

SENTENCIA: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
RAD. 1ª. Inst. Nº. 2023-00788-00
RAD. 2ª. Inst. Nº. 2023-00788-01
ACCIONANTE: JHON ALEJANDRO MANTILLA GOMEZ
ACCIONADO: AVSA S.A.

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
Barrancabermeja, Noviembre Veintiocho (28) de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a resolver la impugnación interpuesta por el accionante **JHON ALEJANDO MANTILLA GOMEZ** contra el fallo de tutela fechado Veintitrés (23) de Octubre de dos mil veintitrés (2023), proferido por el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA**, dentro de la acción de tutela impetrada contra **AVSA S.A.** por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, vida en condiciones dignas, salud, seguridad social, mínimo vital, por estabilidad laboral reforzada a pareja de mujer embarazada o lactante no trabajadora-protección del interés superior del menor recién nacido y del que está por nacer/estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada o gestante-extensión al cónyuge, compañero permanente o pareja trabajadora de la mujer carente de vínculo laboral, tramite al que de manera oficiosa fueron vinculados KARINA BARBOSA POLO, NUEVA EPS, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-FOSYGA, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, MINISTERIO DEL TRABAJO - OFICINA ESPECIAL DE BARRANCABERMEJA.

ANTECEDENTES

El señor **JHON ALEJANDO MANTILLA GOMEZ**, tutela la protección de los derechos fundamentales que considera están siendo vulnerados por parte del accionado **AVSA S.A.** por lo que, al hacer uso de este mecanismo de protección constitucional, solicita que por cuenta de este despacho se acceda a sus pretensiones consistentes en:

“1. “TUTELAR los derechos constitucionales a la VIDA, VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL, por ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA.

Protección del interés superior del menor recién nacido y del que está por nacer/ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O GESTANTE-Extensión al cónyuge, compañero permanente o pareja trabajadora de la mujer carente de vínculo laboral, vulnerados por parte de la empresa AVSA S.A., en cabeza de su representante legal o quien haga sus veces.”

2. *“Solicito protejan los Derechos Fundamentales de mi compañera permanente en estado de embarazo y de mi hijo que ésta por nacer, y se ORDENE de inmediato mi reintegro a las actividades que venía realizando antes de ser despedido de forma injusta e ilegal en la empresa AVSA S.A.”*

3. *“Solicito señor juez se ORDENE a la empresa AVSA S.A., a reconocer el pago de los salarios que he dejado de percibir desde la terminación de mi contrato laboral, por no haberse tenido en cuenta la condición propia que tengo por ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA, por extensión al compañero permanente.”*

4. *“Solicito señor juez se ORDENE a la empresa AVSA S.A., a reconocer el pago de aportes a seguridad social en su totalidad, los cuales dejaron de efectuarse tras la terminación de mi contrato laboral, por no haberse tenido en cuenta la condición propia que tengo por ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA, por extensión al compañero permanente.”*

5. *“Solicito señor juez se ORDENE a la empresa AVSA S.A., a reconocer el pago de la indemnización que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haberse solicitado la autorización respectiva al inspector de trabajo, teniendo en cuenta la condición propia que tengo por ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA”*

Como hechos que sustentan el petitum manifiesta la accionante que desde hace dos (2) años convive con la Sra. KARINA BARBOSA POLO la cual actualmente es su compañera permanente, y ostenta la condición de beneficiaria en el sistema de seguridad social en salud, al que se encuentro afiliado, en la NUEVA E.P.S.

Producto de esa unión, la Sra. KARINA BARBOSA POLO quedó embarazada, teniendo actualmente a la ejecución de este escrito, doce (12) semanas y cinco (5) días de gestación.

Indica el actor que el día 19 de octubre de 2022, firmó contrato individual a término inferior a un año con la empresa AVSA S.A., para desempeñar el cargo de TECNICO DE MANTENIMIENTO, cuyo término inicial era de tres (3) meses, el cual se fue prorrogando automáticamente hasta que lo despidieron de manera injusta e ilegal, el día 10 de julio del año 2023.

Indica que, desde su vinculación laboral, ha prestado sus servicios de manera diligente, responsable y cumplida en la empresa AVSA S.A., sin embargo, ésta decidió de manera

unilateral, dar por terminada la relación laboral, pese a que días antes le había informado a su supervisor, que su compañera permanente, se encontraba en estado de gestación.

