



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veinte de enero de dos mil veintidós

S18-173

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante:	JOSÉ JULIO MORENO ALMONACID
Demandado:	BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-022-2016-01271-01
Tema:	Reintegro e indemnización por despido
Decisión:	REVOCA. Se absuelve a BBVA

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes dentro del proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 expedido el 4 de junio de 2020, en consonancia con los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 2** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Pretende el demandante que se declare que fue despedido ilegal e injustamente por no existir justa causa y ser omitido el trámite disciplinario violentado el debido proceso, resultando ineficaz y nulo el despido. Como consecuencia de esa declaración, solicita ser reintegrado al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior categoría, pagándosele los salarios y prestaciones y las costas del proceso. Subsidiariamente, pide la indemnización por despido injusto debidamente indexada y las costas procesales.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:

Manifiesta que laboró al servicio de la empresa demandada mediante contrato escrito de trabajo, de duración indefinida, desde el 17 de diciembre de 1990 hasta el 19 de noviembre de 2015, cuando fue despedido ilegal e injustamente, desempeñando el cargo de Gerente promotor segmento institucional, en la ciudad de Medellín, con una asignación salarial promedio última de \$5.506.667 mensuales. Refiere que su despido se produjo mediante comunicación escrita cuyo texto transcribe parcialmente, basada en hechos acaecidos en la ciudad de Melgar, durante unos eventos deportivos, de la cual predica que es vaga e imprecisa. Anota que el evento se dio por fuera de la jornada laboral, en un fin de semana y sufragado por cada trabajador. Y el consumo de bebidas alcohólicas no fue en ningún momento prohibido. Agrega que no se le citó a descargos para dar explicaciones, violándosele el debido proceso y el derecho de defensa. Indica que en la empresa tuvo excelente comportamiento, siendo incluso felicitado y premiado por sus superiores. El despido se produjo en vigencia de un pacto colectivo, del que es beneficiario el actor, que reglamenta la estabilidad y la tabla indemnizatoria, superior a la legal.

Arguye que la compañera que incurrió en conductas similares no fue despedida, con lo cual se le violó al actor del derecho a la igualdad. Señala que tampoco hubo trámite disciplinario, violándosele el debido proceso y el derecho de defensa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtió la demandada el derecho pretendido e indicó frente a los hechos que en efecto la vinculación sí fue como se indica en la demanda, pero que el despido fue justo y legal; dice que el señalado fue el salario promedio para cesantías, que el despido se dio por justa causa y que fue claramente explicada en la carta de despido y que a pesar de que la actividad en que se dieron los hechos que motivaron el despido sucedieron por fuera de la jornada laboral, se dio en un evento organizado por el banco, donde había unas reglas establecidas, entre ellas, un límite al consumo de licor que al excederse propició la indefensión de una compañera de trabajo, violentando el código de conducta del banco.

Informa que el banco no tenía obligación de escucharlo en descargos, pues el despido no es sanción y que si bien recibió unos incentivos por parte del banco por temas comerciales, por sus calidades humanas no tuvo ninguna distinción.

Añade que el pacto colectivo no dispone nada sobre estabilidad y que si bien tiene una tabla indemnizatoria especial, no aplica para el caso, por ser un despido con justa causa.

Respecto al hecho de no haber despedido a la compañera con la que se dieron los hechos, explica que ella fue víctima del actuar del actor y de dos compañeros que le dieron licor hasta la pérdida de la conciencia, por lo que no había razón para desvincularla.

Reafirma que no existía obligación de escuchar en descargos al trabajador, por no ser el despido una sanción y se extiende en explicaciones sobre la gravedad que representó la actuación del demandante.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, esgrimiendo múltiples razones de hecho y de derecho y propone como excepciones inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, pago, improcedencia del reintegro y la genérica.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 14 de agosto de 2018, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín consideró que el despido del 19 de noviembre de 2015 fue injusto (ilegal), por lo cual CONDENÓ al Banco BBVA COLOMBIA a pagar al demandante la suma \$183.422.662 a título de indemnización por despido injusto, monto que debía ser indexado al momento del pago y a pagar agencias en derecho la suma de \$13.981.699; ABSOLVIÓ a la entidad de las restantes pretensiones incoadas en su contra.

Dentro del término concedido por la ley, ambas partes interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

Inicialmente enlistó los hechos que no eran controvertidos y tras realizar consideraciones respecto al despido con y sin justa causa, escala de sanciones al trabajador y debido proceso, de cara a la jurisprudencia señaló que al señor JOSE JULIO MORENO ALMONACID se le violentó el derecho al debido proceso.

Advirtió que ninguna discusión existía en cuanto al despido, pero sí en la justa causa, añadiendo que pese a que no existían fórmulas sacramentales para realizarlo, siendo el deber sólo informar al trabajador los motivos, como en efecto ocurrió, para el caso particular de los hechos ocurridos el día 15 de noviembre de 2015, de la lectura de la sentencia C-299 de 1998, que examinó la causal consagrada en el numeral 3 del artículo 62 del CST, se evidenciaba que el despido era ilegal, pues de allí se desprendía que para dar por terminado un contrato de trabajo por justa causa bajo tal causal, era indispensable que se escuchara previamente al trabajador, en ejercicio del derecho de defensa, lo que no se le permitió al demandante, pues el banco adelantó trámites e investigaciones en la que se tomaron versiones escritas de lo sucedido y se hicieron reconocimientos fotográficos, a espaldas del actor.

