni pude haber hecho comentarios u opiniones que le pudieran significar a ella algún tipo de presión.

En el mismo acto se le interrogó acerca de un suceso ocurrido con la jefe de cartera Luz Mary Pinzón. Al respecto, el actor confirmó que realizó comentarios relativos a su apariencia física: «*USTED LE HIZO UNA ALUSION (sic) A LUZ MARY SOBRE LA COLA, SOBRE LO BIEN QUE LE QUEDAN LOS PANTALONES QUE ELLA UTILIZA? Desobligante con la señora Luz Mary, una vez la salude (sic) o después que la salude (sic) le pregunte (sic) a ella, que ella tenía su cola muy bonita, que ella que (sic) estaba haciendo, en esos términos le pregunte (sic), a lo cual ella me respondió de la misma manera informal como yo le pregunte (sic).*».

Ahora, de las «actas aclaratorias» adjuntas a la de descargos, el Tribunal dijo que sirvieron a la empresa como medio ilustrativo acerca de las conductas endilgadas al actor. Conclusión que tampoco luce desacertada, pues a través de ellas la accionada obtuvo la siguiente información:

- Jenny Consuelo Sichaca López comunicó que Ingrid Chinchilla le solicitó permiso para no asistir a las capacitaciones programadas por la empresa debido a que Cajamarca Barragán «*molestaba mucho y él era una sola sobadera todo el tiempo*», y que en otra oportunidad le manifestó que el citado «*le había dicho que la falda le quedaba bien y que además, le (sic) había llamado al celular y que el novio se dio cuenta y estaba molesto*».

Refirió también que presenció como el demandante se acercó a una aprendiz del Sena *«y se sentó al lado de ella y le dijo (yo escuché): míreme a los ojos, míreme fijamente... a usted le han dicho que tiene los ojos muy bonitos... cuántos años tienes... Ella le contestó: 17 años... Le siguió diciendo él a ella, Dra. Míreme otra vez... y siguió: yo no sé si con esa mirada me está mentando la madre o me está cautivando...»*.

- Elkin Javier Vera manifestó a su empleadora hoy demandada que estuvo presente cuando Cajamarca Barragán llamó dos veces al celular de Ingrid Chichilla, y que esta le pidió en una reunión empresarial que se sentara a su lado *«porque el Dr. [Cajamarca] la molestaba»*, a lo cual accedió.

- Martha García Bautista informó que en una ocasión, mientras estaba *«en la planta»* con Ingrid Chinchilla -quien vestía falda- se encontraron con el actor, y que este al saludar a aquella *«tenía cara de sorprendido... de pronto en los ojos tenía una mirada que no le sé decir (...) él la vio, se la quedó mirando y le dijo Dra., o sea era una mirada diferente, como insinuante»*. Ese mismo día -señaló-, estuvo presente cuando al salir del mencionado lugar, Cajamarca Barragán llamó al celular de la citada trabajadora.

- Ingrid Chinchilla comunicó a las representantes de su empleadora que las situaciones acaecidas con el demandante tuvieron su inicio:

(...) en el evento de carnes frías. Él se sentó a mis espaldas con

su "súper" amigo Guillermo Díaz. Cuando me vio, me saludó muy amigable...yo estaba prevenida porque ya había percibido de él muchos halagos verbales y muchas miradas insinuantes...me fui a mi puesto y me senté.

Él me llamó y me hizo hasta que le contesté. Yo me volteé y él me dijo: "Estás muy linda!.. Acercó su silla a la mía. Para quién es todo eso?" Yo le contesté:... Para mi novio.

Me dijo: Doctora siempre que haya reuniones usted siempre se va a sentar al lado mío. Contesté: sí doctor? Él contestó: sí señora.

Mi celular estaba en las piernas y me preguntó el número y yo se lo di (pensé en darle otro número, pero me dio miedo... él es el jefe) y me timbró para corroborar el número y en ese momento yo lo grabé.

Me dijo: Dra. de los qué (sic) están aquí, quién de esos bobos es su novio? Contesté: No está aquí. Y qué hace tu novio? Trabaja en el vivero (...).

Preguntó: De aquí quién es tu mejor amigan (sic) Contesté: No tengo... todas son mis amigas... Me dijo: o sea que si yo te llamo, nadie se va a enterar... Dije: cómo así?... Contestó: no nada... estás muy linda.

Ese día me llevó solo a mí el refrigerio y después me preguntó a (sic) si había quedado bien.

Después de esto, cada vez que nos veíamos me saludaba pasando la mano sobre el hombre (sic) y el brazo. Solo una vez en un evento de capacitación, me paso (sic) el dedo suavemente por la espalda y yo reaccioné volteando mi mirada y lo miré muy mal (...).

En ese evento todos los compañeros me molestaban porque se dieron cuenta, diciendo que yo estaba "ganada" con el cucho....

En otro evento de capacitación en que estábamos los dos, se paró al lado de una columna y empezó a llamarme por el celular y se reía desde allí, mientras marcaba el celular. Me timbró por lo menos cuatro veces... yo no contesté y no podía decirle nada porque estábamos en una reunión.

