

SENTENCIA: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
 RAD. 1ª. Inst. Nº. 2022-00734-00
 RAD. 2ª. Inst. Nº. 2022-00734-01
 ACCIONANTE: DAIRO RAFAEL LLAIN CRUZADO
 ACCIONADO: DIATECO SAS

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
 Barrancabermeja, Febrero Veinte (20) de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a resolver la impugnación interpuesta por el accionado **DIATECO S.A.S**, contra el fallo de tutela fechado Diciembre seis (06) de dos mil veintidós (2022), proferido por el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA**, dentro de la acción de tutela impetrada por el señor **DAIRO RAFAEL LLAIN CRUZADO** por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, a la dignidad humana, mínimo vital, familia, vida, salud, vulneración del interés superior del niño o niña que está por nacer, derecho a la igualdad y maternidad, al padre cabeza de familia.

ANTECEDENTES

DAIRO RAFAEL LLAIN CRUZADO, tutela la protección de los derechos fundamentales que considera están siendo vulnerados por parte del accionado **DIATECO SAS**, por lo que en consecuencia solicita a este despacho que se pronuncie en este sentido:

“PRIMERA. Que se declara la protección de los derechos fundamentales a **AL FUERO DE PATERNIDAD Y PADRE CABEZA DE FAMILIA, AL TRABAJO, A LA DIGNIDAD HUMANA, MINIMO VITAL, VIDA, SALUD, VULNERACION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO O NIÑA QUE ESTA POR NACER, DERECHO A LA IGUALDAD.**

SEGUNDA. En consecuencia, que se me reintegre a mí puesto de trabajo, debido a mi estabilidad laboral reforzada **POR FUERO DE PATERNIDAD Y PADRE CABEZA DE FAMILIA**, ya que mi esposa se encuentra en estado de embarazo.

TERCERA. Así mismo, que sea cancelada la seguridad social desde el periodo que fui desvinculado por parte de la empresa.

CUARTO. Aunado a lo anterior, que los dineros dejados de percibir por concepto de salarios hasta la fecha de mi reintegro me sean cancelados.

QUINTO: Solicito se condene a la accionada al pago de la indemnización igual a 60 días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con mi contrato de trabajo.

SEXTO. Solicito se vincule al Ministerio del Trabajo para que indique si la empresa agoto el procedimiento establecido por la ley, respecto a la solicitud de autorización para el aval de la justa causa para la terminación del contrato.

SEPTIMO. Solicito se expidan recomendaciones a la empresa, para que en un futuro respete, garantice y se abstenga de vulnerar mis derechos fundamentales.”

Como hechos que sustentan el petitum manifiesta la accionante que Señala el accionante, que firmó contrato de obra labor con la empresa DIATECO para desempeñarse como aparejador nivel B CATG4. con un salario mensual de (\$2.724.600) M/CTE. El cual fue culminado el 10 de

agosto de 2022; El 7 de junio de 2022, su esposa NOHORA MARIA MIRA MENDOZA se realizó un examen de embarazo, el cual arrojó positivo, Por lo que el día 8 de junio de 2022, notificó a su jefe superior ROSEMBER AGUILAR, del estado de embarazo de su esposa por vía Whatsapp, que era el medio que usualmente utilizaba para direccionamientos con él, como jefe superior.

Refiere el promotor que seguidamente, se realizó la terminación del contrato el 10 de agosto de 2022 por lo que tuvo que hablar con el abogado de la empresa IVAN LORENZO QUINTERO y el ingeniero JHONATHAN GUERRA. Quienes le indicaron a la comunidad que tenía un fuero de paternidad y que debía continuar laborando para la empresa. Por lo que posteriormente y debido a lo anterior firmó contrato de obra labor con la empresa DIATECO S.A, el día 07 de septiembre de 2022, para desempeñarse como aparejador nivel B CATG4. con un salario mensual de (\$2.724.600) M/CTE.

Asevera que su esposa siempre ha estado vinculada a los servicios médicos en calidad de beneficiaria, dado que ella no labora por su estado de embarazo.

Con la finalidad de notificar formalmente a la empresa, procedió a radicar la siguiente documentación a y su jefe inmediato ROSEMBER AGUILAR, radicado firmado por él.

1. • Certificación de la EPS
2. • Cedula del suscrito
3. • Cedula de mi esposa
4. • Copia de los registros civiles de mis hijos
5. • Copia de la prueba de embarazo.

