REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, trece (13) de abril de dos mil Veintiuno (2021)

RAD: **20001-41-89-001-2021-00043-01.** Acción de tutela de segunda instancia promovida por **VICTOR ENRRIQUE MEDINA GUILLEN** contra **TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR.** Derechos Fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad, al derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por el accionante VICTOR ENRRIQUE MEDINA GUILLEN contra la sentencia fechada el 05 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante adujo, en síntesis, lo siguiente:

Fue vinculado por medio de un Contrato de trabajo en la modalidad de término fijo N° 002-2020, en la TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A., iniciando el 02 de enero de 2020, en el cargo de Apoyo a la Gestión Operativa (Supernumerario), desarrollando la labor de manera personal, en el horario de lunes a sábado en las horas de 8: 00 am a 12: 00 PM se 2:00 pm a 6: 00 PM, y los sábado de 8: 00 AM a 1:00 PM., labor que desempeñó de manera constante, personal y subordinada, devengando un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

En la actualidad y antes de iniciar la relación laboral con el TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A. se encuentra en una relación marital de hecho con su compañera SILENA TATIANA CABANA DIAZ.

Su compañera SILENA TATIANA CABANA DIAZ, es beneficiaria del suscrito accionante de la seguridad social en salud (SSS), en la entidad promotora de SALUD TOTAL EPS.

En vigencia de la relación laboral su compañera permanente la señora SILENA TATIANA CABANA DIAZ, quedó en estado de gravidez (embarazo), en el mes de junio de 2020.

En la actualidad, a la presentación de esta acción de tutela, su compañera permanente la señora SILENA TATIANA CABANA DIAZ, se encuentra en estado de embarazo tal como consta en las historias clínicas anexadas en este escrito de tutela.

Tal evento o suceso de embarazo de su compañera permanente lo notifique a la empresa el día 09 de noviembre de 2020, mediante oficio recibido por la oficina por el jefe de talento humano el Dr. LAUDELINO USTARIZ MEJIA.

El 10 de noviembre de 2020, le fue contestada por el TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A., la notificación de embarazo de su compañera permanente, contestación que contenía lo siguiente "su petición está siendo validada por la oficina jurídica de esta entidad, área que definirá la procedencia o improcedencia de su solicitud……"

El 19 de noviembre de 2020, le fue notificada por parte del TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A. el preaviso de la terminación de su contrato de trabajo en la modalidad de término fijo.

El mencionado preaviso de terminación de su contrato de trabajo en la modalidad de termino fijo se le comunicó lo siguiente "según consta en su contrato de trabajo a término fijo N° 002-2020, fecha de vencimiento del mismo, es el 31 del mes de diciembre de 2020, el cual no le será prorrogado……."

Informó de forma verbal y escrita a sus jefes sobre el embarazo de su compañera, su compañera depende económicamente de él sustento de su trabajo, dado que ella no labora o no tiene trabajo.

A pesar de que el TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A. conocía de esta situación y el estado de embarazo de su compañera, decidió despedirlo.

Es responsable por la manutención, sustento, y cuidado de mi compañera y de la criatura que está por nacer.

Se encuentra viviendo en medio de una situación económica precaria y depresiva, al punto que he tenido que recurrir a ayudas de familiares y amigos para poder obtener nuestro sustento.

PRETENSIONES:

La parte accionante solicita mínimo vital, a la dignidad humana, a la seguridad social, a la igualdad, al derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada en mi condición de debilidad manifiesta, por la condición que su compañera permanente está en estado de embarazo.

En consecuencia de lo anterior, se ordené al TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A., representado legalmente por quien este a su cargo, El REINTEGRO.

Así mismo, se ordené al TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A., el pago todos los salarios, prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, así mismo ordene que se paguen los aportes al sistema general de seguridad social (salud, pensión, riesgos laborales) desde el momento de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro sin condición de continuidad.

Igualmente, ordenar al TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A, le pague la suma equivalente a sesenta (60) DÍAS DE SALARIO como consecuencia del despido injusto sin contar con el permiso del Ministerio del Trabajo, tal como lo establece el artículo 239 CST y de la Ley 1468 de 2011.

Por último, se ordene al TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A. se ABSTENGA de realizar actos de acoso laboral en su contra una vez se produzca su reintegro.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La *iudex A-quo*, finalmente con sentencia de 05 de Febrero de 2021, resolvió NEGAR la acción de tutela instaurada por VICTOR ENRRIQUE MEDINA GUILLEN contra TERMINAL DE TRANSPORTES DE VALLEDUPAR.

