

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-391/21

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS-
Procedencia

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS EN EL ÁMBITO LABORAL-Orden de reintegrar al accionante, permitir la práctica del Sabbath y realizar acuerdos de compensación por las horas no laboradas

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS-El Sabbath como parte del núcleo esencial

DERECHO AL TRABAJO FRENTE AL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS-Despido por práctica religiosa del Sabbath

IGLESIA ADVENTISTA DEL SEPTIMO DIA-No puede imponerse el deber de trabajar el sábado

(...) la empresa accionada tenía la posibilidad de realizar ajustes razonables con el propósito de garantizar, por una parte, el cumplimiento del objeto del contrato de trabajo, y por otra, que el actor pudiera ejercer su derecho a la libertad de cultos.

LIBERTAD DE CULTOS DE INTEGRANTES DE CONFESIONES RELIGIOSAS, EN PARTICULAR DE MIEMBROS DE LA IGLESIA ADVENTISTA DEL SEPTIMO DIA-Criterios constitucionales relevantes para la restricción

LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS EN EL AMBITO LABORAL-Reiteración de jurisprudencia

SERVICIO DE CONSERJERÍA, SERVICIO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA-Características

Sentencia T-391/21

Referencia: Expediente T-8.126.306

Acción de tutela interpuesta por José Javier Díaz Gaviria en contra de Transportes CI S.A.S.

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en particular de las previstas por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo adoptado el 6 de noviembre de 2020 por el Juzgado Trece Civil Municipal de Cartagena de Indias, dentro del proceso de tutela promovido por José Javier Díaz Gaviria en contra de la empresa Transportes CI S.A.S.

I. I. ANTECEDENTES

El 22 de octubre de 2020, José Javier Díaz Gaviria presentó acción de tutela en contra de la empresa Transportes CI S.A.S. En su criterio, la empresa accionada vulneró sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de cultos, al terminar su contrato laboral de manera unilateral con fundamento en sus inasistencias al lugar de trabajo.

1. Hechos

1. 1. José Javier Díaz Gaviria prestó sus servicios como conserje a la empresa Transportes CI S.A.S., mediante un contrato laboral a término indefinido, del 19 de septiembre de 2013 al 20 de agosto de 2020, cuando la empresa decidió finalizar de manera unilateral el contrato de trabajo. En desarrollo de sus funciones, el accionante debía cumplir turnos en el horario de 6:00 p. m. a 6:00 a. m., bajo la modalidad de dos días de trabajo por un día de descanso.

2. El accionante manifiesta que, como consecuencia de su decisión de participar en el culto de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, debe guardar el Sabbath, entre el anochecer del viernes y el anochecer del sábado, como día de alabanza a Dios. Por esa razón, el 17 de junio de 2020, mediante derecho de petición, le solicitó a la empresa accionada (i) no programarle turnos laborales entre las 6:00 p. m. del viernes y las 6:00 p. m. del sábado y (ii) programar las horas de trabajo del sábado los lunes, martes, miércoles, jueves o viernes.

3. Sin haber obtenido una respuesta a su petición, el accionante decidió no presentarse a trabajar los días 19 y 26 de junio de 2020. Esta conducta fue sancionada por la empresa con la suspensión del contrato de trabajo por un término de cinco días, mediante oficios de 27 de junio de 2020 y 8 de julio de 2020, respectivamente. Como fundamento de su decisión, la empresa advirtió que el trabajador cometió «faltas graves y reiterativas contra las normas establecidas por la empresa, el [Reglamento Interno de Trabajo] y las obligaciones y prohibiciones especiales establecidas en los artículos 58 y 60 del [Código Sustantivo del Trabajo]».

4. El 1º de julio de 2020, la empresa accionada respondió negativamente la petición del accionante, por las siguientes razones: (i) las actividades contratadas deben ser ejercidas necesariamente de lunes a domingo, de 6:00 p. m. a 6:00 a. m.; (ii) para cumplir con la jornada máxima legal, la empresa contrató a tres personas, entre ellas el accionante, y les asignó turnos rotativos, con dos días de trabajo y uno de descanso; (iii) no programar el turno de trabajo en el horario solicitado implicaría recargar el horario de los compañeros de trabajo y del propio accionante, y (iv) no es posible contratar otro trabajador para que realice el turno de viernes a las 6:00 p. m. a sábado a las 6:00 a. m., debido a las condiciones económicas de la empresa. Por lo tanto, concluyó que resultaba «mucho más gravoso concederle [al trabajador] el derecho al disfrute del Sabbat que no hacerlo».

5. A pesar de la respuesta negativa de la empresa, el accionante no asistió a trabajar los días 31 de julio y 7 de agosto de 2020. Además, realizó cambios de turno con uno de sus compañeros entre el 1 y el 4 de julio. Por este motivo, la empresa lo citó a una diligencia de descargos, por la comisión de las siguientes conductas: «1. No presentarse a trabajar los días 31 de julio y 07 de agosto de 2020 sin presentar solicitud de permiso, justa causa de su ausencia o permiso para faltar. // 2. Acumular dos sanciones disciplinarias por faltas disciplinarias graves durante 2020, consistentes en faltar sin justa causa al turno de trabajo. // 3. Realizar cambios de turno con los compañeros de trabajo el día 01 al 04 de junio sin autorización de su jefe inmediato o supervisor».

6. En la diligencia de descargos, que se llevó a cabo el 18 de agosto de 2020, se le preguntó si era consciente de las dificultades que representaba reponer las horas en otro horario, la falta de personal para cubrir sus turnos y la necesidad de asignar su turno a personal no calificado como consecuencia de sus ausencias. A todo lo anterior contestó afirmativamente.

Asimismo, la funcionaria encargada del área de talento humano de la empresa le manifestó al accionante la posibilidad de «asignarle descanso dos viernes al mes para que desarrolle sus actividades espirituales». La propuesta fue rechazada por el trabajador, quien, en respuesta, solicitó que se le aumentara el turno de trabajo «una o dos horas en los días para compensar los viernes que no [viene], que no [le] paguen los viernes que no trabaj[a] y el cambio de turno con alguno de [sus] compañeros». La empresa no accedió a la propuesta del trabajador, argumentando que, por su cargo y funciones, «no es posible cargarle las horas de trabajo dejadas de prestar los viernes en el resto de días de la semana, dado que la labor de vigilancia en la empresa solo se requiere en el horario pactado con el trabajador».

7. El 20 de agosto de 2020, la empresa le notificó al accionante la terminación del contrato de trabajo «en forma unilateral y con justa causa», como consecuencia de las faltas disciplinarias constatadas. En su comunicación, la empresa advirtió que el hecho de tener que guardar el Sabbath no justificaba las ausencias del trabajador e insistió en que concederle permiso para faltar al trabajo todos los viernes implicaría, entre otras cosas, (i) sobrecargar laboralmente a los compañeros de trabajo y al propio trabajador, con los perjuicios que esto podría implicar para su salud, y (ii) incumplir las normas laborales y exponerse a eventuales sanciones.

2. Pretensiones y fundamentos de la acción de tutela

8. El accionante considera que la empresa accionada vulneró sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de cultos, como consecuencia de la terminación unilateral de su contrato de trabajo. Por lo tanto, solicita (i) el reintegro a sus actividades laborales; (ii) que se le concedan los días viernes y sábados como días de descanso, con el fin de guardar el Sabbath, y (iii) el pago de los salarios dejados de percibir. Como fundamento de su solicitud, manifiesta que el Sabbath es una de las principales creencias y festividades de la Iglesia Adventista de Séptimo Día y, por lo tanto, está cobijado por «el ámbito de protección de la libertad de religión y de cultos». En esa medida, advierte que obligarlo «a trabajar ese día conlleva desconocer por completo ese ámbito de protección de la libertad religiosa e implica obligarl[o] a actuar en contra de una de sus creencias centrales».