No obstante, el 4 de noviembre de 2022, su jefe inmediato le comunicó de manera verbal, que su contrato de trabajo había culminado. Es decir, asegura que nunca tuvo una comunicación escrita de la empresa. Resalta que la empresa aún continúa ejecutando labores. Es decir que la empresa hizo caso omiso desconociendo el fuero de paternidad que lo ampara.

Afirma que su esposa NOHORA MARIA MIRA MENDOZA, depende económicamente de su puesto ya que ella no labora para ninguna empresa, ni tiene una entrada económica como independiente, convirtiéndose su salario en el mínimo vital de mi compañera permanente y de su hijo que está por nacer y sus hijos menores de edad DANIELA ZARETH LLAIN MIRA (11 AÑOS) y ADRIEL YASETH LLAIN MIRA (7 AÑOS), lo cual lo convierte en PADRE CABEZA DE FAMILIA.

Reitera que su salario es la única fuente de ingreso que le permite sufragar los pagos correspondientes al servicios públicos, alimentación, transporte y demás gastos derivados del sostenimiento de un hogar.

Añade que también canceló créditos, BANCO BOGOTA deuda de \$20.000.000 Millones de pesos. Cancelando mensualmente una cuota de \$700.000 mil pesos, precisando que su compañera permanente es beneficiaria de la NUEVA EPS, donde es cotizante y cabeza de familia de su núcleo familiar, razón por la cual al no encontrarse vinculado laboralmente limita la atención médica que su esposa requiere esto, en aras de una supervisión estricta de su embarazo. Dejar a una mujer embarazada sin EPS en época de una pandemia estando embarazada es altamente riesgoso, siendo esta una población muy susceptible no puede dejarse sin atención medica oportuna.

Señala que al ser despedido y sin tener presente esta protección especial ha generado una desigualdad negativa, y en consecuencia la vulneración del principio de igualdad, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual que está realizando al despedirme sin tener presente este fuero de estabilidad laboral reforzada, puesto que no puede considerarse que la terminación del contrato se determine como una de ellas, por lo que pide extensión de la protección laboral reforzada a los padres constituye un avance en la modificación de los patrones socioculturales y los estereotipos, que depositan en un alto porcentaje, el peso del embarazo y la lactancia en la mujer.

Finalmente, dice que pone de presente fallo de tutela del señor compañero GABRIEL ANGEL RODRIGUEZ, trabajador de la empresa DIATECO, quien cumpliendo con los mismos supuestos facticos y jurídicos, pero sobre todo del mismo problema jurídico del suscrito, obtuvo el reconocimiento favorable de sus derechos fundamentales y su derecho al fuero de paternidad

TRAMITE

Por medio de auto de fecha Veintitrés (23) de Noviembre del dos mil veintidós (2022), el **JUZGADO TERCERO CIVIL DE BARRANCABERMEJA**, dispuso admitir la presente acción tutelar en contra de **DIATECO S.A.S** vinculando de manera oficiosa a la ROSEMBER AGUILAR, al Dr. IVAN LORENZO QUINTERO, BANCO DE BOGOTÁ, NUEVA EPS, MINISTERIO DE SALUD Y DE A PROTECCIÓN SOCIAL –FOSYGA-, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES, MINISTERIO DE TRABAJO OFICINA ESPECIAL DE BARRANCABERMEJA.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y DE LOS VINCULADOS

La accionada **DIATECO S.A.S** y los vinculados MINISTERIO DE TRABAJO OFICINA ESPECIAL DE BARRANCABERMEJA, NUEVA EPS contestaron la acción constitucional de la que les fue corrido el traslado; por su parte ROSEMBER AGUILAR, IVAN LORENZO QUINTERO, BANCO DE BOGOTÁ, MINISTERIO DE SALUD Y DE A PROTECCIÓN SOCIAL –FOSYGA-, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES guardaron silencio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal, en sentencia del seis (06) de Diciembre del dos mil veintidós (2022), el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, AMPARÓ de manera transitoria el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad extendido al señor DAIRO RAFAEL LLAIN CRUZADO, dentro de la presente acción de tutela promovida contra la empresa DIATECO S.A, , toda vez que el a quo observa que:

