

TEMA: CARGA DE LA PRUEBA - Las partes están obligadas a probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que consagran el derecho que reclaman. / **DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO LABORAL / RENUNCIA INDUCIDA** - El denominado despido indirecto, implica la presencia de una justa causa de terminación del contrato imputable al empleador, la cual debe indicar el trabajador con claridad al momento de tomar la decisión, sin que sea posible alegar otros motivos con posterioridad. / **DIGNIDAD DEL TRABAJADOR Y PERSPECTIVA DE GÉNERO** - Juzgar con perspectiva de género es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad. /

HECHOS: La señora Johana Andrea Tamayo Zamudio demandó a la sociedad SOCO S.A.S. pretendiendo se le condene al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos: indemnización por despido indirecto prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo; indexación y costas del proceso.

TESIS: Las partes tienen la obligación de aportar los soportes en que se basan sus afirmaciones, con las cuales pretenden se les reconozca un derecho, la aplicación de una norma, o un efecto jurídico particular, el no hacerlo conlleva inexorablemente a la negativa de éstos. (...) La corte señala que la carga de la prueba del tiempo servido por el trabajador al empleador la soporta el primero, de modo que la falta de demostración del tiempo de servicios comporta que no hay posibilidad para condenar al pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones. (...) En los casos de despido indirecto es el trabajador quien tiene la carga de la prueba, pues este debe demostrarle al juez los hechos que le son imputables al empleador, por los cuales decidió terminar el contrato de trabajo. La sola renuncia del trabajador no constituye despido indirecto, no obstante que con ella se rompe unilateralmente el contrato de trabajo. Para que este despido opere se requiere que haya una actitud del empleador contraria a la buena fe y a sus obligaciones contractuales, que induzca al trabajador a terminar el contrato de trabajo invocando una de las justas causas que consagra la Ley en su favor. (...) Una forma de terminación del contrato de trabajo sería la “decisión unilateral” tanto del trabajador como del empleador. Cuando es aquel el que decide poner fin a la relación contractual por su voluntad se denominará renuncia y cuando es éste, será un despido. A su turno, la renuncia podrá ser “pura y simple” y “libre y espontánea” o podrá ser “motivada” o “con justa causa imputable al empleador”. El primero de los casos corresponde a una decisión personalísima y libre de apremios que toma el trabajador en el marco de la autonomía de su voluntad y donde es su íntimo convencimiento lo que le lleva a comunicar tal decisión. (...) El trabajador no tiene por qué tolerar, los malos tratos de su empleador, por el contrario, la norma otorgó los elementos para, culminar por causa imputable al empleador la relación contractual. El funcionario judicial, entonces, tiene el deber de aplicar el derecho a la igualdad en sus decisiones e introducir ese enfoque diferencial para disminuir la violencia frente a grupos desprotegidos y débiles, lo cual implica romper los patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre–mujer que, en principio, son roles de desigualdad. (...) No se trata de actuar de forma parcializada, ni de conceder sin miramientos los reclamos de personas o grupos vulnerables, sino de crear un escenario apropiado para que la discriminación asociada al género no dificulte o frustre la tutela judicial efectiva de los derechos. (...) En lo que tiene que ver con el acoso sexual en el lugar del trabajo, lo define la OIT como el “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". (...) En criterio de la Corporación, 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. (...) "El acoso sexual en el trabajo es el comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual 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". (...) El Tribunal de lo Constitucional en su jurisprudencia de manera similar ha hecho un llamado a las autoridades judiciales para que analicen con perspectiva de género los casos donde son parte mujeres afectadas o víctimas de violencia, como un fenómeno social de innegable existencia, ello, por cuanto ha dicho que las mujeres tienen derecho a llevar una vida libre de violencia, por lo que todas las autoridades administrativas y judiciales deben propender, en sus decisiones, que así sea.

MP. JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

FECHA: 05/10/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



Medellín, cinco (05) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario identificado con el radicado número 05360 31 05 002 2016 00292 01, promovido por la señora **JOHANA ANDREA TAMAYO ZAMUDIO**, en contra de la sociedad **SOCO S.A.S.**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la sociedad SOCO S.A.S. frente a la sentencia emitida el 8 de marzo de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los

procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...”, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **325**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

La señora Johana Andrea Tamayo Zamudio demandó a la sociedad SOCO S.A.S. pretendiendo se le condene al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos: indemnización por despido indirecto prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo; indexación y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que laboró al servicio de la sociedad SOCO S.A.S. mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de marzo de 2007. Se desempeñó como Asesora Comercial. Devengó un salario mensual de \$450.000 más comisiones por ventas constitutivas de salario. Trabajó en un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. Aduce que desde un comienzo el gerente nacional de ventas de la compañía el señor Jhon Duque Ortiz, su jefe inmediato ejerció sobre ella conductas de contenido sexual tales como: *“le propuso que fueran amantes, le tocaba la nalga con frecuencia, intentaba tocarle los senos, le sacaba la tanga del pantalón, la invitaba a moteles, la irrespetaba verbalmente con expresiones como “solo realizaste cuatro visitas a clientes, te la pasaste pichando todo el día”, la invitaba a salir a tomar licor, le hacía llamadas y le enviaba mensajes de texto a altas horas de la noche con contenido sexual, haciéndole propuestas indecentes, ocasionándole incomodidades familiares y personales con su pareja”* que por su frecuencia o reiteración en el tiempo se fueron constituyendo como un acoso laboral. Señala que en 2007 debido a los actos de acoso sexual a los que estaba siendo sometida con frecuencia le manifestó al señor Jesús Darío Restrepo gerente general de la empresa, su intención de renunciar con justa causa, la cual no le fue aceptada, en razón a que el citado procedió a verificar