3. Respuesta de la entidad accionada

9. La empresa Transportes CI S.A.S. solicitó declarar improcedente la acción de tutela o, en

su defecto, denegar las pretensiones del accionante. En primer lugar, advirtió que la acción de tutela era improcedente, porque el accionante podía ejercer los medios de defensa ordinarios ante la jurisdicción ordinaria laboral, y no se advertía la necesidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

10. En segundo lugar, solicitó negar las pretensiones del accionante, con base en tres razones fundamentales. Primero, afirmó que la terminación del contrato de trabajo fue justificada, porque el trabajador aceptó haber faltado a sus obligaciones laborales y era consciente de que «fueron sus faltas y no una discriminación por sus preferencias religiosas, lo que conllevó a la terminación del vínculo contractual». Segundo, advirtió que permitirle al trabajador disfrutar el Sabbath implicaría someterlo a él y a sus compañeros «a una carga de trabajo excesiva que le generaría enfermedades físicas, emocionales y mentales; así como incumplir la Ley Laboral y exponerse la empresa a ser sancionada por el Ministerio del Trabajo», además, destacó que «el ejercicio de los derechos del accionante no [podía] trastornar el derecho de sus compañeros y de la Empresa». Tercero, indicó que la empresa intentó acceder a la solicitud del trabajador y, de hecho, decidió otorgarle unos viernes de descanso, sin embargo, «luego de varios viernes descubrió el grave perjuicio que se generaba para el actor, sus compañeros de trabajo y para la empresa», además, le planteó la posibilidad de «ofrecerle dos viernes al mes libres para sus actividades espirituales», propuesta que fue rechazada por el trabajador.

4. Sentencia de tutela

11. El 6 de noviembre de 2020, el Juzgado Trece Civil Municipal de Cartagena de Indias negó el amparo de los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de cultos del accionante. En primer lugar, el juzgado señaló que la acción de tutela era procedente, porque el accionante «no pretende que se le protejan únicamente los derechos legales emanados del contrato de trabajo, sino la protección a su libertad religiosa, el cual constituye un derecho fundamental constitucional (artículo 19 C.P.), evidenciándose que no existe otro medio de defensa judicial para atender el derecho reclamado que haga improcedente la tutela».

12. En segundo lugar, constató que (i) el Sabbath es una creencia fundamental para la Iglesia Adventista del Séptimo Día y (ii) el accionante tiene una convicción sólida, pues «pese a que nunca dejó de reconocer sus obligaciones laborales, se mostró firme en su decisión de dar

prelación a su deber de guardar el Sabbath».

13. En tercer lugar, aplicó un test de proporcionalidad, para verificar si la negativa de la empresa a otorgar al trabajador «todos los turnos del mes de viernes de 6:00 p. m. a sábados de 6:00 a. m.», con excepción de «dos viernes al mes libre para guardar el Sabbath», estuvo constitucionalmente justificada. En desarrollo de dicho test, constató que: (i) la medida tenía una finalidad constitucional, porque «trataba de garantizar de un lado [el] derecho a la libertad de cultos del accionante, y garantizar los derechos laborales de los compañeros a un trabajo en condiciones justas y dignas, sin extralimitación de cargas horarias»; (ii) era adecuada, «atendiendo a que en el cargo no hay movilidad horaria o jornada laboral flexible [y] existe un número uniforme de trabajadores desempeñando el cargo de conserje»; (iii) era necesaria, pues «la concesión de dos sábados para el accionante garantizaba el cumplimiento del fin limitando en menor medida el derecho que se ve restringido» y (iv) era proporcional, porque «no implicaba un sacrificio desproporcionado de valores y principios en contra de los compañeros del accionante y a favor de este».

14. En consecuencia, el juez de tutela concluyó que la decisión de la empresa de terminar unilateralmente el contrato de trabajo fue «garantista no solo de los derechos del accionante sino de los dos compañeros que comparten las funciones, toda vez que propugn[ó] por mantener unas condiciones horarias justas». Por lo tanto, denegó el amparo de los derechos al trabajo y la libertad de cultos del accionante. La sentencia de tutela no fue impugnada.

5. Actuaciones en sede de revisión

15. El expediente de la referencia fue escogido para revisión de la Corte Constitucional, mediante auto de 30 de abril de 2021 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro.

16. Primer auto de pruebas. Por medio de auto de 31 de mayo de 2021, la magistrada sustanciadora ordenó la práctica de pruebas y dispuso que, una vez recaudada la información correspondiente, se le diera traslado para que las partes y terceros con interés legítimo se pronunciaran al respecto.

17. Pruebas recaudadas con el primer auto. Mediante escrito de 4 de junio de 2021, el accionante informó que (i) está desempleado, trabaja de manera ocasional como vigilante y,

el resto del tiempo, se dedica a la venta de galletas en el barrio donde vive; (ii) su núcleo familiar está conformado por su esposa, que tiene siete meses de embarazo, su hijo menor de edad y su señora madre; (iii) no recibe apoyo económico de su familia ni ayudas por parte del Estado; (iv) debido a su situación económica, no ha acudido ante la jurisdicción ordinaria laboral para solicitar la protección los derechos que considera vulnerados y (v) pertenece desde su infancia a la Iglesia Adventista del Séptimo Día.

18. Por su parte, la empresa accionada remitió copia del contrato laboral suscrito con el accionante y del reglamento interno de trabajo, mediante comunicación de 9 de junio de 2021.

19. Respuesta de la empresa accionada. Surtido el correspondiente traslado, el 15 de junio de 2021, la empresa accionada allegó un escrito en el que llamó la atención sobre los siguientes cinco asuntos. Primero, no existe claridad sobre la situación laboral del accionante, pues éste figura en el sistema de información de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres) como vinculado al régimen contributivo de salud en calidad de cotizante. Segundo, no está probado que la madre del accionante integre su núcleo familiar. Tercero, el accionante omitió informar que sostiene a su familia con los ingresos que recibe como trabajador afiliado al sistema de seguridad social. Cuarto, el accionante no informó que, en la diligencia de descargos previa a la terminación del contrato de trabajo, la coordinadora de Talento Humano de la empresa le planteó la posibilidad de concederle dos viernes al mes para el ejercicio de sus actividades espirituales. Quinto, no es cierto que el accionante pertenezca desde su infancia la Iglesia Adventista del Séptimo Día, pues solo desde junio de 2020 solicitó permisos para ausentarse del trabajo con el fin de guardar al Sabbath. Por lo demás, la empresa insistió en los argumentos planteados a lo largo del proceso de tutela.

20. Segundo auto de pruebas. Mediante auto de 2 de julio de 2021, la Sala Quinta de Revisión decretó la práctica de nuevas pruebas y ordenó la suspensión de los términos del proceso. Esto, por cuanto del estudio preliminar del asunto, se advirtió la necesidad de contar con medios de prueba adicionales para determinar si existió una vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

21. Pruebas recaudadas con el segundo auto. Mediante comunicación de 12 de julio de 2021,

la empresa accionada remitió copia de las planillas de los turnos asignados en 2020 al accionante y a los otros dos trabajadores que prestaban el servicio de conserjería. Además, informó que el reglamento interno de trabajo (i) fue publicado el 1º de octubre de 2015, (ii) estuvo vigente durante toda la relación laboral con el accionante y (iii) fue objeto de modificaciones posteriores a la terminación del vínculo laboral. Por último, insistió en que «el Actor faltó a la verdad manifestando que practica la religión Adventista desde joven, que sostiene a su señora Madre y se encuentra desempleado».