“(…) al encontrarse demostrado que exista dependencia económica de la señora NOHORA MARÍA MIRA MENDOZA, así como que fue y sigue siendo beneficiaria del trabajador DAIRO RAFAEL LLAIN CURZADO, resulta factible aplicar la extensión del fuero y protección pero en este caso, de manera intermedia, habida cuenta a la modalidad del contrato suscrito, esto es, por labor contratada, y en esa medida se ampararán los derechos a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social y del accionante, DAIRO RAFAEL LLAIN CRUZADO, ordenando al representante legal de la empresa DIATECO S,A, que, en caso de que el objeto del contrato laboral por el cual fue inicialmente contratado, continúe vigente, deberá en el término de cuarenta y horas (48) siguientes a la notificación del presente fallo, efectuar el reintegro laboral de manera transitoria a un cargo de igual o mejor categoría al que venía DAIRO RAFAEL LLAIN CRUZADO, procediendo a efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión y riesgos laborales) y pagos de salarios y prestaciones sociales causados a favor del demandante desde el día siguiente a la fecha en que fue despedido, esto es, desde el 4 de junio de 2022, y durante todo el periodo de gestación de la cónyuge del trabajador.

En caso de que el objeto del contrato laboral por el cual fue inicialmente contratado, no continúe vigente, deberá entonces realizar el reconocimiento y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión y riesgos laborales) y pagos de salarios y prestaciones sociales causados a favor del demandante desde el día siguiente a la fecha en que fue despedido, esto es, desde el 4 de junio de 2022, y durante todo el periodo de gestación de la cónyuge del trabajador.

11. Igualmente, y como quiera que se trata de mecanismo transitorio, deberá el accionante **DAIRO RAFAEL LLAIN CRUZADO** acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, con el fin que ésta sea quien estudie de manera definitiva, si debe o no ser reintegrado, advirtiéndole que de no interponer la respectiva demanda laboral dentro de los cuatro (4) meses siguientes, cesarán las ordenes en esta sentencia.

12. Finalmente, no se accederá al pago al pago de la indemnización igual a 60 días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, toda vez que deberán ser objeto de pronunciamiento del juez laboral, al que en todo caso podrá acudir el actor, conforme se indicó en párrafos precedente.

Se deberá indicar a la accionada que la conducta que se despliegue para el cumplimiento de lo que aquí se ordena debe ser comunicada de inmediato al Juzgado para tener un control de su cumplimiento, so pena de incurrir en desacato sancionable conforme al artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. (...)

IMPUGNACIÓN

El accionado **DIATECO S.A.S**, por medio de apoderado judicial impugnó el fallo proferido sustentándose en “la falta de motivación de la Sentencia Constitucional objeto de recurso, dado que el Juez Constitucional no planteó ningún problema Jurídico que permitiera desarrollar el análisis de;

- Subsidiariedad de la acción de tutela.
- Las alternativas laborales en relación con el tipo de vinculación del actor. Terminación del contrato de trabajo por causas legales y objetivas plenamente demostradas en el expediente constitucional. No fueron revisadas por el Juez constitucional.

La anterior decisión, desconoce flagrantemente los postulados de la Corte Constitucional relacionados con la subsidiariedad de la acción de tutela, dado que, en el caso objeto de estudio el despacho pasó por alto pronunciarse respecto de la razones legales y objetivas por las cuales se finalizó la relación laboral del hoy actor.

Ahora bien, si lo pretendido por el despacho fue no revisar las pruebas aportadas por la empresa en relación con la terminación del contrato de trabajo (obra o labor determinada), bajo el argumento que el tema en discusión es un asunto que no se puede conceder en el trámite de la tutela, sino a través de un proceso ordinario laboral, escenario donde se establecerá con las pruebas a las que haya lugar si el despido se fundó en causa justa o no, lo mismo debe deprecarse respecto al pago de salario y la orden de reintegro.

El tema del despido, el reintegro y pago de acreencias laborales es un análisis que corresponde efectuarlo a un Juez Ordinario Laboral, si el accionante así lo estima pertinente, porque allí se discuten temas fundamentalmente de estirpe laboral, como es la terminación del contrato (vencimiento del porcentaje de obra contratado).

Así las cosas; En el presente caso, se probó la existencia de un contrato por OBRA O LABOR CONTRATADA con la empresa DIATECO S.A.S., el cual fue terminado al cumplirse la labor contratada, esto es el 04 de noviembre del 2022. Reiteramos que frente al tema del despido, el reintegro y pago de acreencias laborales es un análisis que corresponde efectuarlo a un Juez Ordinario Laboral, si el accionante así lo estima pertinente, porque allí se discuten temas fundamentalmente de estirpe laboral, como es la presunta terminación del contrato, indemnización y un eventual reintegro; aspectos o temas que no pueden resolverse por vía de tutela; pues la decisión del empleador debe

ser analizada a la luz de pruebas, alegaciones, contradicción y defensa de cada parte, para garantizar el debido proceso.