Después cuando salimos de esa reunión, yo iba en el carro de un amigo de un compañero de trabajo (Elkin) y el Dr. me volvió a timbrar al celular por largo tiempo esperando le contestara y yo no le contesté.

En otra ocasión, fui a la planta a (...). Ese día yo vestía falda y antes de entrar verifiqué que no estuviera en la oficina, pero estando hablando con mi jefe (Jenny) llegó, y sentí nuevamente una mirada insinuante (...).

Bajé al almacén a (...), él bajó y pasó por donde yo estaba y me llamó y yo le dije que ahora iba..., pero me escondí en la oficina de telemercadeo y cuando ya no lo vi, me fui de la planta. Iba con Martha García, Administradora Plaza Centro.

Cuando estaba afuera, me timbró al celular, Martha se dio cuenta... estábamos en el Ley... Martha me dijo contéstale (...).

Le contesté y me dijo: Dra. Cuando yo la llame no me diga Dr. y se ve muy bonita en falda... el día que usted me conceda la cita, yo la quiero ver en falda... Yo le contesté: perdón ¿?. Normalmente no uso falda, hoy porque mi novio me lo pidió... El Dr. me dijo: igual se ve muy bonita en falda... y para la cita no necesariamente tiene que ser esa... Yo le contesté: es la única que tengo... Me repitió: es un compromiso que se ponga falda, vale?... Yo le contesté: no porque ya estoy comprometida...

Me siguió preguntando: qué estás haciendo? Le contesté: en una cita médica. Me preguntó ¿y qué le pasa? Le dije que tenía un dolor de espalda (...). Me preguntó: y después para dónde vas? Le contesté: me recoge mi novio. Me dijo:... se cuida, que estés bien...

La última vez, hace poco, fui a la planta otra vez. Esta vez, me acompañó mi novio (que ya estaba enterado y no quiso dejarme ir sola). Llegamos y entramos con mi novio y nos sentamos al lado de Belki (supervisora puntos de venta) y se me acercó y me saludó únicamente.

Cuando salíamos (sic) de ahí llegamos a Florida y estaba conversando con mi novio, cuando el teléfono celular timbró de nuevo y era el Dr. Cajamarca. Mi novio me pidió que le contestara a ver qué quería... le contesté y me preguntó: Dra., porque (sic) no se despidió? Contesté: perdón? Me dijo: y cómo le ha ido? Le contesté: Bien... señor?... Me dijo: quería saber qué estaba haciendo... cuéntame.. Yo le contesté que estaba con mi novio u él se despidió inmediatamente...

A los dos días fui a la planta y presenté queja con mi jefe de este evento.

Posteriormente, presenté mis quejas con mi jefe y también con el área de Gestión de Asociados.

- Belky Rodríguez le comunicó a su empleadora:

Me siento muy incómoda porque el Dr. Cajamarca cada vez que se me acerca, me toca sobándome el hombro y el brazo. Me parece muy meloso.

Me molesta mucho porque lo toca a uno casi dándole masajes porque es muy repetitivo y es algo que no debe hacer un Gerente.

Sale muchas veces de la oficina y se me para al lado de mi puesto de trabajo a hacer nada y ni siquiera pregunta por los puntos de venta ni por los clientes (...).

- Jesús Rueda le informó a la accionada:

Un día, Carolina, la aprendiz que teníamos en ese momento, en Enero se me acercó después de salir de la oficina del Dr. Cajamarca, llorando y me dijo que no volvía a atender al Dr. porque siempre la llamaba no para atender problemas del equipo sino para otras cosas que la incomodaban.

Yo no quise preguntarle de qué cosas exactamente se trataba porque la sentí muy mal y no me pareció oportuno volver a tocar el asunto.

Además me expresó que si alguien entraba en el momento en que ella estaba en la oficina del Dr. Cajamarca, la persona que entrara iba a malinterpretar la situación y ello se iba a prestar para comentarios indebidos.

Un tiempo después de retirada, el Dr. Cajamarca me preguntó si sabía algo de Carolina y dónde trabajaba y yo le contesté que no sabía nada de ella.

Por su parte, la representante legal de la demandada, al absolver el interrogatorio que le fue practicado (f.º 319 a 324), específicamente al dar respuesta a la pregunta tercera relacionada con el despido del demandante, refirió que obedeció a una «justa causa comprobada por sus comportamientos de acoso sexual a empleadas que dependían directamente de él en la línea de jerarquía y

autoridad establecida en la compañía, tema que además tuvo como consecuencia la pérdida de confianza por parte de la compañía en lo que se refería a un comportamiento ético, moral y justo en la ejecución de su gestión, como gerente, como jefe y como representante de la compañía en esa zona del país».

Frente a la pregunta quinta relacionada con las políticas de la empresa acerca de qué conductas constituyen «acoso de tipo sexual», constitutivas de despido, contestó que se califican como tal:

llamadas para solicitar información de tipo personal a los empleados, trato cercano con miradas inadecuadas, acercamiento físico a través de tocar reiterativamente a los empleados, invitaciones a eventos sociales distintos a los establecidos y organizados por la compañía, comentarios, calificativos respecto a la apariencia física de los empleados, comentarios inadecuados morbosos en las reuniones con los empleados, solicitud o dar órdenes a los empleados de realizar acciones que tengan que ver más con compromisos personales con la persona que da la orden o con el jefe que con los compromisos que este tenga con la empresa. Todo esto tiene mayor gravedad para la empresa si los comportamientos son ejecutados por algún empleados que ocupe cargo de dirección y autoridad porque representa un claro abuso del poder, que no es aceptado en ninguna instancia en la compañía.