22. Por su parte, mediante oficio de 12 de julio de 2021, el Ministerio del Trabajo informó lo siguiente:

Mediante la Ley 1920 de 2018, llamada ley del vigilante, el legislador habilitó jornadas laborales hasta doce (12) horas, integradas las relativas a trabajo suplementario, todo esto ante el consenso de los trabajadores. No obstante, si bien el empleador es autónomo en el desarrollo de su objeto contractual, tiene como obligación respetar la jornada máxima laboral y las demás garantías de los trabajadores. De igual modo, señaló que las empresas de vigilancia pueden adoptar la figura de cooperativas o cualquier forma societaria, las cuales no requieren la aprobación del Ministerio, pero sí están dentro de las facultades de inspección, control y vigilancia. Por ende, indicó que de conformidad con la competencia consagrada en los artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo, puede realizar en cualquier momento la revisión de las garantías laborales de los trabajadores de ese sector y cualquier otro, desde su salario hasta el cumplimiento de la jornada laboral y, si logra identificar algún incumplimiento relativo a las normas laborales, podrá imponer sanciones desde un (1) SMLMV hasta 5000 SMLMV, lo anterior previo inicio de un proceso administrativo sancionatorio.

23. Finalmente, en oficio recibido el 13 de julio de 2021, Positiva Compañía de Seguros se refirió a las medidas de prevención de riesgos laborales propias del sector de vigilancia. Así mismo, indicó que «cada empresa con el apoyo del área de talento humano debe generar una caracterización de la población en términos de perfiles ocupacionales, profesionales y de competencia que exigen cada una de las tareas a realizar, pero siempre manteniendo las mejores condiciones de salud y trabajo».

24. Respuesta de la empresa accionada. Efectuado el correspondiente traslado, el 16 de julio

de 2021, la empresa accionada allegó un nuevo escrito en el que indicó lo siguiente. Primero, en cuanto al informe remitido por Positiva Compañía de Seguros, precisó que «está dirigido a una empresa de vigilancia privada, cuya categoría no corresponde en lo absoluto al tipo de empresa que ostenta Transportes CI S.A.S., [puesto que], tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal de la misma, la actividad principal [que desarrolla] es el transporte de carga por carretera y de manera accesorio [se dedica] al comercio de vehículos automotores nuevos». Además, señaló que si bien el accionante ejercía un cargo similar al de vigilante, no debía cumplir con las obligaciones propias de dicho cargo, pues dentro de sus funciones no estaba responder por la seguridad de las instalaciones de la empresa y custodiarla con armas, sino hacer presencia en horario nocturno y reportar los eventos relacionados con la seguridad a las autoridades de policía.

25. Segundo, en cuanto al informe allegado por el Ministerio del Trabajo, manifestó que «dado que la empresa no ostenta la categoría de prestador del servicio de vigilancia y seguridad privada, a los trabajadores que ejercen el cargo de conserje no les es aplicable, aún por analogía, la jornada laboral de 12 horas que dispone el artículo 7 de la Ley 1920 de 2018, sino las normas del Código Sustantivo del Trabajo». Así mismo, indicó que «comparte el planteamiento de la Entidad, respecto a las posibles consecuencias que acarrea para el empleador la inobservancia de las [normas laborales], tanto así que ese mismo argumento se expuso al señor José Javier Díaz para no acceder a su solicitud de superar la jornada máxima legal establecida en los artículos 161 y subsiguientes del Código Sustantivo del Trabajo».

II. II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

26. La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia de tutela proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Objeto de la decisión, problema jurídico y metodología

27. Objeto de la decisión. La Sala constata que el asunto sub examine versa sobre la presunta vulneración de los derechos al trabajo y a la libertad de cultos del accionante, José

Javier Díaz Gaviria. Esto, por cuanto la empresa Transportes CI S.A.S., para la que trabajó como conserje entre los años 2013 y 2020, decidió terminar unilateralmente el contrato individual de trabajo, aduciendo justa causa para finalizar la relación laboral, debido a las reiteradas inasistencias del accionante al lugar de trabajo, al parecer derivadas de su obligación de guardar el Sabbath.

28. Problema jurídico. Corresponde a esta Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿La empresa accionada vulneró los derechos fundamentales a la libertad religiosa y de cultos y al trabajo del accionante al negarse a acceder a su solicitud de no programarle turnos entre las 6:00 p. m. del viernes y las 6:00 p. m. del sábado, en razón a que, como miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, debía guardar el Sabbath?

29. Metodología. Para dar respuesta al problema jurídico, la Sala (i) examinará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela. Superado este análisis, (ii) se referirá a la prestación de los servicios de vigilancia y conserjería, (iii) reiterará la jurisprudencia constitucional relacionada con la garantía de la libertad de cultos y de religión en el ámbito laboral, y, finalmente, (iv) resolverá el caso concreto.

3. Análisis de procedibilidad de la acción de tutela

30. La acción de tutela satisface los requisitos de legitimación en la causa por activa y por pasiva. La Sala constata que en el caso sub examine se cumplen los requisitos de legitimación en la causa por activa y por pasiva. En primer lugar, está acreditada la legitimación por activa, porque José Javier Díaz Gaviria, quien promovió la acción de tutela a nombre propio, es el titular de los derechos fundamentales cuya vulneración reclama. En segundo lugar, está acreditada la legitimación por pasiva pues se acredita la existencia de una relación de subordinación del accionante con la empresa accionada. En efecto, la presunta vulneración de derechos fundamentales tiene origen en la decisión de Transportes CI S.A.S. de terminar unilateralmente el contrato de trabajo suscrito con el accionante.

La Sala constata que en el asunto bajo examen se cumple con el requisito de inmediatez. De un lado, el hecho generador de la presunta vulneración de derechos fundamentales tuvo lugar el 1º de julio de 2020, cuando la empresa accionada respondió negativamente la petición del accionante, hecho que derivó en las ausencias del actor a su lugar de trabajo y que fue la causa directa de la terminación del vínculo laboral el 20 de agosto de 2020. De

otro lado, la acción de tutela fue presentada el 22 de octubre de 2020, esto es, tres meses después de la respuesta al derecho de petición presentado por el demandante y dos meses después de la terminación del contrato laboral. En razón de lo anterior, la Sala concluye que el tiempo transcurrido resulta razonable y proporcionado, por lo que se encuentra cumplida la exigencia de inmediatez.

32. La acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no tenga a su disposición otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, esta Corte ha señalado que la procedencia subsidiaria de la acción de tutela está justificada por la necesidad de preservar las competencias asignadas por el legislador a las distintas autoridades jurisdiccionales, con el fin de impedir su paulatina desarticulación y, de esa manera, garantizar el principio de seguridad jurídica.

33. En este sentido, si el ordenamiento jurídico ofrece mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados o amenazados, se debe recurrir a ellos, y no a la acción de tutela, de tal forma que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como una instancia judicial adicional. La inobservancia de este principio de subsidiariedad es causal de improcedencia de la tutela, y la consecuencia directa de ello es que el juez constitucional no puede entrar a decidir de fondo el asunto planteado.

34. A pesar de lo anterior, la Corte ha establecido que la eficacia de los mecanismos de defensa ordinarios solo se puede predicar en atención a las características y exigencias de cada caso concreto, de modo que se logre la finalidad de «brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada asunto» .

35. La Corte también ha sostenido que cuando lo que se pretende es la protección del derecho a la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones de trabajo, la acción de tutela «es el único mecanismo idóneo para hacerlo efectivo», con independencia de que, además, el accionante pretenda el reconocimiento de derechos laborales como el reintegro o el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir. En efecto, si bien los jueces laborales no tienen vedado el conocimiento de asuntos directamente relacionados con la protección de

derechos constitucionales, pues todos los jueces de la República son jueces de tutela, su esfera competencial, de conformidad con el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se encaminaría preferentemente al análisis de aspectos meramente contractuales, relacionados con las obligaciones que surgen para trabajador y empleador en el marco de la relación laboral.

