

Radicación n.º 45992

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL17063-2017

Radicación n.º 45992

Acta No.24

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 29 de enero de 2010, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por DIANA CRISTINA HENRÍQUEZ RUÍZ contra INTRALOT DE COLOMBIA.

Reconózcase como apoderado de la demandada, al Doctor FELIPE GARCÍA ECHEVERRI, en los términos y para los efectos del poder de sustitución, obrante a folio 47 del cuaderno de la Corte. Así mismo, téngase por reasumido el poder por parte de la apoderada principal de la accionada, Doctora ADRIANA MILENA MARTÍNEZ PIEDRAHITA, conforme al escrito de folio 49 ibídem.

I. ANTECEDENTES

La accionante demandó a la sociedad INTRALOT DE COLOMBIA, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 14 de marzo de 2006 y el 13 de junio de 2007, que se encontraba protegida con el fuero derivado del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, y que su despido fue ineficaz. Como consecuencia de lo anterior, se condenara a su reinstalación, en un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando, sin que existiera solución de continuidad, con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, desde el momento del retiro hasta la fecha de su efectiva reincorporación.

Así mismo, solicitó que se declare que tiene derecho a recibir un salario igual al de los demás jefes de área o jefes que le antecedieron a su cargo, y por tanto se condene a reajustarle su salario a partir del mes de julio de 2006, con el IPC autorizado para el 2007, al pago de las diferencias salariales, vacaciones o prestaciones sociales, y sobre el valor insoluto dejado de consignar por cesantía se ordene la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al igual que la diferencia por aportes a la seguridad social, según el cálculo actuarial que se disponga, la indexación de las sumas adeudadas, perjuicios, lo que resulte probado extra o ultra petita, y las costas del proceso.

Indicó que se vinculó a la entidad demandada, desde el 14 de marzo de 2006; que fue designada, por encargo, como Jefe de Recursos Humanos, a partir del 17 de julio de igual año, con una remuneración mensual de \$3.000.000, y al mes fue ratificada en esa labor; que las personas que le antecedieron recibían un salario mínimo integral por valor de \$5.304.000, igual que todos los jefes de área, por lo que convino con el Gerente General el reajuste de su salario pactado y coetáneamente de las prestaciones sociales; que el 1º de octubre de 2006 fue nombrado un nuevo

Gerente General Adolfo Pazos, quien la mantuvo en el puesto de trabajo como Jefe de Recursos Humanos; que requirió en varias oportunidades el ajuste de su salario, pero se le contestó que no había dinero para pagarle, ni autorización para ello, y además los costos de la compañía no lo permitía, ya que las ventas no eran suficientes.

Continuó con que el ambiente laboral cambió radicalmente cuando ingresó el nuevo Gerente General, el cual, en su criterio, la acosaba laboralmente, así como a otros empleados, pues amenazaba con un cambio de puestos de trabajo, y presionaba la renuncia, como en efecto lo hicieron el Asesor de Relaciones Públicas o Comunicaciones, el Gerente de Desarrollo Comercial y el Jefe de Producto; que, en punto de la equiparación de su sueldo, median sendas comunicaciones que la demandada, para el año 2007, no cumplió, por lo que insistió en su petición y se le respondió en un correo electrónico «Diana, Como es de tu conocimiento a muchos empleados se les ofreció nivelación salarial en las anteriores administraciones que desafortunadamente no se cumplieron, actualmente debo regirme por las políticas creadas por el BoD debo pasar autorización directa del señor Tsilidis. Con lo anterior no es posible que apliques y obtengas este ajuste».

Precisó que como el acoso laboral se intensificó radicó la respectiva denuncia ante el Ministerio de Trabajo, denunciando que:

(i) el Gerente General Adolfo Pazos no autorizó el reemplazo de cargos de vital importancia para la empresa cuando se requería; (ii) tomó arbitrariamente la decisión de no cancelar las cuotas de préstamos de la Caja de Compensación Familiar, que fueron descontadas al empleado; (iii) detenía el trámite de cuentas de cobro; (iv) dicho Gerente le pidió a una funcionaria incapacitada copia de la formula médica, lo cual era ilegal; (v) daba instrucciones de anular cheques ya girados por diferentes conceptos y (vi) no se le autorizó un giro para alquiler de dos salones para la capacitación de 166 personas en Bogotá, generando serias responsabilidades a la dependencia de Recursos Humanos, la cual gestionaba.

Que la empresa, al enterarse de la denuncia, reunió al Comité de Convivencia, y una vez tratados o verificados los hechos de acoso laboral, se comprometió a dar solución a la situación actual, con el único fin de que se desistiera de la queja y se acordó que: (a) la trabajadora debía retirar la denuncia para no afectar el buen nombre de la compañía; (b) la empresa respetaría la totalidad de los derechos de la empleada; (c) igualmente la compañía aceptaría la posición de la trabajadora como Jefe de Gestión Humana, así mismo sus responsabilidades actuales; (d) no se tomarían represalias personales, ni de índole laboral o jurídicas, en contra de la denunciante; (e) el comité de convivencia se comprometió a dar solución inmediata a las reclamaciones elevadas contra la empresa ante el entonces Ministerio de la Protección Social; y (f) dicho comité realizaría un seguimiento a las instrucciones impartidas por la Gerencia General a los diferentes casos.

Agregó que los términos de tal acuerdo fueron plasmados en la diligencia de conciliación, que se llevó a cabo el 11 de mayo de 2007; que en condición de trabajadora cumplió con desistir de la denuncia presentada, pero la empresa nunca le niveló el salario, ni le reajustó las prestaciones sociales, tampoco hubo incremento legal para el año 2007, y por el contrario se le disminuyó su jerarquía, pues la demandada creó un nuevo cargo de Gerente de Recursos Humanos, cuando supuestamente no había dinero; que se incumplieron todos los acuerdos del acta levantada en el Ministerio de Trabajo y, al mes, el 13 de junio de 2007, sin respetar el acuerdo, ni el fuero derivado de la Ley 1010 de 2006, fue despedida sin justa causa, además fue mal liquidada, al no efectuarse la nivelación salarial frente a sus compañeros del mismo rango jerárquico, lo que explica la procedencia también de la indemnización moratoria.

La demandada, al contestar, se opuso a todas las pretensiones principales y subsidiarias, excepto a que se declarara la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes y sus extremos temporales. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de ingreso y retiro, el cargo desempeñado, el salario devengado, la remuneración pactada con los otros jefes existentes al interior de la accionada, que el 11 de octubre de 2006 se nombró al nuevo Gerente General, que la actora fue ratificada en su puesto de trabajo, que solicitó el reajuste salarial, y que en el año 2007 no hubo incremento de salarios, aclarando que «El gerente general de la demandada no tenía ni tiene la facultad de aumentar los salarios de los trabajadores en Colombia, sino que es una decisión tomada directamente por la casa matriz en Grecia, solicitud que no fue aprobada en vigencia del contrato de trabajo de la actora».

Así mismo, admitió la denuncia presentada por la accionante por acoso laboral ante el entonces Ministerio de la Protección Social, la cual se tramitó, se le dio solución, fue conciliada y la reclamante la retiró o desistió; que no se le hizo el aumento de salarial destacando que ello obedeció a que no quedó acordado en el acta ese compromiso, ni la empresa tenía la obligación legal, contractual o reglamentaria de hacerlo; e igualmente dijo ser cierto que la promotora del proceso fue despedida sin justa causa; de los demás supuestos fácticos manifestó que no eran ciertos o no le constaban. Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción y pago.

En su defensa, argumentó que la demandante no estaba protegida con «fuero o protección laboral» derivada del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, porque frente a una denuncia de acoso laboral, solo el juez laboral o la autoridad administrativa son los llamados a determinar si existieron o no conductas de esa naturaleza, para que con ello pueda operar tal protección, pues de no ser así cualquier manifestación o queja del trabajador que crea que es víctima de un supuesto acoso laboral daría lugar a la inamovilidad del empleado por el término establecido en el referido precepto legal, lo cual no resulta pertinente; que «la presentación de la queja de acoso laboral produce que el despido efectuado dentro de los seis meses posteriores a la formulación de la misma sea ineficaz siempre y cuando los hechos que constituyen el acoso laboral sean reconocidos como constitutivos de acoso laboral por la autoridad competente. En el presente caso ninguna autoridad administrativa o judicial verificó los hechos constitutivos de acoso laboral»; que «en el acta de conciliación No. 16 del 11 de mayo de 2007, sólo se enuncia que la demandante radicó una queja de acoso laboral y por lo tanto se convocó al Comité de Convivencia Laboral, razón por la cual desiste de la denuncia sin que el funcionario pueda pronunciarse sobre los hechos puestos en su conocimiento»; y que además la conducta desplegada por el Gerente Adolfo Pazos no configura acoso laboral alguno, porque fueron hechos que se presentaron en el ejercicio general u ordinario de las funciones o del poder subordinante, y en tales condiciones no procede el reintegro impetrado por ineficacia del despido.

Indicó que «La Compañía ante la denuncia de la trabajadora procedió a corregir los procedimientos internos... de la misma, que podrían generar diferencia al interior de la organización, pero nunca se reconocieron como tales actos de acoso laboral. La revisión interna de las políticas de la Compañía no implica el reconocimiento de las conductas configurantes de acoso laboral, aun en el evento en que algún miembro de la demandada los reconozca como tales».