Al considerar, que no satisface el requisito de dependencia total al sistema de seguridad social en salud donde se encuentra afiliada el actor pues aun cuando a la fecha la compañera permanente del actor se encuentra afiliada como su beneficiaria, este hecho acaeció hasta el 01 de diciembre de 2020, pues con anterioridad estaba siendo atendida con otra EPS en calidad de cabeza de familia.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal, el accionante VICTOR ENRRIQUE MEDINA GUILLEN, impugnó el fallo de primera instancia para alegar lo siguiente:

Alega, que A-quo aduce de la improcedencia de la tutela y decide negar la tutela de la referencia, pero causa extrañeza que el despacho en observancia de todas las pruebas aportadas tales como:

1.- La notificación de estado de embarazo de mi compañera permanente entregada recibida por el TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A. en fecha de 09 de noviembre de 2020.

2.- Copia simple de la guía y su respectivo número para verificar que fue entregada tal notificación a la empresa, guía número 9110944157.

3.- Copia simple de la respuesta de notificación de embarazo dada por parte del TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A.

4.- Copia simple del historial clínico de mi esposa y de las fechas, las cuales concuerdan con su estado de embarazo y la respectiva notificación hecha a la empresa accionada.

5.- Copia simple de la declaración extraprocesal en la notaria tercera de la ciudad de Valledupar donde queda claro que mi cónyuge depende económicamente de mí y que además no cuenta con una fuente de empleo.

6.- Y demás aportadas en la acción de tutela.

Argumenta, que a través de las piezas documentales aportadas demostré los requerimientos a tener en cuenta para este tipo de casos, demostrar que su pareja está en estado de embarazo, demostrar que su pareja depende económicamente totalmente recurrente, demostrar que actualmente llevo más de dos años conviviendo con mi cónyuge y además mi cónyuge es beneficiaria del servicio de seguridad social.

Indica, que el A-quo no tuvo en cuenta el pronunciamiento de la corte constitucional en este tipo de casos en lo que respecta a la Sentencia C-005 de 2017, en la cual se protege a la mujer embarazada ante un eventual despido de su pareja. Asimismo, la Ley 1822 de 2017, contempla este beneficio en el mismo sentido para los compañeros sentimentales de las mujeres embarazadas, lo cual es del caso particular y del caso que nos ocupa.

En virtud de lo anterior, solicita que se revoque el fallo de tutela y, en su lugar, se conceda las pretensiones del libelo de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial

de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

Dentro del asunto de marras, el problema jurídico a resolver es, si la decisión emitida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, Cesar, estén dentro de los lineamientos normativos y jurisprudenciales que gobiernan la estabilidad laboral reforzada por maternidad extendida y haber negado la acción de tutela al hoy impugnante?

Como regla general la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar el pago de salarios, el reconocimiento de prestaciones sociales, el reconocimiento de pensiones, el reintegro de trabajadores y en general, todas aquellas controversias que deviene de una relación laboral, puesto que es la jurisdicción laboral o la contenciosa administrativa quien, inicialmente, está llamada a resolver las cuestiones derivadas de un contrato de trabajo.

Para resolver el problema jurídico planteado, a continuación, se estudiarán los siguientes temas: (i) causal objetiva para la terminación del contrato de trabajo (ii) la protección constitucional de la mujer en embarazo (iii) se procederá a determinar si existió o no una vulneración de los derechos del accionante por la actuación de la entidad accionada.

Con respecto a traemos la colación lo manifestado por la honorable Corte Constitucional en **Sentencia T-069/07:**

(i) Empleador debe demostrarse causal objetiva para la terminación del contrato de trabajo:

Es así como el sentido de la decisión del juez de tutela, cuando se trata de definir el reintegro de una mujer, a quien, su empleador le terminó el contrato de trabajo con conocimiento de su estando de embarazo y aduciendo la finalización de la obra contratada, dependerá de que se identifique una causal objetiva y

relevante que justifique la terminación del contrato, o, de lo contrario, la ausencia de ésta hará presumir una actitud discriminatoria en razón del embarazo.

De acuerdo con lo anterior, esta Corporación se ha pronunciado en casos en los que se pretende definir la procedencia del reintegro por la vía de la acción de tutela de trabajadoras embarazadas, a quienes se les dio por terminado el contrato con el argumento de que la obra había finalizado, en esas oportunidades, el análisis para determinar si la desvinculación tuvo como causa el estado de gravidez se enfocó en determinar si el material probatorio permite concluir que efectivamente el objeto del contrato ha dejado de existir, o, si por el contrario, ha sido una excusa para desconocer los derechos de las mujeres embarazadas. En este sentido, el empleador tiene la carga probatoria de demostrar que la terminación del contrato obedeció a que había concluido la obra a la cual había sido asignada la respectiva empleada, de lo contrario, se entenderá que la desvinculación estuvo motivada por el estado de embarazo, caso en el cual se procederá a ordenar el reintegro.

