DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Concede amparo transitorio, empleador suspendió y prescindió de la prestación personal del servicio del trabajador

(…) la determinación de prescindir por completo y de manera indefinida de las actividades desarrolladas por el trabajador, sin desvincularlo y manteniendo los pagos económicos a los que tiene derecho, es una medida que tuvo un claro fundamento fáctico y jurídico en el momento en el que fue adoptada, cuando la pandemia y sus efectos estaban en furor, pero que con el tiempo perdió su razonabilidad, tornándose en arbitraria.

DERECHO AL TRABAJO-Fundamental/DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Alcance

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Reiteración de jurisprudencia

(…), el trabajo ocupa un lugar axial en el ordenamiento constitucional (preámbulo y artículos 1°, 25 y 53); y se trata de un derecho que debe desarrollarse en condiciones dignas y justas, lo cual significa que, tanto en el ámbito público como en el privado, deben respetarse los principios instituidos en el artículo 53 superior, la libertad, la igualdad, la dignidad y los derechos de los trabajadores, como son la intimidad, la integridad física y moral, el buen nombre y la libertad sexual, entre otros.

IUS VARIANDI-Manifestación del poder de subordinación que ejerce empleador sobre empleados que se concreta en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio

IUS VARIANDI-Discrecionalidad limitada de empleador para modificar condiciones laborales del trabajador

ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID 19-Superación de la pandemia y su impacto en la terminación, suspensión y modificación del contrato de trabajo

DERECHO A EJERCER PROFESION U OFICIO-Garantía constitucional

(…) la decisión del empleador de privar al trabajador del desempeño de funciones de manera indefinida [sin desvincularlo y reconociendo su salario y demás emolumentos] es violatorio del núcleo esencial del derecho al trabajo, “porque desconoce la facultad de desempeñar la profesión u oficio escogida, ya que el derecho al trabajo no se compone solamente del derecho a la renuncia, sino también de la facultad de las personas al generar condiciones laborales en las que ciertos trabajadores son relegados”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Tercera de Revisión-

SENTENCIA T-074 de 2023

Referencia: Expediente T-8.640.612

Acción de tutela instaurada por Wilson Hernán Torres contra Feilo Sylvania Colombia S.A.

Entidades vinculadas: Ministerio del Trabajo y de la Protección Social, Ministerio de Salud y EPS Famisanar S.A.S.1

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil dos mil veintitrés (2023).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El 4 de octubre de 20212, el señor Wilson Hernán Torres interpuso acción de tutela contra Feilo Sylvania Colombia S.A, con el objeto de obtener la protección de su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

1. Considera que sus derechos fundamentales fueron conculcados por la empresa para la cual labora porque, pese a que continuó recibiendo su salario de manera permanente, no fue llamado a reintegrarse a cumplir con sus actividades, luego de que culminara el aislamiento preventivo obligatorio ordenado para conjurar la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19. El demandante puso de presente que es miembro directivo de la organización sindical SINTRAVIDRICOL aunque no relacionó directamente dicha circunstancia con el motivo o pretensión de su acción de tutela.

1. El señor Torres cuestiona que le hayan impedido realizar sus actividades laborales, ya que el derecho al trabajo en condiciones dignas supone la plena realización de las personas, el desarrollo de la libertad y la autonomía, y el reconocimiento de la comunidad y la familia. Adicionalmente, expone que el ejercicio del ius variandi no es absoluto y, por lo tanto, las instrucciones que dicte el empleador “no pueden afectar el honor, la dignidad, ni los derechos mínimos del trabajador”3, por lo que “la orden de no realizar el trabajo, recibiendo la remuneración afecta las condiciones dignas del trabajo”4.

1. Añade que, en su caso, no existen motivos fundamentados en su salud que justifiquen su

no reintegro, puesto que los conceptos médicos no dan cuenta de alguna condición que le impida desempeñarse en sus labores. Considera que la empresa ha interpretado subjetivamente las disposiciones de las autoridades durante la emergencia sanitaria y ha condicionado el regreso al trabajo a la expedición de un modelo de certificado específico, que los médicos adscritos a la EPS no están obligados a producir. Por último, sobre la utilización de la licencia remunerada como mecanismo de discriminación, solicita que sea tenida en cuenta la sentencia T-611 de 2001, aunque su caso no sea completamente igual al resuelto en dicha providencia.

1. En consecuencia, formula como pretensión que se tutelen sus derechos fundamentales y que se ordene a la parte accionada "reinstalar al trabajador accionante, para retomar la prestación de servicios"5.

A. HECHOS RELEVANTES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. El señor Wilson Hernán Torres informó que tiene cuarenta y seis años6; reside en el municipio de Soacha (Cundinamarca); y vive con su esposa e hijas. Adicionalmente, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Feilo Silvania S.A -empresa comercializadora de productos de iluminación- y funge como vicepresidente de la seccional Bogotá de la organización sindical SINTRAVIDRICOL7.

1. Con ocasión de la pandemia ocasionada por el COVID-19, el 19 de marzo de 2020 los trabajadores de la empresa accionada entraron en aislamiento preventivo obligatorio, por lo cual dejaron de asistir a su lugar de trabajo para permanecer en sus casas. Para el momento de la interposición de la acción de tutela, el accionante no había sido reincorporado a sus actividades laborales, pese a que la mayoría de sus compañeros ya se encontraban laborando con normalidad.

1. El señor Torres dio a conocer su estado de salud al empleador y al juez de tutela a través de las siguientes acciones y circunstancias:

i. El 29 de mayo de 2020 diligenció la "Encuesta Preoperacional de Reporte de Condiciones de Salud por Covid 19", por medio de la cual informó que padece de rinitis alérgica; recientemente había tenido un cuadro gripal sin complicaciones, respecto del cual no se realizó prueba diagnóstica de COVID-19; y estuvo viviendo con su madre durante cinco meses para protegerla de ese virus8.

i. El 24 de junio de 2020, el señor Torres remitió a la empresa certificado expedido por el médico tratante de la EPS Famisanar, que señalaba lo siguiente: “paciente actualmente con antecedentes de rinitis alérgica e intoxicación por vapor de mercurio, en valoración con toxicología actual, en buen estado general sin síntomas respiratorios o comorbilidad. Si paciente debe reingresar a laborar debe ser con las medidas de bioseguridad adecuadas y acatando los protocolos exigidos por el Gobierno Nacional”910.

i. Al ser instado por la empresa, el 16 de septiembre de 2020 el accionante solicitó una nueva cita médica en Famisanar y recibió un segundo certificado, en el que consta que “el paciente Wilson Hernán Torres, a la valoración realizada el día de hoy, no evidencia patologías que impidan participar en actividades normales en comunidad”11. Este fue remitido inmediatamente al empleador12.

i. El 22 de enero de 2021 le expidieron una tercera certificación médica, reiterando lo conceptuado en la anterior13.

i. El 5 de febrero de 2021 radicó derecho de petición, solicitando lo siguiente: “me reintegren a mis labores al interior de la empresa teniendo en cuenta los certificados médicos y mi condición de aforado sindical”14.

i. El 29 de marzo de 2021, respondió nuevamente la “Encuesta Preocupacional de Reporte de Condiciones de Salud por Covid 19”, indicando que continuaba con rinitis alérgica y tenía una cirugía programada por vena várice. Asimismo, dio a conocer que ya no residía con su madre, que no había tenido nuevos síntomas gripales y que desconocía si vecinos o personas cercanas habían sido diagnosticados con COVID-19.

i. Por exigencia de la empresa, el 30 de abril de 2021 acudió nuevamente a cita médica en la EPS y solicitó la expedición de un nuevo certificado médico de su estado de salud. Obtuvo como respuesta que “esa clase de certificación específica son [sic] de competencia a la ARL donde esté afiliado, y solo le puedo anexar una remisión”1516.

i. El 5 de septiembre de 2021, recibió la primera dosis de la vacuna contra el COVID-19 y la segunda inoculación estaba programada para el 3 de octubre del mismo año.

1. Por su parte, la empresa accionada ha sostenido las siguientes comunicaciones con el accionante y ha adelantado las actuaciones que se relacionan a continuación, encaminadas al regreso a su lugar y actividades de trabajo:

i. Atendiendo a la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, a finales del mismo mes, pidió a los trabajadores diligenciar el "'Formato de Referencia y Contrarreferencia', que implicaba la remisión a médico general de la EPS"17.

i. En mayo de 2020, solicitó a todos los trabajadores responder la "Encuesta Preoperacional de Reporte de condiciones de salud por Covid-19"18.

i. No hubo pronunciamiento alguno respecto al primer concepto médico, remitido por el accionante.

i. En octubre de 2020, al responder a comunicación telefónica realizada por el señor Torres, el ingeniero Carlos Galvis, en calidad de director de seguridad industrial de la empresa, le aconsejó continuar en la casa y le aseguró que lo llamarían cuando necesitaran sus servicios.

i. El 25 de febrero de 2021, respondió al derecho de petición elevado por el señor Torres, señalando que le solicitó acudir a la EPS por los síntomas declarados en la primera encuesta; que la no reincorporación no se relaciona con su actividad sindical; que los certificados médicos no son determinantes porque también deben tenerse en cuenta la vulnerabilidad y convivencia; que "al igual que usted hay muchos otros colaboradores que no han sido llamados a prestar el servicio"20; y le solicitó que nuevamente diligenciara la encuesta y allegara otra certificación en la que constara que no tiene patologías y en la que se definiera si su padecimiento respiratorio podría afectar las actividades en la empresa21.

i. Al conocer la segunda certificación médica, el 19 de mayo de 2021, envió correo electrónico al accionante solicitándole acudir nuevamente a la EPS para que expidiera una nueva, ciñéndose a los términos exigidos por la empresa22.

1. De otra parte, el accionante pone de presente que, desde marzo de 2020 -momento en el cual recibió la instrucción de permanecer en su casa- la empresa le ha pagado el salario

completo, y que “hay nueve personas en aislamiento, una compañera y yo somos directivos [del sindicado], ocho tienen comorbilidad”23.

A. RESPUESTAS DE LA EMPRESA ACCIONADA Y LAS ENTIDADES VINCULADAS

Feilo Sylvania Colombia S.A.

1. De acuerdo con lo señalado por el juez de primera instancia en la presente acción de tutela, la empresa Feilo Sylvania S.A. no respondió dentro del término legal previsto para que ejerciera su derecho a la defensa, motivo por el cual se aplicó la presunción de veracidad establecida el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. Por ello, se dieron por ciertos los hechos narrados por el accionante en su demanda. No obstante, la accionada expuso sus argumentos en escrito presentado por fuera del término.