36. En este orden de ideas, la Sala observa que el asunto bajo examen desborda cualquier discusión puramente legal emanada del contrato de trabajo, que le correspondería resolver de manera exclusiva al juez laboral. En cambio, reviste una clara relevancia iusfundamental, pues es evidente la tensión que existe entre el ejercicio a la libertad religiosa y de cultos y las prácticas legítimas de subordinación que tienen lugar en el marco de una relación de trabajo. Esto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, activa la competencia del juez de tutela para brindar una solución tanto célere como definitiva a la controversia planteada, pues «cuando lo que se persigue, en particular, es la protección del derecho a la libertad religiosa dentro del ámbito de una relación de trabajo, el amparo constitucional es el único mecanismo idóneo para hacerlo efectivo». Por lo tanto, la Sala de Revisión constata que la acción de tutela de la referencia satisface el requisito de subsidiariedad.

4. La prestación de los servicios de vigilancia y conserjería

37. De acuerdo con la Circular Externa 01 de 20 de enero de 2010, expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, los conserjes son personas que desarrollan actividades de mantenimiento, cuidado y custodia en un lugar determinado. La prestación del servicio de conserjería se rige por las normas generales del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, el empleador puede acogerse a las normas sobre turnos laborales previstos por la ley.

38. Por su parte, los servicios de vigilancia y seguridad privada son desarrollados por personas naturales o jurídicas, y solo pueden ser prestados previa obtención de licencia expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. En estricto sentido, las labores propias de los servicios de conserjería no se consideran actividades de vigilancia.

39. La Ley 1920 de 2018 (Ley del Vigilante) reguló algunos aspectos relacionados con las funciones del personal operativo de vigilancia. En particular, el artículo 7º estableció una jornada suplementaria aplicable a este sector, según la cual «los trabajadores podrán, previo

acuerdo con el empleador, laborar máximo en jornadas de doce (12) horas, sin que esto implique que se exceda la jornada máxima semanal de 60 horas, incluyendo las horas suplementarias». Además, señaló que «se mantendrá el tope máximo de la jornada ordinaria en ocho horas y se podrá extender la jornada suplementaria hasta por cuatro (4) horas adicionales diarias». En todo caso, se debe respetar el tiempo de descanso previsto en la normativa laboral vigente.

5. El derecho a la libertad religiosa y de cultos en el ámbito laboral. Reiteración de jurisprudencia

40. Con la promulgación de la Constitución de 1991, el Estado colombiano dejó de otorgarle a la Iglesia católica un tratamiento preferencial, para dar paso al establecimiento de un Estado laico y pluralista, en el que no son admisibles conductas o disposiciones jurídicas que favorezcan o discriminen a un credo en particular. En virtud de ello, el artículo 19 superior reconoció el derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos. A partir de este reconocimiento en la Constitución, la jurisprudencia ha entendido que «el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos está compuesto, principalmente, por tres posiciones jurídicas: (i) la libertad de religión, (ii) la libertad de cultos strictu sensu y (iii) el mandato de trato paritario a las entidades religiosas».

41. Por su parte, el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos sostiene que «la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás». Estas restricciones, a su vez, están previstas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de San José de Costa Rica.

42. Mediante la Ley 133 de 1994, el legislador estatutario reguló los aspectos esenciales del derecho a la libertad religiosa y de cultos. Para efectos de la resolución del problema jurídico planteado en esta providencia, se destaca (i) el reconocimiento del Estado como una entidad respetuosa del pluralismo religioso; (ii) la interpretación de este derecho conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República de Colombia; (iii) la garantía del ejercicio de los derechos de los demás como único límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de cultos; (iv) la regulación de los distintos escenarios en los

que se materializa el goce efectivo de este derecho, dentro de los cuales se destaca el ámbito laboral, en el que a ninguna persona se le puede impedir el acceso a un cargo o el ejercicio del mismo, por razón de sus convicciones religiosas; (v) la facultad del Estado para celebrar convenios de derecho público con las distintas iglesias, confesiones y denominaciones religiosas.

43. Por medio del Decreto 354 de 1998, se aprobó el Convenio de Derecho Público Interno 1 de 1997, entre el Estado colombiano y algunas entidades religiosas cristianas no católicas, entre estas, la Iglesia Adventista del Séptimo Día de Colombia. Atendiendo a la importancia del Sabbath para los miembros de esta confesión, en esta norma se incorporó una disposición especial de aplicación exclusiva para sus fieles, consistente en garantizar que su descanso laboral semanal tiene lugar desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, en sustitución del que establezcan las leyes y siempre que exista acuerdo entre las partes.

44. En reiterada jurisprudencia, esta Corte ha señalado que, tal como ocurre con todo derecho fundamental, el derecho a la libertad religiosa y de cultos está sujeto a límites que, si bien no están plasmados en el texto constitucional, han sido reconocidos por el legislador estatutario y desarrollados por la vía jurisprudencial, con el fin de, entre otras cosas, proteger los derechos y libertades de los demás y salvaguardar bienes como la seguridad, la salubridad y la moralidad pública.

45. En este sentido, es claro que ni el ordenamiento jurídico interno ni los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad establecen el carácter absoluto de los derechos en cuestión. Por el contrario, prevén la necesidad de armonizar su ejercicio con el de otros derechos constitucionales y admiten restricciones. Ahora bien, cuando el derecho a la libertad religiosa y de cultos se enfrente con otras garantías constitucionales, esta Corporación ha establecido que dichos conflictos deben resolverse a la luz del principio de minimización de los límites al ejercicio de este derecho. Desde la Sentencia C-088 de 1994, en la que se efectuó el control automático de constitucionalidad de la Ley 133 de ese mismo año, la Corte determinó que cualquier medida de restricción de esta garantía debe analizarse a partir de tres premisas fundamentales:

1) La presunción debe estar siempre a favor de la libertad en su grado máximo. 2) Esta sólo

puede restringirse en la medida en la que, racional y objetivamente, “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática”. 3) Las posibles restricciones deben ser establecidas por la ley, no arbitrarias ni discrecionales, como corresponde a un verdadero Estado de Derecho.

46. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional se ha referido al ejercicio del derecho a la libertad de religión y de cultos de los miembros de la Iglesia Adventista del Séptimo Día y, concretamente, a su convicción de considerar el sábado como un día dedicado a la adoración a Dios. De manera específica, la Corte ha estudiado el alcance de ese derecho fundamental cuando entra en conflicto con, por ejemplo, la facultad patronal de imponer horarios de trabajo. A continuación, se reseñarán algunas decisiones sobre el tema que resultan relevantes para el análisis del asunto de la referencia, en los que esta Corte ha concedido el amparo y ha ordenado a los empleadores adoptar las medidas necesarias para no interferir en la práctica religiosa del Sabbath.

47. En la Sentencia T-982 de 2001, la Corte estudió el caso de una integrante de la Iglesia Adventista del Séptimo Día que fue despedida por no asistir a su trabajo los sábados. La accionante adujo que, al inicio de su vinculación laboral, el reglamento interno de trabajo preveía un horario laboral de lunes a viernes, sin embargo, con posterioridad, el empleador cambió el horario y adicionó una jornada laboral de tres horas los sábados con el fin de lograr una mayor productividad. Aunque en varias ocasiones la accionante propuso compensar las horas del sábado en otro día de la semana, su empleador se negó a hacerlo.

48. Esta vez, la Corte concluyó que el derecho fundamental a la libertad religiosa incluye guardar un día de descanso para la adoración a Dios, cuando esa creencia (i) constituye un elemento fundamental de la religión que se profesa y (ii) es seria, y no acomodaticia. En estos casos, advirtió, que la imposición del cumplimiento inexcusable del horario de trabajo, en ejercicio del *ius variandi*, atenta contra las convicciones del trabajador y no es una medida necesaria ni proporcional para obtener el fin propuesto, en este caso, el de aumentar la productividad de la empresa. Por el contrario, debe ofrecerle la solución que resulte menos gravosa para el ejercicio de esa libertad. En ese sentido, tras aplicar un juicio de proporcionalidad, la Corte consideró que la decisión de imponerle a la accionante la obligación de trabajar el sábado afectó de manera grave su derecho a la libertad religiosa. En

consecuencia, ordenó el reintegro de la accionante y la reasignación de las horas de trabajo correspondientes al sábado durante otro día de la semana.

49. Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-327 de 2009. En este caso, la Corte se pronunció sobre la solicitud de amparo presentada por un trabajador que fue despedido por no asistir los sábados a su lugar de trabajo, debido a su convicción de guardar el Sabbath. El accionante manifestó que, desde su infancia, ha sido miembro activo de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. Por ello, al inicio de la relación laboral, puso en conocimiento de su empleador sus creencias y se pactó que trabajaría de lunes a viernes. No obstante, en vigencia del contrato laboral, el empleador decidió modificar el horario de trabajo, para incluir turnos sabatinos. Aunque el accionante presentó varias solicitudes para compensar dichos turnos durante la semana, finalmente, fue despedido por el incumplimiento del horario laboral.

50. En esta ocasión, la Corte reiteró que los conflictos entre la libertad de cultos y derechos patronales como la determinación del horario de trabajo se deben resolver bajo el principio de minimización de los límites a esa libertad. Así, sostuvo que el derecho a la libertad religiosa no puede ser desconocido por el patrono mediante la imposición de horarios de trabajo, cuando la creencia del trabajador es seria y no acomodaticia, en especial si existen medios alternativos que no afecten gravemente ese derecho fundamental. Además, precisó que las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar justificadas en un principio de razón suficiente aplicable, en especial, a la relación entre el fin buscado y el medio para alcanzarlo. En efecto, al hacer el análisis de proporcionalidad, la Corte concluyó que el medio elegido por la empresa no era necesario para alcanzar el fin propuesto, pues existía una medida alternativa, esto es, la compensación de las horas no laboradas. En ese sentido, consideró que la limitación del derecho fundamental no estaba constitucionalmente justificada y, en consecuencia, el despido era desproporcionado. Por ende, lo declaró ineficaz y ordenó el reintegro del trabajador.

51. Al resolver un caso similar, en la Sentencia T-673 de 2016, la Corte advirtió que la negativa del empleador a autorizar un cambio de horario buscaba una finalidad constitucional, pues «en desarrollo de la continuada subordinación o dependencia, como elemento del contrato de trabajo, el empleador está facultado legalmente para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o

cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos». No obstante, al analizar si esa medida era adecuada en el caso concreto, encontró que «existían otras alternativas distintas a la obligación de asistencia sabatina del peticionario, que permitían el cumplimiento del fin patronal y que son aptas para no interferir en la actividad económica de la empresa, puesto que del material probatorio se evidenció que no existía un número uniforme de trabajadores sabatinos, el cual fluctuaba entre 29 a 37 empleados, lo que demuestra que la operatividad del almacén no sufría ningún tipo de traumatismo por la ausencia de una sola persona».

52. Recientemente, en Sentencia T-049 de 2019, la Sala Séptima de Revisión resolvió un caso en el que un feligrés de la Iglesia Adventista del Séptimo Día consideraba que la Comisión Nacional del Servicio Civil había vulnerado su derecho a la libertad religiosa y de cultos. Lo anterior, por cuanto se negó a reprogramar una prueba psicotécnica, en el marco de un concurso de méritos, en un día diferente al sábado. En esa ocasión, la Sala concluyó que «[l]a práctica del Sabbath hace parte del núcleo esencial del derecho a la libertad religiosa y solo podrían ser objeto de discusión o transacción las medidas para compensar las actividades que no se realizan desde la puesta de sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, en aras del libre ejercicio de la actividad espiritual y religiosa». Sostuvo que, en virtud del modelo de Estado Social de Derecho previsto en la Constitución «no es constitucionalmente admisible que se imponga a la persona la carga de escoger entre sus principios, convicciones y prácticas religiosas o sus aspiraciones académicas, laborales o de otra índole».

53. A partir de estos precedentes, es posible identificar una serie de elementos que el juez constitucional debe analizar para resolver conflictos similares. En primer lugar, es necesario verificar que la petición del trabajador verse sobre un aspecto de la religiosidad, es decir, que se trate de una creencia fundamental y que esta sea sólida, seria, y no acomodaticia. En segundo lugar, el despido o la medida restrictiva de que se trate debe estar directamente relacionado con el ausentismo generado por el ejercicio de la libertad religiosa. Es decir, que debe constatarse la colisión simultánea entre los deberes laborales y religiosos del trabajador.

54. Una vez constatados estos elementos, con el fin de encontrar una solución que evite afectaciones excesivas tanto al derecho a la libertad religiosa y de cultos del trabajador como al ejercicio del ius variandi por el empleador, que es una expresión legítima del elemento de

subordinación en el contrato de trabajo, la Corte ha aplicado un juicio de proporcionalidad. Cabe resaltar que la sentencia T-673 de 2016, reconoció que no ha habido un criterio consistente para la aplicación del test en la jurisprudencia de esta Corte, pues este ha sido empleado bajo distintas designaciones o títulos. En todo caso, estableció que, en este tipo de controversias constitucionales, el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad, compuesto por los siguientes elementos:

(i) [L]a medida limitativa busca una finalidad constitucional, (ii) es adecuada respecto del fin, (iii) es necesaria para la realización de éste -lo cual implica la no existencia de una alternativa que garantice el cumplimiento del fin limitando en menor medida el derecho que se ve restringido y (iv) es estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado - esto implica un no sacrificio de valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.

55. Ahora bien, en esta providencia no se especificó expresamente la intensidad con que se debería realizar dicho escrutinio. Sin embargo, esta Sala de Revisión precisa que cuando se evidencie la tensión entre el derecho a la libertad de cultos y la facultad del empleador para exigir el cumplimiento incondicional del horario de trabajo, necesariamente la intensidad del juicio de proporcionalidad debe ser estricta, pues se trata de medidas que restringen el ejercicio de un derecho fundamental.

56. En Sentencia C-345 de 2019, la Sala Plena de esta corporación, consciente de la falta de uniformidad en la aplicación del test de proporcionalidad, unificó y aclaró los métodos para su aplicación. En aras de armonizar el precedente fijado en esa providencia con las decisiones dictadas por las salas de revisión, cuando existe una tensión entre el derecho a la libertad religiosa y de cultos, el test de proporcionalidad debe analizar que la medida sea (i) idónea o efectivamente conducente —esto es, que la medida de exigir el cumplimiento incondicional del horario de trabajo tenga asidero en una finalidad constitucional—, (ii) necesaria —es decir, que no existan alternativas igualmente idóneas que garanticen el cumplimiento irrestricto del horario de trabajo restringiendo en menor medida el derecho a la libertad religiosa y de cultos—, y (iii) proporcional en sentido estricto —lo que implica determinar que el grado de satisfacción del fin constitucional que se persigue sea superior al grado de afectación del derecho a la libertad de cultos, en particular, del disfrute de la festividad del Sabbath—.

57. Hecha esta precisión, la Sala procederá a resolver el caso concreto aplicando el juicio de proporcionalidad en los términos expuestos con anterioridad.

6. Solución del caso concreto

58. De conformidad con las reglas expuestas, la Sala estudiará, en primer lugar, si la solicitud de tutela elevada por el señor José Javier Díaz Gaviria versa sobre un aspecto de la religiosidad incluido en el ámbito de protección constitucional del derecho a la libertad religiosa y de cultos. En segundo lugar, constatará si el despido del accionante estuvo directamente relacionado con su ausentismo y si este último obedeció al ejercicio externo de su derecho a la libertad religiosa y de cultos.