Manifiesta que consecuencia de su desvinculación, tanto el accionante como su compañera permanente, se encuentran con estado de PROTECCIÓN LABORAL TIPO C, según el ADRES, dado que el pago de la cotización en salud se vio suspendido, solo pudiendo ser atendido junto a su núcleo familiar por la NUEVA EPS hasta por 30 días más y hasta un máximo de 3 meses, situación que los dejaría desprovistos de servicios en salud.

Afirma que la empresa AVSA S.A. tenía conocimiento del estado de gestación de su compañera permanente, no obstante, unos días después de que informara dicha situación, optó por dar por terminado su contrato de manera unilateral sin la autorización del inspector de trabajo, lo que acarrea en un despido ilegal además de ser injusto, dado que no existía justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Par finalizar expresa que su compañera permanente, así como su hijo que está por nacer dependen económicamente del accionante, sin embargo, debido a su despido, se vio afectado la subsistencia de su hogar, así como los derechos de la mujer en estado de embarazo y del que ésta por nacer, a la seguridad social y a la salud.

TRAMITE

Por medio de auto de fecha Nueve (09) de Octubre del dos mil veintitrés (2023), el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA**, dispuso admitir la presente acción tutelar en contra de **AVSA S.A.** vinculando de manera oficiosa a KARINA BARBOSA POLO, NUEVA EPS, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-FOSYGA, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, MINISTERIO DEL TRABAJO - OFICINA ESPECIAL DE BARRANCABERMEJA

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y DE LOS VINCULADOS

Los vinculados NUEVA EPS, MINISTERIO DEL TRABAJO - OFICINA ESPECIAL DE BARRANCABERMEJA, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES, MINISTERIO DE SALUD Y

PROTECCIÓN SOCIAL, y el accionado AVSA S.A. contestaron la acción constitucional de la que les fue corrido el traslado, por su parte KARINA BARBOSA POLO guardó silencio frente al mismo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal, en sentencia del Veintitrés (23) de Octubre del dos mil veintitrés (2023), el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, DECLARÓ IMPROCEDENTE la presente acción de tutela interpuesta por JHON ALEJANDO MANTILLA GOMEZ en contra de AVSA S.A, toda vez que el a quo observa que:

“(…) Frente al caso en concreto, esta servidora deberá anunciar desde ya la improcedencia de la presente acción constitucional de tutela, toda vez que de las pruebas que se observan dentro del expediente digital se tiene que, el accionante JHON ALEJANDRO MANTILLA GOMEZ, no demostró que su compañera permanente, la Sra. KARINA BARBOSA POLO, estuviera en estado de gestación mientras el contrato laboral entre el accionante y la empresa AVSA S.A estuviera vigente, esto es desde la fecha del 19/10/2022 hasta el 10/07/2023.

Ahora bien, se debe resaltar que una vez revisado en la página de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- Adres, se observa que la compañera permanente del accionante aparece con fecha de afiliación del 01/08/2023, lo cual permite analizar por el despacho, que se trata de una fecha posterior al 10/07/2023, fecha en que se dio la finalización del contrato laboral entre JHON ALEJANDRO MANTILLA GOMEZ y la accionada AVSA S.A.

*Por otro lado, de la declaración juramentada aportada por la parte accionante, se observa que esta se realizó en la fecha del **05/10/2023**, lo que permite inferir que esta fue suscrita posteriormente a la fecha de terminación de la relación laboral entre el accionante y la entidad accionada.*

De conformidad con lo anterior, el día de hoy, 23 de octubre de 2023, esta servidora se comunicó con el accionante JHON ALEJANDRO MANTILLA GOMEZ, a través del número telefónico indicado en el escrito de acción de tutela, de propiedad del accionante, dentro de dicha llamada se le puso de presente que la entidad accionada en su escrito de contestación alegaba unas inconsistencias en las fechas presentadas en las pruebas del escrito tutelar allegado el día 09 de octubre de 2023, por lo que se le solicitó se pronunciara frente a estas manifestaciones, y así mismo, aportara nuevamente los certificados de afiliación de la Nueva EPS y de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-Adres de la Sra. KARINA BARBOSA POLO, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.005.240.625, no obstante, a la fecha y hora, hizo caso omiso por parte del actor de la presente acción de tutela, JHON ALEJANDRO MANTILLA GOMEZ.

Así las cosas y al efectuarse el correspondiente estudio de la acción de tutela y de las pruebas que obran en expediente digital, contestaciones de la accionada y vinculados, procede el despacho a señalar que las pretensiones del trámite tutelar resultan improcedentes, por cuanto bien establecido se encuentran, los eventos en los cuales la acción de tutela como mecanismo subsidiario y residual es concedida, observándose que en este asunto no se cumplen con los requisitos que para tal efecto se han establecido.