1. En el escrito presentado extemporáneamente24, la empresa accionada informó que ha cumplido con las directrices impartidas por el Gobierno Nacional con ocasión de la pandemia por el COVID-19; que la medida para que el señor Wilson Hernán Torres permaneciera en casa fue adoptada como consecuencia de las respuestas suministradas por el trabajador en la “Encuesta Preoperacional de Reporte de Condiciones de Salud por COVID 19”, dado que allí reportó tener síntomas asociados a la enfermedad, padecer rinitis y convivir con una persona mayor; y que los certificados médicos que acreditan sus buenas condiciones de salud para prestar los servicios de manera presencial no son el único criterio de la compañía, “toda vez que, partiendo de los mismos lineamientos impartidos por parte del Gobierno Nacional, uno de los aspectos a considerar con el fin de definir la pertinencia o no de retomar la presencialidad, ha sido el entorno familiar de las personas, y dado que el mismo accionante refirió que existen personas que con las que convive [sic] tienen un alto nivel de vulnerabilidad frente a la enfermedad, mi representada declinó la incorporación del accionante al cargo”.

EPS FAMISANAR

1. La EPS Famisanar solicitó ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva y manifestó que el señor Wilson Hernán Torres está activo en el régimen contributivo, Categoría A, por su calidad de cotizante dependiente, al ser empleado de Feilo Sylvania Colombia S.A.; sus aportes estaban al día y no se encontraba adelantando ningún proceso de medicina laboral.

Ministerio de Salud y de la Protección Social

1. Minsalud solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente en relación con dicha entidad y expuso que esta “solo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas”25.

Ministerio del Trabajo

1. En primer lugar, afirmó que “[d]ebe declararse la improcedencia de la acción de tutela en referencia contra el Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que esta Entidad no es ni fue la empleadora del accionante, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre el demandante y esta Entidad, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte de este Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno”26.

1. Añadió que no es la entidad competente para pronunciarse sobre el debate jurídico constitucional y realiza algunas precisiones conceptuales sobre las figuras de suspensión del contrato, trabajo en casa, teletrabajo y permiso remunerado.

Sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Bogotá D.C.

1. El 13 de octubre de 2021 el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Bogotá resolvió negar el amparo solicitado y desvincular a la EPS Famisanar y a los dos ministerios que habían sido llamados a participar en el trámite.

1. Como sustento de lo anterior, expuso que al señor Wilson Hernán Torres no se le vulneró el derecho al trabajo, dado que “la separación de sus funciones no fue una decisión arbitraria, ni discriminatoria en razón a su actividad sindical, pues el mismo accionante

reconoce que fue separado de sus funciones a fin de cumplir con el aislamiento obligatorio”27; también existen motivos suficientes para haber adoptado la determinación de no reincorporarlo a sus actividades ordinarias, puesto que él “no es el único que a la fecha no ha podido retomar sus actividades laborales”28. Asimismo, afirmó que es razonable que la empresa solicite la expedición “de un certificado médico que determine si las afecciones respiratorias como consecuencia de la exposición a vapores de mercurio, comportan algún grado de limitación a sus funciones”29.

1. En esa medida, concluyó que “los requerimientos de la empresa accionada, lejos de ser arbitrarios o discriminatorios, resultan ser garantes a los derechos fundamentales del actor, pues propende a garantizar condiciones laborales que sean compatibles con su estado de salud, así mismo, pese a la falta de prestación del servicio por parte del promotor, la compañía no ha desmejorado sus condiciones laborales, pues el accionante reconoció que cancela oportunamente su salario, y se constató a través de la certificación expedida por FAMISANAR EPS que ha cancelado los aportes correspondientes al SGSSS hasta el mes de octubre de 2021, sin que a la fecha presente novedad de retiro en la afiliación”30.

1. Adicionalmente, dispuso la desvinculación de FAMISANAR EPS, el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud y de la Protección Social, en razón a que “con sus conductas no se acreditó vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante”31.

Impugnación

1. El 19 de octubre de 2021 el señor Wilson Hernán Torres impugnó el fallo proferido en primera instancia, al no encontrarse de acuerdo con la decisión y las consideraciones en torno a la razonabilidad de las actuaciones de su empleador. Expuso los siguientes motivos:

i. No existe riesgo de una nueva exposición al mercurio en la empresa, porque el Decreto 419 de 2021 prohibió usar ese material. Además, varios empleados sufrieron ese accidente.

i. “Ni la empresa, ni el juez han demostrado que sea incompatible e insuperable la realización de actividades laborales del trabajador”32, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

i. Exigir condiciones determinadas de salud para el desempeño de funciones es un criterio sospechoso de discriminación según el artículo 13 superior; estas no deben ser demostradas por el trabajador, sino desvirtuadas por el empleador; y no pueden servir para limitar el derecho humano al trabajo.

i. Colombia ya no está en estado de excepción.

i. Se han aportado suficientes certificaciones médicas que dan cuenta de las buenas condiciones de salud en las que se encuentra el trabajador y su aptitud para realizar actividades laborales.

Sentencia de segunda instancia, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá D.C.

1. El 23 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá D.C. confirmó la decisión impugnada. Consideró que la situación fáctica planteada da a entender que, pese a que se empleó la figura de la suspensión del contrato prevista en el artículo 51 CST, subrogado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990, "es tan garante y protectora de derechos fundamentales la actuación de la sociedad demandada (…) que en ningún momento ha suspendido el pago de sus prestaciones sociales, o implicado una desmejora en sus condiciones laborales, como tampoco que sea una posición asumida por el hecho que el accionante sea miembro del sindicato"33. Sostuvo que, incluso, la accionada ha dejado de lado la facultad reconocida en el artículo 53 de la misma codificación, que hubiese permitido la cesación temporal de la mayoría de las obligaciones de las partes de la relación laboral.

1. De esa manera estimó que el objeto de la controversia debería ser ventilado ante el juez natural dado que, "a pesar de encontrarse el contrato de trabajo suspendido, se ha brindado por parte de la sociedad accionada todo el apoyo al accionante, y éste no se encuentra en una especial situación de riesgo, ni es una situación de vulnerabilidad que requiera de una medida urgente de protección por parte del juez constitucional"34.

A. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante auto del 23 de agosto de 2022, el magistrado sustanciador practicó pruebas, con el propósito de conocer y profundizar en la modalidad de trabajo desarrollada por el

accionante, las condiciones particulares en las que se desempeña, los motivos que tuvo la compañía para modificar las condiciones en las que el contrato se desarrolla, su situación laboral en la actualidad, e información general sobre otros trabajadores.

1. A través de su segunda representante legal, el 9 de septiembre de 2022, Feilo Sylvania Colombia S.A. respondió al auto de pruebas señalando lo siguiente:

i. El señor Wilson Hernán Torres está vinculado con la empresa desde el 17 de enero de 2000, mediante contrato de trabajo a término indefinido y labora en el Grupo Operativo de Apoyo, el cual desarrolla actividades de soporte en el área comercial.

i. En la Encuesta Preoperacional de Reporte de Condiciones de Salud por Covid 19, -diseñada por la empresa para cumplir con los lineamientos de salubridad dados durante la reciente pandemia-, el accionante dio a conocer que sufre de rinitis alérgica, que había padecido síntomas gripales35 y que convivía con una persona mayor. Por esa razón, el señor Hernán Torres fue enviado a su casa desde el 20 de marzo de 2020 con el reconocimiento de sus salarios y prestaciones. Dada la naturaleza de sus labores, es imposible usar las figuras del trabajo en casa o el teletrabajo, "y en pro de garantizar el derecho del trabajo en condiciones dignas y justas del accionante de su salud, y la de su familia, y sin llegar a la decisión de suspender el contrato u otra por una licencia remunerada, se decidió enviarlo a su domicilio con el pago completo de sus salarios y prestaciones sociales"36.

i. A la fecha, no se han reintegrado todos los trabajadores del área donde labora el accionante, "puesto que la compañía no está desarrollando el 100% de las actividades que se ejecutaban ante las [sic] crisis sanitaria producida por la propagación del virus Covid 19"37.

i. La medida adoptada respecto del accionante se ha mantenido en el tiempo porque, pese a que los certificados de la EPS aportados por él dan "cuenta [de] que está en buenas condiciones para prestar sus servicios en presencialidad"38, ese no es el único criterio para tener en cuenta; en efecto, en su entorno familiar hay personas con un alto nivel de vulnerabilidad frente a la enfermedad. Otro motivo son las necesidades del servicio de la empresa, pues después de la crisis sanitaria no se encuentra desarrollando todas sus actividades.

i. "En ningún sentido se han menguado los derechos sindicales al señor Wilson Hernán Torres, al contrario, como miembro de la Junta Directiva de la Organización Sindical

SINTRAVIDRICOL ha asistido a las siguientes Asambleas Nacional de Delegados:39” del 16 a 26 de abril de 2021, del 22 de octubre al 2 de noviembre de 2021 y del 24 de junio al 5 de julio de 2022, para las cuales ha recibido las correspondientes autorizaciones.

i. El Grupo Operativo de Apoyo “está conformado por varios trabajadores, de los cuales ocho (8) incluyendo al señor Wilson Hernán Torres se encuentran en la misma situación”40.

1. Por su parte, el señor Wilson Hernán Torres no respondió al auto de pruebas proferido en sede de revisión. Sin embargo, el 13 de septiembre de 2022 se pronunció, luego de que la Secretaría General de la corporación pusiera a disposición las pruebas recaudadas, para poner de presente lo que se sintetiza a continuación:

i. No se encuentra desarrollando alguna actividad laboral, remota o presencial; y le pagan el salario básico sin auxilio de transporte. Ello, pese a que “la emergencia sanitaria ya terminó”41.

i. Recuerda que existen conceptos médicos que aseguran que él es “acto [sic] para estar en comunidad y trabajar”, los cuales no han sido tenidos en cuenta por Feilo.

i. Como directivo sindical “siento vulnerado el derecho a ejercer la actividad sindical dentro de las instalaciones de la empresa, relación directiva con las bases, además que no tengo acceso a la compañía, las dos veces que me han dejado entrar, sólo me han permitido entrar hasta la portería, a la planta del grupo operativo no, planta donde yo trabajo, ni siquiera permiten que entre a las oficinas de recursos humanos”42.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. Esta Sala es competente para conocer de la revisión de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política; los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991; así como en virtud del Auto del 29 de abril de 2022, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Cuatro de esta Corte, que decidió someter a revisión la decisión adoptada por los jueces de instancia dentro del presente proceso43.

A. CUESTIÓN PREVIA: PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Antes de estudiar el fondo del asunto objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, corresponde determinar si la presente acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política44, desarrollados por el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional. Se trata de analizar si las partes están legitimadas para actuar en el proceso y si se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela.

Legitimación en la causa

1. La legitimación en la causa por activa se refiere a que el promotor de la acción de tutela esté habilitado para emplear dicho mecanismo judicial porque es el titular de los derechos cuya protección reclama, o debido a que actúa a través de la figura de la agencia oficiosa, o la representación (legal o contractual). Al respecto, el artículo 86 constitucional preceptúa que "toda persona tendrá acción de tutela". En desarrollo de lo anterior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que esta "podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante".