Al ser interrogada acerca de qué «datos de acoso sexual» por parte del demandante conoció –pregunta catorce-, informó que a través de quejas formales presentadas por los jefes de área, estuvo al tanto de los comportamientos de aquel con sus subalternas, que incluían «piropos morbosos, tocadas permanentes cuando saludaba sobre todo a empleadas del nivel operativo,

invitaciones a salir por ejemplo a INGRID CHINCHILLA, comentarios sugestivos respecto a que le realizaran compañía en horas laborales para conversar o tratar temas personales distintos al laboral, comentarios desobligantes y sugestivos en reuniones de trabajo, llamadas reiterativas a INGRID CHINCHILLA, etc.». Y clarificó que todo lo anterior constaba en las actas que levantó la empresa, a fin de verificar las quejas que verbalmente fueron presentadas contra Cajamarca Barragán.

Corolario de lo anterior, se tiene que el actor no solamente aceptó en el acta de descargos las circunstancias descritas frente a Ingrid Chinchilla, sino que de aquellas dan cuenta las citadas actas aclaratorias anexas a dicho documento, al igual que de la contrariedad sufrida por la aprendiz del Sena, Carolina Peña.

Ahora, no desconoce la Sala el hecho de que el *ad quem* encontrará acreditados episodios adicionales a los descritos en la carta del despido, que dan cuenta del repetitivo actuar del accionante frente al personal femenino subordinado a él, no obstante, tal circunstancia resulta irrelevante, en tanto, se itera, no erró al concluir que las causas que fueron invocadas en aquella, correspondían a la realidad. Luego, no es cierto como lo sostiene la censura que el Tribunal haya desviado el estudio del material probatorio para dirigirse a encontrar una causa que justificara el retiro del demandante, «*basado en un concepto de moral que no fue invocado*» sino que, en la búsqueda de la comprobación de los hechos que le fueron endilgados,

encontró demostrado unos adicionales que junto a aquellos consideró justificativos para dar por terminado el contrato de trabajo del actor.

Luego, no se observa por parte del juez de apelaciones error al momento de valorar tales elementos de juicio y, en tal virtud, hallar demostradas las faltas enrostradas al demandante. Vale señalar que la Sala se abstiene de analizar los testimonios acusados por el censor como indebidamente valorados, pues al no tratarse de una prueba calificada en casación su estudio solo resulta procedente en la medida que se logre estructurar un error fáctico en un medio de convicción que tenga tal connotación, lo que no tuvo lugar en el *sub lite*.

Ahora, siguiendo con la línea argumentativa, le corresponde a la Sala verificar si el Tribunal erró al determinar que esas conductas del ex trabajador constituyeron justa causa de despido o si, por el contrario, como lo manifiesta el censor debió deducir que «*por mucho*», el demandante pudo «*ser culpable de saludar de manera melosa o, siendo extremistas de tratar de coquetear*» con Ingrid Chinchilla, mientras que Carolina Peña, por tratarse de una persona «*muy tímida*» -como la calificara su jefe directo-, era una persona «*sensible y de fácil llanto por causas (...) que no pueden estar relacionadas con el pudor sexual*».

Para ello, comienza la Sala por recordar que el trabajo conlleva a que cada individuo desarrolle una actividad

productiva que además de permitirle reconocerse como miembro de la sociedad, le facilita la obtención de los medios para su supervivencia; en consecuencia, el ejercicio de este derecho fundamental, requiere de una especial protección, de suerte que cualquier afectación a su normal desempeño debe ser conjurada a través de los mecanismos que en cada ámbito se encuentren establecidos.

Así, lo relacionado con la protección de las mujeres en el escenario del trabajo, no aparece desligado de la legislación interna que lo regula ni de los instrumentos internacionales que así lo ratifican y que desempeñan un importante papel en la consolidación de los derechos de la aquellas y promueven la aplicación de leyes desde una perspectiva de género.

En efecto, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos - adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París- se estableció la prohibición de discriminación por razones de género (art. 7.º), postulado que, por supuesto, hace parte del universo de los derechos de los trabajadores y cuya inobservancia *«debilita el crecimiento económico y el óptimo funcionamiento de las empresas y de los trabajos de mercado»* (OIT, Promoviendo la igualdad de género, Santiago, 2006, t. I).

Por su parte, el Convenio n.º 111 de la OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y su correspondiente Recomendación, protege a todos los

trabajadores ante la discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social y otros criterios que puedan ser especificados por el Estado ratificante, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

Posteriormente, esa concepción proteccionista orientada, entre otros, al desarrollo de las mujeres en el mundo del trabajo como base de una creciente construcción social, fue incluida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, acogidos el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI).