Añade que se le negó la posibilidad de asistir con dos compañeros y la facultad de pedir pruebas, garantías para el ejercicio pleno del derecho fundamental de defensa.

Por ello declaró la ilegalidad del despido, por lo cual no era procedente el reintegro del trabajador a su cargo, ya que este se predica como efecto de una nulidad; y de esta manera concedió una indemnización indexada al momento del pago, teniendo en cuenta el literal d) del artículo 26 del Pacto Colectivo que estuvo vigente entre 2013-2015, beneficio aplicable al demandante, *“en caso de terminación del contrato de trabajo a término indefinido sin justa causa, por parte del banco... d) Si el trabajador tuviere diez años o más de servicio continuo, se le pagarán cuarenta días de salarios adicionales sobre los sesentas básicos del literal A), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción”*.

Respecto de las tachas realizadas a testimonios, decidió que estas no prosperan, ya que esos testigos, eran necesarios para aclarar lo sucedido el día de los hechos, pues estuvieron presentes al momento de su ocurrencia; también negó la prescripción alegada, pues la demanda se presentó pasado apenas un año desde el despido.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. INTERPUESTO POR EL DEMANDANTE

No comparte los argumentos del despacho para desatar la Litis, en el acápite concreto de no condenar u ordenar el reintegro del demandante; consideran que el despido del demandante fue ilegal e injusto, ya que no existió ni se demostró alguna de las causales esbozadas por la parte

demandada en la carta de despido, se le vulneró el debido proceso y de defensa al demandante, lo cual lleva a la ineficacia de ese despido y a ordenar su reintegro, ello por cuanto, contrario a lo que estima el despacho, sí era una obligación la citación a descargos, no solo por la causal consagrada en el número 3 del artículo 62 del CST, de acuerdo con la sentencia de constitucionalidad citada, sino por el mismo reglamento interno del trabajo, en los artículos 76 y siguientes y especialmente en el primero de ellos; 115 del CST y artículo 26 del Pacto Colectivo, del cual era beneficiario el demandante, lo que se desprende no solo de la respuesta de la demanda, sino de lo confesado por el propio representante legal en el interrogatorio absuelto, al preguntarle que si el demandante era beneficiario del pacto colectivo, respondiendo afirmativamente.

Teniendo en cuenta esos antecedentes y lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-592 de 2014 y la Honorable Corte Suprema de Justicia mediante providencia de radicación SL-154245 de 2014 y SL-3655 de 2016, consideró que en el presente evento si se vulneró el derecho de defensa y el debido proceso del demandante, al no permitírsele ser escuchado en descargos, cuando se trataba de unas causales muy graves, que a la postre no resultaron acreditadas, como se desprende de la prueba testimonial arrimada al plenario.

En ese orden de ideas, señala que el despido del actor fue nulo e ineficaz y solicita al Tribunal, que, en segunda instancia, confirme la decisión y la modifique ordenando la pretensión principal del reintegro, con el consecuente pago de salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social dejados de percibir.

2.2.2. APELACIÓN DE BBVA

Considera un absoluto despropósito y una afrenta a la integridad de una dama aducir que no hay una justa causa en este caso, cuando es claro, congruente y concordante en todos los testigos el abuso y manipulación de que fue objeto Diana Marcela en cuanto a los manoseos que se dieron por parte de los tres funcionarios involucrados, uno de ellos el acá demandante.

Añade que las posibles imprecisiones en que recaigan los testigos no desdibujan que la señorita Diana Marcela se encontraba en una condición de indefensión; fueron los tres señores quienes compraron el trago, para el caso el demandante fue quien se lo ofreció; fueron ellos quienes intentaron darle una versión, aprovechando conscientemente que ella no sabía lo que había

pasado y quisieron darle un contexto para que ella le mintiera al banco, tapando unos actos que terminan siendo totalmente grotescos y dan vergüenza.

Insiste en que a pesar de que Diana inicialmente haya aceptado y que estuviese consciente, esa condición no se mantuvo constante, como se pretende hacer ver, porque la única prueba a nivel médico que hay y que obra en el plenario da cuenta de cómo fue puesta en una condición de indefensión y en el escarnio público; siendo evidente, como lo mencionaron los testigos, que la tenían que sostener y la seguían manipulando sexualmente y sometiendo a vejámenes. Por esto, la existencia de la justa causa aquí es absoluta; los hechos que indilga el banco para terminar el contrato de trabajo están debidamente probados; son varias las justas causas que se endilgan, por cuanto los hechos se enmarcan en varias de las justas causas que contempla la legislación laboral.

Reafirma que en el demandante concurren conductas grotescas, bajas y desleales en la humanidad de quien fue su compañera de trabajo, una persona que claramente podría llegar a ser hasta su hija; a quien llevó a perder el uso de razón y así seguir abusando de ella, sin tener el más mínimo reparo moral, en un sitio público y en presencia de otra gente.

Dice en cuanto a la violación del debido proceso y derecho de defensa, que claramente no existe porque la aplicación del procedimiento disciplinario según la sentencia que reguló por parte de la Corte Constitucional, es exclusivamente aplicable para las sanciones disciplinarias y el despido no es sanción, es en los estrados judiciales donde debe darse el debate sobre la justicia del despido.