1. Sobre la legitimación en la causa por pasiva, el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela procede contra "cualquier autoridad pública", y asigna a la ley el establecimiento de los casos en los que esta "procede contra particulares". En consecuencia, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 prevé que la acción constitucional es procedente contra las acciones u omisiones de particulares cuando: (i) estos presten servicios públicos o actúen en ejercicio de funciones públicas; (ii) exista una relación de subordinación o indefensión directa o indirecta con una organización privada; (iii) se trate de impedir que se viole la prohibición de esclavitud, servidumbre y trata de personas; (iv) "la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio de habeas data"; y (v) "se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas".

1. A la luz de lo anterior, se analiza que el señor Wilson Hernán Torres está legitimado para interponer la acción de tutela bajo estudio porque es el titular del derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas, contemplado en el artículo 25 superior, dada su calidad de trabajador dependiente, emanada del contrato laboral a término indefinido suscrito con la empresa accionada.

1. En cuanto a la parte accionada, Feilo Sylvania Colombia S.A., se observa que está legitimada en la causa por pasiva, en tanto se trata de una entidad privada respecto de la cual el accionante tiene una relación de subordinación, en virtud del vínculo laboral que sostienen. En efecto, a lo largo de los años45 esta corporación ha entendido que las relaciones derivadas de un contrato de trabajo están enmarcadas en el ámbito de la subordinación, entendida como "el acatamiento y sometimiento a órdenes proferidas por quienes, en razón de sus calidades, tienen la competencia para impartirlas"46, amparándose en un título jurídico47, como es el caso del contrato laboral.

1. El artículo 86 constitucional establece que la acción de tutela es un mecanismo para la "protección inmediata" de los derechos fundamentales que puede ser interpuesto "en todo momento y lugar", respecto de lo cual la Corte ha señalado que, si bien no existe un término de caducidad para la interposición de la acción, esta debe ser instaurada en un tiempo razonable, atendiendo a la finalidad de solucionar de manera urgente las situaciones que vulneren o amenacen los derechos fundamentales48.

1. Adicionalmente, la jurisprudencia ha indicado que, cuando se evidencie que transcurrió un lapso de tiempo extenso entre el hecho vulnerador y la presentación de la acción, esta debe ser admitida cuando la inactividad tenga un motivo válido, vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados, tenga un nexo causal con la afectación de los derechos de los interesados; o en los eventos en los que la transgresión a las garantías fundamentales sea permanente en el tiempo y, por tanto, la situación desfavorable de la parte actora sea continua y actual49.

1. En este caso, la censura principal del accionante gira en torno a no haber sido llamado a reintegrarse de manera presencial a su puesto de trabajo, pese a que sus compañeros regresaron a la empresa tras la reactivación económica poscovid, lo cual se presume que ocurrió entre mayo y junio de 2020, pues pese a que en la narración de la situación fáctica descrita no aparece la fecha exacta en la que la empresa reinició labores presenciales e impidió que el accionante lo hiciera, durante esos meses de diligencia la Encuesta Preoperacional de Reporte de Condiciones de Salud por Covid-19 y remitió el primer concepto emitido por la EPS que indica que no había impedimentos para que él se reintegrara a la empresa. Dicha circunstancia indica que se está frente a un caso de posible violación continuada de derechos, puesto que el alegado mandato de permanecer en casa, beneficiándose del salario, continuaba existiendo en el momento de interposición de la acción de tutela y, por lo tanto, la presunta situación vulneradora de las garantías fundamentales continuaría de manera permanente en el tiempo.

1. Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que, en el señalado interregno, el accionante no estuvo inactivo, sino que desplegó acciones encaminadas a volver a la empresa a desempeñar sus funciones. En efecto, en los meses de septiembre de 2020 y enero, febrero, marzo y abril de 2021, el señor Torres realizó actos como solicitar a la EPS Famisanar conceptos sobre su estado de salud, responder nuevamente la encuesta diseñada por la compañía y elevar una petición ante su empleador exponiendo la situación. Así mismo, es relevante mencionar que en el escrito de tutela se informó que el 5 de septiembre de 2021 el accionante recibió la primera dosis de la vacuna contra el Covid-19 y que estaba a la espera de la segunda.

1. A la luz de lo anterior, se concluye que la protección solicitada por el señor Wilson Hernán Torres contra Feilo Sylvania Colombia S.A. satisfizo el criterio de inmediatez de la acción de tutela, puesto que, pese a que transcurrió más de un año entre el inicio del presunto hecho vulnerador y la presentación de la acción –que tuvo lugar el 4 de octubre de 2021-, se está ante un caso de presunta vulneración continuada de derechos fundamentales, que se encontraba vigente al momento de presentarse la acción.

Subsidiariedad

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 superior, desarrollado por los artículos 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene carácter subsidiario, de tal forma que solo puede ser empleada como mecanismo definitivo de protección cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o, cuando existiendo, este no sea idóneo o eficaz para la protección de los derechos fundamentales; y como mecanismo transitorio cuando se verifique la existencia o inminencia de un perjuicio irremediable.

1. A la luz de múltiples sentencias de revisión de fallos de tutela50 se tiene que, a la hora de analizar la idoneidad y eficacia de los recursos ordinarios, es preciso discernir si, en el caso concreto, estos son aptos para proteger los derechos fundamentales y están diseñados “para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados”51. En dicho estudio deben tomarse en consideración las condiciones individuales de los sujetos, especialmente si estos son acreedores de una especial protección constitucional o se encuentran en una condición de debilidad manifiesta.

1. Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la acción de tutela se dirige únicamente a la protección del núcleo esencial del derecho fundamental52 -y no a las garantías adyacentes o secundarias del mismo-, que en el caso del trabajo, según esta corporación,

está compuesto por “la facultad, in genere, de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados”53; el pago oportuno de salarios para asegurar la subsistencia digna conforme al mínimo vital54; la afectación grave y definitiva de las condiciones para laborar55; o una derivación del derecho cuando exista conexidad con su núcleo esencial en el caso concreto, la inminencia de un perjuicio, el merecimiento objetivo de acceder o ejercer el oficio, o la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto56.

1. Adicionalmente, esta Corte ha insistido57 en que, cuando la acción sea empleada como mecanismo transitorio, es preciso verificar que la posible afectación al derecho fundamental sea cierta, inminente y grave; y además, que las medidas de protección a adoptar sean urgentes e impostergables. Esto quiere decir que se requiere comprobar que el riesgo a evitar efectivamente puede ocurrir en los planos fáctico y jurídico, que está por suceder en un tiempo próximo y que conlleve un detrimento sobre un bien jurídico moral o material altamente significativo para la persona; también, que las medidas a adoptar por el juez constitucional logren ser adecuadas, armónicas, oportunas y eficaces para responder a la situación.

1. Aterrizando lo expuesto al caso concreto, se observa que el objetivo de la acción de la tutela examinada es que el accionante vuelva a prestar el servicio personal por el que recibe la contraprestación del salario, en el marco del contrato laboral suscrito con Feilo Sylvania Colombia S.A., en procura de garantizar su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. En ese sentido, es claro que del debate debe descartarse por completo el ingrediente de la garantía del mínimo vital, pues está claro que este se encuentra plenamente garantizado. En efecto, la controversia versa específicamente sobre la prestación del servicio personal inherente del contrato de trabajo58, como aspecto atinente a la dignidad humana.

1. Para empezar, es preciso mencionar que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, la Jurisdicción Ordinaria Laboral conoce de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. Además de lo anterior, los jueces laborales pueden adoptar las medidas cautelares contempladas en los artículos 85-A del Código Procesal del Trabajo y 590 del Código General del Proceso59, lo que incluye la posibilidad de decretar cualquiera “que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”. Para ello, el juez deberá tomar en consideración, entre otros aspectos, la posible amenaza o vulneración del derecho, la apariencia de buen derecho, la necesidad, la efectividad y la proporcionalidad; adicionalmente, está habilitado para decretar una menos gravosa o diferente de la inicialmente solicitada.

1. Se observa entonces que la jurisdicción ordinaria laboral sería el ámbito judicial en el cual se debería conocer de la situación del accionante, pues las partes están ligadas por un contrato de trabajo y la controversia versa sobre la prestación personal del servicio, es decir, sobre la obligación de hacer del trabajador que este quiere cumplir, pese a la voluntad contraria del empleador. Adicionalmente, dentro de un eventual proceso ordinario laboral existe la posibilidad de que el director de este decrete una de las medidas innominadas anteriormente descritas. Adicionalmente, en este caso no nos encontramos frente a una persona en una condición especial de protección o vulnerabilidad, pues el accionante tiene cuarenta y seis años de edad; no tiene discapacidades o condiciones delicadas de salud; no es padre cabeza de familia; no es víctima de maltrato, abuso o violencias; y tiene garantizadas las condiciones mínimas de subsistencia.

1. A pesar de lo anterior, al analizar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, se aprecia que algunas circunstancias particulares del caso concreto, especialmente relacionadas con las facultades del empleador para suspender la prestación personal del servicio a causa de la pandemia, podrían generar un impacto cierto, inminente y grave en la dignidad del trabajador y en el desarrollo de su derecho fundamental al trabajo en condiciones justas. A continuación se analiza la configuración del perjuicio irremediable según los parámetros jurisprudenciales, reiterados, por ejemplo, en las sentencias SU-691 de 2017 y SU-179 de 2021.

1. Con esto en consideración, esta Sala identifica que en este caso se presenta la inminencia de un perjuicio irremediable para el trabajador, pues el señor Torres se encuentra afectado por una suspensión, aparentemente indefinida, para la prestación de sus servicios personales que, al no estar basada en criterios cognoscibles o determinables para él, generan el riesgo de afectar la dignidad del trabajo y su desarrollo justo. En efecto, la desocupación en la que se encuentra el accionante, junto con la incertidumbre sobre su situación y futuro laborales, tienen la virtualidad de acarrear consecuencias negativas en su realización personal, plan de vida, salud mental y proyección profesional, entre otros60.

1. Adicionalmente la potencial afectación sobre la dignidad del trabajador y el desarrollo de su derecho fundamental al trabajo en condiciones justas tiene la virtualidad de ser grave, puesto que el trabajo no se reduce a ser un medio de subsistencia, sino que también se constituye como un bien moral altamente significativo. En efecto, es una forma de despliegue de la persona, en la que realiza su identidad y propósito social. En este sentido, la propia Constitución indica en su artículo 1° que el trabajo es una de las bases del Estado Colombiano, pilar de la vida familiar y personal de un ser humano, de lo que deriva su relación directa con la dignidad61.