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) firmada en 1979, además de definir la discriminación de tal grupo poblacional, hizo un llamado a los Estados a que ratifiquen su erradicación.

Ahora, de forma más concreta y en lo relacionado con el acoso sexual en el lugar del trabajo, definido por la OIT como aquel *«comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre. Para que se trate de acoso sexual es necesaria la confluencia de ambos aspectos negativos: no deseado y ofensivo»*, diversas herramientas internacionales se han ocupado de esta

problemática, dirigidos a adoptar medidas, procedimientos y mecanismos dirigidos a lograr su erradicación. Entre otros, tenemos:

- Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el avance de la mujer: -1985- convoca a los gobiernos a legislar contra el acoso sexual en el ámbito laboral y a los agentes sociales a velar por su prevención y asistencia.
- Resolución sobre Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Tratamiento para el Hombre y la Mujer en el Empleo: -1985- apunta a la necesidad de establecer mecanismos para prevenir o combatir el acoso sexual en el trabajo.
- Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre el Convenio N° 111: -1988- ejemplificó casos de acoso sexual en el lugar de labores.
- Reunión Tripartita de Expertos sobre Medidas Especiales de Protección para Mujeres e Igualdad de Oportunidades en el trato: -1989- cataloga el acoso sexual como un problema de seguridad e higiene en el trabajo.
- Coloquio Tripartito sobre Igualdad de Oportunidades y Trato para Hombres y Mujeres en el Empleo de los Países Industrializados: -1990-

requiere a los agentes sociales a la prevención del acoso sexual.

- Resolución relativa a la Acción de la OIT para las Mujeres Trabajadoras: -1991- apunta a la necesidad de definir directrices y materiales de información y formación sobre el acoso sexual en el ámbito laboral.
- Recomendación General número 19 de la CEDAW: - 1992- se precisó que aquel fenómeno corresponde al *«comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil»*.
- Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing): -1995- solicita a los gobiernos, empleadores/as, sindicatos y ONG, la erradicación del acoso sexual en el trabajo.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belem Do Pará): -1996- en

su artículo 2º catalogó al acoso sexual en el lugar del trabajo como una forma de violencia contra la mujer, en los siguientes términos: *«a) se entenderá que la violencia contra la mujer incluye la violencia física sexual y psicológica; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrado por cualquier persona y que comprende entre otros violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro, acoso sexual en el lugar de trabajo (...)»*.

- Estudio a Fondo Sobre Todas las Formas de Violencia contra la Mujer: -2006- condena la falta de visibilidad del fenómeno.

En orden a lo anterior, resulta fácil concluir que el acoso sexual en el ámbito del trabajo, corresponde a uno de los problemas de discriminación de género como una forma específica de violencia contra las mujeres, cuya visibilización, erradicación y reparación le corresponde asumir a todas las sociedades que se aprecien de justas.

Así es porque debido a la cultura heredada y caracterizada por la segregación de las mujeres este tipo de abusos se sigue presentando en su contra. Lo que es peor, en el marco de esa mentalidad -aprobada simplemente para ceñirnos a una realidad impuesta-, se le intenta dar el inocente título de galantería o coqueteo, por demás de obligatoria aceptación para su destinataria, a verdaderas conductas constitutivas de acoso sexual: desde palabras subidas de tono por la apariencia o forma de vestir hasta

abusos físicos, existiendo entre estos dos rangos numerosas conductas inadmisibles de los empleadores o representantes de estos hacia sus subalternas, que generalmente son ocultadas por las mismas víctimas ante el temor de ser despedidas o, incluso de ni siquiera ser escuchadas.

Esa indebida tolerancia, incentiva que en el ámbito laboral aún prevalezca el desconcertante problema de castigar a la mujer que no se somete al acoso de su superior y, es precisamente, la ausencia de denuncia la que cohonestase ese marcado estereotipo de que es su deber afrontar situaciones cotidianas de aparente seducción -que se traducen en un verdadero acoso sexual- en sus lugares de trabajo.

Y es que las pautas culturales no le permiten ver al sujeto activo de aquellas que la simple negativa de la mujer a ser objeto de tales representaciones sugestivas, debe bastar para que aquellas cesen, pues su continuidad lo convierte a él en acosador y a la persona objeto de su supuesta *galantería* en su víctima, lo cual perpetúa el ciclo de acoso y discriminación laboral, con grave afectación de la organización en la cual ocurre, donde, usualmente aquel se ve favorecido por aspectos organizativos como la proporción de hombres-mujeres, el tipo de actividades que estas desempeñan, la discriminación sexual, el clima laboral o la valoración de su trabajo.

Entonces, como quiera que el acoso sexual se trata de

una situación que el sujeto pasivo no desea, es cada persona quien establece qué comportamiento aprueba y cuál le resulta intolerable y, por tanto, atentatorio de sus derechos y perturbador de sus condiciones de trabajo, lo que significa, que las conductas de acoso no se pueden limitar a acercamientos o contactos físicos sino que incluye cualquier acción que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, que puede producirse por cualquier medio de acción: propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, llamadas telefónicas, etc.