59. Una vez constatados estos elementos, la Sala aplicará el juicio de proporcionalidad, con el fin de determinar si la decisión de la empresa de exigir el cumplimiento irrestricto del horario de trabajo está constitucionalmente justificada, esto es, si es proporcional, para lo cual aplicará el juicio descrito con anterioridad (supra, F.J. 55).

6.1. La petición del señor José Javier Gaviria Díaz versa sobre un aspecto de su religiosidad que goza de protección constitucional

60. Uno de los escenarios de proyección social y comunitaria del derecho a la libertad religiosa y de cultos, protegido tanto constitucional como convencionalmente, es la conmemoración de festividades. Dentro de ellas, se encuentra la conmemoración del Sabbath, propia de, entre otros, los fieles de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. De acuerdo con esta creencia «el sábado es un día de descanso, reflexión, disfrute y adoración para el pueblo de Dios. Se remonta al séptimo día de la semana de la creación, cuando Dios detuvo su obra y se tomó un tiempo para descansar (Génesis 2:2-3, ESV). Es un día de agradable comunión con Dios y con nuestros hermanos. Es un símbolo de nuestra redención en Cristo, una señal de santificación, una demostración de nuestra lealtad y una anticipación de nuestro futuro eterno en el reino de Dios».

61. En virtud de lo anterior, la Sala constata que el Sabbath es una creencia fundamental de los adventistas, dirigida a guardar el sábado para el descanso, la reflexión, el disfrute y la adoración a Dios. En esa medida, goza de protección constitucional, en el marco del ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de cultos. No obstante, para que dicha creencia esté

cobijada por ese ámbito de protección constitucional en un caso concreto, el juez debe tener certeza sobre la seriedad y solidez con la que es asumida por quien la profesa, es decir, debe verificar que no esté siendo utilizada como un pretexto o forma estratégica y coyuntural para evadir el cumplimiento de sus obligaciones.

62. En el asunto sub examine, la Sala constata que el Sabbath es una convicción firme, y no acomodaticia, del accionante. Esto es así, por las siguientes razones: (i) mediante escrito dirigido a la entidad demandada el 5 de junio de 2020, la Iglesia Adventista del Séptimo Día informó que el accionante es un feligrés activo de ese culto, que «sujeta su conciencia al cuarto mandamiento de la ley de Dios que señala que el sábado, séptimo día de la semana es para dedicarlo a Dios»; (ii) al ser requerido sobre sus convicciones en la materia, el actor, por medio de comunicación dirigida a la Corte Constitucional el 4 de junio de 2021, manifestó lo siguiente: «Desde mi infancia he pertenecido a la iglesia adventista, para mí es muy importante ser Adventista del Séptimo Día ya que conocí a mi Dios y he aprendido muchas cosas que me han hecho ser una mejor persona, quiero predicarle al mundo acerca del amor de Dios, por esta razón deseo ser fiel a Dios antes que a los hombres ya que Dios me ha ayudado y ha estado conmigo siempre. Por esta razón quiero guardarme para hacer su voluntad y predicar su palabra y amor, y para eso debo serle fiel».

63. En adición a lo relatado por la Iglesia Adventista del Séptimo Día y el propio accionante, sus acciones también permiten vislumbrar que su convicción es profunda, fija y sincera. Esto, por cuanto, desde que le comunicó a su empleador su decisión de participar activamente en el culto adventista, insistió en la necesidad de respetar esa creencia y buscó alternativas para no presentarse al trabajar entre las 6:00 p. m. del viernes y las 6:00 p. m. del sábado. Así, intentó el cambio de turno con sus compañeros, propuso la compensación de esa jornada laboral en otros días de la semana e incluso planteó la posibilidad de emplear la figura de la licencia no remunerada. Sin embargo, la empresa consideró que la alteración de los turnos podía perjudicar a los tres trabajadores dedicados a las labores de conserjería, y por esto decidió no concederle permiso al accionante para faltar al trabajo. Aun así, y pese a ser consciente de que su inasistencia acarrearía sanciones disciplinarias, el demandante prefirió ausentarse del trabajo, antes que dejar de guardar el Sabbath. Asimismo, cabe resaltar que el 5 de junio de 2020, la Iglesia Adventista del Séptimo Día informó a la empresa demandada que el actor es feligrés activo de esta confesión religiosa.

64. Cabe advertir que, en la audiencia de descargos llevada a cabo el 6 de julio de 2020, el accionante reconoció el incumplimiento de sus obligaciones laborales y del reglamento interno de trabajo. Incluso, dentro de las fórmulas de arreglo que planteó, manifestó que estaba dispuesto a que no se le pagaran las jornadas laborales en las que se ausentaría. En esa medida, es claro que ni la sanción máxima aplicable por su conducta, esto es, la pérdida del empleo por cuenta de la finalización del contrato de trabajo, lo hizo dudar de su convicción.

65. En la contestación de la acción de tutela, la empresa accionada cuestionó la convicción del accionante, pues afirma que solo tuvo conocimiento sobre la misma desde junio de 2020, cuando solicitó permisos para ausentarse del trabajo con el fin de guardar al Sabbath. Para la Corte, este argumento no es de recibo pues el goce efectivo de este derecho fundamental comprende el ejercicio de una libertad «que le permite a cada persona de forma independiente y autónoma creer, descreer o no creer en una determinada religión como medio de separación entre lo sagrado y lo profano, reconociendo a cada hombre su derecho a mantener la integridad de sus creencias, de alterar sus convicciones religiosas o de asumir posturas ateas o agnósticas». En esa medida, el alcance y contenido de esta garantía constitucional no está dada por el paso del tiempo, sino por los actos que, desde su propia convicción interna, llevan al sujeto a actuar de una determinada forma conforme a sus propias creencias.

6.2. El despido del accionante estuvo directamente relacionado con su ausentismo, originado en el ejercicio externo de su libertad religiosa y de cultos

67. Por las razones antes indicadas y con fundamento en los artículos 58.1, 60.4 y 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así como en los artículos 64.2, 69.1, 71.2, 74 y 78 del reglamento interno de trabajo de la empresa y la cláusula octava del contrato individual de trabajo, la empresa decidió terminar la relación laboral de manera unilateral, alegando justa causa derivada de la inasistencia del accionante. De hecho, tanto en su respuesta a la acción de tutela como en la intervención que allegó en sede de revisión, la empresa accionada señaló que el despido del accionante se debió a que no hubo manera de conciliar sus derechos con los intereses de la empresa. Esto, por cuanto, a pesar de las fórmulas de arreglo propuestas por el señor Díaz Gaviria y por la propia empresa, continuaba existiendo un conflicto entre las obligaciones laborales y religiosas del trabajador, lo que condujo a la

terminación de su vínculo de trabajo.

Esclarecidas estas circunstancias, procede la Sala de Revisión a practicar el test de proporcionalidad de intensidad estricta. De este modo, se evaluará la validez de la restricción al derecho a la libertad religiosa que implica la decisión adoptada por el empleador, consistente en exigir el cumplimiento del horario de trabajo de manera incondicional, incluso en las horas que, de acuerdo con el credo religioso acogido por el accionante, debería dedicar al Sabbath.

6.3. La medida de exigir el cumplimiento irrestricto del horario de trabajo por parte de la empresa accionada afectó de manera desproporcionada el derecho a la libertad religiosa y de cultos del accionante

68. La medida limitativa es idónea porque persigue una finalidad constitucional legítima. A la luz del artículo 333 de la Constitución, el texto constitucional dispuso que la empresa es la unidad básica del desarrollo económico, razón por la cual el ejercicio de la libertad de empresa constituye una finalidad constitucional legítima. Por esto, el ordenamiento jurídico ha previsto normas que facultan al empresario, como empleador, para exigirle en cualquier momento al trabajador el cumplimiento de órdenes relacionadas con el modo, el tiempo o la cantidad de trabajo e imponerle el deber de cumplir con el reglamento interno de trabajo durante la vinculación laboral. Esto, con el objetivo de lograr un adecuado desarrollo de las actividades de la empresa.