los hechos graves con el equipo de ventas y le exigió al señor Jhon Duque Ortiz la renuncia el 25 de octubre de 2007. Agrega que el 17 de marzo de 2014, la sociedad decidió vincular nuevamente al señor Jhon Duque Ortiz, quien volvió a ejecutar sobre ella los actos de acoso sexual, entre ellos, *“sacarle la tanga de los pantalones, le daba besos en el cuello, le manifestaba expresiones como “de ahora en adelante nos tenemos que saludar con besos en la boca”, se acercaba a su puesto y con su celular le ponía en la cara videos pornográficos sin previo aviso, le hacía comentarios morbosos, la agarraba bruscamente presionando su pecho contra él, sacaba su lengua haciendo con ella gestos insinuantes”*. Alude que tales conductas sexuales también se realizaron contra su hermana Bibiana Tamayo Zamudio, quien laboraba para la sociedad SOCO S.A.S. desde enero de 2011. Refiere que en la empresa no existió comité de convivencia laboral y nunca se hizo elección de sus miembros. Ante las vergonzosas conductas de las que era víctima tuvo que renunciar junto con su hermana con justa causa el día 11 de marzo de 2016 mediante escrito motivando el acoso laboral, indica que, frente a tal hecho, el empleador, el 15 de abril de 2016, en un primer momento le manifestó la intención de llegar a un acuerdo en reunión convocada con el representante legal y un abogado, sin embargo, 4 días después, se le informó que no se haría ofrecimiento alguno. El 28 de marzo de 2016, acudió ante el Ministerio de Trabajo buscando asesoría. Posteriormente la sociedad SOCO S.A.S. solicitó audiencia de conciliación a realizarse el 10 de mayo del mismo año, no obstante, ella llegó con 15 minutos de retraso y el abogado de la demandada se negó a permitir reabrir la diligencia. El 18 de mayo de 2016, formuló denuncia penal contra el señor Jhon Duque Ortiz por el delito de acoso sexual ante la Fiscalía General de la Nación.

La sociedad SOCO S.A.S. dio respuesta a la demanda aceptando la existencia de la relación laboral y los extremos aducidos. Precisa que, durante la vigencia de la relación laboral, la demandante tuvo llamados de atención, informes de seguimiento, comunicaciones y evaluaciones de desempeño que denotan y prueban que no fue una trabajadora destacable. Que a mediados de 2007, la actora acudió

ante el gerente general de la empresa el señor Jesús Darío Restrepo para manifestarle su intención de renunciar dada su inconformidad con unas políticas y directrices de la compañía aduciendo que se sentía presionada y acosada por el señor Jhon Duque Ortiz por las exigencias que imponía en el trabajo, ante lo cual el gerente la convocó a reflexionar sobre su decisión dándole a conocer que las políticas, procedimientos y requisiciones del trabajo no eran caprichos de su jefe inmediato sino que correspondían a los lineamientos determinados por el staff directivo, asimismo, se le informó que si consideraba que la estaban acosando en cualquier forma debería informarlo. Que además el gerente indagó y averiguó con los distintos integrantes del equipo de ventas sobre alguna indebida presión o acoso de cualquier índole recibiendo respuesta negativa. Que contrario a lo dicho por la accionante, el señor Jhon Duque Ortiz puso en conocimiento de la sociedad su intención de retirarse para atender nuevas experiencias profesionales. Que la empresa desconoce que frente a la actora se ejerciera actos de acoso sexual atribuibles al señor Jhon Duque Ortiz. Que en la compañía si existe comité de convivencia, siendo incluso la demandante informada y convocada a participar de la elección y postulación de sus integrantes. Que el 11 de marzo de 2016, cuando la actora presentó su renuncia los directivos Marcela Restrepo y Jesús Darío Restrepo la requirieron para que explicara y concretara las actuaciones de acoso, permitiéndole a la empresa investigar, accionar y tomar medidas preventivas luego de realizar con el comité de convivencia el proceso respectivo, pero la demandante se negó aduciendo que al otro día comenzaba a trabajar en la peluquería de su tía. Que la sociedad nunca consideró llegar a un acuerdo con la trabajadora. Que el salario promedio a la fecha de retiro es el que se certifica en la liquidación de prestaciones sociales. Se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las excepciones de *Ilegitimidad de la personería sustantiva por pasiva, Inexistencia del derecho e*

inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido, Buena fe, Mala fe de la demandante, Inexistencia de las obligaciones demandadas por falta de causa, Caducidad y Prescripción.

En sentencia proferida el 8 de marzo de 2018, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí condenó a la sociedad SOCO S.A.S. a reconocer y pagar a la señora Johana Andrea Tamayo Zamudio la suma de \$14.571.711 por concepto de indemnización por despido indirecto, debidamente indexada y costas del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la sociedad SOCO S.A.S. presenta inconformidad con la decisión de primera instancia considerado. Primero, que se presenta una indebida valoración probatoria tanto documental como testimonial y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de lo dicho por los testigos, dado que entre la demandante y los deponentes existe una relación emocional y de amistad, máxime que no tienen conocimiento directo de los hechos por lo que constituyen testigos de oídas. Segundo, que la empleadora desconocía la situación fáctica referida en la demanda, no obstante, le ofreció a la actora se llevara a cabo la investigación pertinente y la citada se negó. Y tercero, que el valor de la indemnización no se ajusta con el salario variable que devengaba la demandante.

Frente al recurso promovido por la parte demandada, la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, de conformidad con los Artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si la relación laboral entre las partes terminó por un despido indirecto imputable a la empleadora causándose derecho a la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, debidamente indexada; y si el valor del salario fijado por la *a quo* para efectos de liquidar tal indemnización se ajusta al realmente devengado por la actora.