Agrega que las versiones dadas por los testigos del actor no fueron más que lecciones aprendidas, pues lo que dijeron fue idéntico, se notaba la preparación. Y debe proceder la tacha por parcialidad.

Dice que el altercado en la piscina se suscitó precisamente porque otros empleados del banco protestaron por los maltratos a que fue sometida Diana Marcela. Y estos empleados no estaban embriagados, como parece insinuarlo la parte actora y no se les realizaron pruebas de alcoholemia porque esas pruebas de sangre deben ser autorizadas y no había razones para pensar que lo estaban y que ello alteró su percepción de los sucesos.

Anota que el demandante tenía unos obligaciones de respeto por el código de conducta y código de ética que frente al Banco resultaban exigibles, máxime que tenía una posición de gerente

institucional, lo cual impone unas mayores obligaciones en cualquier ámbito, máxime en el ámbito laboral, si bien en este asunto se ha querido sacar la actividad de juegos deportivos como un tema extra laboral, no en cumplimiento de funciones, ello no es correcto porque es claro esa actividad de organizar los juegos, si bien es una actividad de bienestar, con ella se cumplen las obligaciones legales que se imponen al empleador en materia de recreación y esparcimiento, incluso en temas de convivencia, para mejorar la relación.

Igualmente señala que al demandante no solo se le está endilgando como justa el tema de los tocamientos del que fue objeto Diana por parte suya, sino que también quedó probado que él mismo ocupaba junto a sus dos compañeros el vehículo del señor Jorge Umbarilla, que se desplazaba a alta velocidad dentro del centro recreacional y bajo el influjo de bebidas embriagantes, porque no es un hecho desconocido procesalmente que habían ingerido licor esa tarde. Y agrega que también está probado que respondieron con insultos, e incluso con amenazas, a los requerimientos por sus desmanes.

A continuación dio lectura a unos apartes del fallo en el proceso de Jorge Umbarilla contra el BBVA por estos mismos hechos, proferido por el Juez Tercero Laboral del circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral con radicado 20160733, donde se dijo, citando a la Corte, Sala de Casación Penal, radicado 32180 de mayo de 2010, que las bebidas alcohólicas ponen a la víctima en un estado de indefensión, por lo que Diana Marcela no se encontraba en pleno uso de sus facultades para determinar sus actuaciones, escenario en el cual el demandante debió responder de manera propositiva, responsable, evitando el contacto físico y abstenerse de suministrarle más licor, pues la conquista no se logra por el embrutecimiento por intoxicación etílica. Esto a pesar de que el banco realizó campañas de no alcohol, vía página web, cuyo eslogan era “que la euforia sea por el deporte, no por el alcohol”, a la par con el registro de autorización efectuado por el demandante, este se comprometió a dejar en alto el nombre de la sociedad cumpliendo la norma de conducta y ética, compromiso que violó al haber comprado, como lo acepta, licor en establecimiento de comercio que se encontraba en las afueras del Centro Recreacional e ingresarlo para ser ingerido por él y sus demás compañeros.

Refiere que toda la teoría jurídica por el demandante evidencia una violencia de género contra Diana Marcela, entendida aquella como la violencia que hunde su raíz en relaciones de género dominantes en una sociedad como resultado histórico de un notorio y desequilibrio de poder, centrándose en lo concerniente a que en la violencia contra la mujer, las agresiones van más allá de las lesiones físicas y psicológicas, denominadas violencias visibles; la invisible se refiere a violencia estructural que implica inequidad en el ámbito político, social, económico y cultural,

constituida por los discursos que justifican el trato desigual; esos tres componentes de la violencia se retroalimentan entre ellos, perpetuando la discriminación, la desigualdad y la violencia. Aunado a lo cual y consultando la doctrina del precedente vertical, la Corte Constitucional en sentencia reciente del 21 de septiembre de 2017, con el radicado T-590 de 2017, con ponencia del magistrado Alberto Rojas, ha señalado que la Corte Interamericana de derechos humanos dispuso investigaciones en los casos de violencia contra la mujer deben emprenderse con seriedad y no como simple formalidad, condenadas de ante mano a ser infructuosos, debe tener un sentido por el Estado, como un deber jurídico propio y no como una gestión de intereses particulares que dependan de iniciativa procesal de la víctima, de sus familiares o de la aportación privada, elemento probatorio sin que la autoridad busca efectivamente la verdad; además la Sentencia T-012 de 2016 señaló que hay un deber por parte de los operadores judiciales de erradicar cualquier tipo de discriminación contra la mujer, por lo cual dispuso que los jueces cuando se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual, obligatoriamente deben incorporar criterios de géneros al solucionar sus casos. Se extiende en adelante en reafirmar la obligación de incluir la perspectiva de género en sus decisiones.

Luego procede a aducir que colocar en un estado de indefensión a su compañera de trabajo, realizando sobre su humanidad algunos actos obscenos, reviste una mayor connotación teniendo en cuenta el cargo que desempeñaba de gerente institucional, además de que tenía una posición de garante frente a sus compañeros de menor rango en la entidad, circunstancia que lo obliga a guardar prudencia y decoro en su actuar, obligación que ya conocía el demandante, conforme a los principios éticos consagrados en el capítulo segundo del manual de ética de la entidad financiera.