En consecuencia, no puede decirse que haya habido un ánimo discriminatorio por parte del empleador en la terminación del contrato de trabajo de la señora Sonia Liliana Calderón, pues, según el acopio probatorio, se ha podido establecer que su estado de embarazo no fue la causa que llevó a la terminación de su contrato, sino que debido a la finalización de la obra éste quedó sin materia, lo cual constituye una causa objetiva y relevante. Por lo tanto no es procedente conceder el amparo y ordenar el reintegro de la actora, toda vez que la empresa Petrocasinos fue reemplazada por Gamaservicios Ltda., a quien se le adjudicó, mediante proceso licitatorio, el contrato de prestación de servicios de aseo en Colombia Telecomunicaciones.

Sin embargo, lo anterior no impide que la actora pueda acudir ante la jurisdicción ordinaria para que allí solicite el reconocimiento de los derechos laborales que considere le han sido desconocidos.

(ii) El derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo. Sentencia T-406/12.

La Constitución, en su artículo 13, consagra el derecho a la igualdad de todos frente a la Ley, y en esa medida, le impone al Estado la obligación de adoptar medidas de protección en favor de grupos discriminados y de amparar especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, como es el caso de las mujeres en estado de gestación.

En relación con esto último, el artículo 43 de la Carta Política establece que la mujer en estado de gravidez, se hace acreedora a una protección especial, lo que implica que el Estado debe brindar una asistencia reforzada durante el periodo de gestación y después del parto, así como los subsidios que sean necesarios.

Por otro lado, el artículo 53 superior, al establecer los principios básicos que deben gobernar las relaciones de trabajo, incluye dentro de estos, la estabilidad en el empleo y la especial protección de la mujer y a la maternidad.

Así las cosas, de la interpretación sistemática de estos presupuestos constitucionales, se ha configurado[3] el especial amparo que merece la mujer en estado de gravidez, lo que deriva en la figura de la estabilidad laboral reforzada, cuyo objetivo es garantizar que a la mujer en estas condiciones no se le de por terminada su relación de trabajo, por razón de su embarazo.

En esa medida, el legislador ha establecido una serie de garantías para darle el amparo merecido a la mujer gestante. Es así, como el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo establece que: "*Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto (…)*

Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo"

La prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al (la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel (la). Sentencia C-005/17.

La falta de justificación de la exclusión de los (o las) trabajadores(as) cuyas cónyuges, compañeras o pareja, sin vínculo laboral, se encuentren en período de gestación o lactancia, de la protección laboral contenida en los preceptos examinados, conduce a la vulneración del principio de igualdad. En efecto, tal como se demostró, la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, se encuentra en una situación análoga a la de esta, comoquiera que existen condiciones relevantes que son comunes en una y otra situación. Tanto la mujer gestante o lactante trabajadora, como la pareja trabajadora que le provee soporte emocional y material, enfrentan una situación familiar muy particular, que impone demandas similares, como es el advenimiento de un nuevo miembro del grupo familiar. Como se indicó, se trata de situaciones equiparables en las que resultan igualmente relevantes las finalidades constitucionales que se reconocen a la protección laboral reforzada, como son la especial asistencia y protección que el Estado debe a la maternidad, la protección de la unidad familiar y la salvaguarda del interés superior del niño o niña que está por nacer, o que acaba de nacer. La equiparación de las dos situaciones análogas, es una exigencia del principio de igualdad, comoquiera que además de satisfacer estos fines constitucionales, materializa el derecho a la igualdad de los miembros de la pareja en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades paterno-materno filiales, respecto de los hijos, a la vez que promueve oportunidades para avanzar en la conciliación del trabajo con la vida familiar, pretensión vinculada al desarrollo de la igualdad.

La exclusión, no justificada, de los padres trabajadores o de la pareja de la gestante o lactante de la protección laboral reforzada, discrimina no solamente a estos miembros del núcleo familiar, sino también a la madre gestante cuya estabilidad depende de su pareja vinculada laboralmente, e incluso del infante comoquiera que quedaría en riesgo, incluso la asistencia y atención en salud oportuna y continua del proceso de gestación y nacimiento.