Para el asunto de la referencia se deberá analizar las causas de la terminación del contrato de trabajo suscrito entre la empresa DIATECO S.A.S y el colaborador DAIRO, compañero sentimental de la mujer no trabajadora a quien se le hace extensiva la protección contemplada por el artículo 239 numeral 1 y 240 numeral 1 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en cuanto a la terminación de la obra o labor contratada. De lo anterior se puede colegir claramente, que debe aplicarse al caso objeto de estudio lo siguiente;

La Corte Constitucional ha señalado que el Juez Constitucional puede revisar si las causas que dieron origen a la relación laboral en los contratos de obra o labor no han desaparecido, de lo contrario, ordenará el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que el objeto del contrato laboral continúa vigente.

Precisamente, el despacho de conocimiento se apartó de la intelección que la corte Constitucional ha sentado en el estudio de casos como el que nos ocupa, al establecer que hay lugar a la protección (extensión) de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia, cuando la terminación del contrato obedeció a la finalización de la obra o labor determinada, e impone la orden de reintegro y pago de salarios.”

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela se consagró en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, para que toda persona pueda reclamar, ante los Jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales como quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción, no obstante limitando su generalidad a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La tutela puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de un representante o agente oficioso, en este último caso, cuando el titular de los derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse y probarse en la solicitud.

En tal sentido, al encontrarnos ante la presunta vulneración de derechos de orden constitucional los cuales el aquí accionante mediante este mecanismo pretenden le sean salvaguardados con ocasión de las actuaciones desplegadas por **DIATECO S.A.S** constituye el lleno de requisitos que legitimarían a las partes a concurrir dentro de la presente acción de tutela.

Así las cosas, se hace necesario establecer si el aquí accionado efectivamente vulneró los derechos fundamentales del actor en su condición de extrabajador, considerando que este último fue desvinculado laboralmente a pesar de que su compañera permanente se encuentra en periodo de gestación

Por lo anterior, previamente se establecerá si la acción de tutela es procedente para ordenar el reintegro de un trabajador que alega su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

3.- El artículo 25 de la Constitución Política señala que el “*trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas*”. Lo anterior no significa que cualquier controversia que surja en torno a este derecho constitucional sea tutelable, ya que el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas, cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual.

4.- La Acción de Tutela como procedimiento creado por la Constitución Nacional de 1991 y prevista como un mecanismo procesal subsidiario y específico, tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o vulnerados o se presente amenaza de su violación.

4.1. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral; no obstante ello ha decantado en basta jurisprudencia, que dicha acción sí es procedente cuando se trata de personas que se encuentran **en circunstancias de debilidad manifiesta** por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada. Sobre el particular, en la Sentencia T-576 de 1998, sostuvo:

“Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad ‘precaria’ (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.

(...)

No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.”

En sentido similar, en Sentencia T-198 de 2006 la Corte, al analizar un caso enmarcado dentro del escenario constitucional que se comenta, indicó:

“En un primer término, debe observarse que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral frente a cualquier tipo de razones de desvinculación. En efecto, esta Corporación ha sostenido que solamente cuando se trate de personas en estado de debilidad manifiesta o

aquellos frente a los cuales la Constitución otorga una estabilidad laboral reforzada, la acción de amparo resulta procedente.”

5. Respecto al requisito de subsidiariedad, la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia del 13 de marzo de 2015, M.P. DR. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, proceso radicado al No. 68001-22-13-000-2015-00010-01, STC2844-2015, expuso:

*“...2. Luego de analizado el expediente, se advierte la improcedencia del resguardo deprecado por ausencia del principio de subsidiariedad, porque la actuación enunciada es censurable por esta vía extraordinaria, para ello, **el gestor tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción laboral**, a través del proceso ordinario estatuido en el Capítulo XIV del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Esta Sala enfáticamente ha reiterado la improcedencia de salvaguardas encaminadas a reclamar prestaciones de carácter laboral¹, relacionadas con el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, ni al reintegrouplicado por el petente, por tratarse de cuestiones que requieren el trámite y comprobación propio de los instrumentos judiciales ordinarios.

En efecto, es menester acudir a dichos juicios, porque es en ese escenario donde pueden ventilarse y debatirse con amplitud los hechos narrados por el gestor, en aras de establecer si hay lugar a acceder a las pretensiones antes esbozadas o si, por el contrario, la compañía atacada no está obligada a ello.