A pesar de su gravedad, este fenómeno se ha visto desnaturalizado y ha pasado a formar parte de las relaciones de poder que se establecen en el ámbito laboral como un flagelo silencioso que lesiona principios, garantías y derechos fundamentales, tales como la igualdad, la no discriminación laboral en razón del sexo, la vida, la estabilidad en el empleo, la intimidad y, por supuesto, también derechos y libertades sexuales y derechos económicos.

Todo ello, contribuye a perpetuar la subordinación de la mujer en la sociedad, pues el acoso u hostigamiento sexual es un hecho real que las afecta en mayor proporción y produce efectos: (i) en la víctima, en tanto la ubica en una situación de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos e indefensión laboral, al punto que puede limitar su desarrollo profesional e incluso, perder su trabajo; (ii) en las empresas, toda vez que mancilla su imagen organizacional y

puede generar pérdidas financieras, pues ante un clima laboral negativo aumenta el ausentismo por enfermedad, el abandono de los puestos de trabajo, la disminución en la calidad del mismo, etc., y (iii) en la sociedad, por cuanto limita la consecución de la igualdad y equidad de género.

Precisamente por todo lo anterior, cuando un asunto de este talante es puesto en manos de la justicia, al juez le corresponde continuar con su intencionalidad de propender por el equilibrio entre los géneros y el respeto por los grupos poblacionales que históricamente han sido segregados, como, en este caso, la mujer trabajadora.

Retomando las directrices de la OIT, se tiene que para que un comportamiento sea calificado de acoso sexual, resulta imperativo la concurrencia de dos aspectos negativos: que sea «*no deseado y ofensivo*». Bajo tales criterios, prevé que serán considerados como acoso sexual los siguientes comportamientos:

- *Físico: violencia física, tocamientos, acercamientos innecesarios.*
- *Verbal: comentarios y preguntas sobre el aspecto, el estilo de vida, la orientación sexual, llamadas de teléfono ofensivas.*
- *No verbales: silbidos, gestos de connotación sexual, presentación de objetos pornográficos.*

Así mismo, establece que el acoso sexual puede presentarse de dos formas: «1) *Quid Pro Quo*, cuando se condiciona a la víctima con la consecución de un beneficio laboral -aumento de sueldo, promoción o incluso la

permanencia en el empleo- para que acceda a comportamientos de connotación sexual, o; 2) ambiente laboral hostil en el que la conducta da lugar a situaciones de intimidación o humillación de la víctima».

Al descender al *sub lite*, tenemos un punto de partida fácilmente identificable: las actuaciones endilgadas al demandante –comprobadas como lo están- produjeron una situación de angustia o miedo en sus receptoras, en tanto perturbaron su tranquilidad en el ejercicio de la actividad que desempeñaban; luego, el Tribunal tampoco erró al concluir de las pruebas que analizó que el comportamiento del actor causó una *«inquietante situación»*, *«molestia y desazón»* en el *«personal femenino subordinado»*, que calificó de *«abierto abuso de poder»* y un *«ejercicio indebido de su posición dominante»*.

Entonces, bajo tales lineamientos, las circunstancias descritas, no pueden ser disgregadas del concepto de acoso sexual en tanto generaron un *«ambiente laboral hostil»*, debido a la intimidación que ellas generaron en el personal femenino subordinado al actor. En esa dirección, tal como lo dedujo el juez de apelaciones, constituyeron justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Consecuente con lo anterior, el Tribunal no incurrió en los yerros que se le endilgan frente al aspecto probatorio bajo análisis.

- INCIDENCIA SALARIAL DEL AUXILIO DE ARRENDAMIENTO

Afirma el recurrente que el juez de alzada incurrió en error de hecho al no considerar que el valor cancelado por tal concepto no constituía salario, pese a que era pagado mensualmente dada su condición de «*ejecutivo y gerente*», tal como lo confesó la representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio de parte que le fue practicado.

Por su parte, el *ad quem* asentó que en el otrosí al contrato de trabajo las partes acordaron el pago de tal auxilio por mera liberalidad del empleador, en tanto su reconocimiento no obedecía a la prestación del servicio y, por tanto, con apego al contenido del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no podía ser calificado como constitutivo de salario.

Así las cosas, procede la Corte al estudio objetivo de los medios de convicción censurados por el impugnante a efectos de verificar la endilgada comisión del error fáctico endilgado al juez de segundo grado.

En el citado otrosí al contrato de trabajo de fecha 1.º de julio de 2002 (f.º 96 y 97), se consignó:

Las partes acuerdan que el trabajador recibirá los siguientes auxilios no constitutivos de salario:

1. Un auxilio de vivienda que se cancelará mensualmente, cuyo valor dependerá del que se pacte con el arrendador y dicho pago se hará directamente al mencionado arrendador. (...)