En ese orden de ideas, la extensión de la protección de la estabilidad laboral reforzada al cónyuge, compañero permanente o a la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, carente de vínculo laboral, y que dependa económica y asistencialmente de su pareja, contribuye a neutralizar la discriminación a la que, de hecho, se ha visto enfrentada la mujer en el campo laboral, al circunscribir la protección en virtud de la maternidad y lactancia única y exclusivamente a ella. El fortalecimiento del principio de corresponsabilidad de los miembros de la pareja frente a las obligaciones familiares, mediante la extensión de la protección aquí prevista, desfocaliza de la mujer, como única destinataria del fuero de maternidad y de lactancia, las prevenciones a la hora de contratar o vincular laboralmente a un empleado(a).

En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declarará la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).

Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada. Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la

unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-Reglas de interpretación y alcance de la sentencia SU.070/13 - **Sentencia SU075/18.**

La Corte Constitucional mantuvo el precedente establecido en la Sentencia SU-070 de 2013 en relación con la estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas. No obstante, modificó su jurisprudencia respecto de los deberes del empleador cuando desvincula a una trabajadora, por cualquier causa, sin conocer su estado de embarazo. La regla jurisprudencial anterior imponía a los empleadores la obligación de pagar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud hasta el momento del parto y, en algunos casos, la licencia de maternidad.

Sin embargo, la Sala Plena consideró que dicha regla era **contraria a los valores**, **objetivos**, **principios y derechos en los que se funda el ordenamiento jurídico**, **porque establecía una carga desproporcionada para el empleador pese a que su actuación no había sido motivada en criterios discriminatorios**. Por ende, concluyó que se desincentivaba la contratación de mujeres en edad reproductiva, lo cual implicaba una mayor discriminación para aquellas en el ámbito laboral.

Así las cosas, la Sala Plena reiteró la jurisprudencia establecida en la Sentencia SU-070 de 2013. No obstante, **estimó necesario modificar el precedente únicamente en los supuestos en los que el empleador no tiene conocimiento del embarazo de la trabajadora al momento de su despido**, en los contratos y relaciones laborales subordinadas. De este modo, cuando se demuestra en el proceso de tutela que el empleador no tiene conocimiento sobre el estado de gravidez, con independencia de que se haya aducido justa causa, no debe sufragar las cotizaciones requeridas para que la empleada tenga derecho a acceder a la licencia de maternidad. Tampoco debe pagar dicha prestación económica como medida sustitutiva ni está obligado a reintegrar a la trabajadora desvinculada laboralmente.

Adicionalmente, la Corte constató que existen otras medidas vigentes en el ordenamiento jurídico que protegen los derechos a la salud y al mínimo vital de las mujeres gestantes y lactantes y de los hijos a su cargo. En cuanto al primer derecho, señaló que tanto las mujeres embarazadas como los niños menores de un año pueden ser beneficiarios de otro familiar afiliado al Régimen Contributivo y, en todo caso, por disposición del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, deben ser atendidos por el Régimen Subsidiado cuando no cuentan con recursos económicos para acceder al Sistema como cotizantes independientes. En relación con la segunda garantía, estimó que existen diversas alternativas de protección, en particular el subsidio alimentario que se encuentra a cargo del ICBF de conformidad con la Ley 100 de 1993, así como los mecanismos de subsidio al desempleo dispuestos en la Ley 1636 de 2013. De este modo, se desarrolla el artículo 43 Superior, el cual dispone que la mujer *"[d]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada".*

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala Plena enfatiza en que **existe libertad probatoria** para demostrar que el empleador tenía conocimiento acerca del estado de embarazo de la trabajadora. De este modo, es indispensable destacar que **no existe una tarifa legal** para demostrar que el empleador tenía noticia de la condición de gestante de la trabajadora y se deben evaluar, a partir de la sana crítica, todas las pruebas que se aporten al proceso, entre las cuales pueden enunciarse las testimoniales, documentales, indicios e inferencias, entre otros. Por tanto, **en ningún caso debe exigirse que la trabajadora embarazada haya dado aviso expreso o escrito al empleador para que se acredite su conocimiento sobre la condición de gestante.**

En consecuencia, en dos de las acciones de tutela analizadas por esta Corporación, se verificó que los empleadores no tenían conocimiento del estado de gestación de las trabajadoras. Así, en el caso de Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A. (expediente T-6.645.503), se encontró que la accionante fue desvinculada en virtud de un proceso disciplinario y que la empresa supo de su estado de gravidez varias semanas después del despido.