69. En este caso particular, la finalidad de solicitar el cumplimiento inexorable del horario de trabajo al accionante responde a la necesidad de custodiar los bienes de la empresa en la jornada nocturna. Para la Sala, dicho propósito se acompasa con la finalidad constitucional antes descrita, en razón a que la labor contratada se dirige al cuidado y la preservación de los bienes que permiten el desarrollo del objeto social de la empresa.

70. La medida de imponer el cumplimiento incondicional del horario de trabajo al accionante no es necesaria, porque la empresa tiene otras alternativas menos lesivas del derecho a la libertad religiosa y de cultos. Como se indicó en los antecedentes de esta providencia, la labor de conserjería demanda su prestación ininterrumpida los 365 días del año y, para ello, es desarrollada por tres empleados, asignando «turnos rotativos de la siguiente manera: 6:00 p. m. del respectivo día hasta las 6:00 a. m. del día siguiente con el tiempo de

descanso, trabajando 2 días cada trabajador y descansando uno». Dicho esquema de turnos tiene fundamento en el cumplimiento de las normas laborales y el reglamento interno de trabajo.

71. El accionante cumplió con este esquema de trabajo desde su vinculación hasta el 17 de junio de 2020, cuando presentó una solicitud ante la empresa para que no se le programaran turnos laborales en el horario de 6:00 p. m. del viernes hasta las 6:00 p. m. del sábado para que pudiera guardar el Sabbath. Según refiere la empresa accionada en la respuesta a la petición radicada por el actor, le permitió en varias semanas no trabajar en los turnos laborales en el horario de viernes de 6:00 p. m. hasta las 6:00 p. m. del sábado.

72. La accionada sostuvo que, con posterioridad, reconsideró su decisión de permitirle al demandante no trabajar o no programarle turnos entre las 6:00 p. m. del viernes y las 6:00 p. m. del sábado, porque era problemática. Lo anterior, en razón a que (i) las actividades para las que fue contratado necesariamente deben ser desarrolladas en jornada nocturna; (ii) el servicio se debe prestar de lunes a domingo, razón por la cual el turno de los viernes entre las 6:00 p. m. del viernes y las 6:00 p. m. del sábado debe ser cumplido por alguno de los tres trabajadores contratados para tal efecto; (iii) la decisión de contar con tres trabajadores para esta labor obedece a la obligación de cumplir la legislación laboral, de modo que se respete el tope máximo de horas laborables a la semana; (iv) permitirle que no trabaje en el turno solicitado, supone recargar de forma gravosa y desproporcionada el horario de todos los trabajadores que desarrollan las labores de conserjería y exponerlos al desarrollo de enfermedades físicas, emocionales y mentales; (v) constituye un riesgo de incumplimiento de la legislación laboral que podría acarrear sanciones pecuniarias o, incluso, el cierre de la empresa.

73. Debido a la negativa de la empresa en acceder a la solicitud, el actor dejó de acudir a los turnos nocturnos programados, razón por la cual fue citado el 25 de junio de 2020 para una audiencia de descargos. Al indagar por la razón que lo llevó a ausentarse sin permiso del empleador, el accionante sostuvo lo siguiente: «Es una decisión que yo tomé debido a la religión que profeso donde no se nos permite trabajar los días sábados». Además, en dicha diligencia se le preguntó si consideraba que era más importante ejercer su culto que cumplir con sus obligaciones laborales, ante lo cual respondió «Sí, señor».

74. En vista de que las ausencias del actor persistieron, la empresa lo citó a dos audiencias de descargos en las que sostuvo que su ausencia se debía a que la empresa no le había concedido el permiso para no trabajar entre el viernes y el sábado para que pudiera guardar el Sabbath. Se le preguntó nuevamente sobre sus prioridades en cuanto al ejercicio de su culto y el cumplimiento del contrato de trabajo y en ambas ocasiones ratificó lo dicho en la audiencia de 25 de junio de 2020, esto es, que la primera prevalecía sobre la segunda.

75. La empresa le planteó la posibilidad de otorgarle al accionante dos viernes de descanso al mes, para el disfrute del Sabbath. Manifestó que no era posible acceder a su solicitud de concederle todos los viernes del mes porque (i) implicaría la asignación de turnos nocturnos por más de dos días consecutivos, lo que podría generar riesgos en la salud física y mental de los tres trabajadores; (ii) exponería a la empresa a sanciones por incumplimiento de las normas sobre jornada máxima laboral; (iii) los compañeros de trabajo manifestaron que podrían acceder voluntariamente a hacer cambios solo ocasionalmente, pero no están dispuestos a asumir todos los turnos de los viernes; (iv) si se presenta alguna contingencia como enfermedad, calamidad o licencia, la empresa quedaría sin el personal necesario para realizar la labor de conserjería; (v) no existen condiciones económicas que le permitan a la empresa asumir la contratación de un cuarto trabajador para cubrir exclusivamente los turnos del actor.

76. Sin embargo, el actor rechazó el ofrecimiento y realizó la siguiente contrapropuesta: «(i) que se aumente mi turno de trabajo en una o dos horas en los días para compensar los viernes que no vengo, (ii) que no me paguen los viernes que no trabajo y (iii) el cambio de turno con alguno de mis compañeros. Si mis compañeros deciden no cambiar el turno, tampoco puedo venir. Independiente de lo que pase, no puedo venir porque tengo un compromiso con Dios».

77. Ante la imposibilidad de conciliar los intereses del trabajador y los de la empresa, el 20 de agosto de 2020, esta última decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo por las reiteradas ausencias del accionante.

78. Al respecto, la Sala advierte que, a partir de las pruebas aportadas al proceso, la exigencia del cumplimiento irrestricto del horario de trabajo no era una medida necesaria para alcanzar la finalidad perseguida. Esto es así, porque la empresa accionada tenía la

posibilidad de realizar ajustes razonables con el propósito de garantizar, por una parte, el cumplimiento del objeto del contrato de trabajo, y por otra, que el actor pudiera ejercer su derecho a la libertad de cultos.

79. Teniendo en cuenta que la finalidad del servicio contratado requiere de la prestación de forma ininterrumpida y en jornada nocturna, no era viable una alternativa consistente en desarrollar la labor encargada en jornada flexible. Asimismo, en la medida en que la jornada máxima laboral para este tipo de labor no puede superar las 12 horas, tampoco era posible contemplar un esquema de compensación de horas, pues ello implicaba que el actor tuviera turnos de 13 o 14 horas. Sin embargo, en ejercicio del *ius variandi*, la empresa podía valerse de la facultad patronal para imponer las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se debe prestar el servicio sin que fuera necesario obtener el consentimiento de los demás trabajadores. Así, podía ordenar a los otros trabajadores asumir todos los turnos desde el viernes a las 6 p. m. hasta el sábado a las 6 p. m. y que el actor asumiera los turnos del viernes desde las 6 a. m. hasta las 6 p. m. y el sábado desde las 6 p. m. hasta el domingo a las 6 a. m. Esto permitiría hacer compatible el cumplimiento del contrato de trabajo y la garantía del derecho a la libertad de cultos. Ahora, esto no se traduce en una facultad ilimitada que permita desconocer los derechos laborales de los demás trabajadores, quienes tienen igual derecho a que se garantice su descanso.

80. Con base en estas consideraciones, la Sala de Revisión reitera que el poder de irradiación de los derechos fundamentales alcanza a todas las esferas sociales. Bajo esta comprensión de los derechos fundamentales, ha de entenderse que el derecho a la libertad religiosa y de cultos tiene un efecto expansivo, incluso en el ámbito laboral, en el que, tratándose de los servicios de conserjería, debe ser garantizado por los empleadores mediante la adopción de ajustes razonables que permitan su ejercicio efectivo.