CONSIDERACIONES

En virtud del principio de la carga de la prueba o auto responsabilidad, consagrado en el artículo 164 y 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, las partes están obligadas a probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que consagran el derecho que reclaman, manteniendo la obligación de aportar los soportes en que se basan sus afirmaciones, con las cuales pretenden se les reconozca un derecho, la aplicación de una norma, o un efecto jurídico particular, el no hacerlo conlleva inexorablemente a la negativa de éstos.

En desarrollo de tales preceptos normativos, la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de octubre de 2011, radicado 37547 sostuvo:

“...La Sala considera que el Tribunal no distorsionó el verdadero sentido de la regla de juicio de la carga de la prueba, contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, merced a lo dispuesto en el artículo 145 del estatuto de la materia-, porque la carga de la prueba del tiempo servido por el trabajador al empleador la soporta el primero, de modo que la falta de demostración del tiempo de servicios comporta que no hay posibilidad para condenar al pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones...”

En este juicio no está en discusión la existencia del vínculo laboral entre las partes desde el 27 de marzo de 2007 hasta el 11 de marzo de 2016.

La prueba documental que milita en el expediente, da cuenta:

- Que el 11 de marzo de 2016, la señora Johana Andrea Tamayo Zamudio presentó ante la sociedad SOCO S.A.S. renuncia irrevocable aduciendo que:

“...El motivo por el cual he decidido no continuar laborando en SOCO S.A.S. se debe al acoso laboral del que soy víctima.

Esta situación se presenta por segunda vez, ya que se había presentado hace 8 años y yo manifesté el motivo por lo tanto la empresa tomó la decisión de terminar el contrato del gerente de ventas Jhon Duque ya que encontraron malos manejos con el cargo, entre ellos el acoso. Otra vez la compañía tomó la decisión de contratarlo hace 2 años y nuevamente manifesté mi inconformidad, pero eso no bastó, sin tener alternativa tuve que quedarme callada y esperar que pasaba con esa situación.

Se hizo un compromiso con el señor Jhon Duque el cual no acató. Viendo la preferencia que la empresa tiene por él al volverlo a contratar después del incidente ocurrido me veo en la necesidad de pasar mi renuncia irrevocable.

Las personas que forman parte de mi equipo también manifiestan este acoso constante.

Lamento mucho renunciar a esta empresa, pero no tengo otra alternativa pues el acoso laboral se ha convertido en una situación insoportable...”.

- Que el 19 de abril de 2016, el abogado de la empresa demandada mediante correo electrónico le informa a la actora que “atendiendo a la reunión sostenida entre las partes el día 15 de abril del 2016, en la cual de su parte se manifiesta la intención y deseo del pago de una indemnización por despido por parte de la compañía en razón a que la renuncia presentada aparentemente se generó según lo que indica por una conducta de acoso laboral, la compañía ha determinado no hacer ningún tipo de ofrecimiento económico”.
- Que el 26 de marzo de 2007, las partes suscribieron OTRO SI al contrato de trabajo en el cual se acordó que la demandante recibiría como remuneración a título de comisiones sobre los recaudos efectivos netos que realice durante el mes según el tiempo o fecha de efectuado el cobro, entre el 1% y el 2%, pago que se efectuaría el día 15 de cada mes.
- Que el 18 de marzo de 2016, la sociedad SOCO S.A.S. certifica que la señora Johana Andrea Tamayo Zamudio laboró hasta el 11 de marzo de 2016 y devengó un salario básico mensual de \$600.000 y un promedio mensual de comisiones de \$1.712.970.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO LABORAL.

El denominado despido indirecto o renuncia inducida, implica la presencia de una justa causa de terminación del contrato imputable al empleador, la cual debe indicar el trabajador con claridad al momento de tomar la decisión, sin que sea posible alegar otros motivos con posterioridad. Ahora, en los casos de despido indirecto es el trabajador quien tiene la carga de la prueba, pues este debe demostrarle al juez los hechos que le son imputables al empleador, por los cuales decidió terminar el contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 3288 de 2018).

La sola renuncia del trabajador no constituye despido indirecto, no obstante que con ella se rompe unilateralmente el contrato de trabajo. Para que este despido opere se requiere que haya una actitud del empleador contraria a la buena fe y a sus obligaciones contractuales, que induzca al trabajador a terminar el contrato de trabajo invocando una de las justas causas que consagra la Ley en su favor.

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 6° del Decreto 2351 de 1965 y subrogado por el 5° de la Ley 50 de 1990 consagró en su literal h) que una forma de terminación del contrato de trabajo sería la “*decisión unilateral*” tanto del trabajador como del empleador. Cuando es aquel el que decide poner fin a la relación contractual por su voluntad se denominará renuncia y cuando es éste, será un despido.

A su turno, la renuncia podrá ser “pura y simple” y “libre y espontánea” o podrá ser “motivada” o “con justa causa imputable al empleador”. El primero de los casos corresponde a una decisión personalísima y libre de apremios que toma el

trabajador en el marco de la autonomía de su voluntad y donde es su íntimo convencimiento lo que le lleva a comunicar tal decisión.

En el segundo, el trabajador se ve obligado a finalizar unilateralmente el vínculo, aun sin desearlo, viéndose compelido a ello por haber incurrido el empleador en alguna de las justas causas previstas en el literal b). del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 7° del Decreto 2351 de 1965 que, consagra como justas causas de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador las siguientes:

- “1. El haber sufrido engaño por parte del {empleador}, respecto de las condiciones de trabajo.
2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el {empleador} contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del {empleador} con el consentimiento o la tolerancia de éste.
3. Cualquier acto del {empleador} o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas.
4. Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el {empleador} no se allane a modificar.
5. Todo perjuicio causado maliciosamente por el {empleador} al trabajador en la prestación del servicio.
6. El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del {empleador}, de sus obligaciones convencionales o legales.
7. La exigencia del {empleador}, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y
8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo,

o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

PARAGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, tiene la carga de demostrar, la decisión de la renuncia motivada comunicada al empleador al momento de su retiro y los hechos en los cuales soporta su decisión, y si el empleador alega hechos justificantes de su conducta, le corresponde probarlos.