Igualmente, en otro caso el caso de Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. (expediente T-6.318.375), tanto la propia actora como la demandada manifestaron que, al momento de la desvinculación laboral, el empleador no tenía información sobre su embarazo.

EN LA ACTUALIDAD, EL FUERO DE MATERNIDAD SE ENCUENTRA PREVISTO PRIMORDIALMENTE EN LOS ARTÍCULOS 239, 240 Y 241 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, LOS CUALES CONTIENEN DISTINTAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN:

(i) El numeral 1° del artículo 239 del CST impone una **prohibición general de despido a las mujeres** por motivo de embarazo o lactancia y precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con *"la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa";*

(ii) En consonancia con la norma anterior, el artículo 240 del CST dispone que, para que sea legal el despido de una trabajadora durante el período de embarazo *"o los tres meses posteriores al parto"*, el empleador necesita **la autorización del inspector del trabajo** o del alcalde municipal, en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Así mismo, este permiso de desvinculación sólo puede concederse en virtud de una de las justas causas enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST.

(iii) El numeral 2° del artículo 239 del CST establece una **presunción**, de conformidad con la cual se entiende que el despido efectuado dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto **tuvo como motivo o causa el embarazo o la lactancia**.

(iv) El numeral 3° del artículo 239 del CST prevé una **indemnización por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo** (o del alcalde municipal según el caso), la cual es independiente de los salarios y prestaciones a los cuales tiene derecho la trabajadora de acuerdo con el contrato de trabajo.

(v) El numeral 4° del artículo 239 del CST indica que si la mujer trabajadora no ha disfrutado del descanso remunerado que corresponde a su licencia de maternidad, *"tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia"*. En otras palabras, cuando por alguna *"razón excepcional"* exista alguna interrupción total o parcial del período de descanso remunerado al cual tiene derecho, **se debe efectuar el pago correspondiente a la licencia de maternidad** durante dicho término.

(**vi)** Finalmente, el artículo 241 del CST impone la obligación para el empleador de mantener vinculada a la trabajadora que disfruta de los descansos remunerados contemplados en dicho capítulo (licencia de maternidad, lactancia y descanso remunerado en caso de aborto). Además, **sanciona con la ineficacia** "*el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos"*, es decir, en los descansos remunerados anteriormente mencionados.

MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE OBRA O LABOR-Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada a partir del cambio jurisprudencial-**Sentencia SU075/18.**

(i) *Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse dos situaciones:* ***a.*** *Que la desvinculación ocurra antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.* ***b.*** *Que la desvinculación tenga lugar al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada: En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del*

embarazo y las 18 semanas posteriores. No obstante, si dicho funcionario establece que no subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si el empleador no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela. Adicionalmente, para evitar que se desconozca la regla de acudir al inspector de trabajo, si no se cumple este requisito el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del C.S.T. ***(ii)*** *Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.* ***(ii)*** *Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud. Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral".*

SOLUCION AL CASO CONCRETO

Para comenzar, la Juez A-quo, negó la acción de tutela al considerar que *"no satisface el requisito de dependencia total al sistema de seguridad social en salud donde se encuentra afiliada el actor pues aun cuando a la fecha la compañera permanente del actor se encuentra afiliada como su beneficiaria, este hecho acaeció hasta el 01 de diciembre de 2020, pues con anterioridad estaba siendo atendida con otra EPS en calidad de cabeza de familia"*

No obstante, la parte actora inconforme con la decisión, impugnó la misma para alega en resumidas cuenta lo siguiente: *"Alega, que A-quo aduce de la improcedencia de la tutela y decide negar la tutela de la referencia, pero causa extrañeza que el despacho en observancia de todas las pruebas aportadas tales como: 1.- La notificación de estado de embarazo de mi compañera permanente entregada recibida por el TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A. en fecha de 09 de noviembre de 2020 2.- Copia simple de la guía y su respectivo número para verificar que fue entregada tal notificación a la empresa, guía número 9110944157. 3.- Copia simple de la respuesta de notificación de embarazo dada por parte del TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR S.A. 4.- Copia simple del historial clínico de mi esposa y de las fechas, las cuales concuerdan con su estado de embarazo y la respectiva notificación hecha a la empresa accionada. 5.- Copia simple de la declaración extraprocesal en la notaria tercera de la ciudad de Valledupar donde queda claro que mi cónyuge depende económicamente de mí y que además no cuenta con una fuente de empleo. 6.- Y demás aportadas en la acción de tutela. Argumenta, que a través de las piezas documentales aportadas demostró los requerimientos a tener en cuenta para este tipo de casos, demostrar que su pareja está en estado de embarazo, demostrar que su pareja depende económicamente*