Las partes dejan expresa constancia que:

- 1. Estos pagos se hacen por mera liberalidad del empleador, pues ni legal ni jurisprudencialmente está obligado a hacerlo.*
- 2. Que el auxilio de vivienda se otorga con el fin exclusivo de permitir que el trabajador viva en su sitio adecuado y de esta manera mantener la buena imagen que la empresa refleja en el entorno social **y no la de remunerar el servicio** pues este auxilio nada tiene que ver con la actividad desplegada y para la cual fue contratado el empleado. (...).*
- 3. Que estos auxilios están al arbitrio del empleador razón por la cual el trabajador lo autoriza para que en el evento de que aquel lo considere necesario pueda suprimirse dicho pago.*
- 4. Se deja expresa constancia de que lo aquí escrito se pacto (sic) en forma libre, voluntaria, de buena fe y sin presión de ninguna naturaleza (resaltado original).*

En señal de aceptación, dicho documento aparece firmado por la parte actora.

De lo anterior, se tiene que el Tribunal no erró en la apreciación de dicho documento, pues dedujo de él lo que su literalidad enseña. En esa medida, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 128, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, la Corte encuentra razones suficientes para considerar que tal emolumento no debía ser tomado en cuenta como factor de salario, pues dicha disposición faculta a las partes para quitarle tal incidencia a conceptos como los auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, por tanto, no se halla ninguna razón de orden jurídico que permita concluir la ilegalidad de ese pacto.

Ahora, la circunstancia de que la representante legal de la demandada al contestar la segunda pregunta del interrogatorio de parte que se le practicó haya señalado que el citado rubro fue pactado con el demandante *«más por su condición de ejecutivo y de gerente»*, no puede deducirse que el pago del mismo estaba concebido como una contraprestación directa del servicio, esto es, que con ellos se retribuyera de manera inmediata la actividad laboral desplegada por el demandante, como lo pretende el recurrente, pues ese aparte de su declaración se dio en el contexto de su explicación relativa a que dicho auxilio se estipuló *«en razón a que [el actor] fue trasladado de Bogotá a BUCARAMANGA»*.

Luego, tal como fue concebido y de lo que es dable entender era su objetivo, no se desprende que a través de aquel se remunerara el trabajo efectuado por el accionante, pues su reconocimiento estaba directamente relacionado con la circunstancia de su traslado de ciudad, a fin de facilitarle su desenvolvimiento personal y familiar. En tal virtud el Tribunal no incurrió en el error de hecho descrito.

No sobra advertir que resulta inviable sostener como lo afirma el censor que el mencionado auxilio forma parte del salario del actor, por cuanto de no haber cancelado la demandada el pago de la vivienda donde este residía, le habría correspondido asumirlo directamente, lo que le significaba un menoscabo a su patrimonio, pues en realidad, cualquier beneficio que el empleador otorgue a su

trabajador, de una u otra forma, significa un mejoramiento de los haberes de aquel que en caso de no percibirlo le correspondería asumir y, en tal sentido, resultarían inanes las normas laborales que precisan o pretenden definir cuáles pagos tienen o no la condición de salario, tales como los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por todo lo visto, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Le atribuye a la sentencia impugnada ser violatoria por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos, «58, 62, 63, 64, 66 *del Código Sustantivo del Trabajo*».

Luego de poner de presente que no discute las conclusiones fácticas a que arribó el Tribunal y reproducir los numerales 5.º y 6.º del artículo 62 y 4.º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, el censor señala que aquel erró en la interpretación de tales normas, en tanto *«parte de premisas subjetivas frente a juicios de valor, que de ninguna manera pueden considerarse como actos inmorales o de falta de moral, sino de puras apreciaciones personales, que carecen de referente objetivo que violen los patrones culturales y las convicciones morales del fuero interno de cada individuo, que para nada conduce afectar la conciencia,*

el sentido de culpa, remordimiento o arrepentimiento del actuar del señor LUIS CARLOS CAJAMARCA».

Aduce que dichas disposiciones son genéricas, en tanto no señalan taxativamente qué se debe entender por actos inmorales lo cual vulnera el principio de legalidad y tipicidad; que el *ad quem* analizó los hechos sin tener en cuenta que *«realizar llamadas telefónicas fuera del horario del trabajo, tocar a una trabajadora o invitarla a salir, no puede[n] considerarse actos inmorales, sino situaciones de hecho que tienen patrones culturales auto independientes de cada ser y de su personalidad»*, y que los actos que se le endilgaron al demandante no pueden calificarse de inmorales, pues las reglas morales que consagra el ordenamiento jurídico, no tienen la misión de *«hacer perfectos [a] los hombres»*, sino establecer como tales aquellas necesarias para el orden social.

Asevera que los actos que analizó el juez de apelaciones no dejan de ser *«meros convencionalismos sociales o reglas de trato social»*, que no constituyen justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo, y que *«no hay que olvidar que la moral es única, pero sus manifestaciones cambian en el espacio y en el tiempo dependiendo de la época histórica, la diversidad de las sociedades, la cultura del pueblo y el individuo»*.

Concluye que el verdadero sentido de las normas que enlista como mal interpretadas por parte del Tribunal, es que *«la inmoralidad corresponde a actuaciones objetivas, que buscan no el perfeccionamiento del ser humano, sino que realmente afecten a la sociedad en que vivimos y por ende la necesidad de ser contemplado legalmente un actuar indecoroso, ya que si eso no fuera el sentido hermenéutico de la norma, cualquier trato social estaría sujeto a una sanción o reproche legal»*.