Indica que todo lo referido se encuentra debidamente probado y solicita al despacho que en este caso tenga en cuenta la sentencia constitucional C-931 de 2014, que encuentra que la expresión inmoral, contenida en el numeral 5 de artículo 62 del CST, no contraviene los postulados constitucionales al trabajo y a la estabilidad laboral, ya que no da lugar a una aplicación caprichosa y arbitraria del empleador de la misma, por tanto, se reitera dicha conducta debe realizarse en el lugar de trabajo o en ejercicio de las labores y que además afecten el desarrollo normal de la vida laboral, lo cual no constituye ni falta disciplinaria, ni implica una invasión del área privada o de fuero interna del trabajador como lo plantea el demandante, esfera que es excedida cuando su conducta incide en el cumplimiento de sus obligaciones, como el deber de guardar rigurosamente la moral, en su relaciones con superiores y compañeros afectando el ambiente laboral. Que para el acto inmoral en que incurrió el demandante en la humanidad de su

compañera de trabajo no se necesitaba que fuese dentro de la sede de trabajo, sino que se extiende a los sitios donde se hacen actividades por el empleador, cualquiera que ellas sean.

2.3. ALEGATOS

Sólo la empresa demandada los presentó.

En el escrito se realiza el desconocimiento que el a quo hizo del acervo probatorio, desde el cual resultaba evidente el ultraje al que la empleada fue sometida por sus tres compañeros y el escarnio a que se vio expuesta.

Pero el énfasis principal del alegato está en que se está en presencia de un caso de abuso contra una mujer colocada en indefensión, por lo que resultaba un deber para el Banco sancionar esa conducta con el despido y es un deber ahora para el operador jurídico evaluar la situación desde una óptica diferente a la tradicional, donde se reproducían estructuras de dominación del hombre sobre la mujer. En uno de sus apartes arguye:

Si reconocemos que la violencia estructural es la cara, el aspecto más prosocial de la violencia de género, que no debemos apartarnos de su significado; que constituye cualquier acto violento o agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres, que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en el ámbito público como en la vida familiar o personal, por cuanto que es la que la condiciona, la que hace posible a nivel de relaciones sociales, estructuras e instituciones, entonces sí, efectivamente, en el caso de Colombia, aun cuando la discriminación está prohibida por ley, para el Juez de primera instancia no existe.

Señala que el camino hacia la equidad de género apenas comienza y que es preciso que la normatividad que ya existe en el país se plasme en políticas concretas en la vida diaria, lo que a su parecer ya realiza el banco a través del Código de Ética que tiene implementado, cuya aplicación derivó en la fulminación del contrato del actor.

Hace un llamado a:

...descaracterizar, desmontar esa estructura de violencia en contra de las mujeres; no nos podemos seguir haciendo los de la “vista gorda”, hay que enfrentarlos pública y abiertamente, con los argumentos que da la razón y la teoría de género, la real, la feminista, a la que a veces mucha gente le tiene miedo, pero ha sido la que ha dotado a las ciencias sociales y la cultura, de las herramientas para poder mostrar e identificar dónde están las causas estructurales de la opresión y los mecanismos mediante los cuales se legitima y reproduce; además, ofrecer las vías para poder desmontar estas estructuras; ese enfrentamiento a los fundamentalismos es una batalla tan importante

como la batalla contra la delincuencia, porque es un problema social, que genera y aumenta no solo la confusión de las personas, sino que es sopa de cultivo para desarrollar y ampliar la discriminación de género en sentido general. Estos fundamentalismos buscan ampliar su dominación estructural. Podemos tener leyes y voluntad política antidiscriminatorias y que ese fenómeno se mantenga, si no se desmontan conscientemente las bases que en la cultura han legitimado esta violencia...

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Consiste en determinar si fue justo el despido del señor JOSÉ JULIO MORENO ALMONACID por parte del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., siendo medular la decisión la incorporación de la perspectiva de género para desentrañar esa justeza.

4. CONSIDERACIONES

No existe discusión alguna en los hechos relacionados con la vinculación laboral que unió a las partes del presente litigio, los extremos temporales y el cargo desempeñado por el trabajador al momento del despido.

Recuérdese en este punto que para establecer la procedencia de la aplicación de lo dispuesto por el art. 64 del CST y el consecuente pago de la indemnización, cada una de las partes tiene una carga probatoria distinta. El demandante, quien afirma haber sido despedido, debe probarlo. A su turno, habiéndose demostrado el despido, es el empleador o demandado quién tiene la carga de acreditar que su conducta estuvo amparada en una justa causa.

En tal contexto se observa que la demandada claramente informó al actor cuál conducta fue objeto de reproche y en qué normas lo enmarcaba, manifestando al momento de la terminación la causal determinante para esa decisión, es decir, el trabajador conoció perfectamente cuáles fueron las razones de hecho y los fundamentos de derecho en que se cimentó su despido.

En la carta de despido fechada el 19 de noviembre de 2015, obrante a folios 38 a 42 del expediente, se expuso que tal determinación se basaba en que:

...el día 15 de noviembre, estando usted participando en la actividad denominada "*Clausura juegos deportivos nacionales*", promovida por el Banco y en la que participaron aproximadamente 2800 trabajadores de BBVA COLOMBIA, incurrió en una serie de actitudes, comportamientos y faltas, que constituyen justas causas para terminar su contrato de trabajo, tal como lo pudo establecer el Banco, basado en las versiones que se obtuvieron de los funcionarios que se encontraban en el lugar de los hechos...