Añadió que tampoco hay lugar a la nivelación salarial reclamada, respecto de otros jefes de la compañía, ya que cualquier diferencia en el valor del salario está justificada razonablemente, por

la antigüedad del servicio, las capacidades, habilidades, responsabilidades, entre otros factores, y en el caso específico de la accionante las funciones que ejerció eran distintas a las desempeñadas por otros jefes de área al igual que sus capacidades, era una trabajadora nueva sin la misma experiencia, por consiguiente no se presenta violación al principio denominado «a trabajo igual, salario igual».

Del mismo modo, adujo, que tampoco tendría derecho la actora al incremento salarial del año 2007, porque la compañía no estaba en la obligación legal de aumentar cada año tal asignación, ya que el reajuste automático anual únicamente procede para los salarios equivalentes al mínimo legal o el integral mínimo, que no es el caso que nos ocupa; y que al no ser de recibo la nivelación del salario, no procede la reliquidación de la cesantía ni la sanción por la falta de consignación del saldo al fondo respectivo, a más que a la accionante se le canceló a la terminación de la relación laboral, todos los derechos salariales y prestaciones, junto con la indemnización por despido, sin que quedara alguna suma insoluta por cubrir.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de julio de 2008, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, quedando relevado del estudio de los demás medios exceptivos, e impuso las costas a la parte actora.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación interpuesta por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, con sentencia calendada 29 de enero de 2010, confirmó íntegramente la decisión de primer grado, e impuso las costas de la alzada a la recurrente.

El Juez Colegiado luego de sintetizar los argumentos del a quo y los del recurso de apelación de la parte actora, estimó que la controversia giraba en torno a dos temáticas, la primera la ineficacia del despido por la protección especial de la Ley 1010 de 2006, y la segunda la nivelación salarial, y en relación con estas inconformidades despachó la alzada.

1.- Ineficacia del despido:

Transcribió el texto del artículo 11 de la citada Ley 1010 de 2006, para señalar que allí se consagra una protección especial a favor de la víctima por acoso laboral, para que en caso de que sea despedida o destituida en represalia por las quejas o denuncias que para el efecto presente, dicho despido se tenga por ineficaz.

Arguyó que en este asunto, la actora el 14 de febrero de 2007, formuló ante el entonces Ministerio de la Protección Social, denuncia por persecución, entorpecimiento e inequidad laboral de parte del Gerente General de la demandada (folios 82 a 86), que correspondió a la Inspectora Segunda de Trabajo, quien citó a audiencia de conciliación para el 11 de mayo de 2007 (folio 99), que mediante comunicación del 14 de marzo de 2007, desistió de la queja por unos supuestos «acuerdos y compromisos por las partes para cesar las conductas de acoso laboral» (folio 100), y para tal efecto se suscribió acta de conciliación No. 16 (folio 101).

Transcribió la carta de cancelación del contrato de trabajo de la demandante, fechada 13 de junio de 2007, para sostener que si bien en un principio se podría considerar que el despido de la trabajadora aconteció como consecuencia de las denuncias que ella formuló en contra de Adolfo

Pazos, en calidad de Gerente de la accionada, lo cierto es que, la conclusión del juez de conocimiento fue acertada, ya que «al precisar que no existió la calificación de un acoso laboral por parte de la autoridad competente, en este caso, la Inspectora Segunda de Trabajo de la Dirección Territorial de Cundinamarca, teniendo en cuenta que la misma accionante "desistió" de la querrela, en la audiencia de conciliación programada para el 11 de mayo de 2007», resulta lógico inferir que en consecuencia no existió «investigación administrativa, los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios y la calificación de la conducta de acoso laboral frente a la denuncia presentada por la demandante», y por ende, no puede decirse que en este caso hubo un despido derivado de la señalada denuncia de acoso laboral, que llevara a declarar la ineficacia del despido, lo cual amerita la confirmación de la decisión absolutoria impartida por la primera instancia.

2.- Nivelación salarial.

Puso de presente que se trata de una pretensión subsidiaria, aludió a lo dicho tanto por el a quo como por el apelante, reprodujo el artículo 132 del CST, subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, para con ello indicar que las partes pueden convenir libremente el pago de un salario integral que no sea inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, más un factor prestacional del 30% de dicha cuantía.

Copió el texto del artículo 143 del CST que alude al principio de igualdad salarial cuya aplicación implora la recurrente demandante, y que representa una discriminación de uno o más trabajadores en la retribución del servicio respecto de otros empleados. Destacó que dicha nivelación opera «cuando existe proporcionalidad en la cantidad y calidad de trabajo e igualdad de condiciones laborales, o aún más criterios razonables y objetivos que justifiquen un trato diferente más no discriminatorio, entre trabajadores que desempeñen las mismas o similares funciones, tengan igual preparación, mismos horarios e idénticas responsabilidades».

Descendiendo al caso en específico el ad quem sostuvo, que si bien está demostrado, que la accionante en el cargo de Jefe de Gestión Humana tenía una asignación básica mensual de \$3.000.000, tal como consta en el contrato de trabajo a término indefinido que las partes celebraron (folios 26 a 29), y que «sus antecesores, los señores Juan Carlos Suárez Manotas y Lina María Toro Palacio devengaron \$5.304.000 y \$4.959.000, valores ostensiblemente superiores al de la demandante» (folios 36 y 37), al igual que otros jefes de área que conforme a lo verificado en la inspección judicial, se constató que «los señores Jenny Marcela Fonseca Forero (jefe de recaudo y cartera), Juan Carlos Matamoros Celis (jefe de trípode marketing) y Mauricio Murillo Ochoa (jefe de compras), devengaban en el año 2006, mensualmente la suma de \$5.304.000»; sin embargo, se observa que el salario que recibían las personas respecto de las cuales se solicitó la comparación o aplicación del principio de igualdad, por estar ubicadas en un mismo nivel jerárquico y tener funciones iguales «...en cuanto a direccionamiento y responsabilidades (obviamente del área específica de cada uno)...», se encuentra concebido bajo la modalidad de salario integral, que es diferente al salario ordinario pactado entre la actora y la empresa convocada al proceso.

Precisó que la anterior circunstancia, resulta ser la motivación más importante para desestimar los argumentos de la apelante, debiéndose confirmar la absolución de primer grado, dado que «si se ordenara la nivelación salarial pretendida por la actora, sería tanto como ordenarle a la empleadora que le cancelara a la extrabajadora el salario mínimo integral establecido con los demás jefes de área, y eso sería, inmiscuirse por parte del juez del trabajo, en las políticas salariales que libremente pueden convenir los empleadores con sus trabajadores»; y por tanto,

hay ausencia de un factor determinante que no permite la comparación entre compañeros de trabajo o jefes, para poder determinar si efectivamente existió o no discriminación con el salario devengado por la citada trabajadora, dado que como antes se dijo «la modalidad de salario devengado por los jefes de gestión humana anteriores a la demandante, y los de las otras áreas, era diferente al devengado por ella, ya que de una parte era integral y de otra ordinario, con diferentes connotaciones entre los mismos».

Por último, trajo a colación lo dicho en la sentencia de la CSJ SL, 18 may. 2009, rad. 33673, que transcribió en extenso, en cuanto a la necesaria similitud del cargo o funciones, para poder ordenar el derecho a la igualdad salarial, que en este asunto no se presenta, antecedente que alude a la regla contenida en el artículo 143 del CST, que parte del supuesto que exista igualdad en el puesto, la jornada y las condiciones de eficiencia, y efectuó una exégesis de tal disposición.

I. EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, y se procede a resolver.

II. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia del Tribunal, para que, en sede de instancia, se profiera la decisión de reemplazo que corresponda, accediendo a las pretensiones relacionadas en la demanda inicial.

Con tal propósito formuló cinco cargos que fueron objeto de réplica, de los cuales por cuestiones de método se estudiarán conjuntamente, el primero con el segundo relativos a la conducta de acoso laboral, y el tercero con el cuarto referentes a la nivelación salarial, por cuanto según quedaron agrupados persiguen el mismo cometido y además la solución a impartir es igual para ambos; para luego sí abordar el análisis del quinto cargo.

III. PRIMER CARGO

Acusó la sentencia impugnada, de violar por la vía indirecta, en el concepto de «FALTA DE APLICACIÓN», los artículos 2 de la Constitución Política, 9 del Código Sustantivo del Trabajo, y 11 de la Ley 1010 de 2006.

Indicó que la anterior violación de la ley, tuvo origen en la comisión de cuatro errores de hecho, que es dable sintetizar, en que no se dio por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada aceptó la existencia de conductas de acoso laboral, así mismo que la autoridad administrativa de trabajo si verificó los hechos puestos en conocimiento por la actora, que dicha denuncia por acoso laboral terminó por mutuo acuerdo conciliatorio entre las partes, y que es ineficaz el despido sin justa causa efectuado por la accionada a la demandante.

Arguyó que tales yerros fácticos, se presentaron por la errada apreciación del acta conciliada No. 16 del 11 de mayo de 2007, suscrita por la Inspectora de Trabajo; y la carta firmada por Diana C. Henríquez, Dimitri Karagounis y Luis Carlos Torres, fechada 14 de marzo de 2007. Así mismo, por la falta de valoración del acta de convivencia de la accionada calendada 19 de febrero de 2007, en la que se dijo que las conductas de acoso laboral que fueron tratadas por ese Comité no se volverían a presentar.