Frente a las pretensiones del reconocimiento de los salarios que ha dejado de percibir el accionante desde la terminación de su contrato laboral, y el pago de la indemnización que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haberse solicitado la autorización respectiva al inspector de trabajo de la terminación laboral, en reiteradas oportunidades se ha manifestado que la acción de tutela tiene un carácter residual, expedito y que su procedencia está dada para casos especiales, en los cuales sea palpable la violación o amenaza a un derecho fundamental y que esta, por ser excepcional, no puede entrar a desplazar los mecanismos idóneos fabricados para situaciones como la que en estos momentos se estudia, por ello, se itera el accionante cuenta con otro medio para defender los derechos fundamentales que hoy alega.

En este orden de ideas, no encuentra esta servidora que se esté vulnerado los derechos que la parte actora aduce como tal, por lo cual, debe reiterarse que bien puede el usuario acudir a la jurisdicción ordinaria laboral; esto teniendo en cuenta que las solicitudes efectuadas por el actor en todo caso generan un conflicto de orden legal y laboral, que debe ser analizado en el escenario propicio para ello, en este caso, la ordinaria laboral. (...)

IMPUGNACIÓN

El accionante **JHON ALEJANDO MANTILLA GOMEZ** manifestó su inconformidad frente a la decisión adoptada en el trámite de primera instancia por lo que impugnó el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Barrancabermeja sustentándose en los siguientes argumentos:

*“La señora Juez Tercera Civil Municipal de Barrancabermeja se limitó a indicar que la acción de tutela era improcedente supuestamente porque las pruebas allegadas no demostraban que mi compañera permanente estuviera en estado de gestación mientras el contrato laboral suscrito con la empresa **AVSA S.A.** estuviera vigente, lo cual no es de recibo, como quiera que se aportaron documentos mediante los cuales se puede evidenciar, que **KARINA BARBOSA POLO** se encontraba en estado de gravidez con ocho (8) semanas y tres (3) días para el 06 de septiembre de 2023, fecha en que se le realizó estudio de **ECOGRAFÍA OBSTETRICA TRANSVAGINAL**, de ahí que, basta con el mero hecho de contar hacia atrás, para darse cuenta que dentro de la semana anterior al despido acaecido el día 10 de julio de 2023, mi compañera permanente había iniciado su periodo de gestación y que de hecho, fue este el motivo del despido*

injusto por parte de AVSA S.A., precisamente porqué en dicha semana que nos enteramos, le avise a mi supervisor directo, y luego el lunes 10 de julio de 2023 de la siguiente semana, me encuentro con que me pasan carta de terminación unilateral del contrato de trabajo.

*Es así que a quo salta a concluir que no se cumplen los presupuestos para que se configure la protección constitucional por **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA**-Protección del interés superior del menor recién nacido y del que está por nacer/**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O GESTANTE**-Extensión al cónyuge, compañero permanente o pareja trabajadora de la mujer carente de vínculo laboral, inclusive, a tomar consideración de otras situaciones que, valoró de forma equivocada, (1) tal es el caso de la información que reposa en el ADRES, (2) la declaración juramentada, inclusive, (3) la llamada realizada al suscrito, pues de haberse detenido a analizar de fondo la procedibilidad del amparo deprecado, no habría incurrido en omisiones sobre situaciones que, de haberse tenido en cuenta, no existiría dubitación alguna frente al cumplimiento de los requisitos fijados por la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, para la prosperidad de la acción de tutela:*

*No obstante, ésta es la fecha y no se tiene conocimiento de las respuestas si hubiere, tanto por parte de la **NUEVA EPS** y el **ADRES**, no obstante, lo que si es posible avizorar, es que tanto en el ADRES como por parte de la NUEVA EPS, la información correspondiente a la fecha de afiliación efectiva de mi compañera **KARINA BARBOSA POLO** fue actualizada en las correspondientes bases de datos, motivo por el cual aparece como el 01 de agosto de 2023, sin embargo, como ya se dijo anteriormente, ello aconteció como consecuencia de la novedad reportada ante el sistema de seguridad social en salud, que produjo una actualización de la información de compañera permanente, de allí que las fechas de afiliación entre unas y otras certificaciones varíe, pero insisto, **eso no implica “per se”, que antes de dicha fecha no estuviere afiliada en salud como beneficiaria del suscrito y que así lo reflejan las certificaciones con fechas de expedición anteriores.***

Es así que lo solicitado por la señora Juez, me obligaba a allegarle un documento actualizado que ya no contenía una fecha de afiliación efectiva de mi compañera permanente que fuere anterior a la fecha de terminación unilateral del contrato de trabajo del 10 de julio de 2023, situación ésta tampoco se me permitió explicar, dado que ese mismo día, la señora Juez se dispuso a sacar fallo de primera instancia.