En la sentencia SL 4886 de 2020 precisó el Alto Tribunal, lo siguiente:

“...Ahora bien, cuando la decisión del trabajador corresponde a una renuncia motivada, aquel estará en la obligación de demostrar los hechos en los que se funda y que imputa al empleador, caso en el cual, de lograrlo, la consecuencia no será otra sino desatar los efectos económicos que están previstos para el despido injusto a cargo del empleador en los términos del citado artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo o aquellos pactados extralegalmente por las partes.

Precisamente, sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador, con justa causa, o lo que es lo mismo, el “despido indirecto”, la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de señalar que se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el

literal B) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el 62 del Código Sustantivo del Trabajo y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador.

Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando es el empleador quien rompe el vínculo contractual en forma unilateral invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y el empresario las razones o motivos por él señalados (CSJ SL16561-2017, CSJ SL12499-2017, CSJ SL15927-2017, CSJ SL16281-2017, CSJ SL16373-2017, CSJ SL14877-2016, CSJ SL14877-2016, CSJ SL, 22 abril 1993 radicado 5272, reiterada en sentencia CSJ SL, 9 agosto 2011, radicado 41490 y CSJ SL18344-2016)...”.

Criterio reiterado en sentencia SL 417 de 2021, Radicado 71672 donde se sostuvo:

“...En todo caso, es oportuno señalar que la Sala ha adoctrinado que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato, que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión (CSJ SL4691-2018, CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288-2018, CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 entre otras).

En esta última providencia referida se indicó:

Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado

esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272) ...”.

Es indispensable que la Sala resalte, que, si bien la subordinación es un elemento determinante de la relación laboral, sus límites son el honor, la honra, la dignidad y por supuesto, los derechos mínimos del trabajador, a quien como extremo débil de la relación laboral se protege, precisamente para evitar, que, en atención a esa facultad organicista y rectora del empleador, se desdibujen los derechos inherentes al ser humano.

El artículo 5 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo establece como obligación del empleador, guardar absoluto respeto a la dignidad del trabajador y el numeral 2 del artículo 62 ya referenciado, indica que se considera justa causa *la violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste*, por lo cual, de manera alguna el trabajador tiene por qué tolerar, los malos tratos de su empleador, por el contrario, la norma otorgó los

elementos para, culminar por causa imputable al empleador la relación contractual.

Respecto a ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicado 29410 de 2007, señaló que “la subordinación no implica malos tratamientos ni falta de respeto, pues las relaciones con los trabajadores deben estar gobernadas por el absoluto respeto al trabajador y a su dignidad personal, lo que se constituye en una obligación patronal (art. 57 numeral 4º C.S.T.)”.

Ahora. La *a quo* en su providencia trajo a colación al derecho a la igualdad por el enfoque diferencial de género en las conductas encaminadas a menguar la discriminación y violencia contra las mujeres.

Al respecto, precisa esta Superioridad que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC 2287 de 21 de febrero de 2018, radicación 25000221300020170054401, señaló que “...Juzgar con perspectiva de género es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro. Juzgar con perspectiva de género es, a juicio del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, tener consciencia de que, ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, como ocurre con la situación de la mujer en los eventos de violencia entre parejas de casados o compañeros permanentes. El funcionario judicial, entonces, tiene el deber de aplicar el derecho a la igualdad en sus decisiones e introducir ese enfoque diferencial para disminuir la violencia frente a grupos desprotegidos y débiles, lo cual

implica romper los patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre–mujer que, en principio, son roles de desigualdad...”.

En la misma providencia se indicó que “...Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar...”.

Por su parte, en la sentencia SC 5039 de 2021, señaló:

“...3.2.1. El artículo 13 de la Constitución Política consagra el principio y derecho a la igualdad, categoría orientadora para todas las autoridades y particulares. Este precepto integra dos dimensiones, una formal y otro material, e impone el deber de implementar «medidas afirmativas», enderezadas a que dicha igualdad sea «real y efectiva». Allí reside el puntal normativo de los mandatos de protección especial en favor de personas o grupos históricamente discriminados o marginados.

Con base en esa pauta constitucional, y con apoyo en varios instrumentos internacionales de protección de derechos humanos ratificados por Colombia, especialmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo de 1993; la Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (o Convención de Belém do Pará), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado un método de análisis denominado «perspectiva de

género», de invaluable utilidad en la resolución de conflictos sometidos al escrutinio jurisdiccional.

Esta categoría hermenéutica impone al Juez de la causa que, tras identificar situaciones de poder, de desigualdad estructural, o contextos de violencia física, sexual, emocional o económica entre las partes de un litigio, realice los ajustes metodológicos que resulten necesarios para garantizar el equilibrio entre contendores que exige todo juicio justo. No se trata de actuar de forma parcializada, ni de conceder sin miramientos los reclamos de personas o grupos vulnerables, sino de crear un escenario apropiado para que la discriminación asociada al género no dificulte o frustre la tutela judicial efectiva de los derechos.

Dicho de otro modo, la perspectiva de género se constituye en una importante herramienta para la erradicación de sesgos y estereotipos, permitiendo revelar, cuestionar y superar prácticas arraigadas en nuestro entorno social, que históricamente han sido normalizadas y que hoy resultan inadmisibles, dada la prevalencia de los derechos inherentes e inalienables de la persona, procurando así que la solución de las disputas atienda solamente a estrictos parámetros de justicia.