Al respecto la Sala ha puntualizado:

“(...) [Cuando se trata de pretensiones (...) de orden laboral, la Sala ha reiterado la improcedencia (...), [pues] ‘(...) la subsidiariedad que por autonomasia caracteriza el ejercicio de la acción de tutela, es requisito que en el presente asunto no puede predicarse, en la medida en que, ciertamente, (...) la accionante contaba con la posibilidad cierta y efectiva de acudir a la jurisdicción (...) laboral, la cual, conforme a normas que incluso encuentran respaldo constitucional, es quien ostenta la competencia para (...)’” ello².

3. Al margen de lo expresado en antelación, debe destacarse que el supuesto menoscabo a “(...) la estabilidad laboral reforzada (...)” del tutelante, en su condición de discapacitado, no se encuentra demostrado, por lo cual el resguardo de esa prerrogativa es improcedente.

La mera enunciación de las patologías adolecidas por Valbuena Romero, acompañadas de historias clínicas e incapacidades, no revisten la entidad suficiente para acreditar la discapacidad o limitación alegada, que lo haría beneficiario de las medidas especiales de protección estatuidas en la regla 26 de la Ley 361 de 1997³...

5.1. Y en más reciente pronunciamiento la Corte Constitucional en sentencia T-500-19 frente al requisito de subsidiariedad, señaló:

La acción de tutela constituida como un mecanismo de protección de derechos

1 Véase, entre otras, la sentencia STC14153 de 17 de octubre de 2014.

2 COLOMBIA, CSJ. Civil. Fallo de 20 de mayo de 2008, exp. 00066-01, reiterado el 18 de diciembre de 2012, exp. 00165-01, reiterada el 22 de mayo de 2014 en sentencia STC6408-2014.

constitucionales fundamentales, **solo procede cuando el afectado: (i) no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) exista pero no sea idóneo o eficaz a la luz de las circunstancias del caso concreto o, (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.**

En lo que respecta a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Alto Tribunal Constitucional ha advertido que este configura cuando se está ante un daño: "... (a) Ciertamente e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable".

6. El presente caso trata de una terminación de la relación laboral por parte del empleador, evidenciándose que el tema en discusión es un asunto que no se puede conceder en el trámite de la tutela, **sino a través de un proceso ordinario laboral**, escenario donde se establecerá con las pruebas a las que haya lugar si el despido se fundó en causa justa o no.

6.1. El tema del despido, el reintegro y pago de acreencias laborales es un análisis que corresponde efectuarlo a un **Juez Ordinario Laboral**, si el accionante así lo estima pertinente, porque allí se discuten temas fundamentalmente de estirpe laboral, como es **la presunta terminación del contrato sin justa causa, indemnización y un eventual reintegro**; aspectos o temas que no pueden resolverse por vía de tutela; pues la decisión del empleador **debe ser analizada a la luz de pruebas, alegaciones, contradicción y defensa de cada parte, para garantizar el debido proceso.**

7.- Ahora, de acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a esta judicatura en igual sentido determinar, si le asiste razón al accionante, al pretender la protección de sus derechos fundamentales tutelados con ocasión de encontrarse cobijado con el fuero de paternidad toda vez su compañera permanente se encuentra en estado de gestación y depende económicamente de él, y que además su empleador estuvo enterado del estado de gestación.

Frente a la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de pareja de mujer embarazada o lactante no trabajadora, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 670 de 2017, ha expresado que:

"Para la Corte Constitucional, según lo señalado en la sentencia C-005 de 2017, el (la) trabajador(a) cuya pareja, cónyuge o compañera permanente se encuentre en estado de gestación o periodo de lactancia y sin alternativa laboral, se encuentra en una situación análoga y comparable al de la trabajadora que en virtud de su estado de embarazo o por encontrarse lactante, le es reconocida la garantía de estabilidad en el empleo soportado en los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo. Siendo así, el criterio de comparación que fundamenta la protección similar tanto fáctica como jurídica al de la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, consiste en aquellas necesidades familiares específicas que se derivan del advenimiento de un nuevo miembro familiar. La protección que surge del fuero de maternidad debe ser comprensiva del carácter complejo en atención a que trasciende el derecho a la igualdad de la mujer (artículo 13 y 53), se extiende la protección a la mujer embarazada o lactante (artículo 43), y derecho a la vida y a la familia (artículos 5 y 42). Son los argumentos expuestos, los que fundamentan la extensión de la categoría de sujeto de

especial protección constitucional en virtud del “fuero de maternidad” a la pareja de mujer embarazada o gestante que depende económicamente de aquel.