81. Con fundamento en lo anterior, la Sala de Revisión observa que la restricción del derecho a la libertad religiosa es innecesaria, por cuanto existen otros medios menos lesivos del derecho fundamental, que permiten asegurar la realización del fin constitucional que se persigue.

82. La medida no es proporcional en sentido estricto. Para determinar el grado de afectación del derecho a la libertad de cultos, la Sala debe tener en cuenta el carácter flexible o

inflexible (i) de la exigencia de cumplimiento del horario de trabajo y (ii) de la práctica de la festividad del Sabbath como rito propio de la Iglesia Adventista del Séptimo Día.

83. La exigencia del cumplimiento del horario de trabajo es una facultad patronal reconocida por el ordenamiento jurídico. En ejercicio del derecho a la libertad de empresa, el ordenamiento jurídico establece que el empleador tiene una amplia facultad para imponer las condiciones para la prestación del servicio pactado a través del contrato de trabajo. En ejercicio de esta facultad, el empleador se encuentra habilitado para variar las circunstancias de tiempo, modo y lugar para la prestación del servicio. Esto, en los términos de esta Corte, es lo que se conoce como el *ius variandi*, que constituye «una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador -público o privado- sobre sus trabajadores. Se concreta cuando el primero (empleador) modifica respecto del segundo (trabajador) la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo». Ahora, si bien dicha facultad no es absoluta, sí permite cierta flexibilidad en su ejercicio, de forma que el empleador pueda hacer ajustes razonables con el propósito de atender las necesidades de su negocio o, incluso, garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de sus trabajadores.

84. La práctica de guardar el Sabbath, propia de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, es una manifestación del ejercicio de la libertad religiosa y de cultos. Como se indicó con anterioridad, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido que el Sabbath es un rito de suma importancia para la Iglesia Adventista del Séptimo Día, lo que supone un cumplimiento escrupuloso de reservar el periodo que va desde la caída del sol los viernes hasta la caída del sol del sábado para el descanso, la reflexión, el disfrute y la adoración a Dios. Tanto así que, por ejemplo, en este caso concreto, el accionante estuvo dispuesto a que no se le pagara su salario en ese periodo e, incluso, a asumir las consecuencias del incumplimiento del contrato de trabajo basado en su firme e íntima convicción de cumplir con ese rito.

85. El grado de satisfacción de la medida de cumplimiento inexcusable del horario de trabajo no justifica la restricción del derecho a la práctica del Sabbath del actor. Para la Sala de Revisión es claro que, mientras el empleador cuenta con una amplia facultad que le permite hacer ajustes razonables a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se debe prestar el servicio contratado, en ejercicio del *ius variandi*, la práctica del Sabbath demanda de los fieles de la Iglesia Adventista del Séptimo Día un cumplimiento total e irrestricto de

este precepto religioso. Pues para los feligreses de esta confesión religiosa guardar el Sabbath de manera intermitente, tal como lo propuso la empresa demandada, no es una alternativa compatible con su dogma religioso.

86. Lo anterior pone en evidencia que la exigencia de dar cumplimiento incondicional al horario de trabajo para los fieles de este culto representa una limitación intensa y grave para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos. Por esta razón, la Sala considera que el grado de satisfacción de cumplimiento incondicional de la medida, en ejercicio del derecho a la libertad de empresa, no justifica la limitación del derecho a la libertad religiosa y de cultos del actor.

87. Así las cosas, la Sala concluye que la medida de exigir el cumplimiento inexcusable del horario de trabajo es desproporcionada, pues el grado de realización del fin constitucional que se persigue no es superior al nivel de afectación del derecho fundamental. En la medida en que la intensidad del compromiso del derecho es muy considerable, en tanto implica el desconocimiento de una obligación religiosa incondicional y de enorme trascendencia para el credo del accionante, sería de esperar que el grado de realización del fin constitucional que persigue el empleador fuera equivalente. Empero, al realizar este ejercicio de comparación, se concluye que el nivel de satisfacción del aludido fin no consigue compensar la grave afectación inferida al derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos.

7. Síntesis del caso

88. José Javier Díaz Gaviria interpuso acción de tutela en nombre propio, al considerar que Transportes CI S.A.S. vulneró sus derechos fundamentales al negarle la posibilidad de no trabajar los viernes desde las 6 p. m. hasta los sábados a las 6 p. m. Adujo que en ese lapso debe guardar el Sabbath como miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. El accionante fue despedido tras ausentarse reiteradamente de su trabajo, con el propósito de cumplir con dicho rito.

89. Tras verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala aplicó el juicio de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia de esta Corte, para los casos en los que se evidencia una tensión entre la libertad religiosa y la facultad patronal de exigir el cumplimiento inexorable del horario de trabajo. Como resultado de ese test, concluyó que, si bien esta facultad patronal es idónea, en tanto se sustenta en

una finalidad constitucional legítima, la misma no era necesaria porque el empleador contaba con alternativas igualmente idóneas que comportaban una afectación menor del derecho al disfrute del Sabbath. De igual manera, consideró que la medida no era proporcional en sentido estricto pues el grado de satisfacción del cumplimiento ineludible del horario de trabajo, no justificaba el grado de afectación del derecho a la libertad de cultos del accionante, en particular, del disfrute de la festividad del Sabbath.

90. Remedios y órdenes a proferir. La Sala Quinta de Revisión de Tutelas revocará la decisión de instancia, que negó el amparo de los derechos fundamentales al trabajo y libertad de cultos reclamados por el accionante. Así mismo, ordenara a la entidad accionada (i) reintegrar a José Javier Díaz Gaviria al cargo que ostentaba para el momento de la terminación del contrato o, de no poder hacerlo, a un cargo de iguales o mejores características al que desempeñaba, por un lapso no inferior a un (1) año, (ii) reconocer el pago de salarios, así como los correspondientes aportes a seguridad social, dejados de percibir desde la terminación del contrato de trabajo y hasta la fecha de notificación de la presente providencia, (iii) permitir a José Javier Díaz Gaviria el disfrute del Sabbath, como parte integral de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos. Para tal fin, el empleador deberá realizar los ajustes razonables que sean necesarios, de modo que el trabajador pueda observar esta obligación religiosa, sin que ello implique el incumplimiento de las obligaciones laborales para las cuales fue contratado.

. DECISIÓN

RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada por medio del auto de 2 de julio de 2021.

Segundo. REVOCAR la sentencia dictada el 6 de noviembre de 2020 por el Juzgado Trece Civil Municipal de Cartagena de Indias, que negó el amparo de los derechos fundamentales al trabajo y libertad de cultos del señor José Javier Díaz Gaviria. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al trabajo y libertad de cultos del accionante.

Tercero. ORDENAR a Transportes CI S.A.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de esta providencia (i) reintegre al señor José Javier Díaz

Gaviria al cargo que ostentaba para el momento de la terminación del contrato o, de no poder hacerlo, a un cargo de iguales o mejores características al que desempeñaba, por un lapso no inferior a un (1) año, y (ii) reconocer el pago de salarios, así como los correspondientes aportes a seguridad social, dejados de percibir desde la terminación del contrato de trabajo y hasta la fecha de notificación de la presente providencia.

Cuarto. ORDENAR a Transportes CI S.A.S. que permita al señor José Javier Díaz Gaviria el disfrute del Sabbath, como parte integral de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos. Para tal fin, el empleador deberá realizar los ajustes razonables que sean necesarios, de modo que el trabajador pueda observar esta obligación religiosa, sin que ello implique el incumplimiento de las obligaciones laborales para las cuales fue contratado.

Quinto. LIBRAR por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General