X. RÉPLICA

Al oponerse al cargo, el replicante señala que como quiera que la decisión del Tribunal contiene un sustento fáctico, no resulta procedente formular una acusación por la vía directa, pues en esta se parte de la aceptación de los hechos acreditados en las instancias. No obstante, lo anterior, alega que la obligación de *«guardar la moral»* en el lugar de trabajo, conlleva la necesidad de relacionarse *«sobre la base fundamental del reconocimiento de la humanidad del otro como un yo, digno de respeto, que no puede ser instrumentalizado bajo conductas de aparente galantería»*, que afectan el estado de ánimo del sujeto pasivo de tales conductas y repercuten en la convivencia laboral, más aun si son ejercidas por quien ejerce la facultad subordinante y frente a un grupo poblacional que ha sido objeto de constante discriminación, como lo son las mujeres.

XI. CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que tal como lo sostiene el replicante, al estar debidamente acreditados los supuestos fácticos relativos a la efectiva ocurrencia de las conductas endilgadas al ex trabajador en la carta de despido y verificadas las repercusiones que estas tuvieron en el personal femenino de la empresa, el cargo dirigido por la vía directa resulta insuficiente a efectos de quebrar la sentencia fustigada. No obstante, como quiera que del cargo se extrae una alegación jurídica, le corresponde a la Sala proceder al análisis de la misma.

Así, se tiene que lo que discute el opositor, básicamente, consiste en que las disposiciones que establecen la «conducta inmoral» como justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo, son genéricas y como tal vulneran el principio de legalidad y tipicidad, en la medida que cualquier conducta, subjetivamente analizada, puede encuadrar en tal acepción.

Sobre el particular, basta señalar que la jurisprudencia de esta Sala, reiteradamente ha sostenido que el juez laboral dentro del proceso puede establecer que las circunstancias que sirvieron de base para la terminación de un contrato de trabajo constituyen un acto inmoral y, por tanto, justificantes para el rompimiento contractual con justa causa.

En efecto, en sentencia CSJ SL 17 may. 2001, rad. 15744, reiterada en las providencias CSJ SL 6 mar. 2012, rad. 42167 y CSJ SL4051-2017, esta Corporación sostuvo:

Con todo, de tiempo atrás tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, que el juez laboral es competente para definir en juicio si el trabajador ha incurrido en actos inmorales o delictuosos dentro del ámbito de sus obligaciones contractuales de naturaleza laboral. La razón está en que el tema se encuentra regulado por la ley del trabajo y en que, por ello, incumbe a esta jurisdicción determinar si el trabajador ha transgredido el contrato por uno de esos actos. Por lo mismo, no debe el juez del trabajo esperar la resolución del juicio penal, ni supeditar su decisión a que ese juicio exista o no. En consecuencia, es en este proceso donde se rompe, en ese marco y para los precisos efectos de la contratación laboral, la presunción de inocencia del artículo 29 de la Carta Política. (Subrayado fuera de su texto original).

Significa lo anterior que aun cuando la norma no establezca taxativamente qué conductas deben considerarse como inmorales, lo cierto es que tal circunstancia no genera la violación del principio de legalidad, pues se itera, al juez en ejercicio de sus facultades, y en armonía con el principio de libertad de apreciación probatoria contenido en el artículo 61 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, le es dable estimar qué hechos atentan contra la moral y, en esa medida, constituyen una justa causa para finiquitar el vínculo contractual de un trabajador, en tanto pueden generar ambientes laborales negativos, que deben ser conjurados con medidas como el despido.

En consecuencia, el cargo no sale avante.

XII. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida, el «*artículo 128 CST, que a su vez generó la falta de aplicación de los artículos 18 de la ley (sic) 100 de 1993, 21, 129 y 130 CST. (...) modificadas por los artículos 15, 16 y 17 de la ley (sic) 50 de 1990 que señalan lo siguiente: (...)*».

Refiere el censor que la suscripción del otrosí al contrato de trabajo existente entre las partes no puede significar el desconocimiento de los derechos laborales del actor, y recalca que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta que los artículos 129 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo que establecen que «*habitación (...) y alojamiento*» constituyen salario en especie, habría concluido que el pago del arrendamiento de la casa en la que residía el trabajador, tenía tal connotación y, como tal, incidencia directa en la expectativa de su pensión y en el monto de la indemnización por despido injusto.

Manifiesta que en caso de duda en punto a la intelección que se le debe dar a dichas disposiciones, es preciso dar aplicación al principio de favorabilidad contenido en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

XIII. RÉPLICA

Para refutar la censura, el opositor sostiene que dada la vía escogida por el recurrente, este acepta las conclusiones fácticas a que arribó el Tribunal, esto es, que conforme a las pruebas obrantes en el proceso, lo pagado al actor por auxilio de arrendamiento lo fue por mera liberalidad y no constituyó salario tal como lo convinieron las partes en el otrosí al contrato de trabajo -cuya errónea apreciación no se discute en el cargo- y, por tanto, no puede prosperar.

XIV. CONSIDERACIONES

Resulta claro que para que un pago en especie pueda ser constitutivo de salario se requiere que se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como ha sido desarrollado por el 129 de ese mismo estatuto, de tal suerte que un pago en especie que se efectuó de manera habitual y continua y, además, retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales.