7.1. Así mismo para la procedencia del amparo por extensión del fuero de maternidad a compañero(a) permanente, cónyuge, o pareja trabajadora de mujer gestante o en periodo de lactancia sin alternativa laboral, ha indicado:

*“En la sentencia C-005 de 2017, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 239 numeral 1 y 240 numeral 1 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en atención a la omisión legislativa contenida en estas normas, en el entendido de que la prohibición de despido y exigencia de permiso para llevarlo a cabo se extienden al (la) trabajador (a) que sea cónyuge o compañero(a) permanente de mujer embarazada o lactante, **dependiente económicamente de aquel (la)**.*

Advirtiendo la necesidad de modificar el papel tradicional de hombre y mujer en la sociedad y en la familia, e igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, esta Corte decidió adoptar medidas orientadas a promover la conciliación en el ámbito del trabajo y la vida familiar relacionadas con la expansión del principio de igualdad de trato y no discriminación. Para ello reconoció que los derechos destinados al cuidado y atención de los hijos y familiares son derechos que recaen en el trabajador como individuo, independientemente que se trate de hombre o mujer, y que se extiende la estabilidad laboral reforzada a padres cabeza de familia al partir del supuesto de una necesaria conciliación del trabajo con la vida familiar”.

El fundamento de la protección de la mujer embarazada o lactante es que sea beneficiaria del Sistema de Seguridad Social al que se encuentre afiliado su cónyuge o compañero (a) permanente trabajador, al cual se extenderá la protección. Afirmación que tiene asidero en la garantía de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad, y el interés prevalente de los niños y niñas.

7.2. En el mismo sentido se tiene como referencia las Reglas jurisprudenciales SU-070 de 2013 sobre la Estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada o lactante

En la sentencia de unificación SU-070 de 2013, esta Corte se pronunció acerca de las reglas para determinar el alcance de la protección reforzada a la maternidad y lactancia en el ámbito de la protección del trabajo, según la alternativa laboral desempeñada y el conocimiento del embarazo por parte del empleador.

Con relación al conocimiento del embarazo por parte del empleador, la Corte manifestó que este no es requisito para la protección de la mujer embarazada sino para determinar el grado de protección. En aquellos casos en que el empleador tenga conocimiento del embarazo dará lugar a una protección integral y completa. El fundamento de esta regla es la asunción de que el despido tuvo lugar a causa del embarazo y, por ende, en un factor de discriminación en razón del género. A su vez, la falta de conocimiento del embarazo da lugar a una protección más débil basada en el principio de solidaridad y en la garantía del

empleo durante el embarazo y la lactancia. Esta protección se constituye como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y para garantizar los derechos del recién nacido.

8.- Respecto al fuero de maternidad extendida como se citó en la sentencia C-005 de 2017 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los arts. 239 y 240 del C.S.T., disponiendo “la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), 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(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)

Así las cosas, dispuso la Corte que para que se de aplicación al fuero extendido es necesaria la acreditación de dos requisitos:

- a) Cónyuge o compañera permanente gestante o lactante de trabajador que se encuentra desempleada o sin desempeñar alternativa laboral alguna.
- b) Afiliación de la mujer gestante o lactante como beneficiaria del cónyuge o compañero(a) permanente trabajador en el sistema de seguridad social

8.1. Frente al primer requisito, se evidencia que la señora **NOHORA MARÍA MIRA MENDOZA** de quien se acredita ser cónyuge del accionante mediante registro civil de matrimonio 4981144 del 28 de diciembre del 2016 no se encuentra afiliada como cotizante al sistema de salud de lo cual se infiere no ejerce actividad laboral alguna, y que según certificación emitida por la NUEVA E.P.S. que data del 9 de junio de 2022, esta figura como beneficiaria del accionante desde el 31 de enero del 2022, con lo cual se satisfacen los requisitos anteriormente señalados.

Ahora si bien es importante precisar que **DIATECO S.A.S.** suscribió dos (2) contratos de trabajo con el hoy actor, uno el 03 de junio del 2022 cuyo objeto consistió:

DESCRIPCION DE LA LABOR: REALIZAR LA EJECUCION DE SUS FUNCIONES HASTA EL CUMPLIMIENTO DEL 94% DEL AVANCE DE OBRA DE LA ODS005.

El cual se dio por terminado el 10 de agosto de 2022 por la finalización del porcentaje (94%) de la labor determinada para la cual había sido contratado.

y otro el 07 de septiembre del mismo año el cual consistía en.