Para la sustentación de la acusación, sostuvo que en la citada acta del Comité de convivencia del 19 de febrero de 2007, se lee que «Teniendo en cuenta las situaciones

denunciadas hasta el momento y con el ánimo de dirimir inconvenientes que se han presentado a la fecha entre el señor Adolfo Pazos Gerente General y la señora Diana Henríquez Jefe de Recursos Humanos, la casa matriz solicitó la intervención en el presente comité del señor Dimitrios Karagounis Presidente de Operaciones para Latinoamérica»; que allí se debatieron los puntos que fueron puestos en conocimiento del Ministerio de Trabajo por la demandante, respecto de la denuncia por acoso laboral, y por consiguiente las partes llegaron a unos acuerdos y compromisos, en la que el citado señor Dimitrio Karagounis señaló: «Quiero decirle a todos, al comité de convivencia y Adolfo Pazos que la casa matriz no quiere que se presenten denuncias de este tipo ya que no es bueno para la imagen de la empresa y mucho menos cuando son contra el Gerente General de la Empresa, lo importante es que se debe dar solución y que se retiren las denuncias, de igual forma no se tomará ninguna represalia contra estas personas», y se finalizó diciendo que «El comité se compromete como garante del cumplimiento de los compromisos aquí señalados y propenderá porque las conductas de acoso laboral que fueron tratadas en este comité no se vuelvan a presentar».

Especificó que la anterior probanza no fue apreciada por el Tribunal, con la cual la empresa reconoció las conductas de acoso laboral, que fueron objeto de acuerdos y compromisos, situación que lleva implícitamente a la aceptación de tales hechos, que conduce a que «está probado que si había conductas de acoso, hecho que fue desconocido por el Tribunal».

Afirmó que el ad quem también se equivocó al indicar que no existió calificación del acoso laboral por parte de la Inspectora de Trabajo, ya que al tener en cuenta los compromisos adquiridos por la empresa en el Comité mencionado, se observa que en la diligencia de conciliación que se suscribió el 11 de mayo de 2007, dicha funcionaria luego de escuchar a los contendientes, señaló que si bien la trabajadora, hoy demandante, utilizó el término «desistir» en su intervención, lo que hay es un acuerdo conciliatorio, en el cual se verifican los hechos tratados en el Comité de convivencia, que son los mismos de la denuncia, e imparte aprobación y legalidad al acuerdo a que llegaron las partes, con la consecuente terminación de esa actuación, ello implica la revisión de la conciliación para que no vulnere los derechos de los comparecientes.

Citó un pronunciamiento del Consejo de Estado del 13 de febrero de 1997, sobre la aprobación de las conciliaciones, para así manifestar que el Inspector de Trabajo debió verificar los hechos puestos en conocimiento por la actora, para poderle dar equilibrio o legalidad al acuerdo, y con ello aprobar por auto la conciliación más no un desistimiento.

De otro lado, esgrimió que entre las partes si hubo acuerdos y compromisos para poner fin a la denuncia con una conciliación, ya que como se dijo el Comité de convivencia trató cada uno de los puntos de acoso laboral para llegar a un consenso, como se muestra en el acta respectiva, por tanto erró el Tribunal al no admitir que hubo acuerdo entre las partes y conciliación, más no un desistimiento.

Expresó que la accionante no podía ser desvinculada de manera unilateral el 13 de junio de 2007, según la carta de despido, por razón de ostentar el fuero especial al que hace referencia el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que pasó a transcribir, y al respecto añadió:

(...) a pesar de estar probados los presupuestos para dar aplicación a la norma citada, el Tribunal yerra al decir que no se puede firmar que es ineficaz el despido que realizó la empresa INTRALOT a la señora DIANA HENRIQUEZ, que aunque el despido en principio podría llevarse a concluir que aconteció como consecuencia de las denuncia de acoso, no existió la calificación de un acoso laboral por parte de autoridad competente, que no puede concluirse que el despido aconteció como consecuencia de la denuncia formulada por la víctima de acoso laboral, por lo que sin mayores consideraciones se confirmará la decisión del A quo.

Como lo señala el mismo artículo, el fin de la norma es evitar actos de represalia contra quienes han formulado denuncias de acoso laboral. Está claramente probado que el despido fue una represalia contra la trabajadora por la queja de acoso laboral, acción que tiene la protección del Estado, pues se han dado todos los presupuestos.

Está claramente demostrado que la empresa tomó represalias contra la trabajadora, pues una vez suscrita la conciliación fue despedida unilateralmente, y no se respetó ni el acuerdo, ni la conciliación que impartió su aprobación, ni la ley que protege a la trabajadora.

Los hechos si fueron verificados por la Inspectora Segunda de Trabajo, pues como se explicó anteriormente para impartir una conciliación, tiene que verificar los hechos y revisar que el acuerdo no vulnere derechos y exista equilibrio.

Así entonces el Tribunal apreció erróneamente las pruebas del proceso que influyeron en el resultado de la sentencia, si hubo un despido ineficaz, están demostrados todos los presupuestos legales para haberse dado aplicación a los artículos que más adelante relacionaré.

IV. SEGUNDO CARGO

Lo propuso como un cargo subsidiario al anterior, y atacó la sentencia recurrida de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006.

En la sustentación manifestó que no era necesaria la calificación de la autoridad de un acoso laboral, para que operara la protección legal que consagra la normativa denunciada, tal como equivocadamente lo interpretó el Tribunal, ya que se requiere verificar es la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento, con independencia de que el proceso se haya desarrollado completamente o no, o culminado con una sanción.

Expresó que el espíritu de la disposición legal denunciada, es que no se tomen represalias contra los trabajadores que interponen esas quejas o denuncias de acoso, ello siempre y cuando se verifiquen los hechos, como en este caso ocurrió, pues el Inspector de Trabajo si constató los mismos al aprobar al acuerdo conciliatorio, como quiera que «Para impartir legalidad a una conciliación, se deben conocer los hechos, revisar el acuerdo, y verificar que haya equilibrio entre lo sucedido y lo acordado para que no se vulnere derechos a las partes».

Aludió que si bien es cierto, en este asunto no finalizó toda la investigación, la conciliación lleva implícito el verificar la manera como

se presentaron los hechos, que en este caso estaba soportada con el acta elevada por el comité de convivencia de la empresa, donde claramente se reconocieron las conductas de acoso laboral.

Remató diciendo que la denuncia de acoso «generó la presunción del acoso, conductas que fueron aceptadas por la empresa a través de comité de convivencia y aceptadas implícitamente en la conciliación, por tal razón la Inspector de Trabajo impartió aprobación; si no hubiera encontrado un equilibrio entre lo denunciado y lo acordado seguro no hubiera impartido aprobación» y, en tales condiciones, el Tribunal incurrió en la interpretación errónea del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006.

V. LA RÉPLICA

Solicitó rechazar los cargos, por cuanto el segundo de ellos no se puede proponer como subsidiario porque también es autónomo y principal; que respecto del primer cargo orientado por la vía directa, el concepto de violación debe ser la aplicación indebida y no la «FALTA DE APLICACIÓN»; que el Tribunal no pudo cometer ningún yerro fáctico, porque la actora al desistir en forma expresa de su queja, la actuación concluyó con una conciliación administrativa, lo cual descarta que se hubieran verificado los hechos por la autoridad competente y que pudiera operar la protección especial prevista en la Ley 1010 de 2006; que la condición que incluyó el legislador de tener que verificar los hechos, se incluyó para evitar que una queja fundada o infundada, creara una especie de fuero temporal; que si no se hubiera desistido de la queja, seguramente el Inspector de Trabajo habría tenido que entrar a verificar los hechos o sancionar al acosador en los términos del artículo 10 de la Ley 1010 de 2006, lo que no sucedió en este caso en particular; que el artículo 11 ibídem si fue aplicado; y que la ausencia de verificación conduce como lo concluyó el fallador de alzada, a descalificar la protección especial perseguida.

Adujo, que en relación al segundo cargo, no se presenta ningún error de interpretación, porque el entendimiento dado por el Tribunal, es el mismo que le otorga la censura al artículo 11 de la citada ley, esto es, que para que se conceda la protección legal se requiere que hayan sido verificados los hechos por la autoridad competente, lo cual no aconteció en el presente asunto por el desistimiento que hizo la actora de su denuncia; que en definitiva no se cumple la condición establecida en el art. 11 de la mencionada ley, pues si no hubo proceso de acoso laboral culminado, tampoco hay hechos indicadores de los cuales se pudiera derivar alguna presunción de esa conducta, y por ende, la circunstancia de refrendar la conciliación no lleva consigo la existencia de un eventual proceder de acoso objeto de verificación.

VI. CONSIDERACIONES

El recurrente en estos dos primeros cargos que son autónomos entre sí, propone a la Corte el tema de la ineficacia del despido como garantía contra actitudes retaliatorias, en los términos del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que en su parte pertinente reza: «A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y

denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcase las siguientes garantías: 1.- La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran, dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento (...)» **(subraya la Sala), para lo cual en el primer cargo le atribuyó al Tribunal, la comisión de cuatro errores de hecho por la errada apreciación de unas pruebas y la falta de valoración de otras, así mismo en el segundo ataque le enrostró la presencia de yerros jurídicos, por la interpretación errónea del citado precepto legal.**

Debe esta Corte, en principio, indicar que la Ley 1010 de 2006 pretendió generar una protección multidimensional en el lugar de trabajo, con la consecuente posibilidad de adoptar correctivos inmediatos ante la demostración efectiva de conductas que constituyan acoso laboral, a las cuales se les dio trámite especial, pero las demás que de allí pueden derivar, sin duda, continuaron bajo la esfera decisoria ordinaria y es por ello que esta Sala las conoce, cuando, como en este caso se debate el incumplimiento del acuerdo conciliatorio, las consecuencias de ineficacia del despido, de que trata el artículo 12 ibídem, o incluso el establecimiento de otras conductas previstas en convenciones colectivas o reglamentos internos de trabajo.