En síntesis, tal como lo recalcó la Cumbre Judicial Iberoamericana en su modelo de incorporación de la perspectiva de género en las providencias judiciales⁶, el juzgamiento con observancia de las enunciadas directrices implica «hacer realidad el derecho a la igualdad, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder...».

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconoce que la perspectiva de género integra la dimensión formal y material de implementar

en el proceso medidas tendientes al logro de una igualdad real y efectiva, que garantice una especial protección a la histórica discriminación, en este caso, de la mujer, imponiendo al Juez identificar las situaciones de poder y de desigualdad estructural de las partes en litigio, no para actuar en forma parcializada, ni de conceder sin miramientos los reclamos de personas o grupos vulnerables, sino de crear un escenario apropiado para que la discriminación asociada al género no dificulte o frustre la tutela judicial efectiva de los derechos. (Sentencia SL 2936 de 2022)

Ha dicho el Alto Tribunal de Casación que no puede perderse de vista que los jueces de la República tienen el deber de juzgar con perspectiva de género, en procura de contrarrestar la violencia contra la mujer en cualquier escenario, incluido con mayor razón el laboral, en el que la sujeción de una persona a otra es la principal característica de este tipo de relaciones jurídicas. Sobre el tema, en la sentencia SL 1727 de 2020, reiterada en la sentencia SL 1636 de 2021, sostuvo:

“...En ese orden de ideas, y en particular desde el accionar judicial, surge entonces el interrogante de ¿qué significa juzgar con perspectiva de género?”

A pesar de que no es tarea fácil aplicar este mandato, representa la obligación para el juez que, una vez recibida la causa, advierta si en ésta se vislumbran escenarios discriminatorios entre las partes o asimetrías que conduzcan a actuar de forma diferente, con el objeto de romper esa desigualdad.

Lo que se espera del juez es que logre identificar y manejar,

[...] las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a **mujeres, ancianos**, niños, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier

otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa” (CSJ STC2287-2018) (subraya la Sala).

Por su parte la Corte Constitucional explicó que la violencia contra la mujer no ha sido ajena a la administración de justicia, pues las decisiones judiciales también han sido fuente de discriminación al confirmar patrones de desigualdad. Para contrarrestar lo anterior, estableció unas subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias, reiterando los siguientes deberes concretos de la administración de justicia:

i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferente; iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales e; ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres (CC T-012 de 2016).

[...] De manera que es deber de los jueces incluir el enfoque de género en las decisiones judiciales, con el fin, entre otros, de disminuir todo tipo de violencia contra la mujer (CSJ SL648-2018, CSJ SL11149-2019 y CSJ SL2010-2019) ...”.

Luego, de cara con la protección de las mujeres en el escenario del trabajo, el Máximo Tribunal Laboral en la sentencia SL 648 de 2018 expuso un recuento de la legislación interna y de los instrumentos internacionales que regulan la materia 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, así:

- 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- 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).
- 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.
- 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), incluyó esa concepción proteccionista orientada, entre otros, al desarrollo de las

mujeres en el mundo del trabajo como base de una creciente construcción social.

- 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.

En lo que tiene que ver 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”*, se precisó en la providencia aludida que diversas herramientas internacionales se han ocupado de esta problemática, dirigidos a adoptar medidas, procedimientos y mecanismos dirigidos a lograr su erradicación. Entre ellas:

- 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 criterio de la Corporación, 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, aduciendo en la misma sentencia que:

“...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 cohonesto 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...”. (Sentencia SL 648 de 2018)

La Corte Constitucional en la sentencia T - 027 de 2017 señaló que la erradicación de toda forma de violencia y discriminación contra la mujer es un compromiso promovido y asumido por Colombia al ratificar los tratados internacionales tales como: la Convención de Belém do Pará, Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1997. Por lo que el país se ha obligado a condenar “todas las formas de violencia contra la mujer (...), adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”, además de llevar a cabo las siguientes acciones de carácter específico:

“a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contrala mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como

las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y

h. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”

Y en relación con el deber de diligencia, destacó que *“...El deber de debida diligencia de las autoridades encargadas de prevenir y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, implica evaluar los testimonios de las víctimas a la luz de un enfoque de género, evitando toda revictimización. La violencia intrafamiliar, y en particular la violencia contra la mujer, no solo se ejerce en el plano físico sino también en el plano psicológico y moral a través de prácticas que se dirigen a humillar y reducir la confianza de la mujer con el fin de mantener los estereotipos de dominación y abuso del machismo...”*

Asimismo, resaltó que la violencia contra la mujer, en el marco de la violencia intrafamiliar “...No ha sido ajeno a la administración de justicia, pues las decisiones judiciales también han sido fuente de discriminación contra la mujer al confirmar patrones de desigualdad. Para contrarrestar esta situación, la jurisprudencia constitucional ha introducido subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias, reiterando la obligación que tienen las autoridades judiciales de abarcar sus casos desde un enfoque diferencial de género. Al respecto, en sentencia T-012 de 2016, se precisó que las autoridades judiciales deben: (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres...”.