DESCRIPCION DE LA LABOR: REALIZAR LA EJECUCION DE SUS FUNCIONES HASTA EL CUMPLIMIENTO DEL 90% DEL AVANCE DE OBRA CORRESPONDIENTE A LA ODS007.

y que se dio por terminado el día 04 de noviembre de 2022 por finalización del porcentaje de avance de obra acordado (90% de avance de obra correspondiente a la ODS007).

Y que si bien figuran al interior del expediente lo que serían unas capturas de pantalla que acreditarían una aparente conversación con “DIATECO” mediante unos mensajes de whatsapp de fecha 09 de junio del 2022 en el que se solicita información sobre la documentación que debe ser aportada a fin de informar sobre el estado de embarazo de “mi esposa” esta información sería vaga e imprecisa, pues no se puede determinar su trazabilidad.

8.2. No sería sino hasta el 15 de septiembre del 2022 “en ejecución del segundo contrato” cuando el tutelante pretende acreditar con una firma de recibido de quien afirma fuera “su jefe inmediato” ROSEMBER AGUILAR que informó sobre el estado de embarazo de su conyugue afirmado que aportó la siguiente documentación

- Certificación de la EPS
- Cedula del suscrito
- Cedula de mi esposa
- Copia de los registros civiles de mis hijos
- Copia de la prueba de embarazo.

8.3. Sin embargo, es menester también recordar además 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 embarazada.

Sin embargo, pese a lo que indica el promotor, no tiene certeza esta judicatura que cuales y cuantos documentos presuntamente entregó el accionante a la empresa a la cual se encontraba vinculado laboralmente a fin de informar el estado de gravidez de la señora NOHORA MARIA MIRA MENDOZA, en la medida en que no existe un cotejo que permita acreditar que efectivamente fueron recibidos por la empresa DIATECO S.A. y que esta, como lo sugiere el tutelante tenía conocimiento de tales aspectos.

Ahora bien, demostrada la condición de embarazo de la compañera del actor, es del caso analizar los supuestos estudiados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional para que proceda la estabilidad laboral reforzada en aquellos eventos en los que existe un contrato de obra o labor contratada, y se desconoce la condición del embarazo (sentencias SU 070 de 2013 y SU 075 de 2018).

*(i) Cuando el empleador **no conoce**, en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada, pueden ocurrir tres situaciones:*

a. Que la desvinculación se produzca antes de la culminación de la obra, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación del contrato sólo procederá si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela.

b. Que la desvinculación ocurra antes de la culminación de la obra sin que el empleador alegue una justa causa distinta a la terminación de la obra: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

c. Que la desvinculación ocurra una vez culminada la obra y se alegue dicha circunstancia como una justa causa: En este caso la protección consistirá, como mínimo, en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela.

Habiéndose producido la desvinculación por la finalización de la obra, sin que la parte

accionante haya demostrado que las causas del contrato no han desaparecido, el único reconocimiento que hay es de las cotizaciones durante el periodo de gestación, tal como se indica en el supuesto C.

Por lo que la protección que se otorgará será solo parcial, la cual se contraerá únicamente a los aportes en salud, a efectos de garantizar la atención de la madre gestante y del nasciturus; despachándose de manera negativa las peticiones restantes.

9.- Así las cosas, frente al tema del despido, el reintegro y pago de acreencias laborales es un análisis que corresponde efectuarlo a un Juez Ordinario Laboral, si el accionante así lo estima pertinente, porque allí se discuten temas fundamentalmente de estirpe laboral, como es la presunta terminación del contrato, indemnización y un eventual reintegro; aspectos o temas que no pueden resolverse por vía de tutela; pues la decisión del empleador debe ser analizada a la luz de pruebas, alegaciones, contradicción y defensas de cada parte, para garantizar el debido proceso.

Fundamento por el que se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, decisión que se encuentra apoyada también en el fallo del 13 de mayo de 2015 del Honorable Tribunal Superior de Bucaramanga Sala Civil⁴ M.P. Dr. JOSÉ MAURICIO MARIN MORA, que reza:

“Ahora, antes de desatar el disenso vertical formulado, importa señalar que este Tribunal en decisiones de Sala Especializada del 16 de enero de 2014, unificó suposición frente al evento objeto de debate, en el sentido de que no es la vía de amparo constitucional el medio apropiado para que quien accionen por esta vía excepcional obtenga su reintegro laboral y el pago de acreencias laborales y demás prestaciones”.