En efecto el procedimiento especial a que hace referencia la citada norma atribuyó a los jueces del trabajo, con jurisdicción en el lugar de los hechos, conforme el artículo 12, la adopción de "medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la presente ley, cuando las víctimas de acoso sean trabajadores o empleados particulares", y supone su conocimiento para advertir sobre las consecuencias que dicha normativa contempla a quienes la trasgredan, "como terminación del contrato sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo. En tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo", así mismo la posibilidad de imponer a la persona que ejecute tales acciones, o al empleador que las tolere, multa a la empresa de 2 a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, junto con la obligación de pagar a las empresas prestadoras de salud y a las aseguradoras de riesgos profesionales el 50% del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de la salud y demás secuelas originadas en el acoso laboral, esto tratándose de trabajadores particulares, aunque prevé hipótesis jurídicas adicionales en los eventos de los servidores públicos.

En ese sentido es que esta Sala de la Corte, en esos puntuales asuntos, ha esgrimido que no puede conocer del trámite, pues supone que el legislador, a través de su libertad configurativa, solo se las asignó a los jueces y tribunales, con las limitaciones atrás citadas, y así se estimó en providencia CSJ AL 2, agos, 2011, rad. 47080:

En el horizonte de abordar el examen del caso que hoy se debate, sin duda, la Ley 1010 de 2006 se encuadra dentro una política estatal de prevención, corrección y sanción al acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones laborales, bajo el entendido de que tan censurables comportamientos atentan contra un trabajo en condiciones dignas y justas, como que tales prácticas recurrentes y sistemáticas ejercidas contra un trabajador comportan agresiones psicológicas, cuando no físicas, orientadas a comprometer –y también acabar- con su reputación profesional o autoestima, que pueden generar enfermedades, en especial, "estrés laboral", que, en muchos casos, inducen al trabajador a renunciar.

No puede desconocerse que se trata de un tema, además de especial y específico, de una gran

sensibilidad humana y social, sumamente grave y de grandes repercusiones, que merece ser enfrentado, abiertamente y sin tapujos, mediante la adopción de medidas encaminadas a prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y toda suerte de hostigamientos en el marco de las relaciones laborales, que rezuman maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad y desprotección en el trabajo.

En ese marco de combate frontal a toda forma de hostigamiento laboral, la Ley 1010 de 2006, tras señalar las conductas que constituyen acoso laboral, adoptar medidas preventivas y correctivas de tan reprochable conducta, de prever el tratamiento sancionatorio del acoso laboral y de consagrar garantías contra actitudes retaliatorias frente a quienes formulen quejas de acoso laboral o sirvan de testigos en las causas en que se debatan comportamientos de acoso laboral, estableció reglas atinentes a la competencia y al procedimiento para sancionar conductas constitutivas de hostigamiento o de acoso laboral.

La competencia, cuando las víctimas del acoso laboral sean trabajadores o empleados particulares, se radica en el juez del trabajo del lugar de los hechos constitutivos de acoso.

Y para desarrollar esa competencia, se contempla un procedimiento especial –que guarda absoluta relación con la especificidad de la materia, la gravedad de la conducta y la urgencia de una decisión ganada a través de un trámite rápido, breve, sumario y expedito- que comienza con la citación a audiencia, dentro los treinta (30) días siguientes a la presentación de la solicitud o queja; que prosigue con el enteramiento al acusado de acoso laboral y al empleador que lo haya tolerado de la iniciación del procedimiento, mediante la notificación (ha de entenderse que del auto que admite a trámite la solicitud o queja), dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de ésta; que avanza con la práctica de las pruebas, que se producirá antes de la audiencia o dentro de ella; que prosigue con la realización de la audiencia, a la cual sólo podrán asistir las partes, testigos o peritos; y que termina con la sentencia, que ha de proferirse al finalizar la audiencia, decisión contra la cual se podrá interponer el recurso de apelación, que habrá de decidirse en los treinta (30) días siguientes (ha de entenderse que se contará desde cuando el juez que haya de decidir la apelación reciba el expediente correspondiente).

Definido que el legislador contempló un procedimiento especial para sancionar las conductas constitutivas de acoso laboral y de toda suerte de hostigamiento en el marco de las relaciones laborales, se cae de su peso –como por simple ley de gravedad- que ni la sentencia de primera de instancia ni la de segunda son susceptibles del recurso de casación (la de primer grado, por salto), con arreglo al estatuto que disciplina los ritos del trabajo y de la seguridad social, que sólo prevé este medio extraordinario de impugnación respecto de las sentencias dictadas en proceso ordinario.

El recurrente en queja afirma que el juez del conocimiento le imprimió a la solicitud de sanción por acoso laboral el trámite de un proceso ordinario, por tardarse más de dos años su resolución y porque, en decisión adicional, "se declararon situaciones particulares como la ineficacia de un despido y el pago de salarios y prestaciones sociales caídos".

No es cierto que el despacho judicial de primera instancia hubiese ventilado el asunto por el trámite propio del proceso ordinario del trabajo y de la seguridad social. Basta para cerciorarse de ello leer el auto del 21 de septiembre de 2007, pues ahí se lee lo que sigue: "DESELE el trámite del proceso especial de acoso laboral a la queja".

Si el juez del conocimiento corrió traslado de la demanda por el término de diez (10), quizá lo

hizo para salvaguardar el derecho de defensa de los demandados, amparado en el mandato contenido en el artículo 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a cuyas voces el juez dispondrá que los actos del proceso –para los cuales las leyes no prescriban una forma determinada- se realicen de manera adecuada al logro de su finalidad, y fincado en el artículo 145 del mismo estatuto, que autoriza al juez acudir a disposiciones análogas del procedimiento del trabajo y de la seguridad cuando no haya norma que regule expresamente un determinado punto o materia.

A no dudarlo, la tardanza en la definición de un proceso judicial no tiene la virtud de transformar su naturaleza jurídica de especial en ordinario o viceversa. Tampoco la tiene que la sentencia provea sobre temas que no hagan parte de los extremos de la litis o completamente ajenos a la precisa litis debatida en la causa procesal.

En todo caso, este escenario procesal del recurso de queja no sería el apropiado para discernir si el proceso especial se ventiló por el trámite propio del ordinario y si, en consecuencia, sobre la presente causa procesal gravita una nulidad de linaje instrumental.

Todo el contexto del artículo 13 de la Ley 1010 de 2006 puede llevar a concluir que no contempla el recurso de casación, pues sólo alude a la posibilidad de interponerse recurso de apelación contra la sentencia que desató el lazo jurídico de primera instancia.

A la misma conclusión de la improcedencia del recurso de casación se llegaría de atenderse a la preceptiva ahí contenida, en cuanto dispone que "en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Procesal del Trabajo", pues, ya se vio, que, a la luz de las disposiciones de este ordenamiento jurídico instrumental, el recurso de casación viene consagrado únicamente respecto de las sentencias dictadas en proceso ordinario.

De lo anterior surge patente que el procedimiento especial que determinó la ley lo fue para emitir decisión pronta sobre las sanciones del pluricitado artículo 10, pero no para extraer del conocimiento de los jueces ordinarios otras consecuencias que pueden derivar de la demostración del acoso o persecución laboral como los perjuicios morales, la reinstalación, los daños materiales y las demás anexidades jurídicas que la compleja construcción del concepto lleva implícita y que impone a la Corte, como máxima instancia en materia del trabajo y de la seguridad social su intervención.

En efecto, es de interés para esta Corte, como órgano límite en asuntos del trabajo y de la seguridad social, unificar la jurisprudencia que permita que el lugar de trabajo sea un entorno seguro para las relaciones humanas que arbitra, y respecto del cual el acoso laboral se constituye en un riesgo que afecta la integridad física y psíquica de los trabajadores.

Ha sido un punto nodal determinar que la sanción de las conductas del acoso laboral, también conocido como mobbing o acoso moral, tienen implícito un sustrato ético, cual es impedir que se generen o permitan faltas a los derechos fundamentales del trabajador, especialmente aquellos que se refieren a su integridad personal, y con ello imposibilitar o menguar que se degrade el ambiente de trabajo.

Para efectos de identificar tales conductas, debe entenderse que es natural que en el desarrollo de las diversas actividades que se realizan en el entorno de la empresa surjan conflictos, derivados bien de la acción organizativa del empleador, o de la imposición de la disciplina, que en modo alguno pueden llegar a ser calificadas como acoso, pues este hace referencia más bien a un hostigamiento continuado, que se origina entre los miembros de la organización de trabajo,

donde además se reflejan las diversas disfunciones sociales y cuyo objetivo premeditado es la intimidación y el amedrentamiento, para consumir emocional e intelectualmente, de allí que para que se concreten las conductas deben estar concatenadas, ser persistentes y fundamentalmente sistemáticas.