1. Se reconoce que el impacto que puede tener la suspensión indefinida e indeterminada de

las labores de un trabajador llama a que las medidas de protección a adoptar resulten graves e impostergables. En este caso, el accionante lleva aproximadamente dos años y medio sin desempeñar sus actividades laborales, ha intentado por varios medios reiniciar la prestación personal de las labores, ha manifestado en múltiples oportunidades sus deseos de reintegrarse a su trabajo y, a pesar de ello, no ha obtenido una respuesta discernible de parte de su empleadora, que le indique cuándo o cómo podrá reanudar la prestación de los servicios. En efecto, contrario a fundamentar razones para controvertir las certificaciones que presenta el demandante en torno a su capacidad para laborar o acreditar de manera actual razones especiales para negarse a que el trabajador reanude sus labores, la accionada se ha escudado en el mantenimiento de una posición que busca la ausencia del trabajador de la planta por circunstancias acaecidas hace más de dos años, y que han cambiado con el paso del tiempo –por ejemplo, la convivencia con personas con alto riesgo de infectarse con el virus, la vigencia del estado de excepción por la pandemia, la finalización de la emergencia sanitaria por su causa o el estado de salud del accionante-.

1. A la luz de lo anterior, considera la Sala que el demandante enfrenta un perjuicio irremediable, pues soporta el impacto que la suspensión indefinida de la prestación personal de las funciones le ha acarreado, sin tener claros los motivos que llevaron al empleador a adoptar la medida que lo afectó, o incluso conocer hasta cuando se extenderá o la manera en la que puede terminar. Así, no parece tener una defensa posible o eficaz ante el ejercicio del ius variandi por parte del empleador, que no podría ser resistido o cuestionado válidamente por el trabajador, ante la ausencia de fundamentos o parámetros claros y precisos para ser implementado.

1. Es importante resaltar que la medida de suspender la prestación personal del servicio se basó, inicialmente, en circunstancias modificables, bien sea por el trabajador o por el paso del tiempo, como (i) padecer de rinitis -una reacción alérgica que puede ser tratada-, (ii) la convivencia con una persona de la tercera edad y (iii) una emergencia sanitaria que ya ha finalizado. A pesar de ello, cada vez que el trabajador ha intentado rebatir la necesidad de la suspensión surge un nuevo requisito, una nueva formalidad, que le impide reintegrarse a las funciones. Dicha incertidumbre, si bien podría ser despejada en la jurisdicción ordinaria laboral, mantiene el trabajo del accionante obstaculizado, su situación en materia de prestación de sus servicios personales en un limbo y su desarrollo personal asociado a la realización de un trabajo dignificante, interrumpido por un empleador inamovible en una medida que no se comprende fácilmente en la actualidad. Ello llama al juez de tutela a realizar una intervención, a modo de mecanismo de protección transitorio, para contrarrestar la consolidación de una afectación grave e inminente del núcleo esencial del derecho, cuya protección se ha solicitado en esta oportunidad.

1. En suma, la Sala considera que la acción de tutela procede en este caso como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable, en tanto el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas del señor Torres se encuentra en suspenso, sin que sea

identificable un mecanismo que pueda implementar para la reanudación de la prestación personal del servicio, a pesar de que las razones para la determinación de la accionada de apartarlo de la planta donde labora hayan cambiado o cesado. En este sentido, si bien la cuestión definitiva en torno a la corrección en el ejercicio del ius variandi por parte del empleador deba ser dilucidado ante la jurisdicción ordinaria laboral en un fallo, la Sala estima que la cuestión en torno a la suspensión de la prestación personal del servicio amerita una solución inmediata por lo que procederá al estudio del caso y a determinar si resulta necesaria una medida transitoria de protección.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Corresponde determinar si la empresa Feilo Sylvania Colombia S.A. vulneró el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25 CP) de Wilson Hernán Torres, al impedirle prestar el servicio contratado mediante contrato de trabajo, desde que inició la pandemia por el Covid-19, recibiendo su salario y prestaciones sociales, pese a que la empresa reinició operaciones presenciales con la generalidad de sus trabajadores, y no ha establecido condiciones claras para determinar la duración o mantenimiento de la medida.

1. Con el fin de resolver dicho cuestionamiento, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional desarrollará los aspectos centrales del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, así como el concepto de ius variandi en el contrato de trabajo, para posteriormente analizar la situación fáctica en el caso concreto.

A. EL DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS

1. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha dicho que las condiciones dignas y justas no son únicamente axiológicas, sino que deben estar dotadas de eficacia jurídica. Además, ha recordado que se trata de un derecho que “no solo debe ser garantizado por las autoridades públicas (…), sino que también debe ser respetado por todos los particulares que se encuentren inmersos en cualquier tipo de relación laboral, pues estos también están sujetos a la Constitución y obligados a realizar sus principios”62. Sumado a lo anterior, ha afirmado que el disfrute del derecho al trabajo no se agota en el acceso y la permanencia de una vinculación laboral, sino que es indispensable que “su ejercicio se realice en condiciones dignas y justas”63.

1. La Corte también ha señalado que “el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situación de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales”64.

1. Este tribunal también ha afirmado que las condiciones dignas y justas se relacionan con la plena realización de los principios enlistados en el artículo 53 superior65; y que, además, “comprende la garantía de otros derechos fundamentales en el ámbito laboral, como son el derecho a la integridad tanto física como moral, el derecho a la igualdad, a la intimidad, al buen nombre, y a la libertad sexual, entre otros”66.

1. Algunas circunstancias en las que, a través del tiempo, la Corte ha evidenciado la necesidad de proteger, mediante acción de tutela, las condiciones dignas y justas en las que se realiza el trabajo, son las siguientes:

i. La afectación del mínimo vital por la suspensión o retraso en el pago de los salarios y las prestaciones laborales67; y el desconocimiento de la contraprestación por la efectiva prestación del servicio, en desconocimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas68.

i. La necesidad de realizar un traslado docente “cuando por razón de la distancia, del difícil acceso a los lugares de trabajo y de las particulares condiciones de salud, los trabajadores tienen que arriesgar su integridad física y hasta su vida para asistir al empleo y cumplir con su deber”69.

i. El retiro inmediato o futuro de trabajadores por la supresión de dependencias o entidades públicas, sin intentar previamente una reubicación70.

i. La discriminación por acoger un sistema de cesantías distinto al más conveniente para el empleador71.

i. Situaciones de maltrato y discriminación, recurrentes y sistemáticas72, así como

circunstancia de acoso laboral73.

i. La realización de acusaciones públicas injustificadas y sin la previa realización de un proceso disciplinario74.

i. La declaratoria de insubsistencia, concomitante con la presencia de circunstancias de estrés laboral y ‘síndrome de Burnout’75, en el marco de los riesgos ocupacionales.

1. En síntesis, el trabajo ocupa un lugar axial en el ordenamiento constitucional (preámbulo y artículos 1°, 25 y 53); y se trata de un derecho que debe desarrollarse en condiciones dignas y justas, lo cual significa que, tanto en el ámbito público como en el privado, deben respetarse los principios instituidos en el artículo 53 superior, la libertad, la igualdad, la dignidad y los derechos de los trabajadores, como son la intimidad, la integridad física y moral, el buen nombre y la libertad sexual, entre otros.

1. Así mismo, el Legislador ha buscado que las relaciones de trabajo sean libres de acoso laboral y la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, ha protegido el derecho en condiciones dignas y justas, entre otros, en caso de afectación del mínimo vital; necesidad de realizar traslados de docentes por razones de salud; procesos de supresión de dependencias o entidades públicas; discriminación por ejercer el derecho a la libre escogencia en el sistema de seguridad social; situación de acoso, maltrato o discriminación; y daño al buen nombre.

A. EL IUS VARIADI EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Concepto y límites del ius variandi laboral:

1. Como la subordinación del empleado al empleador es intrínseca a las relaciones laborales surgidas del contrato de trabajo (art. 22 y 23 CST), se habla del ius variandi en la ejecución del contrato.

1. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, este concepto refiere a “la facultad de variar las condiciones iniciales de trabajo, no puede ser ejercido de manera omnímoda y arbitraria, pues tiene sus límites en los derechos propios del trabajador, por lo que su ejercicio siempre ha de obedecer a razones objetivas y válidas, sean de orden técnico u operativo que lo hagan

ineludible o, al menos, justificable”76. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que el ius variandi es “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”77. En ese sentido, se entiende que “[e]l ius variandi es la facultad que tiene un empleador para modificar las condiciones de modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo del empleado siempre y cuando se preserven los derechos mínimos del mismo”78.

1. Adicionalmente, a través de la resolución de casos concretos y con fundamento en lo establecido en el artículo 53 superior, la jurisprudencia ordinaria y constitucional ha definido límites al ius variandi, los cuales podrían sistematizarse de la siguiente forma, sin que se trate de una lista exhaustiva:

i. El cambio abrupto e inconsulto de funciones, afectando la dignidad, seguridad y formación profesional del trabajador, “pese a que no exista una desmejora en el salario o en el horario laboral”79. En ese sentido, las empresas deben tratar de concertar los cambios con sus empleados, y, en caso de adoptar una decisión unilateral, sopesar sus efectos80.

i. Cuando se “modifica la sede donde se desarrolla el trabajo”81, en ejercicio del ius variandi locativo, sin tener en cuenta “criterios de antigüedad, cargas empresariales y derechos adquiridos del trabajador”82. La forma como el trabajador organiza su vida personal, social y familiar, debe ser un criterio relevante respecto a cambios innecesarios, motivo por el cual este tipo de modificaciones “debe atender las exigencias técnicas y organizativas”, y también al tipo de cargo, pues los altos ejecutivos y trabajadores muy calificados podrían tener mayor movilidad83. Las plantas de personal de carácter global y flexible de algunas entidades públicas son características que también podrían redundar en una mayor discrecionalidad respecto al traslado de servidores públicos84.

i. Para modificar las condiciones laborales, el empleador debe consultar, entre otros aspectos, las circunstancias que afectan al trabajador; la situación familiar; el estado de salud del empleado y de sus allegados; el lugar y el tiempo de trabajo; las condiciones salariales; el comportamiento del trabajador durante la relación laboral; y el rendimiento demostrado85.

i. Se debe respetar la facultad de ejercer la profesión o el oficio escogido como parte del núcleo básico del derecho al trabajo, pues este “no se compone solamente del derecho a la remuneración sino también a la facultad de ejercer la actividad laboral elegida”86. En ese sentido, los trabajadores no pueden ser relegados, ni discriminados.

i. La modificación del horario laboral desconociendo los momentos dedicados al culto religioso87.

i. Se trata de una facultad que debe ser ejercida “dentro de los límites de la razonabilidad y (…) las necesidades del servicio”88.