*En ese orden de ideas, rogamos señor **ad quem**, no caer en el mismo desconocimiento en que han incurrido el **a quo**, y se sirva tener en cuenta todo lo que se le ha puesto a disposición, con el fin de que se realice un estudio de fondo sobre la procedibilidad de la acción de tutela y el amparo de nuestras garantías fundamentales y/o, se estudie la posibilidad de decretar la nulidad de la actuado, dado que el pronunciamiento que tuvieron que ofrecer tanto la **NUEVA EPS** y como el **ADRES** frente a la situación que aquí se predica, se torna de vital de importancia para dictar fallo, en lo que respecta al hecho de que las fechas de afiliación efectiva de mi compañera permanente variaren entre un antes y después de la actualización de la información realizada por la NUEVA EPS, con ocasión al reporte de una novedad generada en el sistema general de seguridad social en salud.*

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 AVSA S.A. 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 no 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 reintegro suplicado 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

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.

frente al requisito de subsidiariedad, señaló:

*La acción de tutela constituida como un mecanismo de protección de derechos 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) Cierto 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 consume 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 gravidez y depende económicamente de él, y que además su empleador estuvo enterado del estado de gravidez.

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 al consultar la Información de afiliación en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA en el Sistema General de Seguridad Social en Salud que la señora **KARINA BARBOSA POLO** no se encuentra afiliada como cotizante al sistema de salud de lo cual se infiere que no ejerce actividad laboral alguna, y que por el contrario se encuentra como beneficiaria desde el primero (01) de Agosto del dos mil veintitrés (2023) no solo al consultar la Información de afiliación en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino también al

observar la respuesta brindada por cuenta de la NUEVA E.P.S. con ocasión del oficio No. 3053 de fecha 23/10/2023 como procederemos a observar.



Bogota, 25 de octubre de 2023
VO-GA-DA-CERT-2023- 869146

Señor(a)
JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL
DIRECCION
HEIDI PATRICIA MARTINEZ
EMAIL: j03cmbmeja@cendoj.ramajudicial.gov.co
CIUDAD

Asunto: RADICADO 2023 00788 00

Reciba un cordial saludo en nombre de NUEVA EPS S.A., agradecemos su confianza al exponernos sus inquietudes.

En respuesta a la comunicación del asunto, una vez revisado su caso y validada la información en nuestro sistema, nos permitimos informarle los datos registrados.

Identificación	Nombres	Primer Apellido	Segundo Apellido	
1005240625	KARINA	BARBOSA	POLO	
Departamento	Municipio	Fecha Afiliación	Estado Afiliación	Régimen
ANTANDER	BARRANCABERMEJA	1/08/2023	ACTIVO	CONTRIBUTIVO
Dirección		Telefono	Correo	
3 52 B 44C 03 LAS GRANJAS		3174825126		
Nombre Afiliado	BENEFICIARIO	Parentesco	Compañero(a)	
Nombre Empresa	Tipo	Identificación	Dirección	Telefono

Para todas sus solicitudes de información y garantizar una mayor oportunidad a la respuesta puede enviar directamente su requerimiento al correo certificacionafiliaciones@nuevaeps.com.co

Esperamos haber dado trámite a su solicitud y le expresamos nuestra permanente disposición para atenderlo.

Cordialmente.

DIRECTOR DE AFIACIONES
Gerencia de Afiliaciones
Vicepresidencia de Operaciones

Elaboro: Claudia R

*Frente a cualquier desacuerdo en la decisión adoptada por la EPS ante la cual se elevó la respectiva queja o petición, se puede elevar consulta ante la correspondiente Dirección de Salud, sea esta la Departamental, Distrital o Local, sin perjuicio de la competencia prevalente y excluyente que le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, como autoridad máxima en materia de inspección, vigilancia y control de este sector.

Sede Administrativa
Carrera 85K No. 46A - 66
Telefono 419 3000
Bogotá, Colombia

Atención al Afiliado
Régimen Contributivo Bogotá 307 7022
Línea Gratuita Nacional 01 8000 954400
Régimen Subsidiado
Línea Gratuita Nacional 01 8000 952000

nuevaeps.co

Ahora también es importante manifestar que muy a pesar de lo expresado por el tutelante en cuanto a que notificó a la empresa sobre el estado de gestación de quien sería su compañera permanente, no se acredita o aporta evidencia de el hecho referido, así como que su despido fuera con ocasión de que la empresa presuntamente tuviera conocimiento de las condiciones manifestadas en el escrito tutelar.