Lo anterior es relevante para no banalizar el asunto, en la medida en que no cualquier actitud o actividad de los trabajadores puede llegar a configurarla, ni el desacuerdo frente a decisiones de los superiores o el conflicto que puede surgir de las tareas dadas, o el estrés que se produzca estar sometido a una exposición continua o en unas condiciones difíciles inherentes a las tareas confiadas, que pueden manifestarse, por ejemplo, en la presión de las actividades de dirección o gestión, pues en todas ellas falta la intencionalidad de destruir y lo que se busca es un aumento de productividad.

Es en esa dirección que Ley 1010 de 2006, reguló el tema, y en su artículo 2 lo definió como «toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado o trabajador, por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo o inducir a la renuncia del mismo», bajo las modalidades de maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral.

El objeto principal de la ley de acoso laboral y los bienes protegidos por ella, conforme a su artículo 1º, consiste en definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado u ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana, que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

Del mismo modo los artículos 7 y 8 de la citada ley, establecen las conductas que constituyen acoso laboral y las que no lo son, en donde es dable destacar que no toda exigencia, orden, solicitud o actuación que se presente en el ámbito laboral, configura un proceder de acoso. Del mismo modo, los artículos 9 y 10 ibídem aluden a las medidas preventivas, correctivas y sancionatorias del acoso laboral, procedimientos que gozan de la garantía consagrada en la norma denunciada, esto es, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que como se dijo, prohíbe dar por finalizado el vínculo laboral en un lapso de protección de seis (6) meses siguientes a la petición o queja, respecto de la víctima de acoso laboral que hubiere ejercido tales procedimientos «preventivos, correctivos y sancionatorios».

Ahora bien, al descender al asunto a juzgar y comenzando por lo planteado en el segundo cargo, en el que se endilgó errores jurídicos, observa la Sala, que el Tribunal al interpretar el texto del citado numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, coligió que **«consagra una protección especial a favor de la víctima por acoso laboral, para que en caso de que sea despedida o destituida en represalia por las quejas o denuncias que para el efecto presente, dicho despido se tenga por ineficaz»**, adicionalmente y de cara al condicionamiento contenido en la parte final de dicho numeral 1, infirió que para que opere esa protección la autoridad administrativa o judicial deben verificar la efectiva ocurrencia de los hechos denunciados.

La censura hizo consistir el desvío interpretativo del fallador de alzada, en que tal preceptiva no exige la calificación de acoso laboral por parte de la autoridad competente administrativa o judicial, para que pueda operar la protección legal allí prevista, porque el fin de esta normativa no es otro que evitar que se tomen represalias contra los trabajadores que interponen las quejas o

denuncias de acoso, con independencia de que la actuación culmine con una sanción o no. Además, sostuvo que al impartirse la aprobación a la conciliación que los implicados acuerden, el Inspector de Trabajo debe entrar a verificar los hechos de acoso, como en este caso aconteció.

Visto lo anterior, la razón está de parte del Tribunal y no de la recurrente, habida cuenta que el entendimiento dado en la segunda instancia a la disposición legal cuestionada, no va en contravía de la verdadera inteligencia de esa disposición legal, y por el contrario, se avine a su alcance como a su genuino y cabal sentido.

En efecto, como lo puso de presente la alzada, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia. Conforme a ese mandato legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.

Sin embargo, esas conductas objeto de la denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, deben necesariamente enmarcarse dentro de aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, y además como lo dispone la parte final del numeral 1 del artículo 11 ibídem, la autoridad administrativa, judicial o de control competente, ha de verificar «la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento», requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, entre ellas dejar sin efecto la ruptura del nexo contractual laboral.

En lo que si le asiste razón a la censura, es que para que opere la citada protección, no se necesita que se impongan sanciones a los autores del acoso laboral, dado que esa garantía de estabilidad como antes se explicó, también se le brinda a quien ejerza los procedimientos preventivos o correctivos. Pero ello no implica, que el Tribunal hubiera cometido un yerro jurídico, por cuanto la decisión de no declarar la ineficacia del despido de la demandante, obedeció más a que en el plenario no encontró acreditadas las conductas de acoso con la debida verificación o calificación, que es lo que a continuación se analizará en el ataque dirigido por la vía indirecta o de los hechos.

De ahí que, el tribunal no cometió yerro jurídico alguno al interpretar la norma de las garantías contra actitudes retaliatorias en la ley de acoso laboral.

De otro lado, cabe destacar, que frente a la restante argumentación contenida en este cargo encauzado por la senda directa, definir: (i) sí el Inspector de trabajo verificó los hechos denunciados al momento de impartir aprobación a la conciliación celebrada por las partes; (ii) sí durante el desarrollo de la investigación administrativa, se alcanzó a cumplir los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que regula la Ley 1010 de 2006; y (iii) sí la actuación terminó por desistimiento de la denunciante o por acuerdo conciliatorio de los contendientes; se requiere acudir al material probatorio y por ende estos aspectos debieron plantearse por la vía indirecta o de los hechos.

Ahora bien, pasando al primer cargo dirigido por el sendero indirecto, la censura pretende demostrar, que el juez de apelaciones se equivocó, al no dar por demostrado, estándolo, que: (i)

la empleadora demandada aceptó la existencia de conductas de acoso laboral; (ii) que la autoridad administrativa sí verificó los hechos puestos en conocimiento por la actora; (iii) que la denuncia finalizó por un mutuo acuerdo conciliatorio entre las partes; y (iv) que resulta ineficaz el despido sin justa causa de la demandante efectuado por la accionada; para lo cual acusó la mala apreciación de la misiva de fecha 14 de marzo de 2007 y del acta de conciliación celebrada el 11 de mayo de igual año, así como la falta de valoración del acta de convivencia de la empresa, que a continuación se analizarán:

1.- En relación con la carta fechada 14 de marzo de 2007, dirigida al Ministerio de Protección Social, suscrita por la actora en calidad de Jefe Gestión Humana, Dimitri Karagounis como Presidente de la O. de L.A. Intralot S.A. y Luis Carlos Torres en condición de Presidente del Comité de Convivencia de la empresa, visible a folio 100 del cuaderno del juzgado (anexo 10); no fue mal apreciada por la Colegiatura, ya que en la misma efectivamente la demandante manifestó su voluntad de retirar la querrela radicada el 14 de febrero de 2007 con el consecutivo No. 00055134, por haber llegado a unos acuerdos sobre los puntos objeto de la queja.

Según tal comunicación, la compañía demandada se comprometió a dar solución inmediata a las denuncias presentadas por la trabajadora, a realizar un seguimiento a las actitudes e instrucciones impartidas por la Gerencia General en los casos objeto de queja, y además de que no existan represalias contra la accionante, a quien se le respetará su posición de Jefe de Gestión Humana, así como los derechos de ley.

Como puede observarse, la sociedad convocada al proceso, en esa misiva acordó una serie de compromisos, pero en rigor no aceptó que ejerció conductas de acoso laboral contra la trabajadora demandante.

2.- En lo que tiene que ver con el acta de conciliación No. 16 del 11 de mayo de 2007, suscrita por las partes ante la Inspectora Segunda de Trabajo de Bogotá (anexo 10, folio 101 del cuaderno del juzgado), también se apreció correctamente, porque el tribunal no distorsionó su contenido, que corresponde en lo pertinente al siguiente tenor literal:

(...) En uso de la palabra la reclamante manifiesta: <Ingrese a laborar el día 14 de marzo de 2006 y actualmente estoy laborando con un salario de \$3.000.000,00, firme un contrato a término indefinido con la empresa en el cargo de Jefe de Recursos Humanos y estoy reclamando. En realidad radique una queja de acoso laboral ante el ministerio de la Protección por parte del señor ADOLFO PAZOS PEREZ, Gerente General de INTRALOT DE COLOMBIA, al conocer de este asunto se reunió el Comité de Convivencia integrado por cinco funcionarios de la Compañía LUIS CARLOS TORRES COMO PRESIDENTE Y EWS GERENTE de Ventas y Operaciones, JAVIER OCAMPO Jefe Jurídico, MARIO CONSUELO ACUÑA Analista de Ventas, Claudia Casas Asistente Comercial y Diana Henríquez Jefe de Gestión Humana y la participación especial de el (sic) Señor DIMITROS KARAGOUNIS Presidente Operaciones de Latinoamérica se resolvieron cada uno de los ítems de la denuncia y se hicieron acuerdos y compromisos por las partes para cesar las conductas de acoso laboral. Por lo tanto en este momento de la diligencia **DESISTO** de la querrela esperando que se dé cumplimiento a los compromisos plasmados en acta del comité y en oficio dirigido al Ministerio de la Protección Social firmada por el Presidente del comité de convivencia, el presidente de operaciones y Latinoamérica y yo. En el evento en que se incumplan estos compromisos se tomaran las acciones legales pertinentes. Para lo cual estoy aportando al despacho copia del Comité de Convivencia y comunicación de los compromisos. Es todo.

En uso de la palabra el Apoderado de la empresa reclamada manifiesta: Como apoderado, manifiesto que la empresa a través del comité de convivencia y de la Gerencia de Gestión humana ha venido desarrollando los mecanismos para mejorar el clima organizacional de la empresa y en el marco de esos mecanismos dar cumplimiento a los compromisos establecidos en el acta del Comité de Convivencia antes mencionada y en la carta de compromisos aportados por la Señora DIANA HENRIQUEZ.