El Tribunal de lo Constitucional en su jurisprudencia de manera similar ha hecho un llamado a las autoridades judiciales para que analicen con perspectiva de género los casos donde son parte mujeres afectadas o víctimas de violencia, como un fenómeno social de innegable existencia, ello, por cuanto ha dicho que las mujeres tienen derecho a llevar una vida libre de violencia, por lo que todas las autoridades administrativas y judiciales deben propender, en sus decisiones, que así sea. Se trata de una obligación que deriva tanto del derecho internacional de los derechos humanos como de las normas constitucionales. Además, tal deber implica trascender de una comprensión formal de las facultades judiciales hacia una visión transformadora e igualitaria del proceso judicial. El juez tiene unas cargas para

igualar el proceso. Además, sus poderes se amplían cuando se trata de comprender la desigualdad de género que afecta a los casos que ingresan bajo sus competencias. De allí que se activen los poderes oficiosos, los instrumentos procesales proactivos y se exija decisiones que apliquen el principio *iura novit curia*. También es importante que la decisión de reparación sea estructural y que se profieran, cuando sea necesario, decisiones extra y ultra petita. (Sentencias SU-201 de 2021, T-356 de 2021, T 224 de 2023 y T. 236 de 2023)

Al proceso fueron allegados por la parte actora los siguientes testimonios:

Carlos Eduardo Restrepo Mondragón. Afirmó que trabajó para la sociedad SOCO S.A.S. desde 2008 hasta el 22 de diciembre de 2014 en el cargo de gerente comercial. Que el señor Jhon Duque Ortiz era el gerente de industria y tenía a cargo el personal femenino. Que el trato de este con sus subordinadas *“no era el deber ser”* en lo que tenía que ver con el saludo, la *“tocadita”*, los comentarios sobre el vestuario y los tratos morbosos tanto con la demandante como con las otras compañeras. Que él evidenció y fue testigo de los actos que realizaba el señor Jhon Duque Ortiz sobre la actora, tales como: comentarios sobre su vestuario, sus senos, sus caderas, sus partes genitales, que le decía *“como vino de buena”*, que *“si estaba repartiendo culo”*, la abrazaba, le tocaba el cabello, la invitaba a moteles, le enviaba mensajes de voz, videos porno, le decía *“que rico esto”*, le hacía chistes morbosos. Hechos que ocurrían de manera frecuente y muchas veces, lo que le ocasionó problemas con su esposo. Adujo que el señor Jhon Duque Ortiz también acosaba sexualmente a Bibiana Tamayo Zamudio, la hermana de la accionante. Que él no denunció ante la empresa tales conductas porque siendo jefe directivo no era de su competencia, además de que Jhon Duque Ortiz tenía igual cargo, pero su compañera de trabajo Andrea si lo denunció. Que tuvo conocimiento que se

realizó una reunión con el gerente de la empresa y la hija de este, la señora Marcela, no obstante, los hechos siguieron ocurriendo “*el acoso*”. Señala que los 15 asesores de la sociedad SOCO S.A.S. le contaron que el señor Jhon Duque Ortiz renunció por el acoso. Y que desconoce que en la compañía hubiere un comité de convivencia.

Ana María Jaramillo Restrepo. Manifestó que laboró para SOCO S.A.S. desde 2005 hasta 2012, estuvo como aprendiz, luego en facturación y después en ventas. Que el señor Jhon Duque Ortiz era el coordinador de ventas, que con el citado tenían una relación mala, debido al acoso sexual y laboral, había una comunicación afectiva ni buena. Que ella conoció que Jhon Duque Ortiz invitaba a la demandante a desayunar a moteles, le hacía comentarios groseros tales como: “*que se la quería comer y besar*”, le sacaba la lengua, la abrazaba muy morbosamente, le besaba el cuello, le tocaba la nalga, le hacía comentarios soeces y piropos por su ropa, le enviaba videos al celular de mujeres desnudas y masturbándose y mensajes obscenos, se le montaba en el escritorio, era muy coqueto. Que también tenía dichos comportamientos con otra vendedora con la que tuvo un “*encuentro*” y a ella igual la molestaba. Dice que la accionante informó en varias ocasiones tales conductas a las directivas, en su época el gerente Oscar Darío, pero este tomaba en charla o chiste, pues a la gerencia le importaba más la parte comercial que la humana. Que Jhon Duque Ortiz le hacía a la actora llamados de atención y memorandos y la requería de manera arbitraria porque no le mandaba informes, no obstante, ella puede dar fe que si los pasaba. Que, en razón de lo anterior, en la empresa se hicieron encuestas a nivel nacional con los clientes y vendedores para tomar una decisión, evidenciando que el citado era guache, soez y grosero. Que las encuestas quedaron en el archivo. Que, además, se realizó una reunión donde se le imputó al señor Jhon Duque Ortiz el acoso frente a la demandante, y también otras quejas

presentadas por otras compañeras. Que ella, en razón de su cargo, estuvo presente en la reunión, y evidenció cuando la actora manifestó al gerente y a su hija lo que ocurría con Jhon Duque Ortiz, pero el gerente lo tomaba en chiste, por lo que las directivas si conocían de la situación. Que ella no elaboraba actas de reunión, dado que en la empresa no se llevaba registro de reuniones. Que en la compañía *“todo el mundo sabía de los acosos de Jhon Duque Ortiz, eso era público”*. Que por las labores que ella tenía a cargo y por la información y documentación a la que tenía acceso supo que al señor Jhon Duque Ortiz le pidieron la renuncia, pues además del acoso, se le encontraron malos manejos de la oficina en Bogotá, le encontraron ropa interior y mujeres en el apartamento y también un arma. Que la renuncia voluntaria la presentó el señor Jhon Duque Ortiz más o menos en 2007. Y que, con posterioridad a la nueva vinculación, la actora le contaba de los comportamientos de aquel y le mostraba lo que le enviaba por el celular.