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.

Así las cosas; En el presente caso, se probó la existencia de un contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año (duración inicial 3 meses), cuyo periodo inicial pactado fue desde el diecinueve (19) de octubre del dos mil veintidós (2022) hasta el dieciocho (18) de enero del dos mil veintitrés (2023) realizándose la primera prórroga desde el diecinueve (19) de enero de ese mismo año hasta el dieciocho de abril del corriente, notificándose al actor el tres (03) de junio de dos mil veintitrés (2023) que el contrato de trabajo suscrito se daría por terminado el dieciocho (18) de julio del dos mil veintitrés (2023).

En igual sentido es también probado que la señora **KARINA BARBOSA POLO** para el día seis (06) de septiembre del dos mil veintitrés (2023) contaba con ocho (08) semanas y dos (02) días de embarazo registrándose como fecha de última menstruación el diez (10) de junio del dos mil veintitrés (2023) es decir, ocho (08) días después de que se comunicó al señor **JHON ALEJANDO MANTILLA GOMEZ**, que su contrato de trabajo se daría por terminado, sin embargo, no se allegó ninguna evidencia que permita acreditar que el actor utilizó los medios de comunicación dispuestos por la empresa para notificar esta situación relacionada con la vinculación laboral, mas si se considera que la fecha aproximada de la concepción fue el mismo día en que cesó la relación laboral, es decir, el dieciocho (18) de julio del dos mil veintitrés (2023).



**RADIOLOGOS ASOCIADOS
BARRANCABERMEJA S.A.S.**
NIT 829002208-1

Fecha Realización:	B/bermeja 06/Septiembre/2023	Fecha Impresión:	B/bermeja 06/Septiembre/2023
Estudio Practicado:	ECOGRAFIA OBSTETRICA TRANSVAGINAL		
Paciente:	KARINA BARBOSA POLO		
Documento:	CC. 1005240626	Edad:	18 Años
Entidad que remite:	NUEVA PROMOTORA DE SALUD S.A. - NUEVA EPS 2023		
Médico que remite:	MD. ROXANA SARAY RODRIGUEZ GRIMALDO		
Informado por:	DRA. INGRID LORENA GUSTIN PINCHAO MD. RADIÓLOGA		

FUR: 10/06/2023 PARA 8 SEMANAS 2 DÍAS FPP: 15/04/2024.

Útero en AV aumentado de tamaño por embarazo, de forma habitual, contornos lisos bien definidos, sin lesión focal o difusa de su miometrio, que muestra en el fondo de la cavidad saco gestacional tónico de 3.4cm de diámetro medio para 8 semanas 4 días y en su interior embrión con CRL de 1.7cm para 8 semanas 1 días, con embriocardia positiva de 150L/Min.

Amnios, cavidad amniótica, reacción coriódécidual y saco vitelino normales.

No hay imágenes de hematomas ni desprendimientos.

OCI cerrado.

CONCEPTO:

- **EMBARAZO INTRAUTERINO DE 8 SEMANAS 3 DÍAS POR SGM Y CRL.**
- **EMBRIÓN ÚNICO VIVO.**
- **F.P.P:14/04/2024.**

9.- Así las cosas, prima facie la terminación del contrato de trabajo obedeció a la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculado el aquí accionante, y no con ocasión del estado de gravidez de su compañera permanente, del cual no existe evidencia de que para el momento en que quedo cesante tuviera tan siquiera conocimiento el tutelante de la gestación de la señora **KARINA BARBOSA POLO**, por lo que, en ese orden de ideas, es necesario indicar 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.

Fundamento por el que se confirmará parcialmente 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

4 Sentencia de Tutela de HENRY PALOMINO RANGEL contra ECOPETROL.

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 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)

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 el fallo de tutela de fecha Veintitrés (23) de Octubre del dos mil veintitrés (2023) proferido por el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA** dentro de la acción de tutela impetrada por **JHON ALEJANDO MANTILLA GOMEZ** en contra de **AVSA S.A.** por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: 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

TERCERO: 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: **5cdb063d563fb9b518fde1637b729ac88cd995efb4ca27bf1f5cee10741a5352**

Documento generado en 28/11/2023 03:58:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>