AUTO: EL DESPACHO EN VISTA DE QUE LAS PARTES LLEGARON A UN ACUERDO CONCILIATORIO Y DADO QUE ESTE NO VULNERA DERECHOS CIERTOS E INDISCUTIBLES DE LA RECLAMANTE IMPARTE SU APROBACIÓN Y ADVIERTE QUE ESTE HACE TRANSITO A COSA JUZGADA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 78 DEL CPL Y DE LA LEY 640 Y 28 DE LA LEY 640 DEL 2001 (...).

Ciertamente de su texto es dable extraer, tal como lo concluyó el Tribunal, que los comparecientes dejaron constancia que la demandante en el transcurso de la diligencia desistió de la querrela como consecuencia de los acuerdos y compromisos que surgieron del comité de convivencia, y por ende a la Sala no le merece ningún reproche la conclusión del ad quem de que existió un desistimiento que se convirtió en un acuerdo conciliatorio.

De igual manera, se observa que en ningún pasaje de esa documental se lee que la Inspectora de Trabajo hubiere verificado los hechos denunciados, calificándolos o declarándolos como conductas de acoso laboral, como quiera que dicha autoridad administrativa se limitó a aprobar lo que consideró era un acuerdo conciliatorio de conformidad con las manifestaciones de las partes, además no aludió al contenido del acta de Comité de Convivencia que se mencionó en el curso de esa diligencia, sin que sea dable suponer que tal autoridad administrativa verificó la efectiva ocurrencia de los hechos como lo sugiere la censura.

Es más, el apoderado de la empresa hoy demandada, en ningún momento admite la ocurrencia del acoso laboral, pues simplemente alude a que esos compromisos que se van a cumplir tienen como fin **«mejorar el clima organizacional de la empresa»**.

3.- En cuanto al acta del comité de convivencia, que las partes refieren en la carta del 14 de marzo de 2007 y en el acta de conciliación, que obra a folios 88 a 97 del cuaderno principal (Anexo 9), previamente a estudiar su contenido, resulta pertinente recordar que conforme lo narrado en los hechos de la demanda, la actora denunció como acoso laboral los siguientes puntos: (i) que el Gerente General Adolfo Pazos no autorizó el reemplazo de cargos de vital importancia para la empresa cuando se requería; (ii) que el señor Pazos tomó arbitrariamente la decisión de no cancelar las cuotas de préstamos de la Caja de Compensación Familiar, que fueron descontadas al empleado; (iii) que éste detenía el trámite de cuentas de cobro; (iv) que dicho gerente le pidió a una funcionaria incapacitada copia de la formula médica, lo cual era ilegal; (v) que el gerente Pazos daba instrucciones de anular cheques ya girados por diferentes conceptos; y (vi) que no se le autorizó un giro para alquiler de dos salones para la capacitación de 166 personas en Bogotá, generando serias responsabilidades al área de Recursos Humanos.

En relación con los anteriores puntos denunciados por la demandante, el Comité de Convivencia adoptó las siguientes soluciones que dejó plasmadas en la citada acta, así: (i) a) Sistematizar la nómina, b) Se procederá a cubrir el cargo de nómina vacante en el área de RRHH, y c) Se reemplazará el cargo que sea de vital importancia para la operación de forma autónoma en Colombia; (ii) a) Creación de un fondo de empleados, b) Hacer un informe legal sobre los beneficios de cada caja de compensación para determinar si se realiza el cambio o no, y c) Crear

políticas claras en lo pertinente a los descuentos por nómina; (iii) a) Se le solicitó el RUT al asesor Alejandro Sabogal y b) Se ingresó como proveedor y legalizar los servicios de éste; (iv) realizar un seguimiento en ventas a la promotora para tomar determinaciones; (v) a) El único que reporta las incapacidades o ausencias es el jefe directo; b) Recursos Humanos será el único autorizado para solicitar la documentación pertinente para la legalización de las incapacidades; (vi) a) Efectuar el pago al ISS para evitar intereses de mora, b) El contador y el jefe de RRHH realizarán una verificación del pago oportuno de todos los conceptos laborales con los demás fondos, y en caso de haberse presentado mora, deberá reliquidarse para quedar a paz y salvo con esas entidades evitando futuros inconvenientes; (vii) a) Se adopta la solución planteada por el señor Dimitrios Karagounis; b) Se deberá cumplir a cabalidad los procedimientos internos de la compañía; y (viii) El gerente general señor Adolfo Pazos aprueba el pago de horas extras para todos los empleados a partir de las 6:00 p.m.

Adicionalmente, como consideraciones finales, los miembros del Comité de Convivencia y la demandante en condición de Jefe de Recursos Humanos, manifestaron que «En forma conjunta con el señor Dimitrios Karagounis y el Comité adoptan todas las soluciones que fueron planteadas en este comité. La compañía no tendrá represalias de ninguna índole en contra de los trabajadores. El comité se compromete como garante del cumplimiento de los compromisos aquí señalados y propenderá porque las conductas de acoso laboral que fueron tratadas en este comité no se vuelvan a presentar» (Subraya la Sala).

Esta prueba documental, tal como lo indicó el recurrente, el tribunal no la apreció, pues de haberlo hecho se hubiera percatado que las partes en reunión de comité de convivencia hicieron referencia a conductas de acoso laboral a efectos de que aquellas no vuelvan a presentarse, ello en relación con los puntos objeto de la queja que instauró la actora, y frente a las cuales se establecieron varias soluciones que se traducen en compromisos de las partes, para que de un lado se ponga fin a la querrela adelantada en el entonces Ministerio de la Protección Social y de otro buscar mejorar el clima organizacional de la empresa demandada.

Lo anterior significa, que el ad quem incurrió en una omisión o deficiencia probatoria que llevaría a la comisión de un error de hecho y haría fundado el segundo cargo en esta parte de la acusación.

Sin embargo, lo expresado no sería suficiente para lograr quebrar la sentencia impugnada, por cuanto prontamente la Corte actuando como tribunal de instancia, encontraría que al verificar en detalle los puntos materia de la denuncia o queja presentada por la accionante y que se enlistaron en precedencia, estos no se enmarcan en ninguna de las conductas que constituyen acoso laboral y que aparecen relacionadas en el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, como quiera que están referidas más a la gestión propia de la empresa y no a la situación personal de la trabajadora demandante.

Ciertamente, mirando en su contexto las pruebas que se acaban de reseñar, se concluye que ninguno de los aspectos denunciados, corresponden a situaciones de acoso laboral, que se hubieran ejercido contra la citada empleada para infundirle miedo, intimidarla, aterrorizarla, angustiarse, causarle un perjuicio, generar desmotivación en el trabajo, o inducirle a la renuncia de su cargo, bajo la modalidad de maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad y desprotección laboral. Tampoco son actos hostiles que ofendan la dignidad humana y demás derechos fundamentales de la actora como trabajadora.

Por el contrario, lo que atañe a temas como autorizaciones para reemplazo de cargos, la

cancelación de cuotas de préstamos, descuentos a empleados, trámite de cuentas de cobro, incapacidades de empleados, giros y anulación de cheques o autorizaciones de gastos, en donde tenga injerencia el área de recursos humanos de la demandada, a lo cual se contrae la denuncia de la actora, así como las soluciones acordadas en el Comité de Convivencia y que ya fueron descritas, giran en torno a la administración, gestión u operación empresarial, que pueden llevar implícitas exigencias, órdenes o impartición de directrices, cuya ejecución dio lugar a diferencias o discordias entre las personas que intervienen en su cumplimiento, pero sin la identidad suficiente para configurar un acoso laboral en los términos de la Ley 1010 de 2006.

Así las cosas, los hechos denunciados que el comité de convivencia refirió como de «acoso laboral», en la realidad son actos o comportamientos que no constituyen esta clase de proceder, bajo ninguna de sus modalidades, conforme a lo estipulado en el artículo 8 de la citada ley, y en tales circunstancias, no es del caso entrar a considerar que el despido de la accionante lo fue por razón de haber presentado la queja de marras ante el Ministerio de Trabajo, y por ende, queda así desvirtuada la presunción legal a la cual antes se hizo mención contenida en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, sin que resulte procedente tener por ineficaz el despido a través de esta acción judicial, pues mal haría la Corte en imponer el restablecimiento de la relación laboral respecto de una persona que no fue objeto de esta conducta.

De suerte que si bien en esta última parte de la acusación el segundo cargo es fundado, no puede prosperar.

I. TERCER CARGO

La censura acusó la sentencia de segundo grado, de violar por la senda indirecta y por «FALTA DE APLICACIÓN», de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política y 10 del Código Sustantivo del Trabajo.

Manifestó que la anterior transgresión de la ley se produjo por la comisión de dos errores de hecho, consistentes en no dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada tenía cargos iguales al desempeñado por la actora, y que no hay proporcionalidad entre el salario devengado por la accionante frente al que recibían sus antecesores jefes de recursos humanos y los jefes de área.

Señaló que tales yerros fácticos tuvieron su origen en la equivocada apreciación de las siguientes pruebas: (i) copia de certificaciones laborales expedidas por INTRALOT a los anteriores jefes de recursos humanos, en el que consta el salario percibido para ese cargo; (ii) declaraciones de Jenny Marcela Fonseca Forero (jefe de recaudo y cartera), Juan Carlos Matamoros Celis (Jefe de Triade Marketong) y Mauricio Murillo Ochoa (Jefe de Compras); (iii) copia del reglamento interno de la demandada; (iv) copia del correo electrónico de fecha 23 de marzo de 2007, enviado por el señor PAZOS a la demandante, en el que se le manifiesta que no es posible el reajuste.