Jennifer Johanna Ramírez. Refirió que prestó sus servicios para la sociedad SOCO S.A.S del 12 de agosto de 2013 al 14 de marzo de 2016. Que el señor Jhon Duque Ortiz era jefe inmediato suyo y de la demandante. Que Johana Andrea renunció debido al acoso sexual de parte del citado, quien le jalaba la tanga, le pegaba en la nalga, le enviaba mensajes y videos pornográficos cuando estaba de viaje en horario laboral y en las noches, y cuando compró el carro le dijo *“le tocó dar mucho culo pa poder comprar ese carro”*. Que el mencionado miraba mujeres en ropa interior y videos. Que tal acoso era diario, por lo que la actora sufrió bastante e informó de manera verbal de dicha situación al gerente don Darío y a su hija Marcela quien también labora en la empresa, que, no obstante, don Darío lo tomaba en chiste *“no hicieron nada”*. Que no hubo comité de convivencia, ni convocatoria, pues todo lo que pasaba en la empresa estaba en manos de don Darío y de Marcela. Que el 10 u 11 de marzo de 2016, hubo una reunión con gerencia,

pero ella no estuvo presente, se quedó “*afuerita*”. Que la accionante le comentó a Marcela antes de renunciar por qué se iba de la empresa. Que cuando Johana Andrea “*no le paraba bolas*” a Jhon Duque Ortiz, este tomaba represalias contra todas las compañeras de trabajo “*se iba contra ellas con informes*”. Indica que el señor Jhon Duque Ortiz le tenía muchas ganas a la demandante y a Bibiana su hermana, a quien también le daba palmadas en la nalga y cuando se iba de correría le enviaba mensajes de “*te extraño, me haces falta*”, y que de hecho existe un audio público donde Jhon Duque Ortiz se retracta de esos hechos. Que la demandante no hizo nada más por temor a perder el empleo y su esposo. Señala que a ella también le hacía comentarios y le mostraba videos pornográficos, que asimismo les decía cosas a sus compañeras Vanessa y Claudia. Que ella también renunció en razón a todo lo que Jhon Duque Ortiz estaba haciendo, el acoso sexual y dado el mal trato con sus compañeras de trabajo. Y que era evidente el favoritismo de parte de la empresa con respecto al señor Jhon Duque Ortiz.

La sociedad SOCO S.A.S., por su parte presentó a las deponentes señoras Yury **Vanessa Berrio Serna** y **Claudia Patricia Espinosa Colorado**.

La primera, indicó que trabaja hace 2 años y medio para la sociedad demandada en la dependencia de seguridad y salud en el trabajo. Que tuvo poca interacción con la demandante. Que en la empresa existe comité de convivencia laboral desde 2013, el cual está conformado por 3 integrantes y se reúne cada 3 meses o en casos extraordinarios. Que en la compañía son 52 trabajadores. Que la actora no denunció o informó ante el comité de convivencia la situación que alude en la demanda se presentó con el señor Jhon Duque Ortiz. Y que tampoco se presentaron quejas contra el citado.

La segunda, aseveró que es la coordinadora en sistema de gestión calidad y servicio al cliente en la sociedad SOCO S.A.S donde labora desde el 11 de julio de 2011. Que en la empresa son 52 empleados. Que existe comité de convivencia desde 2013 conformado por 6 integrantes, 3 del empleador y 3 de los trabajadores y se reúne cada 3 meses. Que para tal comité hubo convocatoria a través de correos, carteleros y anuncio verbal. Que la presidenta del comité es la señora Marcela Restrepo. Que el señor Jhon Duque Ortiz se desempeña como gerente de ventas y frente al mismo no se presentaron quejas de parte de los empleados ni de los clientes. Que desconoce sobre los malentendidos entre la actora y Jhon Duque Ortiz, pues aduce que siempre hubo buen trato de parte de aquel con sus subalternos. Y que no sabe por qué la demandante renunció y si le hicieron llamados de atención.

Luego, recaía inevitablemente en hombros de la parte demandante probar, en este caso, que el dependiente del empleador, señor Jhon Duque Ortiz, incurrió en los malos tratos descritos que la norma trae, como justa causa para terminar la relación laboral, pues se insiste, no basta con enunciarlos, sino que debe demostrar que existieron para dar pie a la protección pretendida.

En criterio de la Sala, la accionante demostró al interior del proceso la ocurrencia de los hechos por ella descritos, esto es, el comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo de parte de su superior jerárquico el señor Jhon Duque Ortiz, no deseado por ella. Ello, en la medida que los testigos allegados por la parte actora dan cuenta de las palabras subidas de tono por la apariencia o forma de vestir de la accionante, de los acercamientos o contactos físicos abusivos, a saber: besos, abrazos, tocamientos de la ropa interior, gestos con la lengua, las propuestas verbales indecentes y los mensajes vía celular de contenido sexual y

pornográfico, que en criterio de la Sala constituyen conductas inadmisibles del empleador hacia su trabajadora; y que en todo caso se encuadran como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo mediante la figura del despido indirecto o auto despido, específicamente la contemplada en el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, numeral 2 que refiere a malos tratamientos inferidos por dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste, máxime que en el escrito de renuncia de 11 de marzo de 2016, la señora Johana Andrea Tamayo Zamudio indicó a su empleador su voluntad de dar por terminada la relación laboral, exponiendo como fundamento de ello el acoso laboral del cual era víctima para esa época por parte del señor Jhon Duque Ortiz, situación de la cual, conforme lo narrado por la testigo Jennifer Johanna Ramírez la directiva de la sociedad SOCO S.A.S. tenía conocimiento previo; además, no fue allegada prueba por parte de la empleadora del ofrecimiento propuesto a la trabajadora al que se alude en el recurso de alzada, ni menos que hubiese iniciado la investigación pertinente.