En la extensa carta se relatan los comportamientos inadecuados e indecorosos que el actor y dos compañeros tuvieron con la empleada del banco Diana Marcela Cárdenas Rey, quien se encontraba en estado de indefensión, según dictamen que se cita, a pesar de haber suscrito previamente las normas de conducta y ética del banco y ser destinatario del Código de conducta de BBVA COLOMBIA. Los consideró agravados por el hecho de tener una larga trayectoria en la empresa, de la cual se espera un actuar honorable.

Agrega la misiva que el actor agredió a unos compañeros por el hecho de que le reclamaron por sus acciones y estuvo al interior de un vehículo que se desplazó a alta velocidad al interior del club recreacional, a pesar de estar embriagado, poniendo en riesgo a los huéspedes del centro recreativo.

A continuación se le citaron las normas del Código Sustantivo del Trabajo, del Reglamento Interno de Trabajo y del Código de Conducta del BBVA que se consideraron violadas con sus conductas.

El a quo consideró que al haberse invocado el numeral 3º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo debió escucharse al trabajador antes de tomar la determinación de despedirlo, esto en acatamiento del pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998. Por lo que lo consideró ilegal y ordenó pagar la indemnización correspondiente.

Razonamiento que resultaría en principio atinado, si no fuera porque al examinar la carta de despido se observa que también se invocó como normatividad los numerales 2º, 4º, 5º y 6º del mismo artículo.

Lo extensa y detallada de la misiva que puso fin al vínculo, donde se relata con pormenores el hilo de acontecimientos sucedidos el 15 de noviembre de 2015, en el municipio de Melgar, Tolima, en el curso de la clausura de un evento deportivo organizado por la entidad bancaria demandada, ya de por sí hace problemático el examen de la justicia de la decisión de la entidad demandada. También la copiosa prueba testimonial, en la que se detallan asuntos un tanto escabrosos, que comprometen la interacción de unas personas bajo los efectos del licor, incluida una joven mujer.

La defensa de la empresa hace un constante énfasis en la perspectiva de género que ha de adoptar el juez ante las situaciones que involucraron a Diana Marcela Cárdenas Rey, a quien el

Banco, según afirmación de su representante legal, precisamente buscó proteger al despedir a los empleados involucrados.

La copiosa prueba testimonial rendida en el proceso, así como las versiones que por escrito allega la demandada sobre los hechos acaecidos en el Centro de recreación de Cafam situado en Melgar, coinciden en que el demandante José Julio Moreno Almonacid, los señores Jorge Iván Umbarilla Castiblanco, José Humberto Rojas Chavarro y la joven Diana Marcela Cárdenas Rey departían dentro de la piscina hacia el final de la tarde de ese domingo 15 de noviembre de 2015, ingiriendo licor, bailando y realizando jugueteos eróticos. Sólo que desde la perspectiva de los testigos del actor y de su propia declaración, todo se trató de una situación consentida, entre adultos, en el ambiente de alegría amistosa del evento empresarial. Y desde el punto de vista del BBVA, lo que sucedió fue un hecho abusivo de tres hombres sobre una mujer a la que embriagaron para toquetearla, besarla y rotársela en una piscina pública, a la vista de todos.

El actor en su interrogatorio dice: "...Jorge y Marcela bailaron muchas veces y se estaban besando, encarretados"; "...Ella me pasó el whisky en la boca"; "...Ella llegó diciendo que quería bailar desde el viernes, yo los conecté (con Jorge Umbarilla)"; "...Nadie la obligó a tomar trago".

Jorge Iván Umbarilla, al ser interrogado como testigo, explica: "El viernes en la fiesta de bienvenida preguntó ¿Quién sabe bailar Bachata?...antes de irse me pidió el número telefónico y me dijo que estaba sola"; "...Ese sábado chateé con Marcela y hablamos de ir a la piscina"; "...el domingo yo chateaba con ella y hablamos de ir al jacuzzi"; Y sobre lo sucedido en la piscina: "...Diana me decía 'Venga rolo y bailamos, cójame bien rolo (y me cogía las nalgas)'; 'Tomaba whisky como aguardiente y le dice a José Julio que se lo dé en la boca'".

De otro lado, las pruebas testimoniales arrimadas por la entidad demandada dan cuenta de unos hechos diversos.

Álvaro Brito Páez: "Tres señores que abusaron de Diana, estando embriagada, empezaron a tocarla, a besarla, a rotarla...le llamamos la atención y dijo que era su novia...estaban esos tres señores y ella estaba tomada, le manosearon sus partes íntimas, su vagina, su ano". "Cuando Diana está desgonzada, Antonio se lanza a la piscina y la saca a un asoleador, los tres señores hacen caso omiso...No hicieron nada para ayudarla...Ella no hizo señal de pedir ayuda, dado su estado de inconciencia".

César Medina Duarte: “Observé que había cuatro personas (tres hombres)...noté que estaban tomando whisky y estaban pasaditos de tragos, estaban muy pesados de tono con la muchacha. Después de quince minutos observé que la muchacha estaba muy tomada, pero consciente. Se estaban besando, la tocaban. Estaba incómoda la situación”. “La muchacha perdió coordinación y los hombres se aprovecharon. Uno la besaba y la tocaba y llamaba al otro y este empezó a tocarle las nalgas...estábamos como a ocho metros”.