totalmente recurrente, demostrar que actualmente llevo más de dos años conviviendo con mi cónyuge y además su cónyuge es beneficiaria del servicio de seguridad social. Indica, que el A-quo no tuvo en cuenta el pronunciamiento de la corte constitucional en este tipo de casos en lo que respecta a la Sentencia C-005 de 2017, en la cual se protege a la mujer embarazada ante un eventual despido de su pareja. Asimismo, la Ley 1822 de 2017, contempla este beneficio en el mismo sentido para los compañeros sentimentales de las mujeres embarazadas, lo cual es del caso particular y del caso que nos ocupa"

Habida cuenta, el hoy accionante acude al juez de tutela buscando la protección a sus derechos fundamentales, entre de ellos, la protección al fuero de paternidad, por haberse terminado el contrato de trabajo a término fijo, sin tener en cuenta que su compañera permanente se encontraba en un estado de gestación, habiendo comunicado al empleador antes que expirara el término de la relación laboral.

De entrada, la respuesta al problema jurídico se encamina confirmar la sentencia impugnada en los términos aquí expuestos, por cuanto no se acreditó que la condición de compañera permanente al momento de la comunicación al empleador, inclusive, antes que se terminara la relación laboral, consideraciones que se pasan a explicar de la siguiente manera:

Cabe precisar, que la sentencia C – O05 de 2017, extendió la protección de la estabilidad laboral reforzada al cónyuge, compañero permanente o a la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, numeral primero del art. 239 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, la protección al hombre quien se encuentra laborando tendrá la misma protección constitucional igual que la mujer, materializándose el derecho a la igualdad y la protección a la unidad familiar, asimismo, la **sentencia SU - 075 de 2018**, estableció la libertad probatoria para demostrar al empleador el estado de gravidez que se encuentra la empleada, tenemos que precisar que el precedente la Sala Plena reiteró la jurisprudencia establecida en la **Sentencia SU-070 de 2013**. No obstante, **estimó necesario modificar el precedente únicamente en los supuestos en los que el empleador no tiene conocimiento del embarazo de la trabajadora al momento de su despido**, en los contratos y relaciones laborales subordinadas.

Es dable manifestar, que la sentencia C – 005 de 2017, extendió la protección por derecho a la igualdad hacia el conyugue o compañera permanente, lo cual significa que el trabajador estando en la condiciones descritas, el empleador al terminarle el contrato de trabajo a su trabajador en esas condiciones laborales, debe solicitar el permiso al Inspector de Trabajo o en su defecto al Alcalde Municipal, contrario sensu, el despido seria ineficaz.

Descendiendo al caso particular, está probado que el actor suscribió contrato de trabajo a término fijo como supernumerario el 02 enero hasta el 31 de diciembre de 2020, sobre la relación laboral no cabe duda y que la misma término en la fecha referida, por expiración del término del contrato de trabajo, además, que su SILENA CABANA, compañera permanente estuvo es estado gravidez y a la fecha ya debió haber nacido el hijo.

Sin embargo, observa este juez de tutela que al momento de suscribir el contrato de trabajo el 02 de enero de 2020, el actor no relacionó a SILENA TATIANA CABANA DIAZ, como compañera permanente, ni tampoco se avizora documento alguno como afiliación al sistema de seguridad social en salud como beneficiara o la afiliación a Caja de Compensación Familiar – COMFACESAR u otra prueba sumaria que le permita al juez constitucional deducir que durante la relación laboral la unión marital de hecho estaba constituida, puesto que para la fecha de terminación de la relación laboral, no había documento alguno que demostrará que el accionante convivía con su compañera en ese tiempo.

Aunado a los lineamientos argumentativos, se percibe que el actor constituyó la prueba el 15 de enero de 2021, ante la Notaria Segunda del Círculo de Valledupar, donde manifiesta que tiene unión marital de hecho con SILENA TATIANA CABANA DIAZ, hace más de un (01) año, sin que aparte de esta prueba haya por lo menos otro documento que acredite su versión.

Cabe aclarar, que este juez constitucional no pone en duda que SILENA TATIANA CABANA DIAZ, sea la compañera permanente del accionante, sin embargo, no estaba acreditado que durante el desarrollo del contrato, su empleador conocía de la relación que tenía con su compañera permanente, pues, como se anotó en líneas anteriores, no existe prueba sumaria que demuestre esa afirmación del actor para esa fecha.