1. Por su relevancia y similitud con el caso concreto, se considera pertinente profundizar en el caso resuelto y en las consideraciones esbozadas en la sentencia T-611 de 2001, previamente citada en el ordinal (iv) de la lista anterior y traída a colación en la acción de tutela. En aquella oportunidad, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional conoció el caso de un grupo de trabajadores que no se acogió al plan de retiro propuesto por la empresa, motivo por el cual esta última decidió declarar a los trabajadores próximos a pensionarse en licencia remunerada indefinida, lo que significó que los relevó del cumplimiento de sus funciones laborales y cambió de modalidad en el pago semanal a un giro mensual. A juicio de esta corporación, esa determinación:

“viola el núcleo esencial del derecho fundamental al trabajo porque desconoce la facultad de desempeñar la profesión u oficio escogida ya que el derecho al trabajo no se compone solamente del derecho a la renuncia, sino también a la facultad de las personas al generar condiciones laborales en las que ciertos trabajadores son relegados y por medio de un[a] decisión del patrono se los priva de la asignación de funciones. Si bien el gerente de la empresa demandada reconoce el carácter de trabajador de los accionantes, su decisión de privarlos del desempeño de funciones los relega, aparta y discrimina sin justificación, lo cual constituye una franca violación a la dignidad humana. (…) La decisión de decretar un[a] licencia remunerada indefinida constituye una fuente de discriminación porque en primer lugar, la figura de la licencia opera a partir de la petición del trabajador o por el establecimiento de la ley y no por decisión del patrono. En segundo lugar, suspende arbitrariamente la actividad laboral y el derecho que tiene el trabajador de solicitar su jubilación cuando cumple con los requisitos de ley, que además, le reconocen un margen de discrecionalidad temporal para optar por la pensión con los mínimos exigidos o permanecer en el empleo para aumentar los porcentajes de liquidación. (…) En tercer lugar, la medida se revela especialmente irracional porque si el motivo por suspender las actividades laborales a los trabajadores en la crisis económica de la empresa al bajarse los promedios de venta, resulta contrario a toda lógica que el empleador separe de sus labores a los trabajadores con los que tiene contrato a término indefinido y contrate otros trabajadores para desempeñar las mismas labores y a todos les pague igual salarios. La condición de prejubilado decretada por el empleador en uso del ius variandi, como él lo indica en el escrito de contestación de la acción de tutela, se revela como un abuso de la condición preeminente al impedirles a los

trabajadores el desempeño de sus funciones sin una razón justificable y se revela más como un acto encaminado a promover un despido indirecto prospectivo. (…) la decisión de decretar la licencia remunerada también vulnera el derecho de asociación sindical debido a que la medida se le impone a los trabajadores que están por jubilarse y no quisieron acogerse al plan de retiro pero además pertenecen al sindicato" (subrayas fuera del texto original).

1. En conclusión, el ius variandi es un concepto derivado del poder subordinante del empleador, que significa que este está habilitado para modificar las condiciones del trabajo, siempre y cuando adopte decisiones razonadas y ponderadas; respete los derechos fundamentales del trabajador; y tenga en cuenta la voluntad o condiciones de vida del empleado. Además, el margen de discrecionalidad del empleador variará según el tipo de cargo y planta, en el caso de los servidores públicos. Así mismo, es importante resaltar que el núcleo esencial del derecho al trabajo, que no puede ser desconocido mediante el ejercicio del ius variandi, comprende tanto la garantía de recibir una remuneración, como la libertad de ejercer la profesión u oficio correspondientes, en colindancia con otros derechos, como la autonomía en relación con las opciones que ofrece el Sistema de Seguridad Social y la libertad de asociación.

El ius variandi durante el Estado de emergencia ocasionado por el Covid-19:

1. Ahora bien, con ocasión de la pandemia ocasionada por el Covid-19, se buscó ampliar el ius variandi transitoriamente, con el propósito de responder a los retos económicos y de salud ocasionadas por las medidas de cese de actividades, cuarentenas y aislamientos dispuestos para conjurar la crisis90.

1. Así, el Ministerio de Salud y de la Protección Social declaró91 y prorrogó92 el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo Coronavirus Covid-19 en todo el territorio Nacional. Posteriormente, con sustento en el artículo 215 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional declaró93 y prorrogó94 el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afectó al país por causa del Coronavirus. Es relevante mencionar que la emergencia finalizó el 30 de junio de 2022.

1. En dicho marco se expidieron normas transitorias relacionadas con el ejercicio del ius variandi en los contratos de trabajo. Dentro de ese ordenamiento de emergencia, es relevante mencionar las siguientes herramientas normativas:

i. Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud y Protección Social: ordenar a los jefes, representantes legales, administradores o quienes hagan sus veces a optar, en los centros laborales públicos y privados, las medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación del Covid-19. Deberá impulsarse al máximo la prestación del servicio a través del teletrabajo.

i. Decreto 448 de 2020: el empleador y el trabajador quedaron habilitados para otorgar o solicitar de manera unilateral vacaciones anticipadas95 individuales o colectivas, avisando solamente con un día de antelación96 (art. 4).

i. Decretos 593, 749, 1076 y 1168 de 2020 y Decreto 39 de 2021: las entidades del sector público y privado procurarán que sus empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollen las funciones y obligaciones bajo las modalidades de teletrabajo97, trabajo en casa98 u otras similares (art. 4, 6, 6, 8 y 9 respectivamente).

i. Decreto 770 de 2020:

* Establézcase como una alternativa adicional a lo dispuesto en el literal c) del artículo 161 del Código Sustantivo de Trabajo99, y entre tanto se encuentre vigente la Emergencia Sanitaria, de manera excepcional y de mutuo acuerdo entre el trabajador y empleador (…), se podrá definir la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de ocho (8) horas al día y treinta y seis (36) horas a la semana, sin que sea necesario modificar el reglamento interno de trabajo. (…) [E]n todo caso, será responsabilidad del empleador asegurar las condiciones propicias en materia de salud y seguridad del trabajo necesarias para la protección del trabajador que desarrolle este tipo de jornadas (art. 4).

* Establézcase como una alternativa adicional a lo regulado en el literal d) del artículo 161 del Código Sustantivo de Trabajo100, de manera excepcional y por mutuo acuerdo entre el empleador y el trabajador, (…) la jornada ordinaria semanal de cuarenta y ocho (48) horas podrá ser distribuida en cuatro (4) días a la semana, con una jornada diaria máxima de doce (12) horas, sin que sea necesario modificar el reglamento interno de trabajo. (...) Serán reconocidos los recargos nocturnos, dominicales y festivos de conformidad con la normatividad vigente. El pago podrá diferirse de mutuo acuerdo entre el trabajador y el empleador, en todo caso, máximo hasta el 20 de diciembre de 2020 (art. 5).

* Programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual: se creó un auxilio del Estado en la modalidad de transferencia monetaria no remunerada, por el valor de $160.000 mensuales, por un máximo de tres meses, para los trabajadores que se han quedado sin

ingresos, pero mantienen un vínculo laboral, ya sea por suspensión del contrato101 o por licencia no remunerada102 (capítulo V).

1. De acuerdo con lo anterior, durante la emergencia Económica, Social y Ecológica causada por el Coronavirus, las autoridades gubernamentales expidieron normas transitorias en orden a que se adoptaran medidas sanitarias; promover el teletrabajo, el trabajo en casa o modalidades semejantes; disminuir el tiempo de antelación para conceder o solicitar vacaciones; la realización de turnos sucesivos con jornadas de trabajo más extensas a las ordinarias y tiempos más largos de descanso; y la concesión de un auxilio monetario para los trabajadores a quienes se les haya suspendido el contrato de trabajo.

A. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO. INMINENTE AFECTACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS

1. Para empezar, es preciso recordar que el debate jurídico se centra en identificar si, en el presente caso, al accionante se le vulneró su derecho fundamental al trabajo en condiciones de dignidad y justicia (art. 25 CP), debido a la falta de prestación personal del servicio, teniendo claro que de la discusión se excluye por completo la garantía del mínimo vital. Así mismo, es oportuno indicar que el ejercicio del derecho de asociación del accionante no se encuentra en el centro de la cuestión, pues la circunstancia de que él sea directivo sindical fue puesta de presente en el escrito de tutela como un asunto contextual y así será evaluado por esta sala. En definitiva, el amparo se enmarca en el ámbito del derecho individual del trabajo, y particularmente, en las condiciones de justicia y dignidad en las que se desarrolla la relación laboral, teniendo en mente que la pretensión de la acción de tutela es el retorno del trabajador a la presencialidad, afectada por medidas adoptadas por el empleador sin que sea fácil determinar la finalidad perseguida en la actualidad, el mecanismo para su levantamiento o el momento en el que finalizarán. Dicha perspectiva no es óbice para que el juez ordinario se pronuncie sobre otros derechos o dimensiones de sus garantías.

1. Del apartado fáctico se extrae que, desde que se desató la pandemia del Coronavirus en el país -particularmente desde el 19 de marzo de 2020-, por disposición de la empresa Feilo Sylvania S.A., el señor Wilson Hernán Torres ha permanecido en su casa recibiendo el salario y las prestaciones equivalentes a un salario básico, pero sin desarrollar actividad laboral alguna. Adicionalmente, es importante anotar que en el primer semestre de 2020 la empresa reinició labores presenciales, por lo que el caso del accionante es particular, y cobija a un grupo de ocho trabajadores del área donde él labora, cuya naturaleza es operativa y no permite que se desarrollen las actividades desde un lugar distinto a las instalaciones de la empresa. Se desconoce el número total de trabajadores asignados al Grupo Operativo de

Apoyo y si existe alguna característica en común entre aquellos que no han sido llamados a regresar a sus puestos de trabajo.

1. Además, se tiene que, a través del cuestionario enviado por el magistrado sustanciador a las partes103, no se pudo establecer cuál es la figura jurídica bajo la cual se ampara la situación del señor Torres, puesto que se negó que se tratara de una suspensión del contrato y se afirmó que, por la naturaleza de las labores que él desarrolla, no es posible acudir a las alternativas del trabajo en casa o el teletrabajo. En ese orden de ideas, esta Sala encuentra que, en realidad, se trata de la aplicación del artículo 140 CST, que dispone que durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador.

1. En ese sentido, se trata de una orden impartida por el empleador, en ejercicio del ius variandi, en relación con la faceta funcional del contrato de trabajo, consistente en prescindir por completo de las actividades desarrolladas por el trabajador y de manera indefinida, sin desvincularlo y reconociendo su salario y demás emolumentos.

Análisis de los antecedentes jurisprudenciales

1. En este punto, resulta pertinente profundizar en el antecedente jurisprudencial mencionado anteriormente establecido por esta Corte en la sentencia T-611 de 2001, dado que, pese a que no se puede hablar de precedente en estricto sentido -por tratarse de una única sentencia emanada de una sala de revisión-, lo cierto es que se trata de la sentencia encontrada que ha resuelto el caso más similar al ahora evaluado. Para empezar, se presentará un parangón entre los dos casos:

Sentencia T-611 de 2001

Caso del señor Torres

Contexto externo

Ninguno en particular

Pandemia por el Covid-19

Condición de los accionantes

21 trabajadores próximos a obtener pensión de vejez (menos de cinco años).