Traída al proceso por BBVA, Diana Marcela Cárdenas Rey también declaró sobre lo acontecido ese domingo, donde ella fue personaje protagónico, aunque según sus propias palabras “Me contaron que los tres señores me manosearon, me tocaron por encima y por debajo del vestido de baño, me besaban y me pasaban de mano en mano...me enteré en el curso de la semana de lo que había pasado”. Todo ello debido a que “En la piscina me ofrecieron whisky. Despierto a la una de la mañana con suero (llorando)...casi me matan estos desgraciados, abusaron de mi confianza, de mi inocencia. Atentaron contra mi vida, mi dignidad. Todavía se atreven a venir a decir aquí que era una fácil, porque me llevaron al estado que me llevaron”. Al ser preguntada sobre hasta qué momento recuerda, respondió: “Cinco y media, lo recuerdo porque era de día, mi último recuerdo es hablando con compañerismo, los chistes y el baile despegados. Me había tomado 4 o 5 whiskies, copas pequeñas, voluntariamente”.

Es por ello que para dilucidar lo realmente sucedido, puede resultar útil indagar sobre lo que pasó en los días subsiguientes, a partir del relato de la señora Cárdenas Rey, contrastado con otras versiones.

Dice Diana Marcela: “Cuando me iba a montar a la buseta (para regresar a Medellín, ya lunes), me llamó el demandante que cómo había amanecido, a las nueve me llama Jorge Umbarilla...Llego a Medellín y me llama José Julio a la una p.m., que tenía mi cámara, le dije que mañana me la entregaba. Me insistió y vino a mi unidad. Me llamó Umbarilla también. Me dijo (el demandante) Tú te besaste conmigo, me confirmó que se había besado con los dos, pasando el trago de boca a boca...Vino (el demandante) con la hija de nueve años y me la presentó. Aparte de la niña me habló de los comentarios, de que sería terrible si supiera, que fue bochornoso...Que él había dicho que yo era la novia, que como el martes me iban a preguntar, que dijera que él me había sacado de la piscina, que colaborara, dije que listo...el martes me llama de nuevo José Julio, que recordara lo que tenía que decir...Como a las doce me llamó y yo le dije que yo no había dicho lo que él me indicó”.

Afirmaciones que resultan verosímiles en el contexto en que se utilizan y que dan a entender que el demandante y su compañero Jorge Umbarilla eran conscientes de que algo no anduvo bien en esa tarde de tragos y música y que resultaba necesario que Diana Marcela “recordara” haber interactuado libremente con ellos en la juerga. De la carta que ella le dirige a la empresa resulta ilustrativo este aparte:

14:12 pm: recibo una llamada de Jorge Iván, en donde yo le pregunto el porqué del alboroto, si Yo hasta lo último que recordaba no había sucedido nada malo que hubiera ocasionado los comentarios que me habían mencionado anteriormente; Él me cuenta que Él y Yo nos habíamos besado, y Yo le contesto asustada que a qué horas había sucedido esto, que yo no me acordaba de este suceso; él me pregunta que si no me acordaba que claro que yo me había besado con El y con José Julio; de lo cual yo quedo doblemente sorprendida porque en mi mente no hay ni siquiera una imagen leve de ese momento, ni en días pasados había indicios de coqueteo ni de cortejo por parte de ninguno de ellos, ni interés mío hacía ninguno de ellos; El me indica que por este hecho había sido la pelea con los señores de jurídica del banco los cuales estaban de espectadores mientras esto ocurría; Jorge Iván me indicó que uno de ellos le dijo que era suficiente, que por qué hacían esto conmigo si se notaba que Yo no estaba bien; y Él le respondió de manera grosera que no se metiera en lo que no le incumbía.

14:28 pm: recibo la visita de José Julio, en donde me presenta a su hija quien lo acompañaba en el carro y a quien dejó escuchando música mientras nosotros nos sentábamos en una banca ubicada frente a la unidad donde vivo; Yo le reclamo que por qué no me había contado que Él y Yo nos besamos que si era verdad; Él me dice que claro que incluso estábamos jugando a pasarnos el whisky de boca a boca que si Yo no me acordaba; a lo cual Yo contesto sorprendida que no tenía ni un leve recuerdo de ese momento.

Al empezar a hablar sobre las consecuencias que esto traería, Él me dice que al salir todos estos comentarios al aire, perjudicaría su trabajo y su familia, ya que Él es un hombre casado y su esposa trabaja en el Banco; además me pregunta que si Yo creía que Él era capaz de aprovecharse de mi si Yo ya lo distinguía de la territorial, que Él sería incapaz.

Esto me conmovió en gran medida por lo cual hablamos de lo que todos diríamos, y Él me dijo que dijera que Yo me acordaba que me había quedado dormida en la piscina y le había pedido ayuda a Él para salir y acostarme en la silla asoleadora que luego Él me dio agua y Yo vomité; (hechos que Él me indica que sucedieron, pero de los cuales Yo no me acuerdo); Yo le indique que Yo no me acordaba de eso, pero que iba a decir lo que Él me indicaba; a su vez quedamos en que Él y Jorge Iván NO aceptarían que se habían besado conmigo, y como Yo no me acordaba del hecho no me preguntarían por ello.