Para el desarrollo de la acusación, sostuvo que el Tribunal comete un yerro al concluir que no encuentra un cargo ni factor salarial determinante que le sirva de comparación, para concluir que efectivamente existió una discriminación frente al salario devengado por la actora, por cuanto se hizo una apreciación equivocada de las pruebas denunciadas, en especial de los diferentes testimonios rendidos por los jefes de recaudo y cartera, triade marketong, y de compras, quienes todos era jefes de área como la demandante, y

por ende tenían cargos iguales.

Adujo que entonces contrario a lo sostenido en la decisión impugnada, que si hay cargos iguales, ya que si bien es cierto no hay dos jefes de recursos humanos, son cinco los jefes de área, y a diferencia de la accionante los demás devengan un salario mínimo integral. Además, conforme a las certificaciones laborales expedidas por la empresa demandada, las personas que antes ocuparon el cargo de jefes de recursos humanos, devengaron un salario diferente mucho más ventajoso al que devengaría la accionante.

Señaló que en conclusión se presentó una mala apreciación del material probatorio, porque de llegarse a comparar los cargos de jefe de área, el tribunal hubiera encontrado que no había una proporcionalidad entre lo que los demás jefes devengaban y el salario ordinario recibido por la promotora del proceso.

Agregó, que las pruebas del proceso lo que pretendían demostrar es la diferencia salarial y no la diferencia en su modalidad, ya que es mucho más ventajoso devengar un salario integral que uno ordinario de \$3.000.000.

II. CUARTO CARGO

Lo formuló como subsidiario al tercer cargo, y la recurrente acusó la sentencia del tribunal, por violación directa, en la modalidad de «FALTA DE APLICACIÓN», respecto de los artículos 53 de la Constitución Política, 143 del Código Sustantivo del Trabajo, y 50 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

En la sustentación indicó que pese a que se logró probar que tanto los diferentes jefes de área o departamento de la empresa, como los jefes que le antecedieron recibieron un salario más alto al que efectivamente se le pagó a la accionante, hay una desigualdad salarial, sin que sea fundamento para ello que la actora hubiera recibido un salario ordinario y los demás jefes un salario integral en los términos del artículo 132 del CST, que le da al empleador la libertad de convenir libremente el salario en las distintas modalidades.

Expuso que era cierto que la actora devengó un salario ordinario y que las personas que ocuparon con antelación el cargo de jefe de recursos humanos así como los demás jefes de área tenían un salario integral, pero aunque la citada norma le da a los empleadores esa facultad de pactar la modalidad salarial, no puede ir en contra de lo contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política que establece principios mínimos, de recibir una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, una situación más favorable en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, primacía de la realidad sobre las formalidades, y que los contratos o los acuerdos no pueden menoscabar la libertad, dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, entre otros.

Citó algunas sentencias de tutela, para decir que el tribunal violó el artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo, por falta de aplicación, al no considerar que hubo un trato desigual entre trabajadores, que

desempeñan una misma laboral como son los jefes de área, quienes tienen similares responsabilidades, pero una remuneración diferente, y por ello se debió aplicar dicho precepto legal con independencia de la modalidad que el empleador caprichosamente le hubiere podido asignar a la actora, dado que todos los jefes tenían un salario integral menos ella, desmejorándola en sus condiciones.

Aseguró que el artículo 53 de la CN no solo habla de igualdad sino de proporcionalidad, y por ende el ad quem debió aplicar la disposición legal en comento haciendo uso de las facultades del artículo 50 del CPTSS, sin importar la modalidad del salario que tuvieran los jefes de área o sus antecesores, es decir, bajo el ejercicio de que el dinero recibido podría representar entre una y otra modalidad una cantidad menor para la accionante, y por ello ésta debió devengar así fuera un salario ordinario pero que significara lo mismo en cuantía que el integral.

Especificó que si en la demanda no se pidió un aumento del salario ordinario que se equiparara a lo devengado por los otros jefes de área con salario integral, por las facultades extra y ultrapetita es dable condenar al pago de una suma mayor a dicha remuneración ordinario.

III. LA RÉPLICA

El opositor INTRALOT DE COLOMBIA, solicitó de la Corte rechazar el tercero y cuarto cargo, por cuanto en el orientado por la vía indirecta, que es el tercero, no resulta apropiado invocar la «falta de aplicación», sino la aplicación indebida, además desde el punto de vista fáctico, el Tribunal no cometió ningún yerro, ya que la igualdad salarial involucra elementos como la capacitación, antigüedad y la experiencia, que se deben evaluar en cada caso, y el hecho de que en la demandada existan otros jefes de área con un salario diferente, nominalmente según la modalidad pactada, no es suficiente para demostrar una discriminación, por cuanto la retribución ordinaria y la integral no son comparables, y si bien todos son jefes, no es el mismo cargo, en la medida que las responsabilidades, experiencia y antigüedad varía, y por ende, el tener igual nivel jerárquico de jefes de área no implica necesariamente que tengan que devengar una misma suma de dinero, y en tales condiciones, se apreciaron correctamente las pruebas denunciadas.

Frente al cuarto cargo orientado por la vía directa, manifestó que no se denuncian normas sustanciales presuntamente violadas, sino de orden constitucional o procesal; que no se desvirtuó lo inferido por el tribunal de que al aceptar nivelar el salario de la demandante en la forma solicitada, estaría modificando la modalidad salarial convenida por las partes, lo cual no era procedente; y que no se presenta la falta de aplicación del artículo 143 del CST, ya que el fallador de alzada no desconoció esa norma, sino consideró que al proceso no se aportaron los elementos necesarios que permitan el análisis sobre una supuesta discriminación o violación del principio de «trabajo igual salario igual».

IV. CONSIDERACIONES

En ambos cargos la censura pretende demostrar el derecho a la nivelación salarial de la demandante, ligada al principio de a trabajo igual salario igual, que en su decir debía aplicarse, por razón de que en la empresa demandada existían cargos iguales al desempeñado por la actora y un trato desigual y discriminatorio, en la medida que no se advierte proporcionalidad entre el salario devengado por la accionante y lo recibido por sus antecesores jefes de recursos humanos o por los demás jefes de área, pues es más ventajoso devengar un salario integral como el que ellos tenían asignado, y no uno ordinario de \$3.000.000 que era su remuneración. Así mismo, dijo que con independencia de la modalidad de salario que se tenga, y así no se haya demandado en este proceso el pago de un salario ordinario que se equiparara a lo percibido por los otros jefes de área con salario integral, el tribunal debió hacer uso de las facultades del artículo 50 del CPTSS, para ordenar reajustar la remuneración ordinaria que significara la misma cuantía del integral.

El recurrente en el tercer ataque le atribuyó a la sentencia impugnada errores de hecho y la equivocada apreciación de las pruebas que acreditan los salarios devengados por los antecesores jefes de recursos humanos y los jefes de otras áreas. Y en el cuarto cargo, denunció la comisión de yerros jurídicos fundados en la falta de aplicación de los artículos 143 del Código Sustantivo de Trabajo, 53 de la Constitución Política y 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En primer lugar, debe decirse, en cuanto a la acusación por la senda directa, que el Tribunal no pudo incurrir en la infracción directa del artículo 143 del CST, por cuanto fue una de las disposiciones que llamó a operar, es así que reprodujo su contenido para señalar que allí se establecía el principio de igualdad salarial, que «tiene su origen en el hecho de existir una discriminación de uno o más trabajadores en la retribución que perciben respecto de los demás trabajadores. Empero, dicha nivelación opera cuando existe proporcionalidad en la cantidad y calidad de trabajo e igualdad de condiciones laborales, o aún más criterios razonables y objetivos que justifiquen un trato diferente más no discriminatorio, entre trabajadores que desempeñen las mismas o similares funciones, tengan igual preparación, mismos horarios e idénticas responsabilidades». Es más, en el antecedente jurisprudencial en que se apoyó la Colegiatura, también se alude a esta disposición legal, en armonía con el mandato constitucional que también se acusa en el cargo.

Respecto a la alegación de que el tribunal incurrió en el error jurídico de no hacer uso de las facultades extra y ultra petita, para ordenar el reajuste del salario ordinario de la demandada, con una suma que se equipare a la cuantía del salario integral devengado por los demás jefes de área, se tiene que no se presenta esa transgresión legal, ya que por tratarse de una potestad legal en la que el juez de trabajo puede acogerla, se requiere que en su criterio los hechos que dan origen para el caso a la nivelación salarial, se hayan discutido en el proceso y se

encuentren debidamente probados, lo cual no aconteció, dado que para la segunda instancia «no existe un cargo, ni un factor salarial determinante que nos sirva de comparación y nos permita concluir si efectivamente existió o no una discriminación frente al salario devengado por la demandante», y ello impide configurar un hecho que abra el camino para que eventualmente pudiera el juzgador echar mano al artículo 50 del CPTSS.