Sin embargo, debe igualmente tomarse en consideración, que el artículo 128 *ibidem*, en la forma como quedó modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados

extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la *habitación*.

Por esa razón, aunque el razonamiento del censor no resulta equivocado, pues la regla general es que el suministro de dicho rubro, en principio constituye salario en especie, la excepción es que, si las partes lo acuerdan expresamente, su pago no producirá los efectos legales correspondientes a la retribución salarial.

De ahí que el fallador utilizó debidamente esa regla, pues tomó en consideración lo pactado en el otrosí al contrato de trabajo suscrito entre los entonces empleador y trabajador y, con apoyo en él, explicó que tal como se acordó, el auxilio denominado de arrendamiento, no retribuía el servicio del demandante y, por tanto, tampoco constituía salario.

Ahora, como quiera que tal conclusión fáctica no fue debidamente derruida en casación, se sigue que -como lo afirma el opositor- el cuestionamiento no tiene la virtualidad de derribar la sentencia confutada en lo pertinente.

Por tanto, el cargo no prospera.

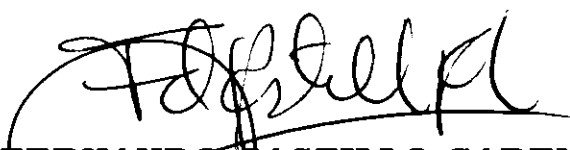
Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte demandante recurrente, toda vez que la demanda de casación no salió avante y tuvo réplica, las cuales se fijan en la suma de tres millones setecientos cincuenta mil pesos (\$3.750.000) m/cte., que se incluirán en la liquidación que se practique conforme lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XV. DECISIÓN

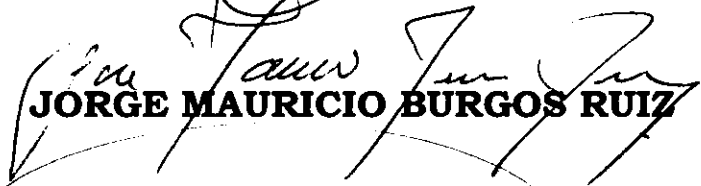
En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 31 de mayo de 2011, en el proceso ordinario que **LUIS CARLOS CAJAMARCA BARRAGÁN** adelanta contra **PIMPOLLO S.A.**

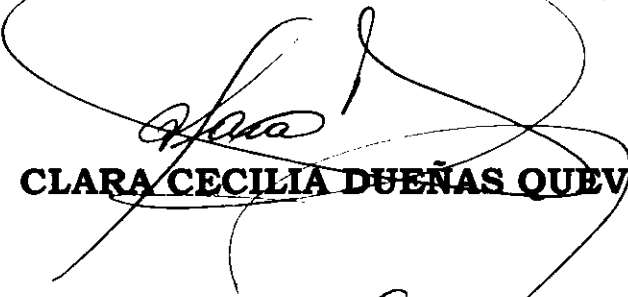
Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifiquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.


FERNANDO CASTILLO CADENA
Presidente de la Sala


GERARDO BOTERO ZULUAGA
Rad. 55122


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ


CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO


RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Aclaración AV


JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada Ponente

Radicación n.º 55122

**LUIS CARLOS CAJAMARCA BARRAGÁN VS.
PIMPOLLO S.A.**

Aclaro mi voto, en el presente asunto, por lo siguiente:

Es indudable que las conductas atribuidas al demandante, y que quedaron debidamente acreditadas, encajan dentro de las causales de despido de los numerales 5 y 6 del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965.

En efecto, no hay duda de que dichas conductas, tal como están referenciadas en la sentencia, son inmorales. Y debe tenerse de presente, que el numeral 4 del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, le exige al trabajador que debe guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros, obligación que también cobija, obviamente, a los representantes del empleador en los términos del artículo 32 *ibídem*. Lo mismo, se advierte frente al numeral 9 del artículo 59 del citado código, que los empleadores, y naturalmente, sus representantes cuando

se trate de personas jurídicas, no debe ejecutar actos que ofendan la dignidad de los trabajadores.

En ese orden, a mi juicio, la legislación laboral colombiana protege al género femenino de cualquier acto del empleador o de uno de sus representantes, que sean inmorales o que afecten su dignidad. Y tan inmoral eran las *«ligeras y degradantes expresiones»*, así como *«los insinuantes calificativos»* que utilizaba el demandante en el trato laboral frente a sus subordinadas, como igualmente, son graves y atentatorias dichas conductas, de la dignidad de las trabajadoras de la empresa.

Por ello, estimé que no era necesario emitir consideraciones generales y abstractas sobre lo que se ha llamado el acoso sexual, pues serán las circunstancias particulares de cada caso concreto, las que permitirán identificar si las conductas imputadas a determinados trabajadores en sus relaciones con compañeros (as) o subordinados (as), son constitutivas de dicha figura, para encuadrar esos comportamientos dentro de las justas causas de despido que nuestra legislación, afortunadamente, reprime.

Fecha ut supra.



LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Magistrado