Un trabajador sin condiciones particulares

Tipo de empleador

Sociedad anónima (Privado).

Sociedad anónima (Privado).

Tiempo de vinculación anterior

30 años

2 años

Tipo de vinculación

Contrato de trabajo a término indefinido

Contrato de trabajo a término indefinido

Situación que dio lugar al cambio de condiciones laborales

Rechazo del plan de retiro anticipado o prejubilación presentado por la empresa.

Medidas sanitarias y restricciones para conjurar la pandemia por el Covid-19.

Situación laboral posterior

Licencia remunerada unilateral e indefinida.

Indeterminada. Posiblemente aplicación del artículo 140 CST (mantenimiento del salario sin prestación del servicio por culpa o disposición del empleador)

Duración de la situación

11 meses aproximadamente

2 años y 5 meses aproximadamente

Justificación de las empresas

Disminución de las ventas y del capital de trabajo

Situación de salud del trabajador, condición de vulnerabilidad de su núcleo familiar y disminución de ventas

Derechos a ejercer libremente profesión u oficio; a elegir régimen prestacional (aplicación del artículo 98.2 de la Ley 50 de 1990); y de asociación sindical

Derecho a ejercer libremente profesión u oficio y de asociación sindical.

Derechos cuya protección se solicita

Derechos al trabajo y de asociación

Derecho al trabajo

1. El cuadro anterior muestra que aunque no son casos idénticos, existen importantes similitudes entre ellos. En efecto, los dos asuntos se parecen en que los trabajadores interpusieron acción de tutela buscando la protección de su derecho al trabajo, porque se encontraban vinculados con empresas privadas mediante contrato laboral a término indefinido; y posteriormente, por disposición de sus respectivos empleadores, se produjo un cambio en las condiciones de ejecución del contrato, que los llevó a continuar recibiendo sus sueldos, pero sin desarrollar alguna actividad laboral de manera indeterminada e indefinida, por diferentes motivos, dentro de los cuales se encontraba la disminución de las ventas de la compañía, y con un posible impacto en otros derechos, como la libertad de ejercer profesión u oficio.

1. Ahora bien, las principales diferencias radican en que, en la sentencia T-611 de 2001, los accionantes eran personas que llevaba treinta años trabajando en la empresa accionada, se encontraban cerca de pensionarse, el cambio de condiciones laborales se produjo principalmente por el rechazo a un plan de retiro anticipado, la nueva situación podría ver afectar la posibilidad de consolidar el derecho en determinado régimen pensional en caso de quedar laboralmente desvinculados y para el momento en que presentaron la acción de tutela llevaban once meses sin prestar sus servicios. De otra parte, en el presente caso existe un único accionante, sin condiciones individuales particulares, cuyas circunstancias laborales fueron modificadas con ocasión de las medidas adoptadas para responder a la crisis sanitaria que vivió el mundo a inicios del año 2020 y por condiciones familiares y de salud del trabajador, y se trata de una situación que se han prolongado por casi dos años y medio.

1. Entonces se verifica que las semejanzas son predominantes y que la principal diferencia se puede soslayar. En efecto, si bien en el caso de la sentencia T-611 de 2001 los accionantes estaban en escenarios especiales, mientras que en el presente caso no, el contexto en el que se presenta la cuestión del señor Torres induce una especial gravedad e importancia. Entonces la particularidad proviene más de las circunstancias sociales, económicas y de salubridad en las que se encuentra inmerso el asunto, que de la persona misma del accionante.

1. En definitiva, para la resolución del presente asunto, es adecuado tomar en consideración la regla de decisión derivada de la sentencia T-611 de 2001, según la cual, la decisión del empleador de privar al trabajador del desempeño de funciones de manera indefinida es violatorio del núcleo esencial del derecho al trabajo, “porque desconoce la facultad de

desempeñar la profesión u oficio escogida, ya que el derecho al trabajo no se compone solamente del derecho a la renuncia, sino también de la facultad de las personas al generar condiciones laborales en las que ciertos trabajadores son relegados".

Análisis sobre el ejercicio del ius variandi respecto al contrato de trabajo del señor Torres

1. Ahora, la Sala pasa a examinar la razonabilidad con la que Feilo Sylvania S.A. ejerció el ius variandi respecto de la suspensión de la prestación personal del servicio por parte del señor Torres, a partir de los elementos de juicio con los que cuenta el juez constitucional para adoptar una medida de protección de carácter transitorio.

1. Se evidencia que, en el momento inicial, en el que se adoptó dicha medida, existía un claro sustento fáctico y jurídico para su implementación. En efecto, para la fecha en que la generalidad de los trabajadores fue llamada a reintegrarse a sus puestos de trabajo, esto es entre mayo y junio de 2020, la pandemia no había sido conjurada, existían múltiples limitaciones a las libertades de la población, estaban vigentes las normas de emergencia que invitaban a las empresas a favorecer que los trabajadores no salieran de sus casas (Decretos 593, 749, 1076 y 1168 de 2020 y Decreto 39 de 2021), y existían dudas sobre la especial situación de vulnerabilidad en salud en la que podría estar el accionante, por tener algunas afecciones leves en el sistema respiratorio y convivir con una persona de edad avanzada.

1. Sin embargo, se advierte que, en la actualidad, no se conocen los motivos para que el empleador haya sostenido en el tiempo la medida, de tal forma que, existen indicios para pensar que, de ser garantista, se tornó en arbitraria y vulneradora de los derechos fundamentales del trabajador. Al respecto, se recuerda que Feilo Sylvania adujo ante la Corte que no existen razones nuevas o adicionales para que el señor Torres permanezca en su lugar de habitación sin realizar actividades laborales a su favor y recibiendo su sueldo; pese a lo cual la medida sigue invariable.

1. En contraposición, con las pruebas recabas en esta instancia se desvirtuó que la parte actora tuviera afecciones de salud que pusieran en riesgo su vida o integridad. Así, mediante certificaciones del 24 de junio de 2020, 16 de septiembre de 2020 y 22 de enero de 2021, oportunamente allegadas a la empresa, los médicos adscritos a la EPS Famisanar -a la que se encuentra afiliado el accionante- han conceptuado que es apto para desarrollar con normalidad sus actividades laborales y que no tiene comorbilidades que lo identifiquen como un sujeto especialmente vulnerable al virus. En ese sentido, los profesionales de la salud juzgaron de manera reiterativa que la rinitis alérgica y las posibles consecuencias de haber inhalado vapor de mercurio -lo cual sucedió también a otros operarios-, estaban controladas y no representaban una morbilidad significativa.

1. De otra parte, resulta paradójico que la empresa se escude en que en la Encuesta Preoperacional de Reporte de Condiciones de Salud por Covid-19, diligenciada el 29 de mayo de 2020, el accionante hubiera reportado haber tenido síntomas gripales, pues evidentemente se trató de una situación transitoria, que no tuvo repercusiones significativas en su salud y que fue superada hace más de dos años.

1. Ahora bien, sobre el entorno familiar del accionante, las razones esgrimidas por la accionada también carecen de sustento, puesto que no es cierto que en la actualidad el señor Torres resida con su madre, y es un dato que la empresa conoció el 29 de marzo de 2021, cuando aquel diligenció por segunda vez la Encuesta Preocupacional.

1. Y, en todo caso, se conoce que el accionante recibió la vacuna contra el Covid-19 y que el Estado de excepción ya había terminado en la fecha en que la empresa respondió al auto de pruebas en sede de revisión, esto es el 9 de septiembre de 2022.

1. Adicionalmente, tal como se consideró en la sentencia T-611 de 2001, resulta contradictorio que Feilo Sylvania justifique sus actuaciones en que no necesita de los servicios del accionante porque no ha recuperado la totalidad de las operaciones comerciales que desarrollaba antes de la emergencia sanitaria, puesto que ello redundaría en una reducción de sus ingresos, lo cual no es coherente con costear a un empleado sin verse beneficiada de su mano de obra.

1. Aunado a lo anterior, se evidencia que la situación de suspensión que vive el accionante tiene la potencialidad de generar un impacto negativo en el desarrollo de sus actividades sindicales, por no poder ingresar a las instalaciones de la empresa y tener contacto habitual con los demás trabajadores.

1. Entonces, de lo expuesto se evidencia que, sin perjuicio de la valoración que el juez natural realice en el futuro, Feilo Sylvania Colombia S.A. ha adoptado medidas que tienen la potencialidad de afectar el derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas de Wilson Hernán Torres, en tanto existen indicios para pensar que el ejercicio del ius variandi respecto a las condiciones de trabajo parece irrazonable, arbitrario y contrario a sus garantías fundamentales.

1. Es así como, desde un análisis preliminar, se podría afirmar que, en el presente caso, se

concreta un perjuicio irremediable, porque la accionada transgredió un límite constitucional a dicha facultad subordinante, en la medida en la que vació el sentido, norte y propósito de uno de los extremos de la relación laboral, al haber decidido prescindir de sus servicios del accionante, por completo y de manera indefinida. Con ello, Wilson Hernán Torres quedó desprovisto de la posibilidad de desarrollar el oficio elegido por él; se le cercenó la capacidad de hallarse útil para la sociedad a través del trabajo; y se le impidió experimentar que su sustento proviene de su esfuerzo y no de dádivas. En esa medida, aunque la empresa accionada se preocupó por garantizar el mínimo vital del accionante, olvidó la dimensión ocupacional, de valía, realización personal y ejercicio de la autonomía que tienen el trabajo.

1. Esto, en un contexto pandémico y pospandémico, en el que ya desaparecieron las facultades especiales de los empleadores para buscar fórmulas que contribuyan a que las personas no saliera de sus casas para desempeñar sus actividades laborales; en el que el encierro, el aislamiento, la incertidumbre y la desocupación tienen la virtualidad de provocar problemáticas de salud mental; y en el que los trabajadores que perciben sus remuneraciones desarrollando labores operativas que difícilmente pueden ser ejecutadas desde la casa o lugares distintos a las instalaciones empresariales, resultan más afectados por la transformación en el mercado laboral. Así, atendiendo las afectaciones descritas y retomando la regla jurisprudencial de la sentencia T-611 de 2001, se reconoce que la decisión de la empresa de suspender la prestación de los servicios personales por parte del aquí accionante, de manera que no sea clara ni la razón que motiva su mantenimiento, ni la forma en la que puede superarse, ni su duración o naturaleza transitoria o permanente, colocan al trabajador en un riesgo cierto, inminente, actual y grave de desnaturalizar su trabajo, haciéndole perder el componente asociado al esfuerzo, la realización personal y la dignificación de la persona.