Corolario de lo anterior, el comportamiento del señor Jhon Duque Ortiz frente a algunas de sus subalternas, y en específico de la accionante produjeron una situación de angustia o miedo, en tanto perturbaron su tranquilidad en el ejercicio de la actividad que desempeñaba, una inquietante situación, molestia y desazón en la trabajadora subordinada, y por ende, constituyó una vulneración en el ejercicio de sus derechos mínimos como trabajadora inherentes al ser humano, constituyéndose en una indefensión laboral, confinando su desarrollo profesional, trasgrediendo además su en su dignidad y honra, al punto de perder su trabajo, siendo aún más reprochable, dado el cargo de gerente nacional de ventas que el señor Jhon Duque Ortiz ejercía para la demandada y la posición dominante que representaba frente a la señora Johana Andrea Tamayo Zamudio, limitando así, la

consecución de la igualdad y equidad de género.

De otro lado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la circunstancia que involucra al testigo con el hecho sobre el cual tiene conocimiento, no descalifica su declaración si no existen otros elementos de juicio que evidencien sospecha; en la medida que si se da una circunstancia que involucra al testigo con el hecho del cual tiene conocimiento, el juez debe sopesar la declaración y no desestimarla por esa sola razón, pues si el declarante estuvo presente cuando sucedieron los hechos y puede dar noticia acerca de ellos, su versión puede ser fundamental para establecer la verdad real (sentencias de 30 de septiembre de 2014, radicado 22484 y SL 572 de 7 de marzo de 2018).

De manera que el hecho de tener en cuenta las declaraciones de los testigos allegados por la accionante se encuentra dentro de las legítimas facultades del juez laboral, establecidas en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de conformidad con las cuales el fallador puede formar libremente su convencimiento según las reglas de la sana crítica, las cuales no obligan de ninguna manera a negarle la credibilidad a un testigo por la sola circunstancia del interés que pueda existir en él. De todas formas, en este juicio, aparte de que los deponentes referidos como compañeros de trabajo de la actora presenciaron los hechos y dan cuenta del desarrollo de las circunstancias hoy debatidas; en nada afectaría el resultado de la decisión, pues se itera el juez debe fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad, que le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables.

Entonces, bajo tales lineamientos, las conductas endilgadas al empleador como sustento de la justa causa para dar por terminado el vínculo laboral de forma indirecta, y las circunstancias ya 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 a la sociedad demandada, y concretamente en el caso de la accionante, por lo que se reitera, constituyeron justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo de manera indirecta.

En consecuencia, se confirmará en este aspecto la providencia.

DEL SALARIO

Ahora, el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 127 y 128, modificados respectivamente por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, define los elementos integrantes del salario y aquellos pagos que no lo constituyen, de la siguiente forma:

“...ARTÍCULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

ARTÍCULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la

alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad...”.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, de manera que cuando el pago que recibe el asalariado tenga como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario; de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago; y cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, es ineficaz (sentencias de 25 de enero de 2011, Radicado 37.037; 27 de noviembre de 2012, Radicado 42.277, SL-12220 de 2017, SL-2852 de 2018, SL-1437 de 2018, SL-1993 de 2019 y SL-5146 de 2020).

Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus

condiciones reales, lo tienen (sentencias SL-5159 de 2018, SL-1437 de 2018, SL-1798 de 2018, SL-2852 de 2018, SL1899- 2019 y SL-5146 de 2020).

Luego, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos de la prestación personal del servicio, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta, siendo el empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa, conforme lo tiene establecido la jurisprudencia especializada en sentencias como la SL-5159 de 2018, reiterada en la sentencia SL-5146 de 2020, donde se indicó:

“...3.4. LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL12220-2017, la Corte adoctrinó:

[...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

Al respecto, en sentencia CSJ SL8216-2016 la Corte señaló:

Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante...”

Como se indicó en precedentes en el OTRO SI CONTRATO DE TRABAJO, se pactó que la demandante recibiría como remuneración a título de comisiones sobre los recaudos efectivos netos que realice durante el mes según el tiempo o fecha de efectuado el cobro, entre el 1% y el 2%, pago que se efectuaría el día 15 de cada mes; y el 18 de marzo de 2016, la sociedad SOCO S.A.S. certifica que la actora laboró hasta el 11 de marzo de 2016 y devengó un salario básico mensual de \$600.000 y un promedio mensual de comisiones de \$1.712.970. Por lo que en criterio de la Sala y a las voces del artículo 53 superior, sumado al análisis de la prueba allegada en su conjunto conforme lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que le confiere al Juzgador la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas en el juicio para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos, con base en aquellas que lo persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal, se puede colegir con precisión, de forma fehaciente y suficiente que el salario que devengaba la actora para el 11 de marzo de 2016 cuando se dio la terminación del contrato de trabajo se constituía del salario básico y el promedio mensual de comisiones, las cuales constituyen factor salarial dada su temporalidad o habitualidad, mismo que ascendía a \$2.312.970, como lo precisó la juzgadora de primera instancia.

Por ende, se confirmará lo resuelto en este aspecto.

DE LAS COSTAS

Ante la desventura del recurso de apelación, las costas en ambas instancias corren en favor de la señora Johana Andrea Tamayo Zamudio y a cargo de la sociedad SOCO S.A.S.

Se fijan las agencias en derecho, en la suma total de \$1.160.000, para esta instancia.

Así las cosas, se confirmará la decisión que se revisa en apelación, por las razones expuestas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

PRIMERO: Confirmar la sentencia de primera instancia proferida el 8 de marzo de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, que se revisa en apelación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Ante la desventura del recurso de apelación, las costas en ambas instancias corren en favor de la señora Johana Andrea Tamayo Zamudio y a cargo de la sociedad SOCO S.A.S.

Se fijan las agencias en derecho, en la suma total de \$1.160.000, para esta instancia.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

05360 31 05 002 2016 00292 01

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Firmado Por:

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2f3f8ee1863b01fe8d2071d27586a6bb7e0d74128d58f83e192549a9dd27e109**

Documento generado en 05/10/2023 02:35:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>