En efecto, la causa petendi de la demanda inicial está conformada por las razones de hecho y de derecho que fundamentan las pretensiones, y el sentenciador conforme al principio de congruencia, no puede alterar o cambiar los hechos o las súplicas para entrar a decidir en uno u otro sentido, y darle la razón al demandante o al demandado. En materia laboral, la congruencia encuentra una excepción, en cuanto a que la ley permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas distintas a las pedidas, haciendo uso de las denominadas facultades extra y ultra petita que consagra el citado artículo 50 del CPTSS, cuando los hechos que las originen hayan sido discutidos en el proceso y están debidamente probados, facultad que también tiene el fallador de segundo grado, cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, según se adoctrinó en sentencia de la CSJ SL, 24 may. 2011, rad. 37524.

Consecuente con lo anterior, al no darse en este asunto los presupuestos para fallar extra o ultra petita, lógicamente el Tribunal dictó un fallo congruente, sin salirse de los hechos que fundamentan las pretensiones de la demanda inaugural, que fue como en el sub lite se procedió, como quiera que lo resuelto está completamente acorde a lo demandado, entre lo cual como lo reconoce la propia censura no se suplicó en esta acción judicial un aumento del salario ordinario que significara la misma cuantía de un salario integral.

En cuanto a los fundamentos de índole jurídico que soportan la sentencia impugnada, tal como lo puso de presente el tribunal, para que la garantía derivada del principio de a trabajo igual salario igual consagrado en el artículo 143 del CST, que tiene respaldo constitucional en el artículo 13 de la CN, tenga aplicación imperativa, se debe desempeñar el mismo puesto no solo en condiciones de eficiencia iguales, sino observando otros ingredientes de comparación que deben ser demostrados en el juicio, tales como la capacitación o capacidad profesional o técnica, antigüedad, experiencia, idénticas funciones, el mismo grado de responsabilidad laboral, entre otros aspectos.

Para el tribunal no tiene cabida ordenar la nivelación salarial de la demandante en los términos implorados, precisamente porque según esos criterios de igualdad, no era dable considerar que existiera un trato desigual, discriminatorio y no proporcional, y en su criterio no se cuenta en este asunto con un factor salarial determinante de comparación. Lo anterior se enmarca dentro de un correcto entendimiento de la citada

norma, que como se dijo sí fue aplicada, máxime que, en el plenario se verificó una circunstancia especial que desde el punto de vista jurídico resulta relevante, razonable y legítimo, a efectos de que el salario de la actora no pudiera ser igual al de los demás jefes de área, cual es, la modalidad salarial pactada con el empleador, pues en principio las condiciones de una remuneración ordinaria difieren sustancialmente en sus componentes, factores, características y elementos a las del salario integral, que hace que sean modalidades diferentes, siendo una mera conjetura de la censura afirmar que en todos los eventos es más ventajoso devengar la suma integral, con mayor razón cuando no se suministran parámetros económicos específicos de comparación, que comprenda la incidencia prestacional según el caso.

De ahí que, sea sólida y coherente otra de las inferencias jurídicas del juez de apelaciones, consistente en que de acogerse lo planteado por la parte demandante y se ordenara la nivelación salarial pretendida, «sería tanto como ordenarle a la empleadora que le cancelara a la extrabajadora el salario mínimo integral establecido con los demás jefes de aérea, y eso sería, inmiscuirse por parte del juez de trabajo, en las políticas salariales que libremente pueden convenir los empleadores con sus trabajadores».

Por todo lo dicho, el Tribunal no cometió los yerros jurídicos endilgados en el cuarto cargo.

En lo que atañe al tercer cargo, como lo advierte la réplica, el concepto de violación adecuado es el de la aplicación indebida y no el invocado por el recurrente. Sin embargo, para dar al traste con la acusación orientada por la vía indirecta, basta con decir, que el tribunal no pudo incurrir en ninguno de los yerros fácticos enrostrados, por cuanto en ningún momento la segunda instancia desconoció los valores devengados por los antecesores de la actora jefes de recursos humanos y los otros jefes de área de la empresa demandada a los cuales se hizo alusión, que es aquello que pretende demostrar el recurrente con la prueba calificada denunciada, en especial con la documental relativa a las certificaciones del salario percibido, es más en el fallo de segundo grado se lee que el ad quem constató que la asignación básica mensual de la promotora del proceso era la suma de \$3.000.000, conforme aparece en el contrato de trabajo que ésta celebró visible a folios 26 a 29 del cuaderno del juzgado, en tanto sus antecesores recibían \$5.304.000 y \$4.959.000 mensuales según lo certificó la misma compañía a folios 36 y 37 ibídem, y los demás jefes de área \$5.304.000 como consta en los comprobantes de pago de folios 233 a 341 ídem.

Lo que sucede es que el tribunal partiendo de la correcta apreciación de los medios de prueba reseñados, coligió que las personas con que la accionante se compara, que son jefes con distintas funciones y grado de responsabilidad, por motivo de ostentar una modalidad de salario distinta

como lo es la integral, nominalmente no es dable que su remuneración sea idéntica en su cuantía.

De otro lado, en el desarrollo de este tercer cargo, el censor no explicó en qué consistió la errada apreciación del reglamento interno de trabajo de la demandada y el correo electrónico de fecha 23 de marzo de 2007, por lo que la Sala no analizará estos medios de convicción.

En lo concerniente a la prueba testimonial, dado que no se acreditó un yerro fáctico con el carácter de ostensible con prueba apta en casación, esto es, documento auténtico, confesión judicial e inspección judicial, no es dable abordar el estudio de las declaraciones de los deponentes referidos en el ataque, de conformidad con la restricción legal contemplada en el artículo 7 de la Ley 16 de 1969.

Por otra parte, nótese que en el plenario no se acreditó la existencia de un escalafón de salarios para los cargos directivos o de jefes de área que no se estuviera cumpliendo, donde no fuera necesario medir condiciones de eficiencia o responsabilidad sino tablas de salarios, a fin de establecer un tratamiento desigual.

En consecuencia, el tercer cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

V. QUINTO CARGO

Lo propuso como subsidiario de los cuatro cargos que anteceden, y acusó la sentencia de segundo de grado de violar de manera directa y por «FALTA DE APLICACIÓN», el numeral 2 de los artículos 77 del CPTSS, modificado por el artículo 11 de la Ley 1149 de 2007.

En el desarrollo de la acusación, sostuvo en esencia que como la entidad demandada no asistió a la conciliación obligatoria, y que el Juez de conocimiento dispuso dar aplicación al numeral 2 del artículo 77 ya citado, ordenando en auto que se presumieran como ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, decisión que fue apelada y confirmada por el tribunal en auto interlocutorio del 31 de enero de 2008, en la sentencia impugnada se debió dar aplicación a lo ya ordenado y no se hizo, presumiendo como ciertos los hechos demandados.

Arguyó que tal omisión del juez de apelaciones llevó a que dictara una sentencia desfavorable a la demandante, cuando debía ser acorde a las pretensiones y los hechos objeto de confesión ficta, presunción que el transcurso del proceso no se desvirtuó, y por el contrario se probaron todos los presupuestos necesarios para acceder a las súplicas incoadas.

VI. LA RÉPLICA

La sociedad opositora sostuvo que el cargo no denunció ninguna norma sustancial violada, esta falencia técnica sería suficiente para desestimar el ataque, además que el tribunal no tenía que estimar ninguna confesión ficta, ya que la misma fue desvirtuada con las otras pruebas obrantes en el proceso, sin que se presente acoso laboral alguno como tampoco discriminación salarial respecto de la actora.

VII. CONSIDERACIONES

Le asiste entera razón a la réplica en cuanto al defecto técnico que le atribuye al cargo, en el sentido de que carece de proposición jurídica, en la medida que no se está denunciando ningún precepto legal sustantivo de orden nacional, siendo insuficiente que se acusen solo normas instrumentales, además que no se acude a la llamada violación de medio, consistente en que la transgresión de una disposición procedimental sirve de vehículo o conduce a la violación del mandato legal sustantivo que consagra los derechos reclamados judicialmente.

Si se dejara de lado lo anterior, el ataque tampoco puede salir triunfante, dado que la confesión ficta que se dice no fue tenida en cuenta por el tribunal, en manera alguna tiene valor probatorio, ya que no basta con la simple constancia dejada por el Juzgado de conocimiento en relación a la incomparecencia del representante legal de la

demandada a la audiencia de conciliación obligatoria, o la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 77 del CPTSS bajo la simple aseveración de que se declara confesa a la accionada «sobre los hechos de la demanda» (folio 211 del cuaderno del juzgado); porque para su validez se requiere de la declaración del juez instructor, en la que se exprese adecuadamente y en forma concreta sobre cuáles hechos recaerá dicha confesión, sin que sea de recibo una alusión general e imprecisa de ellos, actividad que en el sub lite como se observa no se cumplió, lo cual no mereció reparo de la parte actora en la audiencia de trámite, y en consecuencia, no es factible como se pretende en sede de casación, que frente a los puntos ahora en discusión, se le dé los efectos de la confesión ficta o presunta, la cual se repite no fue debidamente estructurada como lo exige la ley procesal.

Al respecto se puede consultar, entre otros pronunciamientos, las sentencias de la CSJ SL, 6 sep. 2012 rad. 39506 y SL 6 feb. 2013 rad. 40498.

Por lo dicho, este quinto cargo no puede tener éxito.

En cuanto a las costas del recurso de casación, no hay lugar a ellas dada la prosperidad parcial de la acusación en cuanto al segundo cargo, pese a que el mismo finalmente no prosperó.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada el 29 de enero de 2010, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por DIANA CRISTINA HENRÍQUEZ RUÍZ contra INTRALOT DE COLOMBIA.

Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