Más adelante señaló:

“En consecuencia desde ya advierte la Corporación que el proveído censurado deberá confirmarse, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha decantado la no procedencia del amparo para lograr reintegro laboral, dado que es un dispositivo subsidiario y excepcional para la protección de los derechos esenciales contemplados en la Carta Política, Aun así, en algunos casos es preciso brindar protección especial de estabilidad laboral reforzada para mitigar la afectación a las garantías constitucionales cuando ésta es sufrida por mujeres embarazadas, trabajadores aforados y personas en situación de debilidad manifiesta, condiciones tales que en cada asunto particular deberán acreditarse a plenitud.”

9.1. Por todo lo anterior se le recuerda al actor que dispone de la acción laboral para reclamar los derechos que estima vulnerados, escenario idóneo, para controvertir de manera amplia el tema de reintegro y no ante el angustioso término de la acción de tutela como lo expuso el Honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bucaramanga, en sentencia del 16 de enero de 2014, M.P. Dr. JOSÉ MAURICIO MARÍN MORA, acción constitucional de DARINEL CASTILLO ACOSTA, contra ECOPETROL S.A.

“Así las cosas, para el evento objeto del análisis, la acción de tutela no es el mecanismo procedente e idóneo para dilucidar la situación invocada por el demandante DARINEL CASTILLO ACOSTA, pues no hay razones para desconocer su carácter subsidiario y residual, toda vez que no es el Juez Constitucional el competente para esclarecer el conflicto laboral que se plantea, frente al que existen otros medios de defensa”

4 Sentencia de Tutela de HENRY PALOMINO RANGEL contra ECOPETROL.

judicial ante los Jueces Laborales competentes, que aunque bien puede ejercitar con la finalidad de debatir todo cuanto concierne a la terminación de su vínculo laboral con ECOPETROL S.A. (...) (subrayado y negrilla fuera de texto)

10.- Por último, en cuanto a la presunta causal de nulidad de conformidad a los establecido en el numeral 8° del artículo 133 del C.G.P. en la que incurrió el A Quo la cual es puesta de presente por parte del accionado DIATECO S.A, al considerar que pese a que en el trámite de primera instancia fue VINCULADO el abogado IVAN LORENZO QUINTERO CONTRERAS, no le fue concedido la oportunidad de ejercer derecho de contradicción frente a los hechos objeto de debate, es importante indicar los dispuesto dentro del artículo 135 del C.G.P.

“Artículo 135. Requisitos para alegar la nulidad La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación” (subrayado fuera del texto)

Así las cosas, no avizora este despacho que DIATECO S.A se encuentre legitimado para alegar la nulidad que propone ante esta instancia, por lo que en atención al último inciso del artículo precitado se rechazará de plano la solicitud incoada por quien dentro del presente trámite ostenta la calidad de accionado y a su vez impugnó la decisión impartida por el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA en sentencia del seis (06) de Diciembre del dos mil veintidós (2022)

En ese orden de ideas, se **REVOCARÁ** el fallo de tutela de fecha seis (06) de Diciembre de dos mil veintidós (2022) proferido por el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA** conforme lo expuesto en las consideraciones precedentes.

Por lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANCABERMEJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de tutela de fecha Diciembre Seis (06) de dos mil veintidós (2022) proferido por el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA** dentro de la acción de tutela impetrada por **DAIRO RAFAEL LLAIN CRUZADO** contra **DIATECO S.A.** por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: ORDENAR a la empresa **DIATECO S.A.** que DENTRO DE LAS CUARENTA Y OCHO (48) HORAS SIGUIENTES a la notificación de esta providencia judicial, PROCEDA al reconocimiento y pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a favor del trabajador **DAIRO RAFAEL LLAIN CRUZADO** durante la totalidad del periodo de gestación de su conyugue la señora NOHORA MARIA MIRA MENDOZA.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTOS los numerales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO del fallo de tutela de fecha Diciembre Seis (06) de dos mil veintidós (2022) proferido por el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA**

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes comprendidas en este asunto, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991 y comuníquese la decisión a la Oficina Judicial de primer grado

QUINTO: OPORTUNAMENTE envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para una eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CESAR TULIO MARTÍNEZ CENTENO

Juez

Firmado Por:

Cesar Tulio Martinez Centeno

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 002

Barrancabermeja - Santander

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

Código de verificación: **cef4f0f83bf8a0cdad3df5932d3e2e78514cc0af621add868b34c0540d968774**

Documento generado en 20/02/2023 02:30:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>