Desde la respuesta a la demanda, la empresa arguye que estaba en la obligación de proteger a la señorita Cárdenas Rey de las situaciones de violencia a la que estuviera expuesta en su relación laboral, exponiendo al efecto algunos artículos de la Ley 1257 de 2008, relativa a la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

El a quo no se detuvo en este aspecto de la defensa del BBVA y es que a, decir verdad, en la jurisprudencia laboral no ha sido esa una perspectiva frecuente para el abordaje de los asuntos de esa especialidad, contrario a lo acontecido al derecho penal y en el derecho de familia, donde es de usanza.

Las afirmaciones del testigo Román Darío Marín acerca de Diana Marcela pueden resultar ilustrativas respecto del ángulo desde el que se podría juzgar su conducta, minimizando así el actuar de los tres hombres comprometidos en los hechos. “El día antes vi a Diana Marcela con Juan Guillermo Alzate. Le dije “no te metás en un lío con esa niña...estaba muy coqueta y borrachita...siempre la vi pasada de tragos...”La vi con Alzate viernes y sábado, la vi tomando licor. Pasada de tragos. Le dije que no se metiera en líos. La vi muy coqueta con todos ...los cogía, los apretaba... la vi que era coqueta, excesos, vestidos, pegada a las personas...”

Ese contexto ambienta un estereotipo de género desde el cual la propia mujer comprometida en los hechos que nos ocupan los habría propiciado con su embriaguez, su coquetería, su ropa. Y ¿Qué son los estereotipos de género? Sigamos al profesor Diego Fernando Enríquez Gómez en su tesis de Maestría en la Universidad de Medellín:

Entendido lo anterior, conviene entonces conceptualizar también aquello que se entiende por Estereotipos de Género. Se los ha definido como aquellos comportamientos y expectativas “aprendidos” asignadas a hombres y mujeres en una sociedad determinada mediante el proceso de “socialización”. Son determinados según la división social del trabajo y las responsabilidades asignadas por sexo. Se trata de un conjunto de ideas preconcebidas que utilizamos para analizar e interactuar con las personas en razón del género (roles). La discriminación se sustenta en gran medida sobre los estereotipos que se han ido generando en torno a la idea que tenemos sobre cómo deben comportarse los hombres y las mujeres (concepciones de género), los papeles que deben desempeñar en el trabajo, en la familia, en el espacio público e incluso en cómo deben relacionarse entre sí.¹

Ese conjunto de ideas preconcebidas es la que debe combatirse desde la aplicación de una justicia con perspectiva de género. Ello consiste, en palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia en:

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; 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.²

Una mirada de los hechos acaecidos ese domingo en la piscina del club recreativo desde esas ideas preconcebidas los narraría como la incursión libre de una joven en un juego erótico con tres

¹ Perspectiva de género en la valoración probatoria dentro de la jurisdicción civil y familia, pág. 37.
https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6224/T_MDHDIH_307.pdf?sequence=2

² Radicación n.º 25000-22-13-000-2017-00544-01, febrero 21 de 2018

hombres algo mayores y superiores jerárquicamente en la estructura de la empresa, ingiriendo licor, a sabiendas de que la embriaguez relajaría su resistencia frente a las incursiones sexuales y con un secreto deseo de que esa aproximación le propiciaría ascender o lograr prerrogativas en el Banco. Por eso en el proceso judicial es importante refutar esa óptica, realizando el llamado enfoque diferencial, cuyo ejercicio indica la Corte Suprema en la providencia citada así:

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.³

Despojados en cambio del estereotipo, la situación cobra toda su anomalía: Tres hombres que se “rotan”, manosean, besan y dan trago a una joven embriagada, a la vista de otras personas. No es una pareja que flirtea en su plena autonomía, hay algo de indefensión y de juego grotesco en que sean tres hombres y una muchacha. Hay un evidente abuso, pues de la mera aplicación del sentido común se desprende que de no estar ebria, la mujer no se sometería a tal escarnio.

El juez de primera instancia no se ocupó de analizar las conductas que se le endilgaron el actor como sustento de la justa causa para despedir, pues su atención se centró en el procedimiento utilizado para finiquitar el vínculo, el cual consideró ilegal.

Para esta Magistratura resultaba en cambio de meridiana importancia hacerlo, en cumplimiento de mandatos internacionales, constitucionales y legales que comprometen al Estado y, en particular, a la administración de justicia. La Corte Constitucional, en sentencia T-087 de 2017, citada a su vez por la sentencia de tutela de la Corte Suprema ya referenciada, realizó un buen recuento de esos preceptos:

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 en mención [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] 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;

³ Ibid, febrero 21 de 2018

- 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:

[E]l 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

[N]o 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”.⁴

Al no soslayar esta Magistratura el asunto, resalta de bulto la gravedad de la conducta señalada al demandante como motivo para fulminar su contrato.

⁴ Ibid, febrero 21 de 2018. Resalto fuera

También se hace evidente, a partir de un examen somero de la carta de despido, que las acciones censuradas se encuadran en muy diversa normatividad, de orden legal y reglamentario.