Ahora, llama la atención a este despacho constitucional que el suscrito tiene una relación sentimental con SILENA TATIANA CABANA DIAZ, hace más de un (01) año, sin embargo, no la relacionó y le comunicó a su empleador sobre la existencia de la misma, por qué guardar esa información tan importante y de beneficio para su compañera permanente?

Así entonces, apreciando en conjunto las pruebas recaudadas se percibe que el accionante le comunicó el 09 de noviembre de 2020, a su empleador que su compañera permanente estaba en estado gestación, sin que se perciba prueba sumaria que le acreditara a la accionada que esa relación existe hace más de un (01) año, sin embargo, la TERMINAL DE TRANSPORTE DE VALLEDUPAR, alega que desconocía esa relación por razones que conocían que el estado civil de Víctor Medina, era soltero, versión esta de su empleador que está en lo cierto, puesto que, vale la pena recordar, el actor no afilió a su compañera permanente como beneficiaria al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiaria, al momento de inicio de la relación laboral.

Cabe resaltar, que otras pruebas que se aprecian como es la historia clínica de la compañera permanente en la cual venía siendo atendida por la Nueva EPS, en el régimen subsidiado como cabeza de familia, inclusive, en el periodo de embarazo fue atendida por esa entidad, teniendo en cuenta según los hechos del libelo y el documento clínico, SILENA CABANA, entró en gravidez desde el mes de junio de 2020, siendo atendida de manera independiente al sistema de salud de su compañero permanente hoy accionante.

Además de ello, y otro punto que le llama la atención a este Despacho constitucional, sobre la información suministrada en el historial clínico, para ser más preciso, la dirección dada por la compañera permanente, se avizora que en algunos documentos se aprecia que su dirección alega ser el ALTO y otros, dice ser en BADILLO, y la dirección del actor dice ser en Calle 6c número 44-43, barrio la nevada, en la ciudad de Valledupar.

En suma de todo, se deduce que el actor presentó escrito de fecha 09 de noviembre de 2020, a su empleador comunicándole el estado de gestación de su compañera permanente, aclarando, que solo acreditó el embarazo, sin que ello probara la relación de convivencia y dependencia económica con SILENA CABANA, pues, razón le asiste a la parte accionada al manifestar que no tenía conocimiento de esa relación marital, pues, vale pena recordar, no existe prueba que demuestre lo contrario.

Así mismo, cabe resaltar que el preaviso de terminación de contrato de trabajo, es de fecha 19 noviembre de 2020, a esa fecha lo único que había acreditado fue el estado de gestación de SILEBA CABANA, aclarando que no acreditó esa relación de convivencia o compañero permanente, entonces, para esa fecha su empleador desconocía de la relación sentimental, puesto que, téngase en cuenta que SILENA CABANA no estaba en calidad de beneficiaria en salud del actor, sino en otra EPS, concluyéndose así, que si bien es cierto, se acreditó el estado de gestación de manera oportuna, no es menos cierto, que no probó la condición de compañera permanente, pues su empleador manifiesta en la contestación que tenía el conocimiento de su condición civil era soltero.

Sin duda alguna, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiaria de SILENA CABANA, fue efectiva a partir del 01 de diciembre de 2020, en SALUD TOTAL EPS, tal como aparece en la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud – ADRES, aparece que SILENA CABANA, está afiliada a partir del 01 de diciembre de 2020, en calidad de beneficiaria del actor.

Ahora bien, la sentencia C – 2017, se deduce que el actor debe cumplir con los siguientes sub reglas para que opere el fuero de paternidad.

1.- Que se trate del compañera (o) permanente o cónyuge.

2.- La dependencia económica.

3.- Que sea beneficiario de la mujer gestante o lactante del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador a la cual se extiende la protección laboral reforzada.

En cuanto al primer requisito, que se trate de la compañera (o) permanente que dependa económicamente del trabajador (a) cesante y se encuentre afiliada al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiaria (o), podemos decir, que la relación de convivencia dicha prueba se constituyó el 15 de enero de 2021, ante Notaria, es decir, antes que se terminara la relación laboral estaba acreditado el estado de embarazo de SILENA CABANA, pues, el actor le comunicó a su empleador el 09 de noviembre de 2020, sin

embargo, el 19 del mismo mes y año, LA TERMINAL accionada le notifica el preaviso de la terminación del contrato de trabajo y la no prorroga, a partir de aquí, para esta fecha téngase en cuenta que aun la compañera permanente no estaba afiliada al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiaria del actor en SALUD TOTAL EPS, esto significa, que estaba acreditado la gestación la SILENA CABANA, sin embargo, la convivencia como compañera permanente no.

Sobre el concepto de compañera permanente la Corte Constitucional ha manifestado que para demostrarlo trae apartes de la sentencia C-336 de 2008, de los cuales importa relatar los siguientes: ***"La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico".***

En apego a las directrices jurisprudenciales, y apreciando las pruebas obrantes en el expediente, no se percibe que dicha condición haya sido probada antes de terminar la relación laboral, inclusive, ni siquiera cuando le informó a su empleador a su empleador el estado de gravidez de SILENA CABANA, asimismo, también podemos afirmar, cuando la TERMINAL accionada le notificó el preaviso referido, aún, a la fecha esa condición no estaba acreditada, pues la misma se vino demostrando el 15 de enero de 2021, ante Notario.

Cabe aclarar, que una cosa es acreditar su condición de padre y otra es, acreditar la condición de compañero permanente, es decir, la existencia de una unión marital de hecho, pues las dos situaciones tienen significado diferente.

Con respecto al segundo requisito, sobre la dependencia económica, no existe prueba sumaria que indique que antes de la terminación de contrato de trabajo, se acreditara esa condición, pues la declaración de extra juicio es de fecha 15 de enero de 2021, ante notario.

Con relación al tercer requisito, sobre la afiliación al sistema de salud en calidad de beneficiaria, lo que llama la atención a este Despacho Constitucional, si la relación sentimental existe hace más de un (01) año, no se entiende cual será las razones por las cuales no se encontraba SILENA CABANA afiliada al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiaria de su compañero permanente trabajador hoy accionante, no obstante, estaba afiliada en el régimen subsidiado en calidad de CABEZA DE FAMILIA en la Nueva EPS, dicho cambio de EPS se vino a dar el 01 de diciembre de 2020, cuando aparece afiliada a SALUD TOTAL EPS en esa condición.

Así las cosas, dentro del presente juicio constitucional se concluye lo siguiente:

1.- VICTOR ENRRIQUE MEDINA GUILLEN, suscribió contrato de trabajo a término fijo con fecha de inicio de 02 de enero al 31 de diciembre de 2020.

2.- Al momento de inició de la relación laboral no informó o no se encuentra acreditado su relación sentimental con SILENA CABANA.

3.- El embarazo de SILENA CABANA inició en el mes de Junio de 2020, y para esa fecha se encontraba afilada en el régimen subsidiado como cabeza de familia en la NUEVA EPS.

4.- SILEBA CABANA durante ese tiempo de atención colocó como dirección en el ALTO y BADILLO, dirección diferente a donde reside el actor.

5.- Al momento de comunicación del empleador el 09 de noviembre de 2020, no se acredito la existencia de esa relación sentimental o condición de compañera permanente, indicando el tiempo de convivencia o la fecha de inicio.

6.- A la fecha de comunicación del preaviso de terminación del contrato de trabajo, el 19 de noviembre de 2020, el empleador tenía conocimiento de estado de embarazo de SILENA CABANA, pero no de la condición de compañero permanente, téngase en cuenta que su afiliación fue efectiva como beneficiaria a partir del 01 de diciembre de 2020 y la declaración extra juicio es de data 15 de enero de 2021.

7.- La prueba de convivencia de esa relación sentimental se constituyó el 15 de enero de 2021, es decir, después de haberse terminado la relación laboral.

De acuerdo a lo anterior, este juez constitucional no pone en tela de juicio que SILENA CABANA, sea la compañera permanente de VICTOR MEDINA, sin embargo, no existe los elementos probatorios dentro del presente juicio constitucional que se haya cumplido con las directrices de la sentencia C -005 de 2017, para proteger el derecho a la estabilidad reforzada por fuero de paternidad al accionante, antes de la terminación de contrato de trabajo.

Así las cosas, no estaba acreditado antes de la terminación de la relación laboral la condición de compañera permanente, no se podría afirmar, que por parte de la Terminal de Transporte de Valledupar, al no prorrogar el contrato de trabajo, decisión que ajusta a las condiciones del mismo, haya incurrido en la vulneración al derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada por fuero de paternidad a Víctor Medina Guillen.

Sin más elucubraciones, se procede a confirmar la sentencia adiada 05 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, Cesar.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

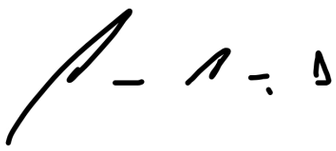
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 05 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, Cesar, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMÁN DAZA ARIZA

Juez.