1. Por ello, corresponde a esta Sala de Revisión restablecer provisionalmente los derechos de Wilson Hernán Torres, a fin de evitar la consumación de dicho perjuicio irremediable. Así, para salvaguardar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, deberá ordenar a Feilo Sylvania que le permita entrar a las instalaciones de la empresa y le asigne labores acordes con el objeto del contrato del trabajo celebrado, formación profesional y asignación salarial, mientras que la justicia ordinaria laboral toma una decisión definitiva respecto del caso del accionante.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. El señor Wilson Hernán Torres presentó acción de tutela, buscando la protección de su derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25 CP), al considerar que la empresa para la cual labora excedió la potestad del ius variandi, por no haberlo llamado a

reintegrarse a cumplir con sus labores después de haber sido enviado a su casa con ocasión de la reciente pandemia y pese a que las actividades presenciales fueron reiniciadas con normalidad con el grueso de los trabajadores. En ese sentido, el accionante afirmó que, aunque ha recibido su sueldo de manera oportuna y completa, la no realización de actividades laborales sin que exista justificación razonable impide su plena realización como persona, el desarrollo de sus libertades y el reconocimiento de la comunidad y la familia.

1. De manera preliminar, se concluyó que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al haberse verificado la posibilidad de que el derecho fundamental incoado podría sufrir una afectación cierta, inminente y grave, en la medida en que la situación descrita, que se ha mantenido por más de dos años y medio, podría ocasionar al accionante fuertes consecuencias en el ámbito de su realización personal, plan de vida, perfil ocupacional y salud mental, dada la dimensión moral del trabajo y en atención a los retos y a las circunstancias especiales de la pandemia en el ámbito laboral. Así mismo, se constató que existe legitimación en la causa en doble vía, en tanto el promotor de la acción es el titular del derecho reclamado y está inmerso en una relación de subordinación con la parte accionada; y que también se satisface el requisito de la inmediatez, al tratarse de un caso de violación continuada de derechos, y en el que, desde la vulneración inicial el accionante ha desplegado múltiples acciones en procura de volver a desempeñar sus funciones en la empresa.

1. Posteriormente, se recordó que, de acuerdo con el preámbulo y los artículos 1°, 25 y 53 de la Constitución Política, el trabajo es un pilar del Estado colombiano y debe realizarse en condiciones dignas y justas, lo cual implica el respeto de los principios y derechos superiores. Adicionalmente, se desarrolló el concepto de ius variandi, señalando que consiste en la modificación de las condiciones de trabajo de manera justificada y ponderada; siempre y cuando se respeten los derechos y condiciones de vida de los trabajadores; y tomando en consideración el tipo de vinculación y planta de trabajo. En este punto se enfatizó en que el derecho al trabajo supone tanto la garantía de recibir una remuneración, como la de ejercer profesión u oficio. Así mismo, se tuvieron en cuenta las normas dictadas durante la emergencia Económica, Social y Ecológica, en relación con las modificaciones transitorias que supuso sobre el ejercicio de dicha potestad.

1. Bajo el marco anterior y en un escenario de análisis de inminencia constitucional en el marco de la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, se consideró que la determinación de prescindir por completo y de manera indefinida de las actividades desarrolladas por el trabajador, sin desvincularlo y manteniendo los pagos económicos a los que tiene derecho, es una medida que tuvo un claro fundamento fáctico y jurídico en el momento en el que fue adoptada, cuando la pandemia y sus efectos estaban en furor, pero que con el tiempo perdió su razonabilidad, tornándose en arbitraria. Lo anterior porque, (i) mediante certificaciones médicas el accionante desvirtuó inequívocamente que tuviera afectaciones de salud que pusieran en riesgo su vida o integridad frente al reintegro a sus

funciones; (ii) dio a conocer a la empresa que no reside con personas especialmente vulnerables al coronavirus, se aplicó las vacunas contra el Covid-19; (iii) el estado de excepción ya finalizó; y (iv) es contradictorio afirmar que la compañía no se encuentra en óptimas condiciones comerciales y que por eso hay trabajadores que no están desarrollando sus actividades pero continúan recibiendo sus sueldos.

1. Entonces, se concluyó, a partir de los elementos de juicio con los que cuenta el juez constitucional, especialmente las reglas de decisión de la sentencia T-611 de 2001, que Feilo Sylvania Colombia S.A. generó un perjuicio irremediable referido a la realización del derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas del accionante, al vaciar de contenido el aporte que realiza el trabajador a la relación laboral, con lo cual se impactó su derecho de desarrollar el oficio elegido por él, la posibilidad de sentirse útil para la sociedad y ejercer su autonomía personal, con un sesgo de desventaja social por su labor operativa y en un contexto de especial incertidumbre laboral y volatilidad mental, debido a la pandemia por el coronavirus.

1. En esa medida, esta Sala de Revisión deberá revocar los fallos revisados, tutelar transitoriamente los derechos del accionante y ordenar lo necesario para que estos sean restablecidos y garantizados provisionalmente por su empleador; junto con el establecimiento de la correlativa obligación del accionante de acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para que esta decida definitivamente sobre su caso.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. – LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el expediente de la referencia.

Segundo. – REVOCAR la sentencia del 23 de noviembre de 2021, dictada por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá D.C, dentro de la acción de tutela promovida por Wilson Hernán Torres contra Feilo Sylvania Colombia S.A., que confirmó la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y

Competencias Múltiples de Bogotá D.C., mediante las cuales se negó el amparo solicitado. En su lugar, TUTELAR transitoriamente el derecho al trabajo del accionante señor Wilson Hernán Torres.

Tercero. – ORDENAR a Feilo Sylvania Colombia S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, asigne funciones a Wilson Hernán Torres acordes con su salario, formación y compromisos contractuales; y permitirle ingresar con regularidad a las instalaciones de la empresa.

Cuarto. – INSTAR a Wilson Hernán Torres para que, en el término de cuatro meses contados desde la notificación de esta sentencia, inicie el trámite judicial correspondiente ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Quinto. – ADVERTIR a las partes que la protección transitoria otorgada en el ordinal tercero de esta sentencia cesará si en el término antes indicado no se inicia el proceso laboral correspondiente. Asimismo, que en caso de iniciarse el proceso laboral para la eventual protección definitiva del trabajador, la protección transitoria acá dispensada podrá cesar por disposición del juez ordinario laboral que asuma competencia sobre el caso.

Sexto. – LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Vinculadas mediante el resolutivo tercero del auto admisorio del 4 de octubre de 2021, del Juzgado de Pequeñas Causas y Consecuencias Múltiples de Bogotá D.C.

2 Acta de reparto, folio. 1.

3 Acción de tutela, folio 6.

4 Ibidem.

5 Ibidem, folio 9.

6 La cédula de Ciudadanía aparece en el folio 12 del escrito de tutela.

7 La Constancia de Registro de Modificación de la Junta Directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical aparece en los folios 13 a 16 del escrito de tutela.

8 Ver la Encuentra Preoperacional de Reporte de Condiciones de Salud por Covid-19, que aparece en el folio 28 del escrito de tutela.

9 Acción de tutela, folio 2.

10 Ver la remisión, que aparece en el folio 18 del escrito de tutela.

11 Acción de tutela, folio 2.

12 Ver certificado médico que aparece en el folio 21 del escrito de tutela.

13 Ver certificado médico que aparece en el folio 24 del escrito de tutela.

14 Acción de tutela, folio. 3. Ver copia del derecho de petición, que aparece en los folios 22 y 23 del escrito de tutela.

15 Ibidem.

16 Ver certificado médico y remisión, que aparecen en los folios 29 y 30 del escrito de tutela.

17 Acción de tutela, folio 1.

18 Ver formato de Referencia y Contrarreferencia, que aparece en el folio 17 del escrito de tutela.

19 Ver correo electrónico, que aparece en los folios 19 y 20 de la acción de tutela.

20 Acción de tutela, folio 3.

21 Ver respuesta al derecho de petición, que aparece en el folio 25 del escrito tutela.

22 Ver correo electrónico que aparece en el folio 31 del escrito de tutela.

23 Acción de tutela, folio 3.

24 Escrito de contestación, folio 5.

Adicionalmente, la parte accionada resaltó que no se trata de una medida de discriminación en razón de su condición sindical, sino que es una forma de proteger al trabajador y a su familia y de responder a las necesidades del servicio evidenciadas por la empresa. Por eso, puso de presente que "[e]l grupo operativo donde presta servicios el accionante está conformado actualmente por 38 trabajadores, de los cuales 28 se encuentran trabajando con normalidad. Los 11 restantes, se encuentran en su casa" (escrito de contestación, folio 6). Así mismo, aclaró que el accionante ha recibido todos los salarios y prestaciones a los que tiene derecho y que no se han desmejorado sus condiciones laborales.

25 Respuesta del Ministerio de Salud y la Protección Social, folio 1.

26 Respuesta del Ministerio del Trabajo, folio 2.

27 Fallo de primera instancia, folio 7.

28 Ibid.

29 Ibid.

30 Ibid.

31 Ibid, folio 8.

32 Escrito de impugnación, folios 3-4.

33 Fallo de segunda instancia, folio 5.

34 Ibid.

35 “Dolor de cabeza, dolor de garganta, congestión nasal, tos persistente, dificultad para respirar, dolor muscular y pérdida de gusto y/o olfato” (respuesta al auto de pruebas, folio No. 1).

36 Respuesta de Feilo Sylvania Colombia S.A. al auto de pruebas, folio No. 2.

37 Ibid.

38 Ibid., folio No. 3.

39 Ibid., folio No. 4.

40 Ibid.

41 Pronunciamiento del accionante frente a las pruebas recaudadas, folio No. 1.

42 Ibid.

43 Microsoft Word – V2 Auto Sala de Selección 4 DEF PAMM[86].docx (corteconstitucional.gov.co)

44 Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

45 Corte Constitucional, sentencias T-172 de 1997, T-101 de 2002, T-482 de 2004, T-706 de 2006, T-345 de 2007 y T-620 de 2017, entre otras.

46 Corte Constitucional, sentencia T-233 de 1994.

47 Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2005.

48 Corte Constitucional, sentencias SU-961 de 1999 y SU-108 de 2018.

49 Corte Constitucional, sentencias T-684 de 2003, T-158 de 2006, T-1044 de 2007, T-166 de 2010, T-502 de 2010 y T-246 de 201, entre otras.

50 Ver, por ejemplo, las sentencias SU-219 de 2003, T-716 de 2013, T-084 de 2015, T-292 de 2017, T-237 de 2018, SU-124 de 2018, T-545 de 201 y T-342 de 2020.

51 Corte Constitucional, sentencia T-069 de 2018.

52 Ver, por ejemplo, sentencias T-047 de 1995, T-336 de 1995, T-779 de 1998, T-464 de 1992, SU-250 de 1998 y T-1001 de 2000.

53 Corte Constitucional, sentencia T-045 de 1995; reiterada por las sentencias T.047 de 1995 y T-799 de 1998.

54 Ver, por ejemplo, la sentencia T-222 de 2000.

55 Corte Constitucional, sentencia T-270 de 1995.

56 Corte Constitucional, sentencia T-047 de 1995.

57 Ver, por ejemplo, las sentencias T-225 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T-015 de 1995, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-1316 de 2001, T-742 de 2002, T-514 de 2003, SU-712 de 2013, T-132 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010, T-417 de 2017, SU-124 de 2018, T-509 de 2019 y T-425 de 2019.