Es así como se indica que hubo una violación grave de “La obligación especial del trabajador consagrada en el numeral 4º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo: *“Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros”*. Gravedad que el empleador encontró plasmada y que la jurisprudencia laboral ha considerado susceptible de ser desentrañada por el fallador. Así lo expresó recientemente:

De acuerdo con lo anterior, el hecho que generó el despido el Tribunal lo calificó como inmoral y, por ende, suficiente para el finiquito laboral con justa causa, potestad judicial que ha sido avalada por la jurisprudencia laboral de esta Corte, en el sentido de que el juez laboral dentro del proceso puede establecer que los hechos 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 la sentencia 15744 del 17 de mayo de 2001, así se dijo:

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).⁵

En este proceso, la Corte examinó las relaciones adúlteras de un empleado con la esposa de un subalterno, las cuales se dieron obviamente por fuera del lugar de trabajo, encontrando que sin embargo enrarecían el ambiente laboral y daban ocasión a que el contrato se fulminara.

No debe olvidarse que en el caso que nos ocupa, los hechos endilgados al actor, aunque sucedieron en otra ciudad y en otro departamento, se dieron con ocasión de un evento institucional denominado *Clausura Juegos deportivos nacionales*, realizado para “*preservar la salud, la integración y el esparcimiento de los trabajadores y en general mejorar el clima laboral*”, según se enuncia en la contestación de la demanda. Programa al que asistían más de 2700 empleados, conforme declara la funcionaria de relaciones laborales del BBVA Judith Constanza Ávila, donde hubo cobertura por parte de la Administradora de Riesgos Laborales Mapfre, tal y como se consigna en la contestación a la demanda y se constata por las notas sobre la atención médica dispensada a la señorita Diana Marcela Cárdenas Rey. Era, pues, un entorno controlado

⁵ Radicado 39.639 de 2015, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas

por el empleador, no absolutamente público ni libre, pues incluso se suscribió un acta de compromiso de buen comportamiento por parte de los empleados, incluido el actor (folio 429), donde *“nos comprometemos a dejar en alto el nombre de nuestra marca, cumpliendo las normas de conducta y ética que siempre nos han caracterizado por parte de esta familia”*.

Ha de servir este examen del ambiente en que se dieron las conductas señaladas para encontrar que el numeral 2º del literal A del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, invocado por el empleador, también sirve para enmarcar la actuación del demandante: *“Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo”*. No era preciso que los malos tratos se dieran al interior de las oficinas del Banco, el evento institucional era una prolongación de ese entorno y el poder subordinante de BBVA se extendía a la sede del Centro Recreacional Cafam en el municipio de Melgar. Y este numeral 2º no ha tenido una exigencia análoga al del 3º por parte de la Corte Constitucional, en el sentido de escuchar previamente del trabajador su versión de los hechos, por lo que basta su consignación en la carta de despido, como efectivamente se hizo.

Recientemente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia examinó un caso de acoso sexual como causal de despido, que comprendió actos dentro de las instalaciones de la empresa, pero también en capacitaciones por fuera y las comunicaciones dirigidas a las mujeres víctimas, reflexionó de esta manera al no casar la sentencia del *ad quem* que consideró justo el despido:

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.

...

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 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.

...

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.⁶

⁶ Radicado 55.122 de 2018, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Sentencia que resulta relevante además por el recuento normativo sobre la obligación de los operadores de incorporar la perspectiva de género en las decisiones judiciales, por lo que en un escenario donde se sospeche siquiera la existencia de algún tipo de violencia contra la mujer, es menester desplegar la mejor actividad en aras de desentrañar su ocurrencia y sancionar a quien la haya ocasionado.

Esta Magistratura se abstendrá de examinar las demás conductas endilgadas al actor, esto es, las disputas con otros empleados en los alrededores de la piscina y la conducción de un vehículo dentro de las instalaciones del hotel en estado de embriaguez, por ser lo acontecido con la señorita Cárdenas Rey lo suficientemente comprometedor como para devenir en justa la decisión del BBVA de poner término al contrato de trabajo.

Siendo así las cosas y por las razones hasta aquí esgrimidas, se revocará la decisión de primera instancia, absolviéndose a **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.** de la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda.

Se condenará en costas en ambas instancias al actor por haber salido vencido en juicio. En esta instancia se fijará como agencias en derecho la suma de \$300.000.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE

PRIMERO: se **REVOCA** la decisión adoptada mediante sentencia proferida el 14 de agosto de 2018 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín en cuanto al reconocimiento de la indemnización por despido injusto y en su lugar se **ABSUELVE** al **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A** de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por el señor **JOSÉ JULIO MORENO ALMONACID**, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 79.397.171, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: costas en ambas instancias a cargo del actor por haber salido vencido en juicio. En esta instancia se fija como agencias en derecho la suma de \$300.000.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Auto AL2550-2021.

(Firmas escaneadas)

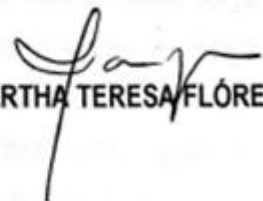
Los Magistrados,



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante:	JOSÉ JULIO MORENO ALMONACID
Demandado:	BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-022-2016-01271-01
Tema:	Reintegro e indemnización por despido
Decisión:	REVOCA. Se absuelve a BBVA
Fecha de la sentencia:	20/01/2022

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 27/01/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario