



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08001418901620210044601

ACCIONANTE: OSMER JOSUÉ BRICEÑO ÁLVAREZ y GEMINA ESTHER RODRÍGUEZ YÉPEZ

ACCIONADO: BAVARIA & CIA S.C.A., y ROMAQUIN SAS

DERECHO: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Barranquilla, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha 18 de junio de 2021, proferido por el JUZGADO DIECISEIS DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por los señores Osmer Josué Briceño Álvarez y Gemina Esther Rodríguez Yépez, actuando, a través, de apoderado judicial Dr. Elkin David De La Cruz Aldana, contra Bavaria & CIA S.C.A., y Romaquin SAS., por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, protección especial a la mujer, maternidad, debido proceso y estabilidad laboral reforzada; y en el que se negó el amparo de los derechos deprecados.

II. ANTECEDENTES.

1. Se manifestó el accionante era trabajador en misión hace más de un año en la empresa BAVARIA Y COMPAÑÍA S.C.A., como usuaria de la empresa de ROMAQUÍN S.A.S., comenzando a laborar el 21 de mayo de 2019 con un contrato verbal en el que se le indicó que las actividades a desarrollar era el aseo de las máquinas lavadoras de cajas, de botellas y pasteurizadoras y luego unos meses se firmó otro sí del que no se le entregó copia al accionante OSMER BRICEÑO ÁLVAREZ.
2. Desde que el accionante OSMER BRICEÑO ALVAREZ ingresó a la empresa ROMAQUIN S.A.S., recibió pagos quincenales y la actividad requerida para las maquinas es frecuente y continua por la producción de la empresa BAVARIA Y COMPAÑÍA S.C.A.
3. El día 10 de mayo de 2021 la empresa ROMAQUIN S.A.S. terminó unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa al accionante OSMER BRICEÑO ALVAREZ. El día 15 de mayo siguiente al recibir la liquidación el accionante OSMER BRICEÑO ALVAREZ se observa que el tipo de contrato es contrato de obra o labor según documento de liquidación de prestaciones que se anexa como prueba.
4. El accionante fue víctima de acoso laboral por parte de su jefe directo el señor DONY DURAN REYES, en múltiples ocasiones, derivados de un mal trato, no sólo a él sino de todo el personal a cargo, y que el 8 de mayo tuvo un impase frente a su esposa embarazada, y que como consecuencia de ello, el accionante sufrió alteración de su salud, por lo que asistió a urgencia en la Clínica Murillo donde le diagnostican: "Lectura elevada de la presión sanguínea sin diagnóstico de hipertensión arterial" por lo que fue incapacitado ese día.
5. La esposa del accionante GEMIMA ESTHER RODIRGUEZ YEPES, se encuentra embarazada con gestación de aproximadamente 14 semanas según ecografía que se anexa como prueba, no tiene trabajo y depende económicamente del accionante, ante lo cual el concepto de estabilidad laboral reforzada por el fuero de mujer embarazada, al no estar

trabajando, se traslada al accionante según modificación en ese sentido del artículo 241 mediante Sentencia de Constitucionalidad C005 de 2017.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, la accionante pretende que se le amporen sus derechos depuestos y consecuentemente:

- “1. Ordenar a la empresa ROMAQUIN S.A.S. ordenar el reintegro del accionante y tomar las medidas disciplinarias correspondiente frente a sus administradores y empleados según los hechos para evitar la reincidencia de acoso al accionante.*
- 2. Consecuentemente Ordenar a la empresa BAVARIA Y COMPAÑIA S.C.A. aplicar una modalidad de contrato al accionante OSMER BRICEÑO ALVAREZ por cumplimiento del año como trabajador en misión previsto por preceptos constitucionales y disposiciones legales.*
- 3. Ordenar a las accionadas en cualquier caso asignar al accionante el salario de lavador u oficios varios indicado por la actual Convención Colectiva, así como los beneficios de transporte, dotación y alimentación de los que gozan los trabajadores de BAVARIA Y COMPAÑIA S.C.A., de acuerdo con el Art 5 del Decreto 4369 de 2006.”*

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida por el JUZGADO DIECISEIS DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, ordenándose la vinculación de IGLESIA PENTECOSTAL UNIDA DE COLOMBIA, CLÍNICA GENERAL SAN DIEGO S.A.S., NUEVA EPS, BIENESTAR IPS, INVERCLINICA - CLÍNICA MURILLO, DONY DURAN REYES y JUAN CAMILO MÁRQUEZ MONTALEZ, a fin de que se pronunciaran sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

CLÍNICA GENERAL SAN DIEGO S.A.S., indicó que la señora GEMIMA ESTHER RODIRGUEZ YEPES, fue atendida en sus dependencias los días 12,13,14,15, de mayo de 2019, en virtud a su embarazo y labores de parto.

BIENESTAR IPS S.A.S., informó: *“Sea lo primero precisar que BIENESTAR IPS S.A.S es la encargada de prestar los servicios de salud de I, II y III nivel de complejidad a los usuarios de NUEVA EPS. 2. Que, una vez revisado el historial clínico del Sr. OSMER BRICEÑO ÁLVAREZ se constata que a la fecha el usuario no registra atenciones pendientes con BIENESTAR IPS S.A.S, por lo cual, la institución a la que represento no ha negado el acceso al servicio de salud al accionante, y consecuentemente a ello, no ha vulnerado ningún derecho fundamental. 3. Por su parte, en atención a los hechos esbozados por el Sr. OSMER BRICEÑO ÁLVAREZ, nos permitimos aclarar que el Reintegro y reconocimiento de las prestaciones sociales no son competencia de la institución a la que represento, por lo cual, las entidades accionadas en la presente tutela, son quienes deben resolver de fondo las pretensiones de la accionante.”*

INVERCLINICAS S.A., CLÍNICA MURILLO, expuso que el accionante ha sido atendido en la institución los días 7 enero, 16 de febrero, 10 de marzo y 8 de mayo de 2021, y que esta última fue porque manifestó tener la presión alta.

BAVARIA & CIA S.C.A., indicó: *“En el presente caso, la Compañía no tiene legitimación en la causa pues ésta no tiene, ni ha tenido vínculo contractual de ninguna índole con los Accionantes. Esto implica que mi representada desconoce totalmente el vínculo que se manifiesta haber sostenido con la empresa ROMAQUÍN. Mi representada no ha vulnerado ni amenazado ningún derecho fundamental de los Accionantes, y éste no acreditó que así fuera... Los Accionantes no fueron contratado por mi representada, por lo tanto, desconocemos la situación laboral y de salud que indican. De acuerdo con la acción de tutela*

Página 2 de 11

presentada, al parecer se encontraban vinculados a la Empresa ROMAQUIN, la cual tuvo un contrato comercial con la Sociedad que represento, y en ningún momento se ha pactado la contratación de personal en misión, además que la sociedad en comento, no es una Empresa de Servicios Temporales...”

NUEVA EPS, arguyó que: “Verificada la información en el sistema integral sobre la acción de tutela de los afiliados OSMER JOSUÉ BRICEÑO ÁLVAREZ. CC. 1047241269 y GEMIMA ESTHER RODRÍGUEZ YÉPEZGEMIMA ESTHER RODRÍGUEZ YÉPEZ. CC. 1046698358, nos permitimos informar que registras ACTIVOS en nuestra base de datos en calidad de cotizante y beneficiaria, dependiente bajo el aportante ROMAQUIN LTDA, con aportes al día y sin novedad de retiro. Ahora, en relación a la pretensión principal de la acción de tutela sobre el reintegro, Nueva EPS no tiene injerencia en la relación contractual entre empleador y empleado, razón por la cual desconocemos los motivos de la decisión tomada por la entidad ROMAQUIN LTDA, de suspender y/o terminar contratos laborales, recordando al despacho que nuestra función y objetivo social es el aseguramiento en salud de nuestros afiliados, por lo tanto, Nueva EPS no es sujeta procesal de la presente acción, por lo cual solicitamos la debida desvinculación. Le manifestamos señor Juez, que EXISTE UNA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE NUEVA EPS EN LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA; la petición del usuario siempre va encaminada a una acción que depende exclusivamente de la accionada ROMAQUIN LTDA; por lo cuanto solicitamos se decrete la FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA...”

ROMAQUIN S.A.S., manifestó que: “el señor OSMER JOSUÉ BRICEÑO ÁLVAREZ se vinculó con ROMAQUIN mediante contrato de trabajo por obra o labor suscrito a partir del 21 de mayo de 2019; contrato este que posteriormente fue modificado mediante otrosí suscrito por las Partes el primero (1) de septiembre de 2020, pasando a convertirse en un contrato de trabajo a término indefinido, tal y como se acredita con la documental aportada... En este punto es importante aclarar que ROMAQUIN es una empresa especializada en servicios de mantenimiento y limpieza de equipos y plantas industriales, mas no una EST, como erradamente lo plantea el apoderado del accionante.

Es así como en el marco de su objeto social, el 1 de febrero de 20219 ROMAQUIN suscribió un acuerdo marco para la prestación de sus servicios a las sociedades BAVARIA S.A., CERVECERÍA UNIÓN S.A., CERVECERÍA DEL VALLE S.A., IMPRESORA DEL SUR S.A.S., MALTERÍA TROPICAL S.A.S., e INDUGRAL S.A.S.; siendo que para dar cumplimiento al acuerdo marco de prestación de servicios, ROMAQUIN vinculó laboralmente entre otros al señor OSMER BRICEÑO ALVAREZ, quien como se indicó previamente, mantuvo vigente un contrato de trabajo a término indefinido... Es cierto en cuanto a la fecha y motivo de la terminación del contrato de trabajo, ya que efectivamente este fue terminado sin justa causa a partir del 10 de mayo de 2021, como lo acredita la documental aportada en esta contestación. Respecto de la naturaleza y término de duración del contrato de trabajo, es importante aclarar que si bien en la liquidación de prestaciones sociales emitida a la terminación del contrato de trabajo se indicó erradamente “contrato por obra o labor”, lo cierto es que en la misma liquidación se incluyó el pago de la indemnización por despido injustificado, aplicable al contrato de trabajo a término indefinido que venía ejecutándose.

Lo anterior demuestra que la referencia a “contrato por obra o labor” no es más que un error de forma que en nada afectó el pago de la indemnización legal aplicable al tenor de lo establecido en el Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, pues como se dejó dicho y quedará probado, esta indemnización se pagó en debida forma... No es cierto lo dicho por el apoderado del accionante respecto de los supuestos actos de acoso laboral de los que dice presuntamente fue víctima.

www.pdabogados.com

En este punto es importante aclarar que el señor OSMER BRICEÑO ALVAREZ no presentó queja o denuncia formal ante el comité de convivencia laboral de ROMAQUIN ni ante el Ministerio de Trabajo, razón por la que no es posible aceptar lo dicho por él... El demandante plantea una situación que nunca

fue puesta en conocimiento de ROMAQUIN y que no ha sido acreditada en debida forma dentro de esta acción constitucional.

De otra parte, es importante señalar que el señor OSMER BRICEÑO ALVAREZ no informó a ROMAQUIN acerca del estado de embarazo de su esposa, por lo que ROMAQUIN desconocía tal condición al momento de la terminación de su contrato de trabajo..."

Posterior a ello, el 18 de junio de 2021, se profirió fallo de tutela, negando el amparo de los derechos depuestos, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el día, 18 de junio de 2021, por el JUZGADO DIECISÉIS DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, se decidió negar el amparo solicitado, en ocasión a que: *"... En el sub lite es evidente que existe otra vía judicial para exigir lo pretendido por el actor Osmer Josué Briceño Álvarez, respecto al reintegro laboral a la sociedad Romaquin SAS, por ello, el Juez Constitucional no está facultado para desplazar la competencia que le corresponde al Juez Ordinario, que en este caso es el Juez Laboral o asistir a la oficina del trabajo, en la cual se puede ventilar las controversias suscitadas entre el empleador y el actor... En el presente caso, tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que cuando el empleador, no conoce acerca del estado de gestación de la cónyuge del trabajador, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada. Y por ello, no puede el empleador sufragar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni reintegrar al trabajador desvinculado, ni pagar la licencia de maternidad..."*

VI. IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó el fallo referido indicando que: *"se debe decir que su despacho está dando por cierto que el empleador no conocía del estado de embarazo de la esposa del señor OSMER BRICEÑO cuando en realidad se debía disipar la duda sobre el conocimiento del empleador del estado de embarazo de la accionante por este despacho buscando ofrecer la protección del Estado sobre la mujer embarazada y la maternidad. Igualmente, no se consideró el hecho de que el presente caso la accionante que ROMAQUIN es el empleador de la señora GEMIMA RODIRGUEZ YEPES lo cual se debió considerar sobre el fundamento del conocimiento del embarazo por parte del empleador... se tiene que su despacho debía determinar si el empleador tenía conocimiento del embarazo, el cual debía tener conocimiento pues a través del señor DONNY DURÀN GUZMÀN REYES administrador de esta empresa en Barranquilla y quien al parecer fue retirado de esa empresa a raíz del problema de maltrato, tenía conocimiento del embarazo, ya que como se expuso en la Acción de Tutela este señor conocía a la esposa del accionante pues eran vecinos pues la abuela del jefe DONNY DURÀN GUZMÀN REYES, de hecho también se expuso que este señor se acercó a la casa de los accionantes para reclamar al accionante OSMER BRICEÑO porque estaba poniendo problemas por la falta de transporte para ir al trabajo..."*

VII. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar: ¿Las entidades accionadas, BAVARIA & CIA S.C.A., Y ROMAQUIN SAS., han vulnerado los derechos fundamentales al trabajo, igualdad, protección especial a la mujer, maternidad, debido proceso y estabilidad laboral reforzada, de los señores Osmer Josué Briceño Álvarez y Gemina Esther Rodríguez Yépez, al terminar la relación laboral con el señor Osmer Josué Briceño Álvarez, sin justa causa y sin tener en cuenta el estado de gravidez de su esposa Gemina Esther Rodríguez Yépez?

¿Se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos- facticos para revocar la sentencia proferida por el a-quo?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior funcional del a-quo, este juzgado resulta competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela en referencia.

IX. NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 43 y 86 de la Carta Política, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Código Sustantivo del Trabajo; sentencias SU-075 de 2018, SU-070 de 2013, C-005 de 2017, T-238 de 2015, T-088 de 2010, C-470 de 1997, T-694 de 1996, T-350 de 2016, T-1000 de 2010, T-102 de 2016, T-238 de 2015, T-148 de 2014, entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES EMBARAZADAS. (Sentencia SU-075 de 2018). Desde sus primeros años, la Corte Constitucional ha reconocido que la protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y la lactancia es un mandato superior que se deriva principalmente de cuatro fundamentos constitucionales¹:

¹ Estos criterios han sido reiterados en varias decisiones de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las Sentencias SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada y C-005 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

(i) **El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad**², el cual se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución. Dicha norma señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y que deben recibir un subsidio alimentario, en caso de desempleo o desamparo³. Así, la jurisprudencia constitucional ha destacado que este enunciado implica a su vez dos obligaciones a cargo del Estado: la especial protección de la mujer embarazada y lactante –sin distinción–, y un deber prestacional que consiste en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En este sentido, se trata de una protección general para *todas las mujeres gestantes*⁴.

(ii) **La protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral**, la cual ha sido destacada por esta Corporación en reiteradas oportunidades⁵. El fin de la salvaguarda en este caso es impedir la discriminación que, a raíz del embarazo, pueda sufrir la mujer, específicamente la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia⁶. De este modo, el fuero de maternidad, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución⁷ que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.

(iii) **La protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida** se erige también en un sustento normativo de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, como lo ha reiterado este Tribunal⁸. Este derecho, como bien jurídico de máxima relevancia constitucional, implica no solo la protección de la mujer durante la etapa gestacional, sino también se extiende a la protección al ejercicio pleno de la maternidad.

Además, la prohibición de despido por causa o con ocasión del embarazo se encamina a garantizar a la mujer embarazada o lactante un ingreso que permita el goce del derecho al

² En relación con este fundamento normativo, es pertinente señalar que la jurisprudencia constitucional ha destacado que esta protección también se deriva de instrumentos internacionales. “Así, la **Declaración Universal de Derechos Humanos** en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”. Por su parte, el artículo 12.2 de la **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)**, señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario” (Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada).

³ “**Artículo 43.** La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviese desempleada o desamparada. El estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

⁴ Sentencia T-238 de 2015. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

⁵ Ver, entre otras, Sentencias T-221 de 2007 (Humberto Antonio Sierra Porto), T-159 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo), y T-088 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁶ Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta decisión, la Corte indicó que “sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral”.

⁷ **Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real, efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

⁸ Ver, entre otras, las Sentencias C-005 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); SU-070 de 2013. (M.P. Alexei Julio Estrada); C-470 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-694 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

mínimo vital y a la salud, de forma independiente⁹. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la protección reforzada de la mujer embarazada estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia¹⁰.

(iv) Por último, **la relevancia de la familia en el orden constitucional** es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante¹¹.

En consecuencia, los fundamentos constitucionales a los cuales se ha aludido cimientan la especial protección que deben recibir las mujeres durante la gestación y la lactancia la cual, en el ámbito laboral, se materializa en el fuero de maternidad, entre otras garantías. No obstante, es preciso resaltar que los cuatro principios que sustentan la garantía del fuero de maternidad se encuentran relacionados de forma inescindible y se han estructurado históricamente a partir de la salvaguarda del derecho a la igualdad de las mujeres en el trabajo¹².

PROCEDENCIA DEL FUERO DE MATERNIDAD.

Debido a la existencia de una considerable dispersión de posturas jurisprudenciales en relación con el alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada, esta Corporación profirió la Sentencia SU-070 de 2013¹³, a través de la cual unificó los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de la Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto, indicando su procedencia **cuando se demuestre**, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente¹⁴:

(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y;

(b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

(ii) No obstante, el **alcance de la protección** se debe determinar a partir de dos factores:

(a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y

(b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada¹⁵.

En otras palabras, se configura el derecho a la estabilidad laboral reforzada siempre que se demuestre el estado de embarazo de la trabajadora desvinculada durante la vigencia del

⁹ Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

¹⁰ Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

¹¹ Sentencia C-005 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² Las consideraciones que se exponen a continuación fueron parcialmente retomadas a partir de la Sentencia T-583 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

¹³ Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

¹⁴ Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada; Sentencia T-1000 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ Sentencia T-102 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-238 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

contrato laboral, pero el grado de protección judicial derivada del fuero de maternidad y lactancia dependerá de si el empleador conocía del estado de gestación de la trabajadora y de la modalidad del contrato laboral en el cual se hallaba vinculada, pues se trata de proteger el derecho a la igualdad de la mujer gestante y garantizar la no discriminación por esa causa.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA -EXTENSIÓN AL CÓNYUGE, COMPAÑERO PERMANENTE O PAREJA TRABAJADORA DE LA MUJER CARENTE DE VÍNCULO LABORAL. (Sentencia C-005 de 2017)

En dicho proveído la Corte Constitucional, indicó que 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).

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Descendiendo al caso sub examine, se tiene que los señores Osmer Josué Briceño Álvarez y Gemina Esther Rodríguez Yépez, actuando, a través, de apoderado judicial Dr. Elkin David De La Cruz Aldana, hace uso del presente trámite constitucional de la referencia, contra Bavaria &

CIA S.C.A., y Romaquin SAS., por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, protección especial a la mujer, maternidad, debido proceso y estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, en ocasión a que indica que, el día 10 de mayo de 2021 la empresa ROMAQUIN S.A.S., terminó unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa al accionante OSMER BRICEÑO ALVAREZ, sin tener en cuenta que su esposa, Gemina Esther Rodríguez Yépez, también trabajadora de la entidad se encuentra en estado de gravidez.

La accionada, Romaquin SAS., alegó el desconocimiento del estado de embarazo de la señora Gemina Esther Rodríguez Yépez, y que la decisión de poner fin al vínculo laboral que los unía no tuvo relación alguna con el estado de embarazo de ella, sino que fue sin justa causa, efectuando el pago de la indemnización por despido injustificado, aplicable al contrato de trabajo a término indefinido que venía ejecutándose, que el actor no probó haber sufrido acoso laboral alguno.

De conformidad con el asunto jurídico antes planteado, lo primero que se examinará es si la presente acción de tutela resulta procedente para solicitar el reintegro del trabajador a la empresa accionada, el cambio del tipo de contrato laboral y el cambio de salario del trabajador; teniendo en cuenta que la tutela está caracterizada por ser esencialmente subsidiaria, es decir, su procedencia está sujeta a la verificación previa de la no existencia de otros medios de defensa o a que ante su existencia, éstos no sean lo suficientemente eficaces para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los asociados, por lo que impide que el juez de tutela asuma una competencia que, para este tipo de pretensión, corresponde a la justicia laboral ordinaria.

La Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, independientemente de la causa por la cual se dio la terminación del contrato, pero este principio general de improcedencia de la acción de tutela encuentra excepciones, cuando se trata de proteger personas que, por manifiesta condición de debilidad, son merecedoras de especial protección, abriéndose paso el amparo constitucional.

De este modo, el despacho advierte que, en este caso, la acción de tutela no desplaza al proceso ordinario laboral, para conseguir el reintegro laboral y consecuentemente el pago de acreencias, ya que, en principio, es el mecanismo idóneo dentro del cual las partes cuentan con todas las garantías procesales para resolver con mediana prontitud el presente litigio.

Ahora bien, la idoneidad que en términos genéricos y abstractos se predica del proceso ordinario laboral debe ser contrastada, a partir de la observancia de tres condiciones, que de forma necesaria y en conjunto, tienen la capacidad de convertir al amparo en un mecanismo directo de defensa judicial, tal como se expuso en la Sentencia T-563 de 2017, ello al margen de que, en cada caso concreto, se presenten situaciones o contextos particulares que merezcan un examen distinto. Dichas condiciones son: (i) que el peticionario pertenezca a un grupo de especial protección constitucional; (ii) que se presente una situación de riesgo de amenaza o violación frente a los derechos invocados, a partir de una prueba, al menos sumaria; y (iii) que se acredite una ausencia de capacidad de resiliencia para esperar la definición del proceso en la vía ordinaria.

En el caso bajo análisis, en primer lugar, el actor alega tener el fuero de maternidad extendido al padre en ocasión a que su esposa, la señora Gemina Esther Rodríguez Yépez, se encuentra en estado de gravidez.

Sea lo primero a señalar, que para que constituya la protección constitucional al padre del niño que está por nacer o del lactante, se deben tener en cuenta varios aspectos; el primero de ellos es demostrar efectivamente el vínculo entre el trabajador y la madre gestante, ya sea la unión marital de hecho o el vínculo de matrimonio, además, el más importante supuesto, de probar la dependencia económica de la madre embarazada o lactante, con su pareja, ya sea compañero permanente o cónyuge, la cual puede ser probada por la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, de la madre como beneficiaria del padre y por último el conocimiento del empleador frente a la situación del futuro padre.

En el caso en concreto, en el escrito de impugnación la parte accionante indicó que *“no se consideró el hecho de que el presente caso la accionante que ROMAQUIN es el empleador de la señora GEMIMA RODIRGUEZ YEPES lo cual se debió considerar sobre el fundamento del conocimiento del embarazo por parte del empleador.”* Es decir, que la cónyuge del ex trabajador se encuentra en la actualidad devengando unos ingresos como trabajadora de la entidad accionada, quedando evidenciada la no dependencia económica del ella frente a su esposo.

Adicional a este supuesto, en el plenario no se evidenció prueba concreta que determinara que efectivamente el empleador conociera previo al despido el estado de embarazo de la misma, puesto que no es posible inferir el enteramiento del estado gravídico de la esposa de un empleado, porque la abuela de uno de los antiguos administradores DONNY REYES es vecina de los actores, supuesto fáctico, per se, no constituye una prueba conducente para la acreditación del supuesto constitucional.

De este modo se puede concluir que el accionante, no aportó al proceso la certera demostración que los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos ni eficaces para garantizar la protección de sus derechos presuntamente vulnerados o amenazados, ni siquiera, ha desplegado las acciones tendientes a su consecución por las vías ordinarias, teniendo en cuenta que la acción de tutela por ser un mecanismo residual de protección de derechos fundamentales, no puede desplazar las vías ordinarias dispuestas por el legislador.

Así las cosas, la solicitud de reintegro que formula el actor, no resulta procedente por esta vía constitucional y que él deberá acudir a la justicia ordinaria laboral, para que se determine si hay lugar a tal reintegro y las situaciones de acoso laboral informadas.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, se procederá el juzgado a confirmar la sentencia proferida en primera instancia, en consideración a que en el presente caso no se superó el requisito de subsidiariedad de la acción constitucional al existir mecanismos idóneos y eficaces para propender el reintegro laboral y o encontrarse probados los supuestos para determinar que el actor ostente el fuero de maternidad extendido al cónyuge.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha 18 de junio de 2021, proferido por el JUZGADO DIECISÉIS DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por los señores Osmer Josué Briceño Álvarez y Gemina Esther Rodríguez Yépez, contra Bavaria & CIA S.C.A., y Romaquin SAS., de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
3. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LINETH MARGARITA CORZO COIBA
JUEZA