58 Literal a) del numeral 1 del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

59 Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2021.

60 A manera de contexto, se exponen algunos efectos psicológicos de la pandemia ocasionada por el Covid-19, respecto del bienestar de los trabajadores. En las consideraciones que se presentan a continuación se exponen algunos cambios en las circunstancias laborales y en la salud mental de las personas en la coyuntura de la pandemia:

i. “Las pandemias tienen la característica nefasta de crear un disloque masivo y generalizado en múltiples niveles, tanto personales como sociales. Las pandemias suelen relacionarse con confusión, temores, incertidumbre y la probabilidad de muertes en seres queridos. Asimismo, se relacionan con innumerables estresores sociales tales como hacer ajustes en las rutinas, separación de amigos y familiares, pérdida de empleos y aislamiento social. El surgimiento del COVID-19 hacia finales del 2019 ha traído consigo muchos de esos estresores” (Martínez Taboas Alfonso. Pandemias, Covid-19 y salud mental: ¿qué sabemos actualmente? Revista

caribeña de psicología, 4 (2), 143-152 https://doi.org/10.37226/rcp.v4i2.4907. Pág. 1)

i. “Pese a que se trata de una crisis sanitaria, el resto de ámbitos subyacentes (social, económico, cultural, político, laboral, entre otros) están sintiendo el embate y la magnitud de una enfermedad desconocida hasta la fecha, en mayor o en menor medida, en todos los países del mundo” (Ruiz Frutos Carlos y Gómez Salgado Juan. Efectos de la pandemia por Covid-19 en la salud mental de la población trabajadora. Arch Prev Riesgos Labor vol.24 no.1 Barcelona ene./mar. 2021 Epub 08-Mar-2021. https://dx.doi.org/10.12961/aprl.2021.24.01.01)

i. “De la literatura existente, los estudios han señalado que se han aumentado las cifras de diagnóstico de ansiedad a raíz de la pandemia de COVID-19. El diagnóstico de ansiedad frecuentemente se presenta con problemas de sueño y comorbilidad con depresión” (Nicolini Humberto. Depresión y ansiedad en los tiempos de la pandemia de Covid-19. Cir. cir. vol.88 no.5 Ciudad de México sep./oct. 2020 Epub 08-Nov-2021. https://doi.org/10.24875/ciru.m20000067)

i. “Un hallazgo consistente en la literatura es que los síntomas o trastornos de ansiedad y depresión son los que más se reportan en estudios que indagan la salud mental de personas en la pandemia” (Martínez Taboas Alfonso. Pandemias, Covid-19 y salud mental: ¿qué sabemos actualmente? Revista caribeña de psicología, 4 (2), 143-152 https://doi.org/10.37226/rcp.v4i2.4907. Pág. 3)

i. “Desde un punto de vista psicopatológico, la pandemia actual es una forma relativamente nueva de estresor o trauma, tanto para la población como para los profesionales de la salud. La COVID-19 genera preocupaciones de pánico generalizado y ansiedad creciente y, aunque los efectos del coronavirus en la salud mental no se han estudiado sistemáticamente, se anticipa que la COVID-19 tendrá efectos ondulantes” (Martínez Taboas Alfonso. Pandemias, Covid-19 y salud mental: ¿qué sabemos actualmente? Revista caribeña de psicología, 4 (2), 143-152 https://doi.org/10.37226/rcp.v4i2.4907. Pág. 3)

i. “[A] pesar de la reactivación de actividades, la demanda de trabajo se ha reducido de manera uniforme (…) sin importar el nivel de transmisión o riesgo de contagio. (…) las pequeñas empresas han resentido particularmente los cierres de actividades, lo cual ha derivado en una gran pérdida de empleos y frágiles condiciones financieras en estas empresas” (Teruel Belismelis Graciela y Pérez Hernández Víctor Hugo. Estudiando el bienestar sobre la pandemia de Covid-19: la Encovid-19. Rev. Mex. Sociol vol.83 no.spe Ciudad de México mar. 2021 Epub 18-Jun-2021 https://doi.org/10.22201/iis.01882503p.2021.0.60071)

i. “[E]n las pruebas piloto (…) se identificaron dos fenómenos relevantes:

* Una parte importante de la población que había perdido su empleo no podía salir a buscar trabajo, por lo que técnicamente no entraba dentro de las definiciones tradicionales de desempleo abierto”.

* “Se identificó que algunas personas habían sido ‘descansadas’, en algunos casos sin goce de sueldo ni claridad respecto a cuándo podrían regresar a trabajar” (Teruel Belismelis Graciela y Pérez Hernández Víctor Hugo. Estudiando el bienestar sobre la pandemia de Covid-19: la Encovid-19. Rev. Mex. Sociol vol.83 no.spe Ciudad de México mar. 2021 Epub 18-Jun-2021 https://doi.org/10.22201/iis.01882503p.2021.0.60071)

A partir de lo anterior, se percibe que la pandemia trajo impactos en la salud mental y bienestar de las personas, e introdujo un conjunto de factores estresores en los ámbitos familiar, social, económico, cultural, político y laboral. Particularmente, en el contexto laboral, ciertos estudios han observado que hay personas que no están interesadas en trabajar, algunas empresas se han visto afectadas financieramente y se han perdido empleos. También se han identificado variaciones en el fenómeno del desempleo, porque una parte de la población no podía salir a buscar trabajo; se popularizó mantener la vinculación laboral, pero enviando al trabajador a su casa, en ocasiones sin recibir un sueldo; y se evidenció el rol que tiene el trabajo en la búsqueda de sentido de vida, más allá de su componente económico. Así mismo, se ha demostrado que las nuevas modalidades de trabajo remoto y formas de relacionamiento laboral han llegado con retos para la salud mental; y han tenido repercusiones diferentes según el tipo de trabajo y remuneración, lo cual conlleva efectos diversos en los perfiles socioeconómicos de los trabajadores.

61 Constitución Política, Artículo 53.

62 Corte Constitucional, sentencia T-007 de 2019.

63 Corte Constitucional, sentencia T-541 de 2014. Ver sentencia T-317 de 2020.

64 Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1995.

65 “Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

66 Corte Constitucional, sentencia C-898 de 2006. Ver sentencia SU-484 de 2008.

67 Corte Constitucional, sentencias T-280 de 1999, T-284 de 1999, T-200 de 2000, T-1420 de 2000, T-375 de 2001, SU-484 de 2008 y T-451 de 2009.

68 Corte Constitucional, sentencias T-174 de 1997, T-727 de 1999 y T-026 de 2001.

69 Corte Constitucional, sentencia T-694 de 1998. Ver sentencias T-694 de 1998, T-045 de 1999 T-704 de 2001 y T-026 de 2002.

70 Corte Constitucional, sentencia T-321 de 1999.

71 Corte Constitucional, sentencias T-390 de 1998 T-602 de 1999.

72 Corte Constitucional, sentencia T-882 de 2006

73 Corte Constitucional, sentencia T-317 de 2020.

74 Corte Constitucional, sentencia T-451 de 2014.

75 Corte Constitucional, sentencia T-372 de 2012.

76 Corte Suprema de Justicia, SL44155, del 26 de junio de 2012.

77 Corte Constitucional, sentencia T-682 de 2014.

78 Corte Constitucional, sentencia T-509 de 2019.

79 Ibid.

80 Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SA8323, del 27 de mayo de 1982.

82 Ibid.

83 Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SL7887, del 16 de noviembre de 1981; y SL4756, del 30 de enero de 1992.

84 Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2013.

85 Corte Constitucional, Ver sentencias T-483 de 1993, T-355 de 2000,

86 Corte Constitucional, sentencia T-611 de 2011.

87 Corte Constitucional, sentencia T-982 de 2001.

88 Corte Constitucional, sentencia T-682 de 2014.

89 Corte Constitucional, sentencia T-687 de 2013.

90 Decretos 457, 531, 636, 689, 749, 990 y 1168 de 2020. Decretos 039 y 539 de 2021.

91 Resolución 385 del 12 de marzo de 2020.

92 Resolución 1913 del 25 de noviembre de 2021

93 Decreto 417 de 2020.

94 Decreto 637 de 2020.

95 Se entiende que las vacaciones anticipadas son las que se conceden antes del cumplimiento del término legal, establecido en el artículo 186.1 CST: los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas.

96 El plazo ordinario para conceder vacaciones está establecido en el artículo 187.2 CST: el empleador tiene que dar a conocer con quince (15) días de anticipación, la fecha que le concederá las vacaciones.

97 De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 1221 de 2008, el teletrabajo es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizaos como soporte a las tecnologías de la información y la comunicación -TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

98 Aunque fue expedida y sancionada con posterioridad, el artículo 2 de la Ley 2191 de 2022 define el trabajo en casa como la habilitación al servidor público o trabajador del sector privado para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato o relación laboral, o legal y reglamentaria respectiva, ni tampoco desmejorar las condiciones del contrato laboral, cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda realizar sus funciones en su lugar de trabajo, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. (…) Este no se limita al trabajo que puede ser realizado mediante tecnologías de la información y las comunicaciones, medios informáticos o análogos, sino que se extiende a cualquier tipo de trabajo o labor que no requiera la presencia física del trabajador o funcionario en las instalaciones de la empresa o entidad.

99 Artículo 161. Duración. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de cuarenta y dos (42) horas a la semana, que podrán ser distribuidas, de común acuerdo, entre empleador y trabajador, en 5 o 6 días a la semana, garantizando siempre el día de descanso, salvo las siguientes excepciones:

(…)

c) El empleador y el trabajador pueden acordar, temporal o indefinidamente, la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana. (…) En

este caso no habrá lugar a recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, pero el trabajador devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.

100 Artículo 161. Duración. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de cuarenta y dos (42) horas a la semana, que podrán ser distribuidas, de común acuerdo, entre empleador y trabajador, en 5 o 6 días a la semana, garantizando siempre el día de descanso, salvo las siguientes excepciones:

(…)

d) El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y dos (42) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio que podrá coincidir con el día domingo. (…) Así, el número de horas de trabajo diario podrá distribuirse de manera variable durante la respectiva semana, teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas hasta nueve (9) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y dos (42) horas semanales dentro de la Jornada Ordinaria, de conformidad con el artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo. (…) El empleador no podrá aún con el consentimiento del trabajador, contratarlo para la ejecución de dos turnos en el mismo día, salvo en labores de supervisión, dirección, confianza y manejo.

101 De acuerdo con el artículo 53 CST, durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el empleador la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del empleador, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos periodos de suspensión pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

102 Según el artículo 51.4 CST las licencias no remuneradas son una de las causales de suspensión del contrato de trabajo. El código no prevé causales y tiempo exacto de duración.